

LECCIONES Y ENSAYOS

LECCIONES

- BRUZZONE, GUSTAVO:** *El error sobre los elementos normativos del tipo: entre los criterios de racionalidad final y la coherencia dogmática.*
- CÓRDOBA, FERNANDO:** *Error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación.*
- FREILAND LÓPEZ LECUBE, ALEJANDRO:** *El Derecho penal de la integración europea y las perspectivas en nuestro Mercosur.*
- MARÍ, ENRIQUE:** *El concepto de posmodernidad de André-Jean Arnaud y Bouwendius de Sousa Santos en la sociología del Derecho.*
- WILLIAMS, SILVIA MAUREEN:** *El Derecho internacional y los vuelos espaciales tripulados.*

ENSAYOS

- ARRIGÓ, MARTÍN - DULITZKY, ARIEL:** *Las leyes "ex post facto" y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de Derecho internacional a ser aplicadas en el Derecho interno.*
- CHODOR, SERGIO:** *El sistema de protección interamericana de derechos humanos: los informes de la Comisión Interamericana. Los pedidos de opinión consultiva y las obligaciones de los Estados parte.*
- SANTOS, MARCELA - ACERO MANGO, HAYDÉE:** *Mujer y criminología.*
- VARACALLA, DANIEL C. - PICASSO, SEBASTIÁN:** *Responsabilidad precontractual y postcontractual.*



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
ARGENTINA



LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Prof. Andrés A. J. D'Alesio

Vicedecano

Prof. Guillermo E. Mancayo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director

Prof. Héctor Raúl Sandler

Subdirector

Mary Baloff

Secretario

Carlos Parise

Consejo asesor

Prof. Héctor Alegría

Prof. Julio C. Cueto Rúa

Prof. Marcelo U. Salerno

Prof. Marcelo A. Sandinetti

Prof. Horacio Sanguinetti

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Director: Marcelo Ferrante

Subdirector: Sebastián Picasso

Secretario de redacción: Carlos Ignacio Suárez Anzorena

Secretarios Adjuntos de Redacción: Leandro Martín Passarella

Maximiliano Batista

Redactores: Paola Bergallo

Carolina Fairstein

Carolina Fernández Bianco

Guillermo Jorge

Máximo Lángier

Silvia Graciela Parastelli

Marcelo Rafael Tavarone

Colaboradores: Denise Bloch

Nicolás Di Biase

Agustín Flah

Sabrina Namer

Eliana Santanastaglia

Graciela Ledesma

Julieta Rossi

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

1994 - 60/61



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

Esta publicación es tribuna libre de expresión de las ideas y opiniones de juristas y estudiantes. El Consejo Directivo no se solidariza con las expresiones vertidas por los autores en los artículos.

Correspondencia: Dirigirse a
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones
Figueras Alcorta 2263
1425 - Buenos Aires - Argentina

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S. A. E. e I.
Lavalle 1280 -- 1048 - Buenos Aires -- Argentina

I.S.S.N.: 0024-0079

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723
IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

EDITORIAL

DELEGACION DE FUNCIONES

El mundo del Derecho presenta en estos tiempos una tendencia a transferir funciones. Esta delegación se percibe en tres ámbitos claramente definidos, que abarcan el universo de la actividad jurídica: el Poder Judicial, la Universidad y la actividad privada.

Es sabido que en el Poder Judicial la actividad que teóricamente corresponde al juez (p. ej. presenciar las audiencias, dictar sentencia) muchas veces es delegada a los secretarios y, a veces pero no siempre, supervisada por el juez. La tarea de los secretarios es, por su parte, encargada a los prosecretarios o a los oficiales. En la Universidad, la actividad de los profesores titulares es, casi de derecho, delegada a los adjuntos (jefes de comisión), los que a su vez la delegan en los ayudantes, graduados o estudiantes. La disposición de que los estudiantes no pueden dar más de veinte minutos de clase y en presencia del profesor ha sufrido "desuetudo" hace tiempo. La realidad muestra que los estudiantes cumplen una parte apreciable de la función docente. En la actividad privada, la paulatina concentración de las tareas en los grandes estudios presenta una imagen similar. Los socios se ocupan de una ínfima proporción de las causas que lleva el estudio. La gran mayoría es llevada por abogados recientes o estudiantes. La labor de éstos va mucho más allá de la mera procuración; a menudo todo el proceso es seguido por ellos, no apareciendo del abogado titular más que la firma.

Ante esta situación observamos que las tareas de los delegados no son reconocidas por el orden jurídico vigente y que los beneficios de esas tareas son percibidos por los delegantes. Ahora bien, si se exigiera que se cumpla con el orden

jurídico, probablemente los delegados afirmarían que no pueden abarcar todas las tareas que se les imponen, siendo ésa la causa de la delegación. El argumento es válido y da sustento a la siguiente afirmación: el orden jurídico no se puede cumplir, tal como está, en la realidad y urge cambiarlo para que se logre una cierta coherencia y se protejan los derechos, no sólo de los delegados, sino también de aquellos que usan esos servicios (litigantes, alumnos y clientes) para que no se llamen a engaño sobre el funcionamiento real de los mismos.

INDICE

Editorial 1994.....	7
---------------------	---

LECCIONES

Bruzzone, Gustavo, El error sobre los elementos normativos del tipo: entre los criterios de racionalidad final y la coherencia dogmática	13
Córdoba, Fernando, Error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación	33
Freeland López Lecube, Alejandro, El Derecho penal de la integración europea y las perspectivas en nuestro Mercosur	51
Marí, Enrique, El concepto de posmodernidad de André-Jean Arnaud y Boaventura de Sousa Santos en la Sociología del Derecho	79
Williams, Silvia Maureen, El Derecho internacional y los vuelos espaciales tripulados	91

ENSAYOS

Abregú, Martín - Dulitzky, Ariel, Las leyes "ex post facto" y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de Derecho internacional a ser aplicadas en el Derecho interno	117
Chodos, Sergio, El sistema de protección interamericano de derechos humanos: los informes de la Comisión Interamericana. Los pedidos de opinión consultiva y las obligaciones de los Estados partes	177

Santos, Marcela - Acero Mango, Haydée, Mujer y criminología	195
Varacalli, Daniel C. - Picasso, Sebastián, Responsabilidad precontractual y poscontractual	209

UNIVERSITARIAS

Passarella, Leandro Martín, El profesor Manuel Atienza .	243
--	-----

MISCELANEAS

Varacalli, Daniel Carlos, Joyitas del "Common Law"	267
--	-----

LECCIONES

**EL ERROR SOBRE
LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO:
ENTRE LOS CRITERIOS DE RACIONALIDAD FINAL
Y LA COHERENCIA DOGMÁTICA**

GUSTAVO BRUZZONE

I. La elaboración de una investigación en el ámbito de la dogmática jurídico penal necesariamente debe partir de algún "fin". Aunque parezca paradójico la meta se antepone y, en cierta medida, determina toda la tarea en diferentes niveles.

Uno, específico, que intenta demostrar una tesis en particular y, dentro de lo posible, con pretensiones de ser lógica y cerrada respecto del sistema de la teoría general que se acepta como válido, y otro con la aspiración de otorgar soluciones más seguras, justas y efectivas para todos los actores del Derecho penal.

Teniendo claro esto, se pueden arriesgar diferentes tesis particulares para saber hasta qué punto son sistemáticamente consistentes y adecuadas a los criterios antes mencionados de seguridad, justicia y efectividad.

Las soluciones propuestas para los supuestos de error sobre elementos normativos del tipo se enmarcan, también, dentro de esta problemática.

II. En primer lugar se debe señalar que carecemos de una definición operativa para dar respuesta al problema del error sobre los elementos normativos que el legislador utiliza en la redacción de los tipos penales.

Para distinguir entre elementos descriptivos de los normativos del tipo penal, la caracterización realizada hasta el momento se podría describir de la siguiente manera: las cir-

cunstancias de hecho descriptas en los tipos penales pueden ser captables en forma, más o menos, directa por medio de los sentidos (empírica) o requerir una exigencia comprensiva que supera el estadio sensorial por constituir referencias valorativas jurídicas o prejurídicas, que suponen, para su captación, de la elaboración intelectual de un mayor cúmulo de información que la obtenida exclusivamente por la vía sensorial.

Pero, por otra parte, la interpretación del texto y contexto de las palabras con que el legislador construye las circunstancias de hecho de los tipos penales, constituye un punto de referencia ineludible para poder establecer su sentido y, en consecuencia, las exigencias y posibilidades de captación.

Si partimos de la afirmación de que el autor debe conocer las circunstancias de hecho descriptas en los tipos penales para que se le pueda reprochar la realización de una conducta delictiva, no resulta claro cuál es el objeto de ese conocimiento: si exclusivamente la base empírica de las circunstancias de hecho, su sentido o significado social, una forma intermedia, o ambas a la vez.

Pareciera que el mero conocimiento empírico de las circunstancias de hecho no es suficiente para poder reprochar al autor. Por ejemplo: el conocimiento de un papel escrito con tinta no constituye el conocimiento de que ese papel es, jurídicamente, un cheque.

También pareciera que no sería necesario para reprochar al autor que éste tuviera que conocer con la precisión de un jurista qué es un cheque. Bastaría con la valoración paralela a la jurídica que tiene el autor en concreto o incluso se puede hacer referencia a la valoración paralela que entendemos debe existir en cabeza de los que no son juristas. En este segundo sentido, por el proceso de internalización de pautas culturales podemos afirmar que existe un nivel de conocimiento al que cualquier persona mínimamente socializada pudo acceder.

Con ello quedan establecidos tres niveles diferentes de conocimiento:

- a) el del jurista;
- b) el del lego como nivel mínimo;
- c) el del autor en concreto.

A los efectos de la imputación del hecho criminal el tercero es el más importante, mientras que el segundo marca el límite de tolerancia posible sobre las posibilidades de error.

Esta es, en líneas generales, la posición de la doctrina desde que en 1968 el discípulo de Welzel, Karl Heinz Kunert¹, se ocupara del tema por expresa indicación de su maestro a efectos de dar por concluida la querrela que mantenía con los partidarios de la teoría del dolo, quienes insistentemente le señalaban que ante el yerro sobre elementos normativos del tipo era imposible distinguir entre error de tipo y de prohibición. Ello pone de manifiesto que lo que se está discutiendo en realidad son las cuestiones relativas al conocimiento que fundamenta el dolo; por ello, y a efectos de defender su concepto de *dolo natural*, los finalistas debían desentenderse en forma tajante del problema. Pero los elementos normativos siguieron allí marcando la inconsistencia de la ficción que sostiene que el autor puede conocer acabadamente los elementos del tipo sin conocer la antijuridicidad de lo que hace.

III. Por ello, a mi criterio, en el marco de este trabajo la tesis particular que ofrece una mejor hipótesis de trabajo es la más polémica; es decir, aquella que se oponga a una teoría a punto de situarse fuera del sistema.

En efecto, si se afirmara que el objetivo de esta investigación es intentar corroborar la siguiente tesis: *el error sobre un elemento normativo mencionado en el tipo debe ser tratado con las reglas del error de prohibición y no con las del error de tipo*. En relación a esta tesis se podrían efectuar diferentes observaciones según se atiende a la cuestión desde la teoría del dolo o desde la de la culpabilidad —en este punto, tanto en su versión estricta como limitada—. Parece claro que el mayor número de objeciones provendrían de los partidarios de la segunda. De todos los argumentos posibles, quizás el más contundente esté dado por la afirmación de que tratándose de un elemento considerado como integrante del supuesto de hecho típico, las reglas del error que se le deben aplicar sólo pueden ser las del error de tipo, toda vez que el dolo se constituye por el conocimiento y la voluntad de realizar todos aquellos elementos que integran el tipo.

¹ *Die Normativen Merkmale der Strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1968, W. de G., p. 1; para diferenciar, ante los casos polémicos, unos casos de otros, propicia ya al iniciar su trabajo una regla por exclusión basada en la constatación general de que los elementos descriptivos del tipo conciernen circunstancias cuya apreciación de fondo puede ser constatada y tener sentido sin un mayor esfuerzo de interpretación; todos los demás elementos son de clase normativa.

Si el elemento normativo es un elemento más del tipo, la tesis, en principio, y siempre desde la teoría de la culpabilidad, no se podría sostener. Una solución posible sería revisar la definición y función que les otorgamos, o efectuar alguna aclaración respecto de la especie de conocimiento exigido por el dolo. Es decir, sólo situando a los elementos normativos fuera del tipo y con una función diversa a la que hoy se le reconoce, la tesis podría aspirar a ser aceptada. Ocorre, sin embargo, que la fundamentación que en este sentido podrían dar los partidarios de tal teoría podría llevarlos a incurrir en contradicciones o a inconsecuencias con sus puntos de partida².

La razón por la cual no es posible llegar a una fácil comprobación de la tesis expuesta, sin embargo, reside en que, en el paradigma hoy vigente en la ciencia jurídico penal, el lugar sistemático que ocupa un elemento determina las consecuencias que se producen tanto en materia de error, como en lo relativo a la tentativa y la participación³.

Los elementos normativos, pese a sus especiales características, siempre han sido considerados como una circunstancia integrante del supuesto de hecho típico (del tipo) y, por ello, objeto de conocimiento del dolo (natural), ámbito en el cual, para la teoría de la culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad es irrelevante. Esto es importante para comprender de qué manera los partidarios de la teoría de la culpabilidad se vieron obligados a analizar esta clase de elementos, en donde, por regla general, encontramos expresado el *sentido social total de un suceso*, o dicho con otras palabras, *qué es lo que expresa el sentido antisocial total de un comportamiento*. La tajante separación entre dolo y conciencia de la antijuridicidad debía ser mantenida pese a advertirse la existencia de circunstancias de hecho que parecían estar referidas directamente a la antijuridicidad⁴.

² Ver en este sentido Bruzzone, Gustavo, "¿Un regreso a la distinción error de hecho y de derecho?", en D.P., 1992, nros. 57 y 58.

³ Así, como lo expone Claus Roxin en *Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*, trad. de Enrique Baciglupe, Depalma, Buenos Aires, 1979, ps. 29 y sigs.; al mencionar que la significación práctica de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico reside, ante todo, en el ámbito de la teoría del error, en la tentativa y en la teoría de la participación, ello, obviamente, en el marco de las estructuras lógico-objetivas elaboradas por Welzel.

⁴ El "descubrimiento" de los elementos normativos del tipo es atribuido a Max Ernst Mayer, quien ya planteaba lo expresado. Cfr. Roxin, Claus, op. cit., ps. 60 y sigs. Asimismo, ver nota 45 del presente trabajo.

Los elementos normativos del tipo han planteado problemas dogmáticos desde la aparición del tipo penal de *Belang* en 1906⁵. Entre esa fecha y 1930, en que se publica *Die Lehre von Tatbestände*, se producen varios trabajos de importancia referidos a cuestionar la neutralidad valorativa que se le atribuye al tipo penal. Quizás, el más importante de ellos sea el *Lehrbuch* de Max Ernst Mayer, en 1915⁶, donde se describe por primera vez la categoría de los elementos normativos del tipo y se dedica especial atención a los elementos subjetivos del tipo. Las circunstancias normativas rompió la relación tipicidad/descriptiva, antijuridicidad/valorativa, y los elementos subjetivos, a su vez, la relación injusto/objetivo, culpabilidad/subjetiva. Con estos factores el carácter neutral y objetivo del tipo se conmovió y, en cierta medida, nunca se pudo recuperar, salvo en la posterior elaboración que hiciera el finalismo desde los elementos subjetivos, trasladando lo objetivo y lo subjetivo dentro del tipo, y por los claros límites que le otorgó a los elementos normativos, mediante la utilización de la teoría estricta de la culpabilidad que, desde el error, fijó los límites de lo descriptivo y valorativo en la teoría del delito.

El especial significado que los elementos normativos tienen para la teoría del tipo penal surge en cuanto estos elementos estorban la claridad de las relaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad y, con ello, afectan la columna vertebral sobre la que se asienta la distinción entre el error de tipo y el de prohibición⁷.

IV. Pero ese no es el único problema que han planteado. Saliendo del tipo del error y tipo sistemático, vistos desde el tipo garantiza los problemas que se advierten son diferentes y, en principio, no guardan conexión con aquéllos.

Desde esta perspectiva los elementos normativos que el legislador utiliza en la construcción de los tipos penales han sido vistos como una violación al mandato de certeza que se desprende del principio de legalidad. La aclaración de qué entendemos por concepto indeterminado y hasta qué punto pueden los jueces integrar un concepto en el momento de fa-

⁵ *Die Lehre von Verbrechen*.

⁶ *Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, 2ª ed. de 1928.

⁷ Cfr. Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado*, T. III, p. 385.

llar, nos puede ofrecer una vía para diferenciar el género normativo de la categoría especial de elementos indeterminados.

La vaguedad y la ambigüedad, que son de la esencia del lenguaje, impiden que exista plena vigencia del mandato de certeza. De allí que la concreción de los conceptos, en general, deba buscarse en su universo de referencia.

La afirmación genérica de que los elementos normativos del tipo constituyen un ataque al mandato de certeza es falsa. Desde la óptica del tipo-garantía los únicos elementos normativos que implican una vulneración al principio de legalidad, más allá de lo tolerable, son los de valoración cultural.

La indeterminación de los elementos normativos de valoración cultural viene dada por dejar absolutamente librado al criterio judicial su integración, en base a consideraciones morales y éticas, que exceden su función.

Si bien el ideal sería su erradicación definitiva, por la índole de lo que se pretende castigar, pareciera, por el momento, que no podemos prescindir de ellos. La tendencia legislativa tiene que dirigirse a determinar cuáles son, en particular, las conductas que se quiere sancionar por medio del Derecho penal material.

La tendencia debe orientarse a frenar el activismo judicial moralizante. Para ello la sanción de leyes que prevean "órganos más adecuados" para la determinación de cuál es el alcance de un elemento normativo de valoración cultural es perfectamente viable. En esta cuestión se debe actuar con suma cautela ante la posibilidad de afectar conductas que no sólo son lícitas, sino que son necesarias para el progreso y desarrollo cultural de una sociedad.

Los elementos normativos extra-jurídicos referidos a alguna ciencia auxiliar del Derecho penal no constituyen un ataque al mandato de certeza más allá de lo tolerable. Son adecuados para delimitar las conductas punibles. No obstante, pueden presentar algunos reparos en lo tocante a la delimitación de conceptos como "enajenado", "privado de razón", etcétera, por la arbitraria clasificación que hacemos de la locura.

Los elementos normativos jurídicos contienen un alto grado de determinación y, por ello, se presentan como indispensables para:

a) la descripción de tipos penales y reglas de la parte general del Derecho penal, ante el nivel de especialización alcanzado por su dogmática;

b) para la delimitación de conflictos provenientes de nuevas (o viejas) formas de conducta que hoy se consideran disvaliosas.

En este punto vemos, una vez más, de qué manera un Derecho penal que aspire a contribuir en facilitar soluciones racionales a los conflictos sociales debe anteponer los fines a las construcciones dogmáticas, tendiendo a integrar todas las disciplinas que operan sobre un hecho criminal.

La problemática aquí esbozada no ofrece grandes dificultades dogmáticas.

La aproximación hecha de los problemas que los elementos normativos presentan para el tipo-garantía nos permite ingresar, con algunos elementos de base, en el ámbito donde verdaderamente han ocupado a los dogmáticos. El terreno donde los elementos normativos del tipo han planteado la mayor cantidad de problemas, desde su aparición.

Pero evidentemente la aclaración de los conceptos que se intenta realizar desde el tipo-garantía fue indispensable para, luego, poder extraer consecuencias en los ámbitos mencionados. En este punto puede anticiparse que no puede tener la misma regulación un error sobre un elemento normativo jurídico que uno extra-jurídico de valoración cultural. Como vemos, las generalizaciones no son apropiadas en ningún caso.

V. Volviendo sobre el actual esquema de la teoría del delito, y muy especialmente desde la elaboración de la teoría de la culpabilidad, el actual paradigma existente en el ámbito de discusión jurídico penal determina que la posición sistemática que ocupa un elemento impone las consecuencias que se van a producir en materia de error. De allí que los dogmáticos se ocupen de delimitar claramente cuál es la ubicación sistemática de los elementos con los que opera.

No obstante, actualmente esta afirmación puede ser puesta en duda. Los siguientes problemas pueden servir como ejemplos:

a) Los denominados *elementos del deber jurídico* o *especiales elementos de la antijuridicidad*, pese a encontrarse mencionados en la descripción del hecho punible, no se rigen por las reglas del error de tipo sino por las del error de prohibición. Esta postura es sostenida por los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, enrolados en lo que puede denominarse finalismo ortodoxo. El argumento que utilizan

para llegar a esta conclusión es dogmático: la antijuridicidad, por más que se encuentre mencionada en la descripción típica, no pierde su carácter, debiendo distinguirse, por otra parte, tipo penal de descripción legal⁸.

b) Saliendo del marco de la teoría estricta de la culpabilidad, su versión limitada entiende que al error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación se les deben aplicar las reglas del error de tipo⁹.

c) El axioma según el cual el error de punibilidad carece de relevancia penal ha intentado ser sorteado por la incorporación de elementos de esa categoría en otra para hacerlo relevante. Pero se ha indicado a este respecto que, en definitiva, lo que determinará que un error sobre la punibilidad sea relevante no provendrá de la ubicación del elemento sino de la vigencia del axioma que le reconoce relevancia o no¹⁰.

Estos ejemplos se pueden unir a muchos otros en donde los dogmáticos han intentado, por partir del paradigma mencionado, ubicar elementos en uno u otro nivel de análisis con la finalidad de extender o limitar la punibilidad.

Estos intentos pretenden mantener con la coherencia interna del sistema dogmático del que parten. Actualmente, inclusive, se está abriendo camino la opinión que estima conveniente incorporar, en la teoría del delito, una nueva categoría, para responder satisfactoriamente a la solución de casos que ofrecen serias dudas a la hora de intentar ser ubicados sistemáticamente¹¹.

⁸ Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Tipo y Error*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973, p. 88; asimismo, Sancinetti, Marcelo en el comentario bibliográfico al libro mencionado en N.P.P., año 3, 1974, número único de homenaje a Hans Welzel, ps. 427 y sigs.

⁹ Joshi Jubert, Ujala, "El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo", A.D.P.C.P., 1987, ps. 697 a 720.

¹⁰ Bacigalupo, Enrique, *Delito y Punibilidad*, Civitas, Madrid, 1983.

¹¹ Günther, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtswürdigkeit: Studien zur Rechtswidrigkeit als Strafmerkmal und zur Funktion des Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Colonia, 1983. Asimismo, Bacigalupo, Enrique, quien justifica la adopción de la categoría de la "responsabilidad por el hecho" (que en su Monografía llama "atribuibilidad") poniendo en duda el tratamiento sistemático de los siguientes problemas: estado de necesidad exculpante, los agrupados por Lenckner bajo la denominación de "meras autorizaciones de acción", las situaciones análogas a la legítima defensa y el estado de necesidad y las causas materiales de exclusión de la pena, situaciones que entiende deben justificar la incorporación de ese nuevo nivel de análisis entre el injusto y la culpabilidad.

En general, la forma en que se comprueba la coherencia interna de una teoría se realiza mediante la constatación de sus consecuencias desde el error, la tentativa y la participación. Las soluciones discordantes son, en general, rechazadas, aunque existen ejemplos en los que se mantienen soluciones como excepciones a la regla pero recalcando en todos los casos su carácter excepcional.

VI. Sin embargo, hoy en día, cada vez con mayor frecuencia, se sostiene que la lógica interna de los sistemas dogmáticos va quedando de lado y la aceptación de las soluciones dogmáticas viene dada exclusivamente por sus "consecuencias". Se afirma, en este sentido que (con cierta gravitación de las teorías de la prevención general positiva) nos encontramos ante un proceso de cambio en la fundamentación del Derecho penal, que exige de la *racionalidad final* (*Zweckrationalität*), como parámetro de legitimación¹².

Esta afirmación, en principio, no representa ninguna novedad. Lo que no se puede presentar como novedoso pareciera ser, a mi criterio, lo que siempre agitó la discusión jurídica, con especial repercusión sobre la labor dogmática. Incluso en los momentos del más puro conceptualismo. Por ejemplo, en materia de error: en los tiempos en que regía el principio de que el *error iuris nocet*, los dogmáticos admitieron el denominado error de Derecho extra penal, que en sí mismo era una total contradicción, para limitar los efectos injustos del principio, especialmente cuando se reconocía vigencia al principio de culpabilidad¹³.

Los partidarios de la teoría del dolo, por su parte, limitaron, por razones político criminales, los márgenes de impu-

¹² Vid. Pérez Manzana, Mercedes, "Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva", tesis doctoral, inédita, presentada en la Universidad Autónoma de Madrid en mayo de 1988.

¹³ Cfr. v. Weber, Hellmuth, "Sobre el error iuris en las más modernas tendencias jurídicas alemanas", tr. de Quintano Ripollés en A.D.P.C.P., 1965, pá. 9 a 21; dice: "La falta de fundamento lógico de la teoría discriminatoria entre el error penal y extrapenal no entró, sin embargo, consecuencias penales en la práctica. En ella el *Reinckengericht* se limitó a optar por una u otra especie de error, según la relevancia que se le otorgara en un caso determinado y concreto, con lo que la misma indeterminación del concepto vino a posibilitar justas decisiones jurisprudenciales, que, por sus concretos resultados, han merecido la aprobación de la doctrina, incluso la más reciente", p. 14.

nidad a los que conducían sus planteamientos originarios mediante la reelaboración del alcance de la conciencia de antijuridicidad, que de formal pasó sólo a requerir conciencia en la antijuridicidad material, es decir, de la dañosidad social de la acción.

A su vez, como ya señalé, dentro de los partidarios de la teoría de la culpabilidad, la versión limitada propone para los supuestos de error sobre eximentes, el tratamiento más benigno del error de tipo. Independientemente de las actuales fundamentaciones de esa solución¹⁴, esta teoría, en su origen, reconoce la de los elementos negativos del tipo que, como ha señalado Graf zu Dohna, se originó exclusivamente en el intento de que ciertos errores, considerados irrelevantes, fueran alcanzado por el § 59 del StGB de 1871¹⁵.

Atrás de todos estos ejemplos siempre hay motivos de justicia material o, mejor dicho, razones que influyen para que se reviertan situaciones que el sentimiento jurídico de una comunidad considera inapropiadas o injustas, por ello la cuestión no es nueva, ni mucho menos.

El origen mismo del finalismo, aunque luego se convirtiera en una de las muestras más acabadas del conceptualismo jurídico, debe buscarse en esa dirección; es decir: con esa "fijalidad". Las estructuras lógico objetivas de Welzel dieron "un nuevo ropaje, más admisible, a las viejas tesis iusnaturalistas, subrayando la fecundidad y sobresaliente importancia que para los cultivadores del Derecho tienen los criterios éticos en una época que amenaza sucumbir al más extremado positivismo jurídico"¹⁶. El clima que se vivió en la Alemania de post-guerra, la vuelta al iusnaturalismo, esta vez anclado en la

¹⁴ Sobre el estado actual de la discusión cfr. Paeflgen, Hans-Ulrich, "Anmerkungen zum Erlaubnisstatbestandsirrtum", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pá. 299 y sigs. En España, especialmente en relación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cfr. Joshi Jaber, Ujela, loc. cit.

¹⁵ La estructura de la teoría del delito, tr. de Fontán Balestra con E. Priker de la 2ª ed. alemana de 1941, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, donde se dice: "Para fundamentar la subsección teóricamente defectuosa de esa variante (creencia errónea de la existencia de una situación de hecho que, por haber existido, excluía la antijuridicidad) en el § 59 (StGB de 1871), se insistió expresamente la teoría de las circunstancias de hecho negativas" (lo subrayado me pertenece), p. 79.

¹⁶ Vid. la introducción de José María Rodríguez Devesa, pág. X a La doctrina de la acción finalista de José Arturo Rodríguez Muñoz, 2ª ed., Valencia, 1978.

"naturalidad de las cosas", ha sido puesto de manifiesto en importantes trabajos¹⁷. Las corrientes filosóficas que se generan en ese momento o, mejor dicho, que cobran fuerza no obstante reconocer puntos de partida diferentes y ser, incluso, opuestas, "tenían en común la preocupación por buscar vías de superación del positivismo jurídico al que se atribuía la responsabilidad directa de la situación de arbitrariedad legal que padeciera Alemania a partir de 1933". Radbruch, Ballweg, Fechner, Maibhofer, Schambeck, Stratenwerth y Weizel fueron algunos de los autores que se enmarcaron en esa dirección.

La tesis sostenida por Garzón consiste, precisamente, en lo contrario. Para él "la explicación de la arbitrariedad legal durante la época nacional socialista a través de la actitud iuspositivista es histórica y conceptualmente falsa". Por el contrario, la vigencia de un iusnaturalismo cargado de una buena dosis de irracionalidad en conjunción con un decisionismo que vota en el Führer al "único legislador", de quien dependía en última instancia la validez de las normas se presenta cada vez más claramente como candidato adecuado para explicar lo sucedido en el campo del Derecho entre 1933 y 1945 en Alemania¹⁸. En realidad, siguiendo los argumentos de Garzón se puede agregar apelando a Nino, que "al lado del iusnaturalismo abierto que descalifica como Derecho el orden positivo que no cumple con ciertos cánones valorativos, se encuentra el iusnaturalismo encubierto y conservador que juzga todo orden coactivo como portador de determinados valores positivos"¹⁹. Esta actitud ha sido calificada de "pseudopositivista" (Roca) o "cuasipositivista" (Carrió). En realidad el nazismo utilizó el argumento positivista *ex-post*, es decir, al momento de ser juzgados pero no antes²⁰.

Lo que se puede advertir es que, actualmente, lo que antes se hacía de manera inconsciente o encubierta en una pre-

¹⁷ Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho y "Naturalidad de las Cosas". Análisis de una Nueva Visión del Derecho Natural en el Pensamiento Jurídico Penal Contemporáneo*, Universidad Nacional de Córdoba, 1970; especialmente en la introducción que realiza al libro del que es compilador *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona, 1988, pp. 5 a 41.

¹⁸ *Derecho y Filosofía*, cit., p. 7.

¹⁹ *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencias particular a la dogmática penal)*, UNAM, México, 1974, p. 29.

²⁰ Sobre el marco ideológico, histórico y cultural en que se gestó la teoría final de la acción de Weizel, cfr. "Los orígenes filosóficos de la teoría final de la acción" de Monika Frommel, en A.D.P.C.P., 1989, pp. 621 a 632.

tendida pureza dogmática hoy se hace expresamente y con una clara intención de limitar el protagonismo alcanzado por la dogmática penal frente a otras disciplinas que se ocupan del análisis del delito desde otras perspectivas, en un intento por obtener, quizás, una ciencia global como pretendía von Liszt.

Esta tendencia, dirigida a la obtención de soluciones más racionales en su constatación con la realidad, viene propugnada modernamente, entre otros, por Roxin²¹ desde los fines de la pena en función de política criminal, por Hassemer²², apelando a la orientación de las consecuencias desde un enfoque multidisciplinario y, por Jakobs²³, atendiendo a la funcionalidad de las soluciones.

Evidentemente, el tratamiento dogmático de los elementos normativos del tipo también se ha visto conmovido por esa forma de razonar que aspira a obtener soluciones más justas. Por las soluciones propuestas para el error sobre esta clase de elementos por algunos dogmáticos españoles podemos tener una idea de la forma en que las actuales tendencias vienen influyendo sobre la discusión dogmática²⁴, pudiendo afirmarse que cuando se proponen esas soluciones se está pensando más en un cierto conjunto de delitos que en una regulación general²⁵.

Sobre esta cuestión, y desde una perspectiva global, Roxin sostiene, sobre los problemas del error, que "no es posible medir el valor de una teoría sólo respecto a si ella es en sí misma y en el sistema que representa, lógica y cerrada. La corrección de una teoría debe verificarse con respecto a un patrón exterior a ella. El juez superior sobre una teoría juri-

²¹ Cfr. especialmente, en *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. de Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972.

²² *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1982.

²³ *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, y *Strafrecht, AT, Grundlagentext und die Zurechnungslehre*, W. de G., Berlín, Nueva York, 1983.

²⁴ Cfr., en particular, Bacigalupo, Enrique, "El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad y la prohibición", en *Comentarios a la Legislación Penal*, T. V, Vol. 1.º, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1985, pp. 69 y 70, donde propone una solución más "adecuada a una mejor distribución de los riesgos de la vida social", y, en general todo el libro de Muñoz Conde, Francisco, *El Error en el Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

²⁵ En el caso de Muñoz Conde parece claro en el tratamiento que propone para los delitos económicos, *loc. cit.*, p. 103.

dica será siempre la idea del Derecho⁷⁶. Para él "el hecho de que se quiera fundamentar la solución de los problemas del error" a partir del resultado "sancionatorio al que se llega, no justifica reproche alguno. Una regulación del error debe ser en lo posible justa. Este objetivo sólo puede alcanzarse en la medida en que de su aplicación se deriven resultados razonables y merecedores de aprobación. Si se quisiera tratar al error sin consideración de los resultados, haciendo depender a estos de consideraciones abstractas sobre la posición sistemática y la naturaleza dogmática del concepto de tipo, se partiría de un método falso. Los problemas del error tienen que resolverse en primera línea a partir de ellos mismos"⁷⁷.

Ahora bien, y no obstante compartir estos argumentos en general, pareciera que una solución a estos problemas atendiendo exclusivamente a los resultados, pero sin hacerlos gravitar como factores que permitan alterar el sistema, es, en principio, peligrosa. Si es cierto que los jueces se motivan solamente atendiendo a criterios de punibilidad del hecho —si éste es o no merecedor de castigo—, entonces hay algo que falla dentro del sistema y nos impide dar una solución justa a ciertos casos. De lo que se trata, en consecuencia, es de realizar, ante cada caso injusto, un nuevo esfuerzo de corrección de la teoría. Por inciertos que sean algunos conjuntos de casos ello no debe llevar aparejado una renuncia total al sistema dejando todo librado a la solución, que en una apariencia de mayor justicia, mejor se adapte al caso particular. Aquí es donde la labor dogmática debe ponderar entre el fortalecimiento por renovación del sistema o la implementación de un método tópico.

Entre nosotros los esfuerzos de Zaffaroni y Sancinetti para dar una respuesta a la cuestión nos pueden servir de ejemplo.

Al momento de escribir su *Tratado* Zaffaroni se ocupaba de la cuestión en los siguientes términos: "La tendencia a destruir el sistema no ha prosperado en el campo penal, donde importaría un serio retroceso en detrimento de la seguridad jurídica. Una tendencia jurídica a resolver las cosas particulares sin derivar la solución de premisas generales, sino de los factores reales que concurren al problema, fue ensayada par-

⁷⁶ *Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*, trad. de Enrique Bacigalupo, Depalma, Bs. As., 1979, p. 160.

⁷⁷ *Razin, Teoría del Tipo*..., cit., p. 175.

tiendo de la tónica de Aristóteles y Cicerón por Viehweg, lo que causó cierto revuelo en el pensamiento jurídico de hace algunos años, pero sin mayor consecuencia en el terreno de nuestra ciencia²⁸. Hoy se refiere a esta cuestión en forma mucha más relativa, llegando a justificar la apelación a soluciones "tópicas" por parte de la *agencia judicial* a la hora de evaluar la culpabilidad por la vulnerabilidad²⁹. Concededor de la labor judicial y sincerándose llega a sostener que "es usual que algunos jueces —los menos burocratizados o los que no se han deteriorado canalizando su agresividad contra los criminales— fuercen un tanto los argumentos o extremen el cuidado para evitar la imposición de una pena o por imponer la más leve posible"³⁰.

Como se puede advertir, y aunque él pretenda defender la necesidad de coherencia del sistema, los puntos de partida tendrán validez sólo en función de las consecuencias que, en su caso, implican, genéricamente, la *no utilización del Derecho penal o la no aplicación de penas para resolver conflictos sociales*. Todo ello lo debe conducir necesariamente a dejar de lado el sistema. Entre ello y dejar de lado absolutamente el discurso dogmático hay un camino muy corto.

El caso de Sancinetti, por el contrario, constituye un esfuerzo notable por ser coherente con sus puntos de partida pero evitando caer en los peligros a los que puede conducir un Derecho penal exclusivamente subjetivo, sobre todo en materia de tentativa irreal o supersticiosa.

Sobre los aspectos generales de las consecuencias a las que conduce su postura dice:

"En este sentido, la teoría del ilícito necesita hoy, más que una investigación vertical, que analice la fundamentación teórica normativa del concepto de ilícito —y de la exclusión del ilícito (justificación)—, de una investigación horizontal, que demuestre qué es lo que debe suceder, en cada aspecto del

²⁸ T. III, p. 133. El Tratado de Zaffaroni es de 1961.

²⁹ Cfr. *En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimización y Dogmático Jurídico-Penal*, Ediar, 1989, Bs. As., p. 284 y sigs. Expressamente se pregunta si se pretende una nueva "tópica"? Aquí también se cita a Viehweg, pero evidentemente la influencia de Louk Hulsman —a quien le dedica el libro citado— que se menciona en el Tratado (p. 133) en relación a este tema se acentúa desde una visión crítica de la dogmática y deslegitimante del sistema penal en general.

³⁰ *Las Penas...*, cit., p. 285.

sistema de la teoría del delito, si se acepta un punto de vista que circunscribe verdaderamente el concepto de injusto al ilícito personal. Mucho más cuando el modelo de investigación dogmática de obras como las que produjo la escuela de Bonn, no es ya el estilo de la dogmática actual, mucho más preocupada que antes por su relación con las ciencias empíricas y por su 'orientación a las consecuencias' en lugar de atender al continuo mejoramiento de la formulación de los fundamentos teóricos del sistema"²¹

Y agrega:

"Este último aspecto, el de determinar las consecuencias horizontales del ilícito personal, constituye, en realidad, el objetivo más deseado de esta investigación. Y lo es, justamente porque sólo después de conocer las consecuencias de un determinado concepto de ilícito, o de delito, se puede decir si él es más 'autoritario' que 'liberal', más 'correcto' o no, o, mejor: más justo. Es decir, únicamente gracias a ello se puede resolver y corroborar el acierto del punto de partida mismo. Pues los resultados valorativos funcionan, en la ciencia del Derecho, de una manera similar a como las experiencias en las ciencias empíricas. Una determinada teoría jurídica es 'falsada' —adoptando, *mutatis mutandis*, esta idea propia de la filosofía de la ciencia (de la ciencia empírica)— cuando los resultados valorativos de la teoría no se corresponden con una solución razonable, al menos queda falsada si eso sucede inclusive desde el punto de partida valorativo del defensor de la teoría misma"²².

Concluyendo a este respecto de la siguiente manera:

"Naturalmente, la teoría se muestra lisa y llanamente como falsa, si encierra contradicciones, si principios opuestos son aplicados conjuntamente, es decir si los puntos de partida son abandonados al resolver los casos concretos"²³.

Ahora bien, en el acápite que le dedica al arrepentimiento activo en la tentativa acabada dice:

"El punto de partida tiene que ser aquí el de la irrelevancia del arrepentimiento activo ineficaz. ¿Por qué puede decidir ahora el desenlace efectivo? Porque el ilícito como tal, está absolutamente completo y sería político-criminalmente irrazonable que todo autor que hubiese llevado a cabo la me-

²¹ *Teoría del Delito y Discador de Acción*, Hammurabi, Bs. As., 1991, ps. 11 y sigs.

²² *Idem*.

²³ *Idem*.

*por acción de salvamento posible que estuviera a su alcance tras la última decisión de afectación del objeto de bien jurídico, quedará impune por haber hecho todo lo posible desde el punto de vista del 'valor de acción' contenido ciertamente en el arrepentimiento activo*³⁴.

Como se puede advertir, la necesidad de dar una respuesta político-criminalmente razonable lo conduce a efectuar una renuncia de coherencia sistemática. El impacto, como vemos, también se produce en él, pero sin llegar a tener las consecuencias que tienen en Zaffaroni.

Asimismo, en punto a la fundamentación se deben tener muy presentes las actuales investigaciones de Sancinetti. Como se ha señalado³⁵, la propuesta teórica de Welzel tuvo dos grandes postulados. El más difundido de ellos fue el que se refirió casi exclusivamente al aspecto subjetivo como principio rector del Derecho penal que dio claramente origen el finalismo. El otro, poco trabajado hasta el momento entre nosotros, se ubica en el componente social del sistema de Welzel y se enfoca primordialmente a la consideración de las relaciones sociales.

Los factores que determinaron el desarrollo del primer postulado se deben, entre otros, a que el propio Welzel puso mayor énfasis en la intencionalidad como elemento básico de su sistema, en que los críticos se concentraron casi exclusivamente en este aspecto y al hecho determinante de que sus discípulos continuaran su obra centrando sus esfuerzos en el perfeccionamiento del aspecto subjetivo del ilícito.

Entre esos discípulos se encuentra Enrique Bacigalupo, maestro de Sancinetti. Si bien él nunca llegó a sostener una posición tan extrema como la que hoy sostiene su discípulo, es el responsable inmediato, con su magisterio y su obra, de haber generado sus ideas subjetivistas. Con el impulso inicial y directo de Bacigalupo e indirecto de Armin Kaufmann y Diethard Zielinski, se puede afirmar que Sancinetti constituye, en lo atinente a las consecuencias dogmáticas, la posición más extrema y coherente del postulado subjetivista de Welzel.

Aunque no se acepte hablar de una "escuela de Bonn", esas ideas se vienen discutiendo en el seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn desde los tiempos en

³⁴ *Ibidem*, p. 394.

³⁵ Reyes Alvarado, Yeid, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", en Z.S.t.W. n° 1, 1993.

que lo dirigía Welzel. Bacigalupo y Sancinetti forman parte del grupo de argentinos que trabajaron y trabajan allí. Por ello no es casual que Sancinetti, desde el subjetivismo, se ocupe ahora de la postura —del actual director de ese seminario— Günther Jakobs, también discípulo de Welzel, pero que contrariamente al resto de sus discípulos, enfocó sus trabajos desde el componente social de la teoría de su maestro con consecuencias, hasta hoy, sumamente discutidas respecto de todos los aspectos y consecuencias que se derivan de las diferentes variantes e implementaciones de la teoría de la *imputación objetiva*.

Determinar hasta qué punto el subjetivismo sigue presente en la obra de Jakobs es la excusa de su actual investigación que se sigue desarrollando en el mismo marco físico e intelectual. Determinar las consecuencias es el verdadero tema de análisis pero manteniéndose siempre del más estricto discurso dogmático, incluso al proponer, referido a cuestiones de error, que se sacrifique una cuota del principio de culpabilidad (!). Ha dicho en este sentido: . . .

"Ninguna sociedad podría condicionar la eficacia de sus normas fundamentales a una duda bien concreta sobre la posibilidad de su infracción; pero sí, a su vez, el juicio es nada más que abstracto renacerá de nuevo el principio *error iuris nocet*. O se sacrifica una cuota del principio de culpabilidad en beneficio de la prevención general o se sacrifica la eficacia de la norma en beneficio del principio de culpabilidad: una alternativa que los juristas penales de cualquier teoría sólo hemos resuelto en apariencia"²⁶.

Las influencias de Jakobs —*prevención general positiva* mediante— aquí ya comenzaban a notarse de la misma forma que en la manera relativa de aproximarse a cuestiones de *fundamentación "correcta"* para la resolución de problemas. Ello antes le preocupaba más que la *solución*. De allí, por ejemplo, que criticara las soluciones —que consideraba adecuadas— de los fallos judiciales que se habían ocupado del error sobre la edad de la víctima en el delito de estupro por haber carecido, a su juicio, de una "correcta fundamentación"²⁷. Hoy reconoce este extremo y lo destaca en una nota agregada al texto original donde se puede advertir el giro

²⁶ *Sistema de la Teoría del Error en el Código Penal Argentino*, Hammurabi, Bs. As., 1990, p. 21.

²⁷ *Sistema...*, cit., p. 148.

operado de una posición que privilegia la lógica interna del sistema a otra que atiende a las consecuencias. Al ocuparse de la solución dada al caso por el entonces juez de sentencia Zaffaroni, sostenía "que un tipo penal sea calificado (agravado o atenuado) en relación a otro, es decir, que tenga un mejor derecho a ser aplicado por razón de especialidad, es una cuestión que responde a reglas, no a un mero arbitrio"³⁸. Y agregaba: "...no sería acertado creer que es factible (...) decidir libremente cuál es el tipo penal básico y cuál el calificado"³⁹. En el agregado que se realiza reconoce que "...la construcción como 'tipo atenuado' de uno, o 'agravado' del otro, se halla más condicionada por la plausibilidad de las soluciones a que se llegue en un caso, y en otro, en materia de error, que por el objeto mismo"⁴⁰.

Por ello incluso lo atinente al error, al ser relativo, puede ser pensado desde las consecuencias político criminales como expresamente se reconoce afectando exclusivamente la regla del *numerus clausus* de delitos imprudentes⁴¹.

Como se advierte, todo lo expuesto de ninguna manera conduce a delimitaciones conceptuales como hace Zaffaroni o, por ejemplo, Muñoz Conde, para quien es posible, en materia de error, elegir entre las disponibilidades dogmáticas atendiendo, desde los efectos, a la ubicación sistemática de los elementos⁴².

Pareciera, entonces, que lejos de tener que realizarse una renuncia a delimitaciones conceptuales, de lo que se trata es de analizarlas hasta el límite en que den por satisfechos aquellos requisitos, pero no aceptar las soluciones sistemáticas inconsecuentes con los patrones exteriores de justicia y seguridad jurídica para utilizar, inmediatamente, criterios orientados, supuestamente a una finalidad racional y que, quizá, respondan sólo a prejuicios o a consideraciones intuitivas. Si lo que se quiere defender es el principio de legalidad y una supuesta pureza dogmática⁴³ de la que se parte, la revisión debe

³⁸ Sistema..., cit., p. 118.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Nota agregada, Sistema... cit., p. 118 (sin bastardilla en el texto), el original publicado en D.P., año 1 (1978), nº 2, ps. 335 a 424.

⁴¹ Sistema..., cit., p. 22.

⁴² *El Error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 103.

⁴³ Dogmática que, pese a sus detractores, sólo ha traído una mayor seguridad a la hora de extraer conclusiones y ha supuesto un freno en la

darse dentro del sistema. De esta forma, a mi criterio, se evitara el *caso* y la *arbitrariedad*.

La pregunta referida a cuáles deben ser las consecuencias en materia de error sobre los elementos normativos del tipo, viene condicionada desde diferentes ángulos, y muy especialmente por la constatación de que el uso de elementos normativos se ha vuelto especialmente común para el legislador a la hora de describir las formas de criminalidad.

En España, por ejemplo, la aplicación de las reglas de los apartados primero y segundo del artículo 6º bis a) del Código Penal, especialmente el apartado segundo, conducirían a dejar impunes una enorme cantidad de casos, con lo que el efecto político criminal buscado por la incriminación de esas conductas correría el riesgo de perderse.

Por otra parte, una solución que atendiera al problema exclusivamente desde la óptica de las nuevas formas de criminalidad sería sumamente injusta para otros casos.

En consecuencia, la solución que se pretende dar al error sobre elementos normativos y que quiera mantenerse dentro de una teoría que la enmarque, debe contar con todas estas variables, para no incurrir en soluciones injustas o en inconsistencias sistemáticas.

Un buen punto de partida para iniciar esta investigación se encuentra en delimitar, dentro de lo posible, las categorías en análisis y el impacto que suponen para la tipicidad, o más precisamente, para el tipo en sus diferentes acepciones.

La aclaración de conceptos es indispensable para poder obtener algún resultado válido.

actividad discrecional de los jueces. Cfr. Nino, *op. cit.*, p. 32. En forma por demás elocuente en defensa del discurso dogmático aclarando su finalidad ver Ruseoní, Maximiliano, "El pensamiento dogmático en el banquillo: la falsa antinomia 'justicia material o sistema', *No hay Derecho*, nº 8, XII-92, Bs. As., p. 15.

**ERROR SOBRE PRESUPUESTOS OBJETIVOS
DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACION**
¿Error de tipo, de tipo permisivo o de prohibición?

FERNANDO CORDOBA

I. Hoy se afirma, prácticamente sin discusión, que una acción será antijurídica si realiza un tipo penal y no concurre en favor de su autor una causa de justificación. Esta es la premisa base de la concepción del ilícito dominante, que propugna el análisis de la tipicidad y la antijuridicidad en dos niveles valorativos independientes.

El sistema, sin embargo, se completa con otra premisa, que termina de configurarlo, y que podría ser formulada del siguiente modo: así como la tipicidad es consecuencia sólo de la presencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo en cuestión, para afirmar que una conducta típica está justificada es preciso que ésta se adecue al tipo objetivo y subjetivo de una causa de justificación. Y como fundamento de esta afirmación se aduce: "desde un punto de vista sistemático, no cabe otra solución para la teoría de lo injusto personal: si lo injusto se caracteriza por un disvalor de acción y un disvalor de resultado, su negación reclama la negación de ambos elementos".

Pues bien, siguiendo esta línea de razonamiento, el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justifi-

¹ Bacigalupo, *Enrique: Derecho Penal. Parte General*, Hammurá, 1987, ps. 243 y 222.

cación, en la medida en que la situación justificante no se da en la realidad, constituye un caso de adecuación incompleta y, por lo tanto, no produce la justificación de la conducta típica, que deviene entonces antijurídica. El error sobre los presupuestos objetivos de la justificación sí tiene relevancia, para algunos, como error de prohibición, en tanto que, para otros, como un error que por sus peculiares características merece ser tratado "como si fuera un error de tipo" aunque en rigor no lo sea². Pero sea cual fuere la solución que finalmente se adopte, lo cierto es que en el contexto del ilícito la circunstancia de que concurra el tipo subjetivo de la justificación no es suficiente por sí sola para eliminar el carácter injusto de la acción, por lo que la antijuridicidad indicada en la tipicidad se concreta.

Como se puede ver, pues, la exigencia de que la conducta se adecue tanto objetiva como subjetivamente a la causa de justificación para que esté justificada, se funda, básicamente, en la idea de que *la exclusión de la antijuridicidad depende de la negación de todo el contenido de ilicitud fundamentado por el disvalor de acción y el disvalor de resultado*. Y la regulación del error sobre los presupuestos objetivos de la justificación es, en principio, una consecuencia directa de la aplicación inmediata de este criterio al plano de la teoría del error.

Ahora bien, no obstante la lógica de esta argumentación, todavía se podría intentar esta otra: si el ilícito consiste en la realización de una acción típica no justificada, una conducta será antijurídica si se adecua a un tipo penal y no se adecua al supuesto de hecho de una causa de justificación.

Luego, si la adecuación al tipo requiere la concurrencia de los aspectos objetivos y subjetivos, la no adecuación sólo debería verse satisfecha cuando no se diera esta doble subsunción, esto es, con la ausencia total tanto del tipo objetivo como del tipo subjetivo de la causa de justificación.

En otras palabras, la regla debería rezar así: una acción será antijurídica si se adecua objetiva y subjetivamente a un tipo y no se adecua, también objetiva y subjetivamente, a una causa de justificación.

¿Por qué debería ser esto así?

Porque si la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad,

² Cf., *supra*, pto. II para la teoría "estricta" de la culpabilidad; y pto. III para la teoría "limitada" de la culpabilidad.

de tal manera que una conducta típica va a ser antijurídica a menos que proceda aplicar una norma permisiva; y si este indicio de antijuridicidad, para surgir, ha necesitado de la presencia de un disvalor de acción y un disvalor de resultado, entonces, parece claro que para concretarse debería seguir gozando del fundamento de ambos. No es lógico que se sea más estricto cuando la antijuridicidad es provisoria que cuando se confirma.

Dicho de otra manera: *la antijuridicidad de una acción debería estar condicionada a la subsistencia de todo el contenido de ilicitud fundamentado por ambos disvalores*. Y el ilícito no sólo se ve disminuido cuando falta alguno de los disvalores (de acción o de resultado) que lo fundamentan sino también cuando concurre alguno de los valores (de acción o de resultado) que lo excluyen.

Es que, así como la conducta que se adecua objetiva y subjetivamente al tipo no equivale a la que sólo se adecua objetivamente a él (es decir, al caso del error de tipo), en la justificación la conducta que no se adecua ni objetiva ni subjetivamente a la causa de justificación tampoco tiene la misma significación que posee la que por lo menos se adecua subjetivamente a ella (esto es, al caso del error sobre presupuestos objetivos justificantes). La doctrina tradicional, al justificar sólo cuando el autor realiza objetiva y subjetivamente los elementos del permiso, trata como igualmente antijurídicos al comportamiento —por ejemplo— del que mata sin más miramientos, que al del que mata porque se cree víctima de una agresión. Valorativamente, sin embargo, ambas situaciones no significan lo mismo, sino que, como sucede en el plano de la tipicidad, también aquí la conducta del que sabe lo que hace es más grave que la del que actúa por error. Y esto justifica un tratamiento diferenciado ya a nivel de la antijuridicidad.

Se podría responder, por eso, a quienes condicionan la justificación a la negación de ambos disvalores, que si al injusto lo fundamenta un disvalor de acción y un disvalor de resultado la ilicitud nunca debería poder concretarse con uno de ellos neutralizado. En este sentido, se puede decir que la antijuridicidad se construye sobre dos pilares, de tal manera que si uno de ellos es destruido, aquélla carece ya de suficiente basamento e indefectiblemente cae.

De acuerdo con este punto de vista, entonces, la antijuridicidad de una conducta sólo podrá afirmarse cuando ésta

se adecue objetiva y subjetivamente a un tipo y no se adecue ni objetiva ni subjetivamente al tipo de una causa de justificación.

Ahora bien, el error sobre los presupuestos objetivos justificantes, al dejar intacta la parte subjetiva de la justificación, haría fallar este requisito de no subsunción total y la conducta no devendría antijurídica, sino que estaría justificada.

En otras palabras, así como el error de tipo elimina la primera subsunción, el error sobre el "tipo" del permiso excluye la segunda (que, como vimos, es una no-adequación). Luego, una no-no adecuación es una adecuación, y si la conducta es adecuada está justificada...

Pero un error que justifica definitivamente no puede ser un error de tipo; tampoco un error de prohibición, pues éste en todo caso hará a la conducta inculpable (lo que ya supone que la acción es antijurídica). La única posibilidad que queda es, pues, que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación constituya, simplemente, un error "de tipo permisivo" (o de tipo de la norma permisiva); es decir, una categoría de error distinta de las anteriormente nombradas, con una regulación propia consecuente con esta identidad también propia³.

³Por cierto, la aplicación del mismo criterio al caso inverso, esto es, al supuesto en el que el autor realiza el tipo objetivo dolosamente sin saber que se dan simultáneamente los presupuestos objetivos de una causa de justificación (rompe de una pedrada el ventanal del vecino, sin saber que aquél yacía desvanecida en el interior de la casa, víctima de un escape de gas, y que con esto le ha salvado la vida, por ejemplo, también debería conducir a la justificación de la conducta típica, pues el disvalor de resultado representado por el tipo objetivo se vería así neutralizado por el valor de resultado contenido en el "tipo objetivo de la justificación" presente. Esto no significa, sin embargo, que la conducta así justificada deba quedar impune, pues el remanente de ilícito que subsiste en virtud de que el disvalor de acción fundamentado por el dolo ha quedado intacto, perfectamente podría ser el antecedente de una consecuencia jurídica punitiva proporcional a este ilícito disminuido, si es que la ley así lo tiene previsto. Dado que, al igual que como sucede con la tentativa, aquí también el objeto de imputación lo constituye el disvalor de acción (dolo) no neutralizado, la consecuencia jurídica correspondiente debería asemejarse mucho en su quantum a la que se halla prevista para ella. De *lege lata*, incluso, esta suerte de "tentativa de actuar antijurídicamente" que ha dado comienzo el autor, y que se ha visto frustrada por la presencia de una situación de justificación objetiva que es ajena a su voluntad, podría verse ya contenida en la fórmula utilizada en el art. 42 del Cód. Pen.: "el que con el fin de cometer un delito determinado...". Una solución semejante no debería extrañar

II. Pero, ¿cómo compatibilizar esta conclusión con la afirmación que hace la "teoría estricta de la culpabilidad" de que el error sobre presupuestos objetivos justificantes constituye un caso de error de prohibición?

Ante todo corresponde hacer una aclaración. Con la expresión "error de tipo" aludimos, en realidad, al error que recae sobre el tipo de una norma prohibitiva; mientras que con la denominación "error sobre presupuestos objetivos justificantes" nos estamos refiriendo al error que recae sobre el tipo de una norma permisiva. En ambos casos se trata de errores que recaen sobre el tipo de una norma y no sobre la norma misma que da fundamento al tipo. La diferencia reside, sin embargo, en que mientras en el primer caso el autor yerra sobre los presupuestos que fundamentan la ilicitud (tipo prohibitivo), en el segundo, yerra sobre los presupuestos que la excluyen (tipo permisivo).

Ahora bien, en realidad tanto el error de tipo prohibitivo como el error de tipo permisivo son errores de prohibición, en la medida en que, al impedir el conocimiento de las circunstancias que determinan la antijuridicidad de la acción (fundamentándola o excluyéndola), importan en última instancia un desconocimiento de la antijuridicidad misma.

Así como quien supone erróneamente una situación justificante cree que su acción está permitida, quien no sabe que dispara contra un hombre, por ejemplo, tampoco sabe que su conducta está prohibida.

Para decirlo con palabras de Stratenwerth:

"Dado que la conciencia de la ilicitud ... no puede ser abstracta, sino que debe apoyarse precisamente en aquellos momentos del hecho que lo hacen aparecer como jurídica-

si se tiene en cuenta que en la actualidad estos casos son solucionados por la teoría dominante mediante la aplicación analógica a ellos de las reglas de la tentativa, sobre la base de considerar, precisamente, que al igual que en esta última sólo el *divalor* de acción queda subsistente, en tanto el *divalor* de resultado ha sido compensado por el "valor" de resultado derivado de la presencia de la situación objetiva justificante. Al respecto, pero referido al caso de error de tipo permisivo que venimos tratando, cf. *infra*, III y V. Por lo demás, sobre la posibilidad de una tentativa cuando el autor comenza la ejecución dolosamente, en forma antijurídica, culpable y punible, pero produce el resultado cuando alguno de esos requisitos que condicionan la posibilidad del hecho doloso consumado ha desaparecido como tal, cf. Baccinetti, Marcelo, *Casos de Derecho Penal*, 2ª ed., Hammurabi, 1986, pp. 102 y sigs.

mente prohibido, necesariamente desaparecerá en el caso de un error sobre las circunstancias de hecho, o en la suposición errónea de una situación de hecho justificante.

"El que no sabe que una cosa que daña es de propiedad ajena, no puede saber que el daño está prohibido; lo mismo vale para aquellos que erróneamente creen que realizan la acción con consentimiento del propietario."⁴

Se trata, entonces, de un desconocimiento mediato, indirecto, de la antijuridicidad, producto de suponer erróneamente los presupuestos que la excluyen, pero, también, de desconocer los presupuestos que la fundamentan. *El autor, en ambos casos, se motiva por la norma aplicable a la situación de hecho errónea y no por la norma aplicable a la situación de hecho real.*

Por eso la teoría tradicional, al llegar a la culpabilidad con un error que hasta allí no había producido ningún efecto (dado que, como vimos, la adecuación subjetiva por sí sola no bastaba para justificar), y teniendo en cuenta esta ignorancia mediata de la antijuridicidad que todo error (en el injusto) significa, lo clasificó como un supuesto más de error de prohibición. De allí el nombre de error de prohibición indirecto con el que algunos autores lo denominan por contraposición a los errores de prohibición directos, es decir, a los que recaen directamente sobre las normas (prohibitivas e imperativas o permisivas).

¿Es correcto afirmar, entonces, que el error que recaen sobre el tipo permisivo es un error de prohibición?

Sí, si se utiliza la expresión error de prohibición en sentido amplio, es decir, abarcando todo desconocimiento, incluso indirecto, de la antijuridicidad. Pero en este sentido, también el error de tipo prohibitivo deberá ser considerado un error de prohibición.

No, si se excluyen del concepto de error de prohibición los casos de error sobre situaciones de hecho que explican la antijuridicidad. En este caso, sólo los errores de prohibición "directos" serán verdaderos errores de prohibición.

Por eso, la afirmación relativa a que el error que recaen

⁴ Stratenwerth, Günter; *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 3ª ed., Carl Heymanns Verlag, K.G. Köln-Berlin-München, 1981, p. 171, nros. 568 y sigs. (*Derecho Penal. Parte General, El hecho punible*, 2ª ed., trad. de Gladys Romero, Edeusa, 1976, p. 161, nros. 568 y sig.).

sobre el tipo permisivo justifica no está, en verdad, en contradicción con lo sostenido por la teoría estricta de la culpabilidad.

Se trata, simplemente, de reconocerle eficacia ya en su carácter de error sobre un "tipo" y no —como lo hace esta doctrina— por el desconocimiento indirecto de la antijuridicidad que todo "error de tipo" implica.

Ambos errores (de tipo prohibitivo y de tipo permisivo) excluirían el injusto, sólo que cada uno en el respectivo nivel valorativo al que pertenece. Dicho de otra manera: así como el error de tipo prohibitivo excluye la tipicidad (es decir, la antinormatividad), el error de tipo permisivo excluiría la antijuridicidad.

III. Pero más significativa aun resulta la confrontación de esta solución con la llamada "teoría limitada de la culpabilidad", así denominada por oposición a la anterior.

Como acabamos de ver, para la teoría estricta de la culpabilidad la adopción en el ámbito del ilícito del criterio que condiciona la justificación a la concurrencia simultánea de elementos objetivos y subjetivos determina, en el ámbito de la teoría del error, que la suposición errónea de los presupuestos objetivos justificantes sólo pueda tener relevancia como error de prohibición, atenuando o excluyendo la culpabilidad dolosa, según la evitabilidad o inevitabilidad del error.

La teoría limitada de la culpabilidad, en cambio, hoy en día doctrina mayoritaria, ve excesivamente riguroso este tratamiento y propugna una morigeración en sus efectos mediante la aplicación analógica, a estos casos, de las reglas correspondientes al error de tipo.

Dos son las vías argumentativas a través de las cuales se pretende arribar a esta solución.

El punto de partida de ambas es el reconocimiento de que este error, en rigor, no es ni un error de tipo ni un error de prohibición, sino que se trata de un error con características propias, un error *sui generis*, que comparte estructuralmente características tanto de uno como de otro, pero sin coincidir por completo con ninguno de ellos⁸.

⁸ Cf. Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-

En lo que sigue, cada una de ellas fundamenta de distinta manera el por qué se considera mayor la analogía que presenta el error sobre presupuestos objetivos justificantes con el error de tipo, y, consiguientemente, se encuentra más conveniente, a los efectos de su regulación legal, la aplicación también a él por vía de analogía de las reglas del error del tipo.

Unos sostienen que en estos supuestos, aun cuando el dolo está presente, falta en cambio el ilícito doloso, porque la presencia del valor de acción fundamentado por el elemento subjetivo de la justificación compensa, o excluye, el disvalor de la acción fundamentado por el dolo, dejando subsistente sólo al disvalor de resultado. Ciertamente, la conducta no deja por eso de ser antijurídica, pero el hecho de que cualitativamente presente un contenido de ilicitud más similar al que resta cuando el autor obra con error de tipo que cuando se ve afectado por uno de prohibición, justifica que, por vía de analogía, se le apliquen también a ella las reglas más benignas correspondientes al primero (teoría limitada de la culpabilidad excluyente del ilícito doloso)⁶.

Otros, en cambio, entienden que no es el ilícito doloso lo que está ausente sino, en todo caso, la culpabilidad dolosa; y ello es lo que justifica que se trate a estos supuestos con las consecuencias jurídicas propias del error de tipo. Quienes sostienen este punto de vista cuestionan la tesis anterior según la cual los aspectos subjetivos se neutralizarían excluyendo el injusto doloso, pues señalan que en la medida en que el error no sea inevitable permanece todavía un resto de disvalor, bajo la forma de ilícito doloso, proveniente de la falta

New York, 1991, ps. 372, 11/46, 49 y 51; Stratenwerth, *Strafrecht*, p. 153, n° 561; Wessels, Johannes, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihre Aufbau*, 22ª ed., C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, p. 137, § 11, III, 1 (*Derecho Penal, Parte General*, 6ª ed., trad. de Conrado Fíndi, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 136 y sigs.); Paeflgen, Hans, *Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Keymanns Verlag, K.G. Köln-Berlin-München, 1989, p. 400; Jescheck, Hans, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samariego, Editorial Comares, Granada, 1993, p. 418, § 41, III, 2.

⁶ Cf. Jakobs, *Strafrecht*, ps. 373, 11/49 y 374, 11/51; Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tomo I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C.H. Beck, 1992, p. 388, § VIII, nros. 55 y 56; Stratenwerth, *Strafrecht*, ps. 153 y siga, nros. 501 y sigs.; Wessels, *Strafrecht*, ps. 137 y 138, § 11, III, 1b y c; Paeflgen, *Anmerkungen...*, ps. 400, 405 y sigs., en especial, nota 33; Jescheck, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, p. 419, § 41, III, 2c.

de atención en el examen de la existencia de la situación de hecho justificante. Sostienen, sin embargo, que el hecho de que el reproche de culpabilidad sólo pueda referirse a este ilícito producto de un examen descuidado, y no a una falta de valoración jurídica, fundamenta su equiparación con la culpabilidad por imprudencia y la consiguiente utilización de las consecuencias jurídicas correspondientes a ella (teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica)⁷.

Ahora bien, más allá de estas diferencias de fundamentación, lo cierto es que ambas variantes tienen un núcleo común: tanto en una como en otra subyace la idea de una suerte de compensación entre el disvalor de acción y el elemento subjetivo de justificación, que haría menor el contenido de ilícito de la conducta, en comparación con lo que sucedería si la causal de justificación faltara íntegramente. Menor contenido de ilicitud, a causa de la neutralización del disvalor de acción, que determina, para la primera de las variantes expuestas, la exclusión del ilícito doloso, en tanto que para la segunda, la exclusión de la culpabilidad dolosa.

Pero si se observa bien, se advertirá que estas mismas consideraciones fueron las que nos permitieron formular aquel criterio para interpretar la relación tipicidad-antijuridicidad, según el cual la antijuridicidad sólo debería concretarse en la medida en que el contenido de ilicitud, fundamentado por ambos disvalores, no se viera neutralizado por la presencia de los elementos (objetivos o subjetivos, respectivamente) de la justificación. En efecto, tanto en la formulación de este criterio como en las dos variantes de la teoría limitada de la culpabilidad que acaban de ser expuestas, lo que se tiene en cuenta para cuestionar la solución tradicional de tratar como un caso más de error de prohibición al error sobre presupuestos objetivos justificantes, es la distinta significación valorativa de este último supuesto, merced a la presencia del valor de acción fundamentado por el elemento subjetivo de la justificación.

La diferencia reside en que mientras que en el primer caso esta distinta significación se hace valer ya en el ámbito del ilícito, determinando la justificación de la conducta, en

⁷ Cf. Jakobs, *Strafrecht*, p. 374, 11/61; Resin, *Strafrecht*, p. 388, § VIII, n.º 66; Wehm, *Strafrecht*, p. 138, § 11, III, 1c (*Derecho Penal*, p. 136 y sigs.); Paaffgen, *Anmerkungen...*, p. 400, 405 y sigs., en especial, nota 33; Jeschek, *Hans, Tratado de Derecho Penal*, p. 420, § 41, III, 2d.

las soluciones de la teoría limitada de la culpabilidad sólo influye en la determinación de la escala penal aplicable a ella, dejando intacto su carácter antijurídico. La pregunta que podríamos hacernos, por eso, es la siguiente: ¿tiene sentido sostener que una acción es antijurídica para luego tratarla "como si no lo fuera"?

Al optar por el criterio que condiciona la justificación a la concurrencia de los presupuestos objetivos y subjetivos justificantes, esta doctrina no puede hacer otra cosa más que negar, a este error, todo efecto justificante. Pero también la solución tradicional consistente en reconocerle eficacia como error de prohibición se evidencia, a los ojos de los sostenedores de esta teoría como insatisfactoria, pues la suposición errónea de una situación justificante no coincide valorativamente con los demás supuestos de error de prohibición, lo cual torna injusta la aplicación, también a este caso, de las reglas mucho más estrictas que rigen para ellos. Sin embargo, habiendo aceptado el carácter antijurídico de la conducta, ya no pueden volver hacia atrás y no les queda otro recurso para atenuar esos efectos más que recurrir a las reglas más benignas del error de tipo, para aplicarlas así analógicamente a estos supuestos.

Cabría preguntarse, entonces, si más que frente a un error *sui generis* no estamos en presencia de una categoría de error independiente de las antes nombradas; es decir, de un error con una identidad propia distinta a la del error de tipo y a la del error de prohibición. Así se explicaría tanto aquella comunidad estructural como esa falta de total coincidencia con alguno de ellos que tiene en cuenta esta postura, porque un error que justifica necesariamente es un error que, sistemáticamente, se encuentra a medio camino entre el error de tipo y el de prohibición (y de allí las semejanzas con ambos), pero más afín al primero, por pertenecer también al ámbito del ilícito.

Por otra parte, si la discusión se plantea, por un lado, con relación a lo excesivo que resulta la aplicación de las consecuencias mucho más estrictas del error de prohibición y, por el otro, a lo intolerable de someter estos supuestos a las reglas propias del error de tipo (sobre todo en los casos en que no está prevista la responsabilidad por imprudencia), ¿no significaría un error que justifica, por su lugar sistemático, una atenuación de los efectos de los primeros al mismo tiempo que una agravación en los de los segundos? Al ya pre-

suponer que el autor actuó con dolo, por fuerza sus consecuencias deberán ser más graves que las del error de tipo, en tanto que por verse ya excluido el carácter antijurídico de la acción deberán ser más leves que las del error de prohibición, que presupone que la acción es antijurídica⁸.

Esto implicaría no "tratar del mismo modo a quien cree que mata a una mosca que a quien cree matar a un hombre en legítima defensa", respetando de esta forma la significación autónoma del comportamiento típico. De esta manera, no sólo desde el punto de vista teórico (como lo hace la doctrina aquí comentada), sino también desde el punto de vista de los efectos prácticos se mantendrían "...las diferencias esenciales de valor entre lo permitido y lo jurídicamente irrelevante"⁹.

IV. Particular importancia tiene también para el desarrollo del tema la llamada teoría de los elementos negativos del tipo.

"Según ella no debe admitirse una diferencia valorativa entre la comprobación de la tipicidad y de la antijuridicidad: la conducta es típica si es antijurídica. El tipo penal no estaría compuesto solamente de elementos 'positivos' (que deben concurrir), como por ejemplo: en el homicidio, la acción de matar, la imputación objetiva y el resultado de muerte, sino también por elementos 'negativos' (que no deben concurrir), como por ejemplo: que la acción de matar no haya sido la acción necesaria para defenderse de una agresión antijurídica actual e inminente"¹⁰.

Para esta teoría el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, por ser estos elementos negativos del tipo, constituye un verdadero error de tipo que excluye el dolo, dejando subsistente, eventualmente, la responsabilidad por imprudencia.

No es sin embargo de interés para nuestro análisis la cuestión de qué es lo que debe abarcar el concepto de tipo, pero sí interesa aquí preguntarse lo siguiente: *¿cómo puede ser que el carácter antijurídico de una acción varíe según la cantidad de niveles en que se estructura el ilícito?*

⁸ Para las restantes consecuencias diversas de la posibilidad del hecho principal, ver *infra*, pto. V, nota 17.

⁹ Walsel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Ed. Jur. de Chile, p. 118 y sig.

¹⁰ Badgualupo, *Derecho Penal*, cit. p. 160.

Lo que se le critica a la teoría de los elementos negativos del tipo es el desconocimiento que hace de "las diferencias esenciales de valor entre lo permitido y lo jurídicamente irrelevante", lo cual lleva a tratar, dentro de lo que es adecuado a Derecho, a la conducta prohibida pero permitida y al comportamiento que desde el inicio está en consonancia con el orden jurídico como valorativamente idénticos¹¹. Nada se le critica, en cambio, en relación a que con su forma de concebir el ilícito estaría tomando en lícito lo que en verdad es antijurídico: la conducta del que yerra sobre los elementos objetivos justificantes.

Es más, no sólo no se le critica a esta teoría que excluya la antijuridicidad allí donde realmente existe, sino que además, como vimos, actualmente se reconoce que los casos de justificación putativa se asemejan más, valorativamente más, a los casos de error de tipo (causal de exclusión del ilícito) que a los de prohibición (que supone el carácter ilícito de la conducta)¹².

Ahora bien, si un ilícito estructurado en un solo nivel puede ser excluido tanto por el error de tipo como por el error sobre las circunstancias objetivas justificantes, un ilícito estructurado en dos niveles debería poder ser excluido también por ambos errores y no sólo por el primero. Ambos deberían conservar el mismo efecto; sólo que cada uno en el respectivo nivel al que ahora pertenece. El dividir en dos subcategorías el contenido del ilícito sólo debería tener como consecuencia el reagrupamiento de ese contenido, pero de ninguna manera la eliminación de parte de lo que antes incluía; esto es, sus dos causales de exclusión, que sólo deberían sufrir las consecuencias de esta reestructuración en lo que se refiere al ámbito (dentro del ilícito) en el que ahora deberían producir sus efectos. De otra manera, en la medida en que desdobláramos en dos categorías o uniéramos en un tipo amplio la totalidad de las circunstancias relevantes para lo ilícito, le estaríamos negando o reconociendo absurdamente una causal de exclusión.

¹¹ Por el contrario, más allá de estas objeciones valorativas, la doctrina acepta la posibilidad de estructurar un tipo amplio que contenga la totalidad de los elementos relevantes para la antijuridicidad señalando, por ejemplo, que "ambas concepciones pueden ponerse en práctica sin que se den contradicciones lógicas internas" (Stratenwerth, *Strafrecht*, cit., p. 72, n° 178), o que "las dos concepciones del tipo...son lógicamente posibles" (Welzel, *Derecho Penal Alemán*, cit. p. 118 y sigs.).

¹² Cf. la solución de las distintas variantes de la teoría limitada de la culpabilidad, *supra*, pto. III.

El hecho de adoptar un tipo que contenga la totalidad de los elementos relevantes para la antijuridicidad, o un tipo restringido únicamente a aquellos que la fundamentan, puede tener por efecto la disminución o ampliación de la cantidad de casos que excluirán el ilícito ya en el nivel de la tipicidad, pero de ninguna manera cambiar la naturaleza de causal de exclusión del ilícito del error que recae sobre el resto de esos supuestos.

Quizás hallemos la respuesta a este interrogante si analizamos los criterios que una y otra concepción del ilícito utilizan para determinar el carácter antijurídico de una conducta. En efecto, ¿cuál es la relación que existe, para la teoría de los elementos negativos, entre los presupuestos que fundamentan la antijuridicidad (positivos) y los que la excluyen (negativos)?

Ya vimos que para esta teoría una acción típica es una acción antijurídica; y un comportamiento será típico (= antijurídico) siempre que concurren los elementos positivos del tipo y no concurren los negativos (los presupuestos de las causas de justificación). Por consiguiente, la teoría de los elementos negativos del tipo condiciona la antijuridicidad de una conducta a que se dé una adecuación (positiva) con respecto a los presupuestos objetivos y subjetivos que la fundamentan y una no adecuación (adecuación negativa), también objetiva y subjetiva, con relación a los que la excluyen. Es decir, a que concurren el disvalor de acción y de resultado y no lo hagan ni el valor de acción ni el de resultado.

Y trasladado este razonamiento a la terminología de la teoría tradicional, ¿no estaría la antijuridicidad condicionada a la adecuación objetiva y subjetiva a un tipo y a la no adecuación, también objetiva y subjetiva, a una causa de justificación? En otras palabras ¿no coincide este criterio con aquel que expusimos al comienzo como forma alternativa para interpretar la relación tipicidad-antijuridicidad?

La teoría de los elementos negativos, al agrupar la totalidad de los elementos esenciales para la antijuridicidad en un solo tipo, respecto del cual debe darse la adecuación, debe, por fuerza, ser coherente en cuanto a pedir tanto la presencia como la ausencia total de los elementos positivos y negativos, respectivamente, para que surja la tipicidad (y por consiguiente la antijuridicidad) de la acción.

La suposición errónea de una situación justificante, en

tanto deja intacta la parte subjetiva de aquellos elementos negativos, que no deben concurrir, hace fallar el requisito de no adecuación con respecto a ellos, excluyendo, por tanto, la tipicidad (= antijuridicidad) de la conducta.

Es ésta y no otra la razón del por qué el error sobre presupuestos objetivos justificantes excluye o no la ilicitud de la acción, según se adopte una u otra concepción del tipo. Que el carácter antijurídico de una acción realizada en la creencia de que concurría una situación justificante varíe, de acuerdo al número de niveles en que se estructure al ilícito, no se debe, entonces, al hecho de reconocer o negar la significación valorativa independiente de normas prohibitivas y normas permisivas; se debe, exclusivamente, al criterio que para determinar esa antijuridicidad se adopte, pues —como hemos visto— también es posible fundamentar la exclusión de un ilícito estructurado en dos niveles mediante la adopción de un criterio más conveniente.

V. Al afirmar que el error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación era un error que justificaba, ya estábamos haciendo alusión a su eficacia. Ahora corresponde tratar la cuestión de las consecuencias prácticas que se derivan de esta concepción con más detenimiento.

En este punto es preciso señalar que, en lo que hace a la regulación de estos supuestos, el paralelo con el error de tipo es evidente. En efecto, en ambos casos se trata de errores que recaen sobre "tipos", es decir, sobre la "materia" de la norma. Normas prohibitivas, por un lado, y normas permisivas, por el otro, describen sendos tipos, que consisten en los comportamientos a los que se dirigen, sólo que en un caso prohibiéndolos (tipo de la norma prohibitiva), mientras que en el otro permitiéndolos (tipo de la norma permisiva facultativa).

Ambos errores se diferencian, entonces, en que, en el primero, el autor desconoce que realiza un hecho que objetivamente coincide con un tipo penal, en tanto que, en el segundo, lo que desconoce es que realiza un hecho que no se subsume objetivamente bajo el tipo de una causa de justificación. En ambos casos, sin embargo, el sujeto supone una situación que, de existir, o no estaría prohibida o estaría permitida; es decir, que estaría en consonancia con el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, así como el error de tipo prohibitivo determina que el hecho no sea típico (antinormativo), el error sobre

los presupuestos objetivos justificantes determina que el hecho típico no sea considerado antijurídico. Ya vimos que no sólo la falta de voluntad de actuar típicamente, sino también la voluntad de obrar justificadamente es decisiva para la exclusión del carácter antijurídico de la acción¹³.

Pero entonces, ¿qué sucede cuando en los casos de justificación putativa el error podría haberse evitado con un obrar más diligente? A la persona que mata a otra, creyéndose agredida por ésta, todavía podría reprochársele la falta de cuidado en la verificación de que realmente se trataba de una agresión antijurídica. Aquí también se pone de manifiesto el paralelo entre ambos errores a que hacíamos referencia: así como excluido el dolo (voluntad de realización del tipo), el autor responde por la realización del comportamiento típico si ha infringido un deber de cuidado (y si el respectivo tipo imprudente existe), presente la voluntad de realizar el tipo objetivo de la justificación, al autor se le podría reprochar, todavía, el haber actuado en ausencia de la no realización de los elementos objetivos justificantes como consecuencia de un obrar descuidado, negligente.

En otras palabras, en ambos casos la eliminación de la responsabilidad por la realización de la acción final dirigida a la producción del tipo y de la situación de justificación, deja subsistente la posibilidad de responsabilizar al autor por la realización de la acción precedente, consistente en el examen descuidado previo. De esta manera, no sólo el error de tipo, sino también el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación abre la posibilidad de verificar si la conducta es la consecuencia de un obrar negligente¹⁴.

Pero en tanto en el error de tipo el autor "en cierta medida carece completamente de representación respecto de lo que ocurre", en estos supuestos, en cambio, sabe de la realización

¹³ Ver lo dicho en igual sentido, *supra*, punto II.

¹⁴ Cf., en este sentido, Sancinetti, Marcelo, *Teoría del Delito y Desarrollo de Acción*, Hammurabi, 1991, ps. 568 y sigs. "Lo que produce, por tanto, el error, es que la norma prohibitiva referida a la lesión del objeto de bien jurídico no se concreta en dolo, por el valor de acción... pero sí se concreta en dolo la norma que le impone conducirse con mayor cuidado en la apreciación de la situación. ..." "la conducta dolosa que él emprende, como tal, pueda ejecutarse; lo que no puede ser creer que concurre la situación de necesidad que le permite ejecutarla; dicho en sus palabras (se refiere a Zelnak): 'aquello que el autor creía hacer lo estaba permitido hacerlo, pero no le estaba permitido creerlo'".

del tipo, lo que "le da o debería darle el impulso de verificar la existencia real de la situación justificante que supone". Ahora bien, precisamente porque esta forma "imprudente" presupone la existencia de una conducta dolosa justificada (función de llamada del dolo), deberán ser sus consecuencias más estrictas que aquellas que se derivan de la realización imprudente en que justamente el autor carece de la voluntad dirigida a la realización del tipo. Es la consecuencia lógica de estructurar en dos niveles el ilícito, de manera tal de mantener la distinta significación valorativa que existe entre el comportamiento atípico y el comportamiento típico pero permitido.

Puede decirse, entonces, que para no tratar del mismo modo a quien cree que mata a una mosca que a quien cree que mata en legítima defensa, no hace falta considerar a esta última situación como un supuesto más de error de prohibición; en ambos casos se trata de errores sobre los elementos determinantes de la antijuridicidad, pero no sobre la antijuridicidad misma y, en tal carácter, debe reconocérseles ya eficacia. Las diferencias valorativas de estas situaciones surgirán del hecho de que el autor, en el segundo de los casos, conozca ya la realización del tipo, lo que se traducirá, por un lado, en la mayor rigurosidad en cuanto a los criterios que para decidir sobre la evitabilidad de este error se utilicen (es decir, en los mayores recaudos que deberá tomar el autor para verificar la existencia de la situación de la que parte)¹⁵ y, por otro, en una escala penal más alta que la prevista para el tradicional delito imprudente en el que el autor no quiere la producción de la situación típica; o por lo menos, la previsión de un *numerus apertus* de tipos imprudentes para este tipo de error¹⁶.

En nuestro Derecho positivo, sin embargo, el precepto que contempla los casos de error evitable sobre los presupuestos objetivos justificantes, esto es, el artículo 35 del Código Penal, dispone que en estos supuestos el autor "...será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia". Esto significa que el legislador, por medio de esta disposición, ha decidido no sólo castigar estos casos con la misma pena a ambos supuestos de imprudencia, sino también que la punibilidad de estos supuestos queda condici-

¹⁵ Sancinetti, *Teoría del Delito...*, cit., p. 596.

¹⁶ Cf., en este sentido, Sancinetti, *Sistema...*, cit. pá. 4 y sigs. en especial, p. 22.

da a la existencia del correspondiente delito imprudente. También en lo referente a estos errores rige un sistema de *numerus clausus*.

Si bien es cierto, entonces, que en teoría ambas formas imprudentes no reclaman un tratamiento idéntico, en la práctica, sin embargo, sucede lo contrario; por lo menos en lo que a la ocasión en la que podrá penárselas y a la pena con la que deberá hacérselo se refiere¹⁷.

¹⁷ Al momento de tratar las consecuencias de la postura aquí sostenida no es posible pasar por alto algunas objeciones. Se podría objetar que la atribución de efectos justificantes al error sobre presupuestos de justificación cerraría la posibilidad de responsabilizar penalmente al partícipe con más conocimiento, que actúa sabiendo del error en el que se halla el autor. De acuerdo con las premisas de la teoría limitada de la accesoriedad, en efecto, la participación sólo es posible en relación a un hecho principal típico y antijurídico.

Se podría objetar, también, que el titular del bien jurídico agredido perdería el derecho de defensa frente a una agresión objetivamente innecesaria que no tiene por qué soportar, porque la unidad del ordenamiento jurídico determina que no sea posible la legítima defensa contra el que obra justificadamente. La justificación de la conducta del que actúa por error, además, provocaría no sólo la exclusión de la responsabilidad penal, sino también de la civil, administrativa, etc.

Todas estas objeciones han sido suficientemente rebatidas por Ziehlinski (*Discusión de Acción y Discusión de Resultado en el Concepto de Ilícito*, Hammurabi, 1990, trad. de Marcelo Sancinetti, pá. 346 y sigs.) y, en particular en lo referente a la accesoriedad de la participación, por Sancinetti (*Teoría del Delito y Discusión de Acción*, pá. 731 y sigs.), quienes desde otro punto de partida llegan a la misma propuesta y a las mismas consecuencias. No obstante, su tratamiento en este lugar excedería los límites de este trabajo, que no pretende agotar la discusión sobre este tema en todos sus detalles, por lo que corresponde remitirse a ellos para su desarrollo.

EL DERECHO PENAL DE LA INTEGRACION EUROPEA Y LAS PERSPECTIVAS EN NUESTRO MERCOSUR*

ALEJANDRO FREELAND LÓPEZ LECUBE**

I. DERECHO PENAL Y COMUNIDADES EUROPEAS

A) Introducción:

1. A cuarenta años del nacimiento de la primera de las comunidades europeas, la CECA¹, y de sus continuadoras, la CEE y el Euratom², no existe un Derecho penal comunitario ni tampoco un Derecho procesal penal común. Esto es: no existen tipos ni sanciones penales a nivel de la Comunidad ni un sistema comunitario de investigación y persecución penal³. Las comunidades europeas a la hora de perseguir y castigar

* Ponencia presentada en el 2º Seminario Internacional sobre la Regionalización del Derecho Penal en el MERCOSUR, Maldonado, noviembre de 1993.

** Abogado y docente USA. Posgrado en Derecho de las Comunidades Europeas por la Universidad de Navarra.

¹ Comunidad Europea del Carbón y del Acero fundada por Francia, Alemania, Bélgica, Holanda, Italia y Luxemburgo con el Tratado de París del 18 de abril de 1951, y cuyo objetivo principal fue poner bajo una autoridad común a los dos sectores industriales claves de la época, el del carbón y el del acero.

² Comunidad Económica Europea y Comunidad Europea de la Energía Atómica iniciada con los Tratados de Roma del 24 de marzo de 1957 por los mismos países signatarios de la CECA.

³ Existe, sin embargo, un caso particular. Es el del art. 104 del T.CEEA que se refiere a Derecho penal de los Estados parte en orden a la persecución de lo que puede llamarse un delito propiamente comunitario: la

tigar penalmente las infracciones a las normas comunitarias, de Derecho originario o derivado, son todavía dependientes de las legislaciones de los Estados parte.

2. El Derecho penal no se presenta como una prioridad para la construcción de un mercado común y tampoco fue prioridad en el proceso de integración europeo. Un mercado común implica, en lo esencial, la consagración de las cuatro libertades básicas (la de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales), la adopción de un arancel aduanero externo común, la coordinación de políticas macroeconómicas y la armonización de legislaciones de los Estados parte en los sectores pertinentes. Por ello, a diferencia de otros sectores vinculados "a lo económico", ni en los orígenes de la CEE ni hasta el presente, existió cesión de soberanías o transferencia en el ejercicio de la potestad punitiva estatal a las instituciones comunitarias, por lo que aquéllas permanecieron en la esfera soberana de los Estados miembros. Recordemos que las competencias comunitarias son, en principio, "de atribución", es decir que las comunidades sólo pueden legislar en las áreas específicamente cedidas a su esfera de acción por los acuerdos constitutivos y por sus modificaciones. "...La Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros, sino también sus nacionales" (sentencia van Gend & Loos, del 5/II/63). Los Estados parte no han investido de competencias penales a la Comunidad hasta el presente.

3. Pero la afirmación anterior merece dos comentarios. El primero es que los países integrantes de la, ahora, Unión Europea, de hecho han restringido y limitado sus derechos soberanos en este campo, tal como luego veremos. El segundo es que, afirmar que no ha habido aún delegación directa de competencias penales de los Estados a la Comunidad no quiere decir que en el futuro ella no pueda existir. Antes

violación de la obligación de los funcionarios de la Comunidad de resguardar el secreto profesional. El artículo obliga a los Estados parte a tratar las infracciones a esta obligación como ofensas cometidas en su propio territorio y, por lo tanto, a perseguir al funcionario con su propia ley interna. También son relevantes los artículos 3º y 27 del Estatuto del Tribunal de Justicia, relativos al enjuiciamiento de jueces, testigos y peritos. La última parte del artículo 27 tiene una disposición similar a la vista del Euratom.

bien, el propio funcionamiento y la continua evolución del mercado común y el ejercicio de las amplias competencias cedidas a las instituciones supranacionales van señalando la necesidad de buscar vías de acción comunitarias para la previsión y sanción de diferentes acciones de especial interés para todo el sistema.

4. Ante la inexistencia de atribuciones o de vías de acción comunitarias en los tratados en el área de Derecho penal, o en cualquier otra, existen en el Derecho comunitario dos posibilidades:

4.1. La ampliación de las competencias por la vía del artículo 235 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (en adelante T.CEE) por el que las instituciones han logrado extender su acción a sectores en principio no previstos⁴. Este artículo permite a las instituciones dictar normas en cualquier ámbito siempre que algún objetivo de la Comunidad (de los enunciados en el artículo 2º del T.CEE) esté en juego⁵. La amplitud de los objetivos enumerados en el artículo 2º del T.CEE deja abierta la posibilidad de que la Comunidad "se tome" atribuciones en prácticamente cualquier área por lo que los contornos de su competencia no parecen muy delimitados⁶. Una respuesta a la histórica preocupación por la am-

⁴ El artículo 235 del T.CEE dice: "Cuando una acción de la Comunidad resulta necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes". Este artículo no ha sido modificado por el Tratado de Unión Europea.

⁵ El nuevo artículo 2º del T.CEE, reformado por el T.U.E., dice: "La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas y acciones contempladas en los artículos 3º y 3ºA, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros".

⁶ Esta indefinición y atribución inicial de competencias en términos no pose ambigüos hace que sea impredecible determinar a qué sectores o ámbitos se irá extendiendo la legislación europea. La Comunidad ha legislado por esta vía (art. 235) en campos no cedidos ni imaginados en el origen, v.g.: en materia de medio ambiente, consumidoras, política industrial y social. Los autores (véase por todos Nuria Bousá Vidal en "Significado y alcance de

pliación de competencias comunitarias no cedidas expresamente por los Estados parte se ha encontrado por la vía del reforzamiento de los poderes legislativos del Parlamento Europeo (en adelante PE) y la consagración del principio de la "subsidiariedad" en el recientemente vigente Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) firmado en Maastricht⁶.

4.2. La otra posibilidad es la reforma de los tratados por los mecanismos previstos en cada uno de ellos. Ello, aunque más lento y difícil, parece satisfacer mejor la legítima aspiración de los pueblos de que cada cesión de soberanías a la estructura supranacional sea convalidada por los parlamentos nacionales.

5. El pacto asumido compromete a sus firmantes indefinidamente en la empresa⁷ y los obliga a adecuar sus legislaciones a la comunitaria y a no obstaculizar su ejercicio. Esta obligación surge del artículo 5^o del T.CEE que dice: "Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de

la armonización de legislaciones en la Comunidad Europea", R.I.E., 1981, ps. 397 y sigs.) expresan sus temores ante esta ampliación indeterminada de las competencias legislativas de la Comunidad más allá de los límites fijados por el T.CEE, debido, sobre todo, al escaso control democrático con que cuenta el legislativo europeo. Hasta ahora, el Parlamento sólo intervenía en el proceso de elaboración de normas a título consultivo, y el Consejo, órgano de tipo intergubernamental compuesto por representantes de los ejecutivos de los Estados parte, era el legislador comunitario. Ha variado en algo esta situación con la vigencia del TUE. El Parlamento ha sido elevado a la categoría de co-decisor, co-legislador, con el Consejo, aunque esta atribución de competencia no es total y aparece limitada a ciertas áreas. Véanse al respecto mis artículos "Las instituciones de las comunidades europeas, aspectos jurídicos", en L.L., t. 1992-E, ps. 810 y sigs. y "Europa en perspectiva, un análisis del Tratado de Maastricht" (en prensa), en L.L.

⁷ Consagrado en el artículo 38, dice: "La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

⁸ El único tratado que tiene un período de vigencia es el de la CECA, y es de cincuenta años. Los demás se han concluido por un "período de tiempo ilimitado" (ver art. 240 del T.CEE).

las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado*.

6. Este artículo obliga a los Estados miembros a abstenerse de dictar normas de cualquier tipo, incluso penales, que colisionen con una norma comunitaria u obstaculicen su aplicación impidiendo la consagración de las cuatro libertades básicas. Además los obliga a adaptar sus ordenamientos internos al comunitario. Más adelante, veremos cómo se realiza esta adaptación. Por ello es que decíamos que, si bien no existe un Derecho penal común, por las relaciones que se establecen entre el Derecho supranacional y el interno, los Estados miembros han limitado y restringido su soberanía en el campo del Derecho penal nacional en favor de la Comunidad. Tanto los tratados como el Derecho derivado de los mismos por la acción de las Instituciones, son fuente de derechos y obligaciones para los Estados miembros en la esfera del Derecho penal. Dedicaremos buena parte de este trabajo al análisis de las manifestaciones más claras de esta influencia.

7. Previamente señalemos que, aunque carente por ahora de competencias específicas directas en el campo de lo penal, la Comunidad sí tiene facultades sancionatorias de naturaleza administrativa: por ejemplo, en materias como la protección al régimen de la competencia estatuida en el Tratado de Roma (arts. 85 y sigs.⁹). También existen sanciones civiles como la nulidad de los acuerdos entre empresas contrarios a las disposiciones del Tratado¹⁰. Por su parte, el Tra-

* Véase el Reglamento nro. 17 del Consejo, del 6-XI-1962. Las sanciones, impuestas por la comisión, pueden ser: multas por infracciones y multas coercitivas o atreites, supresión de subsidios; obligación de devolver una cantidad indebidamente percibida y la retirada forzosa de licencias de importación o exportación; y pueden ser aplicadas tanto a particulares como a personas jurídicas. Véase al respecto el trabajo de Blanca Vila Costa "El régimen jurídico de las sanciones por infracciones a las normas comunitarias", en *Revista de Instituciones Europeas (R.I.E.)*, 1989, pp. 805 y sigs.

¹⁰ El artículo 85, párrafo 2º del T.CEE dice: "los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho". Se refiere a los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el

tado de la Unión Europea concede al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) la facultad de aplicar sanciones a los Estados miembros que incumplan las normas comunitarias luego de la sustanciación de recurso de incumplimiento (arts. 169 a 171, T.CEE)¹¹.

B) La influencia del ordenamiento jurídico comunitario en los ordenamientos jurídicos penales nacionales:

8. El ordenamiento jurídico comunitario tiene sus rasgos fundamentales en los principios de aplicabilidad, efecto directo y primacía de sus normas. En virtud de la aplicabilidad y efecto directo, las normas comunitarias dotadas de esta virtualidad (los reglamentos y, bajo ciertas condiciones, también las directivas) se aplican, una vez publicados, sobre todo el espacio comunitario, y no precisan de actos de recepción interna. Los destinatarios de las normas son no sólo los Estados miembros sino también los particulares que quedan directamente obligados por las mismas y pueden exigir su aplicación por los tribunales internos¹².

juego de la competencia dentro del mercado común. Y, en particular, los que enumera el artículo 85, incs. a) a e).

¹¹ Art. 171 del T.CEE, inc. 2^a, párr. 3<º>, modificado por el TUE: "...Si el Tribunal de Justicia declara que el Estado miembro de que se trate no ha cumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o una multa coercitiva". Hasta ahora, las sentencias del Tribunal eran meramente declarativas del incumplimiento, lo que acarrea consecuencias de tipo "político", pero no sanciones.

¹² Resumiremos, para ilustrar algo más el crucial punto, la doctrina del Tribunal en el fundamental asunto "Costa c/ Enel" (Caso 6/64 del 15-VIII-1964, Rec. 1964, p. 1160): De manera distinta a los tratados internacionales ordinarios, el T.CEE ha creado su propio sistema legal. Este tras la entrada en vigor del Tratado se convirtió en parte integrante de los sistemas legales de los Estados miembros y sus tribunales están obligados a aplicarlo... Por ser una Comunidad de duración ilimitada, con sus propias instituciones, su propia personalidad, su propia capacidad jurídica y capacidad de representación en el plano internacional y, más particularmente, poderes reales dimanantes de una limitación de la soberanía o traspaso de poderes de los Estados a la Comunidad, los Estados miembros han limitado permanentemente sus derechos soberanos y han creado así un cuerpo legal que obliga tanto a sus nacionales como a ellos mismos... La integración en las leyes de cada Estado miembro de disposiciones que derivan de la Comunidad, y más generalmente, los términos y el espíritu del Tratado, hacen imposible a los Estados, como conjunto, el acordar primacía a una medida unilateral, anterior o posterior sobre un sistema legal acep-

9. Además, las normas comunitarias prevalecen sobre cualquier norma de Derecho interno, cualquiera que sea su rango (aun por sobre las constitucionales) y con independencia de que sean anteriores o posteriores a aquéllas. Dijo el TJCE en "Internationale Handelsgesellschaft mbH"¹³, que "el Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, no puede en razón de su naturaleza, aceptar que se le opongan judicialmente reglas de Derecho nacional, cualesquiera que sean, sin perder el carácter comunitario y sin que sea puesta en entredicho la base jurídica de la Comunidad misma". Las normas penales nacionales no quedan excluidas de esta afirmación.

10. Por la plena vigencia y aplicación de estos dos principios, fundamentales en la estructura comunitaria¹⁴, las legislaciones de los países miembros experimentaron, desde el inicio, un proceso de adecuación constante a la existencia de este ordenamiento jurídico distinto, que, aunque de naturaleza extrapenal, tiene consecuencias directas para los ordenamientos penales internos. Entre las más destacables están: la reducción del ámbito de aplicación de algunos preceptos penales por la posición prevalente que ocupa el ordenamiento jurídico comunitario, la inaplicabilidad de los tipos penales que se oponen o colisionen con normas comunitarias; la necesidad de armonización de los preceptos penales de los Estados miembros y la aparición de conductas que afectan bienes jurídicos supranacionales.

11. Dijimos que por aplicación del principio de la primacía de la norma comunitaria, los conflictos entre las normas comunitarias y las internas se resuelven en favor de las primeras. Veamos ahora cómo. Conforme la doctrina del TJCE en el caso "Simmenthal"¹⁵, una norma comunitaria "hace

tado por ellas sobre la base de la reciprocidad. Esta medida puede, por lo tanto, no ser aplicada si se contraria a ese sistema legal. La ley que dimana del Tratado, una fuente independiente del Derecho, no puede, por su naturaleza especial y original, ser anulada por disposiciones legales domésticas, como quiera que se encuadren, sin ser privadas de su carácter de Derecho comunitario y sin poner en tela de juicio la propia base jurídica de la Comunidad.

¹³ Sentencia del 17-XII-1970.

¹⁴ Véase mi trabajo "De la primacía y el efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario" en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1991-III, Abelardo Perrot, Bs. As., pp. 107 y sigs.

¹⁵ TJCE, As. "Simmenthal", Rec. 1978, pp. 643 y sigs.

inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional existente" (las penales no están de ningún modo excluidas). También dijo el TJCE que en el supuesto de que la norma nacional en conflicto con la comunitaria sea posterior a ésta "la vigencia de la norma comunitaria impide la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias". El juez de un Estado miembro, como órgano del gobierno del Estado¹⁶, ante el conflicto de su orden interno penal (o de cualquier naturaleza) con el comunitario, "debe dejar inaplicada toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, ya sea anterior o posterior a la regla comunitaria". El Estado miembro, por imperio del artículo 5º del T.CEE, debe proceder luego a arbitrar los mecanismos internos necesarios para evitar los conflictos normativos que puedan obstaculizar su vigencia¹⁷.

12. A pesar de lo borroso que puedan parecer los límites de las competencias de la Comunidad y a la posibilidad de que ésta "adquiera" nuevas potestades por la vía del artículo 235, puede afirmarse, con timidez, que la incidencia comunitaria en "lo penal" de un Estado miembro es sólo respecto de los ámbitos estrictamente comunitarios, teniendo amplia libertad en los demás¹⁸. Así, no viola el Tratado de Roma un texto penal que:

a) No interviene en un dominio no regido por el Tratado o sus modificaciones.

b) Interviene en una materia cedida (competencia exclusiva comunitaria) pero que aún no ha sido objeto de tratamiento comunitario. Ello sujeto a la posibilidad de que cuan-

¹⁶ Esta obligación se ha extendido, a partir de la sentencia "Frabelli, Constanza" (As. 103/88, Rec. 1989, p. 1839), al resto de las instituciones del Estado y cualquiera sea su estructura, federal, autonómica o descentralizada. Ello por aplicación del artículo 5º del T.CEE.

¹⁷ La norma comunitaria no deroga la interna. La sanción es mínima: la hace inaplicable para el caso concreto. La ley continúa vigente y se trata de los órganos competentes de cada Estado miembro, conforme a sus procedimientos constitucionales internos, proceder a su anulación, derogación, declaración de inconstitucionalidad, etc. No hacerlo coloca al Estado en infracción al artículo 5º T.CEE y a la norma comunitaria inaplicada.

¹⁸ Mis reservas se fundan precisamente en la imposibilidad de determinar con seguridad cuáles son los "ámbitos estrictamente comunitarios" en un esquema que se ha caracterizado por legislar prácticamente en todos los imaginables.

do la Comunidad legisla en la materia, la norma interna que resulte en conflicto con ella, pierda su eficacia.

c) Legisla en materia de competencia compartida entre la Comunidad y los Estados miembros y no obstaculiza la actividad comunitaria desplegada en dicho campo¹⁹.

d) Interviene en materias que han sido objeto de disposiciones precisas en el Tratado o en reglamentos comunitarios con la finalidad de completarlos, sin modificarlos²⁰.

13. Veamos algunos casos en los que la incidencia comunitaria en el ámbito penal interno se ha dado por la vía de "reglamentos". Los reglamentos son normas de alcance general, obligatorias en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro (art. 189, TCEE).

14. Algunos reglamentos de la Comunidad obligan a los Estados miembros a adoptar "todas las medidas apropiadas" a fin de sancionar las conductas contrarias a las disposiciones que contiene²¹. Los Estados miembros tienen absoluta libertad en la elección de los mecanismos internos puestos al servicio de la Comunidad para asegurar la eficacia de sus normas. Esos instrumentos pueden ser o no de índole penal.

15. Otros reglamentos imponen a los Estados la obligación de sancionar leyes penales para proteger algún interés que se considera esencial. Es el caso del "Reglamento sobre la manufactura ilícita de drogas y narcóticos"²², cuyo artículo 8º obliga a los Estados miembros a imponer penas que sean "suficientes" para compeler al efectivo cumplimiento de sus previsiones.

16. ¿Cuándo serán estas penas suficientes? El TJCE en "Hansen", al pronunciarse sobre la conformidad con el Derecho comunitario de un régimen de responsabilidad penal objetiva por el que se sanciona la violación del Reglamento nro.

¹⁹ Por ejemplo la política de competencia.

²⁰ Tema por demás espinoso si se pretende respetar a ultranza los principios de efecto directo, aplicación directa y primacía de las normas comunitarias.

²¹ Así, el artículo 29 del Reglamento 1619-68 del Consejo del 15-X-1968 relativo al comercio intracomunitario de huevos que dispone que: "Los Estados miembros adoptarán todas las medidas apropiadas a fin de sancionar las infracciones a las disposiciones de este reglamento" (M. Bigay "L'application des règlements communitaires en Droit penal français", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1971, p. 54).

²² Reglamento 3671/90, DOCE 1990, L 367/1.

543/49 del Consejo, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera, precisó el alcance de las obligaciones de sancionar la violación de los reglamentos comunitarios que pesa sobre los Estados miembros. Declaró entonces que "cuando un reglamento comunitario no contiene ninguna disposición específica por la que se prevea una sanción en caso de violación del mismo o cuando, en este punto, reenvíe a disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas nacionales, el artículo 5º del T.CEE impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance de la eficacia del Derecho comunitario. Para ello, los Estados miembros, aunque conservan la libertad de decidir las sanciones, deberán, no obstante, procurar que las violaciones del Derecho comunitario se sancionen de acuerdo con unas condiciones de fondo y de procedimiento que sean análogas a las aplicables a las violaciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y, en cualquier caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio"²³.

17. Se ha experimentado la integración de las normas comunitarias en el ordenamiento penal interno por el sistema de remisión (*par référence*). Esta solución aparece como la más respetuosa del sistema de las fuentes del Derecho comunitario, ya que permite al reglamento conservar "sus caracteres de autoridad superior a la ley", pero suscita algunas objeciones respecto, por ejemplo, del principio de legalidad. Un ejemplo es, en Francia, el decreto 62-1435 del 26 de noviembre de 1962 en materia de transportes. Su artículo 4º castiga con multa de 200 a 1.000 francos franceses "a los transportistas que no se adecuen a las disposiciones de los artículos 6º, 8º y 9º del Reglamento nro. 11 del 27 de junio de 1960 de la Comunidad". La remisión que realiza esta ley penal "en blanco" es un reglamento de la Comunidad. Reglamento que, como vimos, tiene primacía por sobre la ley interna y algunos de los caracteres de una "ley" (su obligatoriedad y su alcance general), y puede ser modificado, una y otra vez, por el Consejo CEE con el logro de las mayorías establecidas en el Tratado. Pero importante es recordar que el Consejo, único legis-

²³ TJCE, As. 326/88 "Hansen", del 10-VII-1990. Véase al respecto, Jean Victor Louis "El ordenamiento Jurídico Comunitario", Comisión de las Comunidades Europeas, 1991, pp. 202 y 203.

lador comunitario hasta el TUE y co-legislador con el Parlamento desde entonces, se integra con ministros de los Ejecutivos de los Estados miembros, por lo que estas normas supranacionales que desplazan a las propias leyes internas, no emanan de los representantes de los pueblos de Europa.

18. A diferencia de los reglamentos, las "directivas" comunitarias son normas que obligan a los Estados destinatarios en cuanto al resultado que deba obtenerse, dejándoles sin embargo, la libre elección de la forma y de los medios para alcanzarlo (art. 189, T.CEE). Por ello, difícilmente uno encuentre sanciones incluidas en las directivas, aunque sí existen fórmulas como las vistas para los reglamentos que obligan a los Estados miembros a legislar penas suficientes para compeler a su efectivo cumplimiento por los particulares²⁴.

19. Ahora bien, esa libertad en la elección de "la forma y de los medios" no es total. En primer lugar, la directiva fija un lapso al Estado destinatario para su desarrollo. Si el Estado no la desarrolla en tiempo y la directiva es clara y precisa y no deja margen de apreciación al legislador nacional, adquiere efectos directos al vencimiento del plazo fijado. Además el Estado infractor se expone al procedimiento de incumplimiento que inicia la Comisión y que puede dar lugar a sentencias declarativas del Tribunal en dicho sentido. En segundo lugar, las normas de desarrollo deben ser respetuosas de los Derechos internos, claras y precisas y publicadas de manera que sus destinatarios conozcan los derechos y obligaciones que de ellas emanan²⁵.

20. A la hora de legislar en determinado sector, no es lo mismo elegir entre "directivas" o "reglamentos". La directiva es el instrumento ideal de armonización y se la utiliza en áreas en las que las posibilidades de regulación nacional o interna son amplias. El reglamento, en cambio, es el instrumento preferido para unificar o uniformar la legislación y se lo utiliza en materias de competencia comunitaria exclusiva o compartida, especialmente en las de larga tradición comunitaria (agricultura, transporte, política comercial común, etc.).

²⁴ Proyecto de Directiva de "Lavado de Dinero", artículo 13, DOCE 1990 C 1666 y Directiva 91/306 de "Lavado de Dinero" aprobada por el Consejo, que recoge la misma fórmula; DOCE 1991 L 166/77. Véase este y otros ejemplos en Sevónar "Criminal law and EC law", *Common Market Law Review* 29-30, 1992, p. 34.

²⁵ Sentencias 96 y 97/91, "Comisión o/Holanda".

21. La incidencia de la norma comunitaria en el ordenamiento interno ha modificado también el sistema de fuentes del Derecho penal. La adhesión a las comunidades implica la asunción del "acervo comunitario" (*acquis communautaire*), es decir del conjunto entero del plexo normativo conformado por el Derecho primario y el derivado. La "ley", consagrada como única fuente del derecho penal en los sistemas de Derecho continental, es a veces reemplazada o limitada no sólo por las disposiciones de los tratados (que fueron ratificadas por todos los Estados miembros), sino también por reglamentos o por directivas que también integran el acervo comunitario y que no requieren ratificación interna (en rigor la excluyen), y que además son de dudosa legitimidad democrática en virtud de su órgano emisor (el Consejo, órgano intergubernamental integrado por representantes de los Ejecutivos de los Estados miembros); o la Comisión (Ejecutivo comunitario, sin representatividad popular). Estas normas pueden interferir, veremos enseguida cómo, en áreas protegidas o relevadas por el Derecho penal de los Estados comunitarios.

C) *Algunos ejemplos de sentencias del tribunal relacionadas con procedimientos penales internos:*

22. Una gran cantidad de fallos del tribunal, especialmente los dictados a pedido de los jueces nacionales en consulta de interpretación de la norma comunitaria por el procedimiento del recurso de prejudicialidad²⁶, ilustran sobre la influencia del ordenamiento supranacional sobre el penal interno²⁷. Como el sistema jurídico comunitario es fuente de derechos y obligaciones no sólo para los Estados firmantes sino también para sus ciudadanos, es posible para un particular ampararse en un reglamento comunitario o en una directiva

²⁶ Artículo 177 del T.CEE. La consulta es obligatoria cuando la decisión del tribunal interno no es susceptible de ulterior recurso y siempre posible cuando, aun admitiendo recurso, el juez estime necesaria una decisión del Tribunal europeo para emitir su fallo.

²⁷ Sevenater, *op. cit.* [nota 24] ps. 38 y 39, clasifica esta influencia en "negativa" cuando un Estado debe abandonar parte de su derecho penal porque entra en conflicto con el comunitario; e influencia "positiva" cuando la norma comunitaria impone la obligación de activar los mecanismos penales internos. En ambos casos, sostiene la autora, puede hablarse de limitaciones a la soberanía de los Estados miembros, tanto en materia penal sustantiva como adjetiva.

que tenga características de directamente aplicable²⁸ cuando es juzgado por una ley que colisiona con aquéllas y acudir al Tribunal de las Comunidades solicitando al juez interno que abra el incidente de prejudicialidad.

Veamos algunos casos que han afectado dos de los pilares de la Comunidad: sus libertades de circulación de personas y bienes.

22. a) *Afectación por normas penales internas de la Libre circulación de Mercancías:*

22. a.1) *Caso "Gilli y Andres" o del vinagre italiano*²⁹: La denominación "vinagre" estaba sólo reservada por una ley italiana de 1964 a productos obtenidos de la fermentación ácida de los vinos. Por lo tanto, para Italia sólo era "vinagre" el vinagre de vino. La ley era aplicable tanto a los productos nacionales como a los importados, y su infracción acarrea sanciones penales de multa y de prisión de hasta tres años. Herbert Gilli era un importador de productos alimenticios de la provincia italiana de Bolzano, y Paul Andres, un comerciante residente en la misma provincia. En un proceso penal seguido por infracción a la ley indicada, se les reprochaba la puesta en circulación para la venta de vinagres de origen alemán obtenidos a partir de la fermentación de semillas y no del vino. Gilli se defendió invocando el artículo 30 del T.CEE que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación y las medidas de efecto equivalente, argumentando que la ley penal italiana constituía una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la exportación, es decir una reglamentación nacional susceptible de obstaculizar los intercambios comunitarios³⁰. El gobierno italiano defendía y justificaba su ley con argumentos excepcionantes del principio de la libre circulación de bienes y servicios³¹, como la defensa de los consumidores (cuyas expectativas se venían defraudadas

²⁸ Me refiero a las directivas que contengan obligaciones claras, precisas e incondicionadas y que no hayan sido desarrolladas en tiempo por el Estado parte. Un país miembro no puede invocar como argumento en contra del proceso su propia falta en el desarrollo oportuno de la norma comunitaria.

²⁹ TJCE, As. 788/79, "Gilli", Rec. 1980-3, p. 2071.

³⁰ Para el concepto de MEE y otros, véase mi artículo, en colaboración con Juan Domicelli, "La libre circulación de mercancías en la CEE", en *L.L.*, t. 1992-D, pp. 1275 y sigs.

³¹ Evocadas en el artículo 36 del T.CEE.

si se les vendía un vinagre distinto al que estaban habituales); la protección de la salud pública (por el carácter nocivo de productos con contenido de ácido acético no derivado del vino) y la lealtad de las transacciones comerciales. El tribunal penal de Bolzano acudió al TJCE por la vía incidental del recurso de prejudicialidad para saber si la prohibición que contenía la ley penal constituía o no una restricción cuantitativa a la importación o una medida de efecto equivalente en los términos del artículo 30 del T.CEE, y por lo tanto, era contraria al principio liminar de la libre circulación de mercancías en el espacio comunitario. El Tribunal dijo en su sentencia que "en ausencia de reglamentación comunitaria acerca de la producción o comercialización de un producto, los Estados miembros pueden regular en sus territorios todo lo que concierne a su producción, distribución o comercialización, con la condición de que sus reglamentaciones no constituyan obstáculo directo o indirecto, actual o potencial, al comercio intracomunitario"²². Consideró que el vinagre obtenido a partir de semillas no era nocivo para la salud y que, mientras en su etiqueta se explicara suficientemente su origen, no se confundiría a los consumidores. Así, en el caso, ni la protección de la salud pública, ni la defensa de los consumidores ni la lealtad de las transacciones comerciales justificaban una restricción a la libre circulación del producto. No dijo el Tribunal qué debía hacer Italia con su ley, pero esta sentencia le impuso al juez de Bolzano la interpretación que debía hacer, que, por imperio del principio de la primacía de la ley comunitaria sobre la nacional, dejaba inaplicada la ley penal italiana y a Italia con la obligación de hacer lo necesario para adaptar su legislación a esta interpretación so pena de quedar expuesta a una declaración de incumplimiento.

22. a.2) Caso "Henn y Darby" o de las películas y revistas obscenas:²³ Los demandados estaban acusados de estar "implicados a sabiendas en la fraudulenta evasión de la prohibición de importación de objetos indecentes u obscenos" en violación a las leyes inglesas. Habían importado una cantidad

²² Se repite la definición de "Medida de Efecto Equivalente" (MEE) dada por el Tribunal en el asunto "Procurador del Rey o Dassonville". Sobre este y otras temas véase mi trabajo en colaboración con Juan Díez de la Penada "La libre circulación..." citado [nota 20].

²³ TJCE, As. 34/79, "Regina o/Henn y Darby" del 14-XII-1979, Rec. 3975.

de cajas conteniendo películas obscenas y revistas a Inglaterra y Dinamarca desde Holanda. Existen restricciones a la importación de estos artículos en el Reino Unido. Así, cualquier artículo indecente u obsceno es susceptible de ser requisado y destruido al llegar a su territorio, y cualquiera que fraudulentamente intente introducirlos es pasible de ser sometido a proceso penal y condenado por un delito. La cuestión era saber si esta ley era contraria al artículo 30 y si era una violación justificada al amparo de la protección legítima de la moralidad pública excepción a la libre circulación de mercancías admitida por el artículo 36 del T.CEE. El Tribunal dijo que, en principio, corresponde a cada uno de los Estados definir y determinar sus propios estándares de moralidad y cada Estado tiene derecho a imponer restricciones a las importaciones justificadas por la protección de la moralidad pública en su territorio, por lo que no prosperó la defensa de los acusados y se consideró a la ley inglesa como una restricción justificada a la LCM en el espacio comunitario.

22. a.3) *No sucedió lo mismo en el asunto "Congate" o de las muñecas inflables*²⁴, en el que el Reino Unido alegó también razones de moralidad pública para impedir la introducción a su territorio de muñecas inflables fabricadas en Alemania. Conforme el artículo 40 de la *Customs Act* de 1876 (misma ley que la utilizada en el caso anterior) se consideraba que dichos objetos eran obscenos, por lo que se decomisó el embarque. Pero resultó que las muñecas inflables también se fabricaban y comercializaban en el Reino Unido, sujetas a una serie de condicionamientos. El TJCE dijo en su sentencia que "un Estado miembro no puede invocar razones de moralidad pública, con arreglo al artículo 36 del Tratado, para sujetar la importación de determinadas mercancías a una prohibición alegando que son indecentes u obscenas, cuando esas mismas mercancías pueden fabricarse libremente en su territorio y cuando su comercialización está sometida únicamente a una prohibición absoluta de envío por correo, a una restricción relativa a su exhibición en público y, en determinadas regiones, a un régimen de autorización de las tiendas habilitadas para vender estas mercancías a clientes de 18 años o más.

Lo que el Tribunal intenta en todos los casos es preservar el principio de la libre circulación de mercancías dentro del espacio comunitario, evitando medidas de tinte proteccio-

²⁴ TJCE, As. 121/86, "Congate o HM Customs".

nista adoptadas por los Estados miembros que producirían un parcelamiento del territorio comunitario, efecto exactamente opuesto al que persiguen los tratados.

22. b) *Casos en que las leyes penales internas colisionaron con el principio de la libre circulación de personas en el espacio comunitario:*

22. b.1) *Caso "Cowan" o del derecho a la compensación de un turista tras un abuso:*³⁵

La "Comisión Francesa de indemnización de las víctimas de un delito" sometió al Tribunal, por la vía del incidente de prejudicialidad, esta cuestión que tenía que ver con el derecho del reclamante Sr. Cowan, ciudadano inglés, de obtener una compensación por el daño físico resultante de un atraco violento que había sufrido en París a la salida de una estación de metro. El rechazo de la petición del reclamante se basó en que no cumplía con las condiciones de legitimación activa que dispone el artículo 706/15 del Código de Procedimientos Penal francés para poder ser compensado: o bien disponer de un permiso de residencia o bien ser nacional de un país que hubiere concluido un acuerdo de reciprocidad con Francia. El Tribunal Comunitario consideró a esta ley nacional incompatible con el artículo 7º del Tratado CEE que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad y que impone a los Estados miembros la obligación de tratar a los ciudadanos de cualquier país comunitario de manera igual a los nacionales del país anfitrión. Así, aunque en principio, la legislación penal y las reglas de procedimiento criminal, en las que la cuestión estaba enmarcada, son de jurisdicción de los Estados miembros, el Derecho comunitario limita esa jurisdicción con el efecto de que esas disposiciones no pueden resultar en una discriminación prohibida por los tratados o por la legislación derivada de ellos.

22. b.2) *Caso "Bonsignore" o del test de conducta personal:*³⁶

El Sr. Bonsignore, ciudadano italiano residente en la República Federal Alemana, accidentalmente dio muerte de un tiro a su hermano debido al descuido en el manejo de un arma de fuego. Fue hallado culpable de homicidio culposo pero

³⁵ TJCE, As. 186/87, "Ian Williams Cowan c/el Tesoro" del 2-II-1989.

³⁶ TJCE, As. 67/74, "Bonsignore c/Oberstadtdirektor Köln", del 26-II-1975, Rec. 297.

al tribunal alemán le impuso sólo una pequeña multa por la posesión ilegal del arma de fuego. Por razones preventivo-generales, en orden a impedir que otros extranjeros cometieran faltas similares, se ordenó su deportación. A pedido de la defensa se preguntó al TJCE, siempre por la vía del incidente de prejudicialidad, si una medida tal era compatible con el Derecho comunitario, especialmente con los artículos 48 y 56 del T.CEE que consagran la libre circulación de los trabajadores y las excepciones a la misma fundadas en razones de orden, seguridad y salud públicas. El Tribunal dijo que las excepciones al fundamental principio de la libre circulación de personas deben ser interpretadas restrictivamente, y no sólo consideró la ley penal cuestionada incompatible con las normas comunitarias sino que impuso a los tribunales alemanes algunos criterios de interpretación de sus propias leyes para adaptarlas a las comunitarias. Así, dijo el Tribunal que según el artículo 3º de la Directiva 64/221, las medidas tomadas en base al orden público o a la seguridad pública deben fundarse exclusivamente en la conducta personal del individuo en cuestión, por lo que la deportación no puede ser impuesta por razones de naturaleza preventivo general, o sea en consideración a otros.

D) De los "delitos" propiamente comunitarios:

23. Saliendo ya del análisis de la forma indirecta en la que el Derecho comunitario incide en el orden jurídico penal interno y lo condiciona, mostraremos algunas situaciones que van llevando a la Comunidad a plantearse seriamente la necesidad de crear tipos penales comunitarios que abarquen el catálogo de conductas que afectan directamente bienes jurídicos supranacionales y que socavan las bases mismas de la Comunidad.

24. Un grupo de hechos que se han venido verificando y que se multiplican día a día son los fraudes específicos en la administración de los fondos comunitarios (apropiaciones, desvíos). Su crecimiento se debe a la multiplicación de los fondos estructurales administrados por la Comisión y que utiliza la Comunidad para su política de cohesión (eliminación de las disparidades entre las regiones ricas y las pobres) y a la intervención en economías de signo muy dispar y con hábitos y estructuras no siempre transparentes. Desde hace tiempo se viene reclamando por un sistema autónomo de san-

ciones específicas para estos casos, y ciertamente ha habido algunos esfuerzos, no exitosos, en dicho sentido³⁷. Algunos autores³⁸ sostienen que, como en la mayoría de los Estados miembros el sujeto pasivo de los delitos económicos (fraude fiscal, obtención ilegal de subsidios, desgravaciones) es el propio Estado a través de sus distintas administraciones (v.g. arts. 349 y 350 del Código Penal español en el título de los delitos contra la hacienda pública) y los fondos son cedidos por la CEE a aquéllos para su aplicación, su mala gestión afecta al mismo Estado y puede, por tanto, ser perseguible por las leyes internas. Otros, reclaman la sanción de un código penal tipo para Europa en el que se incluya la figura del fraude en la administración de los fondos comunitarios.

25. También se reclama o un sistema comunitario de sanciones penales³⁹, o una extensión de los nacionales al comunitario⁴⁰, para prevenir o castigar conductas de los funcionarios comunitarios en el ejercicio de su función, como el cohecho activo y pasivo, la violación del secreto profesional y la malversación.

26. Asimismo, se discuten mecanismos de acción para castigar el contrabando comunitario⁴¹. Al desaparecer las fronteras interiores con la puesta en vigencia del mercado interior a principios de 1993, las mercancías que ingresan de terceros países o egresan de cualquier país comunitario, lo

³⁷ Proyecto de Tratado que la Comisión transmitió al Consejo sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios (DOCE C 222, del 22-IX-76). Se prevé un sistema de "coordinación" en materia de sanciones penales para el principio de territorialidad y la ausencia de competencias comunitarias propiamente penales supuso un importante obstáculo.

³⁸ Ver sobre el tema Arroyo Zapater, *Delitos contra la Hacienda Pública en Materia de Subvenciones*, 1987; Grassi, "La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità Europea", *Rev. Trim. Dir. Penal dell'Economia*, 1983, 373; Vila Costas op. cit., p. 815; Tiedemann, K. "La grande dans le domaine des subventions: Criminologie et politique criminelle", *Revue du droit penal et de criminologie*, vol. 56 (1975-6), p. 129 y sigs.

³⁹ A ello se dirige el fallido "Protocolo sobre la responsabilidad y la protección en materia penal de los funcionarios y otros agentes de las Comunidades Europeas" (DOCE, num C-222 del 22-IX-76). Véase Vila Costa, op. cit., p. 816.

⁴⁰ Así Mertens de Wilmars, "L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales e les particuliers", *CDE*, (1981), p. 394/5.

hacen hacia o desde "la Comunidad", por lo que cualquier violación a las normas comunitarias aduaneras afecta a la economía comunitaria. Recordemos que el presupuesto comunitario se nutre, en buena medida, de los fondos obtenidos por la aplicación del Arancel Aduanero Externo Común (AAEC).

E) Armonización, disparidades, problemas:

27. Pueden existir diferencias entre la legislación penal de los Estados miembros (disparidades) que de alguna manera obstaculicen la vigencia de las normas comunitarias y su efectividad y que son sólo eliminables mediante la armonización. Las disparidades en la legislación penal pueden causar, por ejemplo, distorsiones en el régimen de competencia comunitaria, al coexistir Estados que son más estrictos en su legislación con otros que lo son menos. El artículo 101 del T.CEE prevé un sistema de consultas entre Estados cuando la Comisión constata divergencias en las legislaciones que pueden falsear las condiciones de competencia en el mercado común y provoca distorsiones que es preciso eliminar. Ante ello se sugiere a los Estados miembros su eliminación o el Consejo adopta directivas armonizadoras.

28. La finalidad del sistema es eliminar, en todo lo posible, las distorsiones de la competencia y, con iguales condiciones para todos, que el mercado haga el resto. El problema es si en el marco del Derecho penal, las soluciones del mercado son las mejores⁴¹. Así, el Estado con una legislación más permisiva, en materia medioambiental por ejemplo⁴², atraerá más industrias a su territorio que otros. Por el contrario, un Estado con una legislación penal más represiva y estricta puede provocar una salida de su territorio de empresas en busca de condiciones más ventajosas; o, lo que es aún más inquietante, si la severidad en la represión se constata en todo el espacio comunitario, provocar la radicación de las empre-

⁴¹ "Lineamientos para el estudio de la armonización de sanciones por infracciones al Derecho aduanero comunitario", Comisión de las Comunidades, DOCE, 1990, C 193/8.

⁴² Severster, *op. cit.* [nota 24], p. 54.

⁴³ Estas ideas pueden surgir particularmente en el campo del Derecho penal económico. En materias como drogas, armas, terrorismo y otros delitos graves, es dable esperar que todos los Estados adoptarán la legislación más severa posible.

sas fuera de la Comunidad. Por el momento, lo que se pretende es armonizar allí donde se constaten las disparidades más relevantes.

29. Puede que la armonización de la legislación interna con la comunitaria se produzca de manera "espontánea", es decir que un Estado miembro, para no quedar en desventaja competitiva con otro, adapte su legislación interna, incluso la represiva, a los parámetros que fija la Comunidad. Piénsese de nuevo en materia de Derecho ambiental o de protección al consumidor.

30. No son menores los problemas en cuanto a la disparidad en las legislaciones respecto a los criterios de aplicación de las leyes penales en el espacio. Algunos Estados suman al principio de la territorialidad el de la personalidad activa, por ejemplo. Así los transportistas holandeses pueden ser penados, a su regreso a Holanda, por delitos cometidos en algún otro Estado comunitario, lo que, en términos de competencia, significa también una distorsión⁴⁴.

31. No parece cercana una armonización del Derecho penal europeo. Los dos borradores de tratado, que datan de 1976 y 1977⁴⁵, pensados sobre todo para combatir el fraude comunitario, están todavía pendientes de aprobación por el Consejo. Se pretende con ellos codificar los principios de asimilación (la protección contra las infracciones al Derecho comunitario debe ser la misma que la que se ofrece contra las de Derecho interno) y el principio de "territorialidad comunitario" (según el cual el Estado que ejercita la acción penal debe considerar un delito cometido en otro Estado miembro como cometido en el propio).

F) 1993: El mercado interior y Maastricht. Perspectivas.

32. Luego del despliegue de una furiosa actividad de armonización y de eliminación, uno a uno, de los obstáculos físicos, técnicos y fiscales, el "mercado interior" comunitario, principal objetivo del Acta Unica Europea de 1987, está vigente desde el 1º de enero de 1993. Ello significa que, a partir de entonces, la Comunidad es un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas,

⁴⁴ Ejemplo recogido de Sevenster, *op. cit.*, [nota 24] p. 56.

⁴⁵ DOCE 1976, C 2222.

servicios y capitales está garantizada según las disposiciones del T.CEE.⁴⁶

33. Las divergencias legislativas existentes se hacen desde entonces más visibles, y si todos y todo puede moverse libremente, se ofrecen a los europeos oportunidades de involucrarse en actividades muy distintas a los fines que las cuatro libertades que persiguen. Digamos, por ejemplo, la de cometer un delito en un país distinto al propio para escapar a una legislación interna más severa. Y no imaginamos nada. Un acusado de robar un banco en Holanda declaró que eligió ese país para cometer un delito "porque allí las penas son muy leves". Esta singular "confesión" llevó a un miembro del Parlamento Europeo a preguntar a la Comisión "si no sería necesario considerar seriamente la armonización de la legislación penal y mejorar los procedimientos de extradición en la Comunidad"⁴⁷.

34. El ya vigente Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, dedica su Título VI a las "Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior" (arts. K. 1ª al K. 9ª). En ellos se enumeran algunos "ámbitos de interés común", entre los que se encuentran la lucha contra la toxicomanía y contra la defraudación a escala internacional, la cooperación judicial en materia penal, la cooperación policial para la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional, en los que los Estados parte se informarán y consultarán "con objeto de coordinar su acción". Hasta ahora sólo existía intergubernamentalismo en estas materias y no siempre "a Doce". El Tratado habilita la "comunitarización" de esta acción, concediéndole al Consejo la facultad de coordinarla mediante el dictado de normas en esos ámbitos por unanimidad o por mayoría según los casos. Pero hasta ahora todo se plantea en términos de cooperación y no se habla de cesión.

35. A la cada día más evidente necesidad de armonizar, se le oponen argumentos de tipo político y de tipo ideológico. Respecto de los primeros el principal es, como siempre, la cesión de soberanía nacional al sistema supranacional en áreas

⁴⁶ Artículo 8º A, último párrafo, introducido por el artículo 13 del AUE.

⁴⁷ Pregunta escrita 765/86, DOCE 1987, C 72/13.

por demás sensibles. Creo que Europa ha superado repetidas veces esta objeción en estos cuarenta años. Por lo demás, como hemos visto, la soberanía en materia penal, si bien no perdida está severamente limitada.

36. Respecto de los argumentos de tipo ideológico contrarios a la armonización, se sostiene, por ejemplo, que las diferencias en el Derecho penal de los diferentes Estados están justificadas y son necesarias por las diferencias ideológicas y culturales que presentan. Así, un mercado unificado como el de los EE.UU. exhibe diferencias entre las leyes penales de los estados miembros de la Unión. A esta objeción puede responderse que en los EE.UU. también existe un Código Penal Federal, por lo que las dos situaciones no son comparables. Además, habría que verificar si en materia penal económica realmente existen diferencias entre la legislación federal y la local y, si existieran, si éstas pueden conducir a abusos en materia de competencia⁴⁸.

39. Digamos, para finalizar este comentario sobre la experiencia europea, que a medida que la integración se profundiza, la necesidad de armonizar todo, incluso lo penal, aumenta. Pero repetimos, por fundamental, que no se plantea la armonización de todo el Derecho penal, empresa innecesaria y por demás difícil⁴⁹, sino la necesidad de armonizar las leyes penales allí donde colisionen o impidan la plena vigencia de las normas comunitarias. Es bastante claro que, conforme la Comunidad adquiere más y más competencias, a veces de ejercicio exclusivo, el ámbito de actuación interna es menor, y también la soberanía de los Estados para tipificar y sancionar penalmente conductas vinculadas o referidas a áreas de influencia comunitaria.

II. DERECHO PENAL Y MERCOSUR

1. Hemos resumido hasta aquí los aspectos que consideramos más relevantes de la experiencia integradora europea

⁴⁸ Sevenster, *op. cit.*, [nota 24], p. 64.

⁴⁹ Recuerde el lector que coexisten en el espacio comunitario sistemas jurídicos bien distintos como el Common Law y el Derecho Continental, más de una decena de lenguas diferentes, tradiciones y culturas muy poco similares.

examinada desde el prisma del Derecho penal. Analicemos ahora el tema desde la perspectiva de nuestro Mercosur.

2. El Tratado de Asunción (en adelante T.A.) no ha creado una estructura supranacional. No existen atribuciones soberanas cedidas o transferidas a la competencia de las instituciones, de tipo intergubernamental, que pilotean el proceso.

3. Ya hemos dicho⁶⁰ que, conforme lo sostiene la doctrina más autorizada, no es posible concebir un sistema de integración, en los niveles en los que la T.A. plantea, sin una estructura supranacional y sin cesión de soberanías a la misma⁶¹. Es que, para regular toda la compleja materia que abarca la integración económica, es preciso adoptar millares de normas y decisiones, muchas veces en contra del interés de alguno de los Estados parte. Si se somete la aprobación de cada una de ellas a los procesos sancionatorios de los países miembros, la experiencia se ve condenada al fracaso. Por otro lado, se paraliza al sistema si se exige la unanimidad en todas las decisiones como lo hace nuestro T.A. y como alguna vez se exigió en la CEE. Ello, porque como dijimos, muchas veces el interés superior, que encarna el ideal integrador, colisiona con el interés particular de uno de los países integrantes que puede vetar a su antojo cualquier medida.

4. Creo, con otros, que la cesión o transferencia de soberanías no puede realizarse sin una habilitación constitucional expresa⁶².

5. Pero mientras se deciden estos puntos fundamentales, y si es que se puede avanzar algo sin definirlos, será preciso delinear la estructura institucional definitiva que dirigirá y desarrollará el proceso; definir sus atribuciones específicas; el sistema de adopción de decisiones y la tipología de ellas y los efectos que desplegarán en el espacio comunitario, según lo dispone el artículo 18 del T.A.⁶³

⁶⁰ Véase mi trabajo "Los procesos de integración subregional del Cono-Sur y su déficit institucional. La experiencia de las comunidades europeas", en E.D., 151-623.

⁶¹ Ver, por todos, Nicola Catalano y Riccardo Scarpa, *Principios de Derecho Comunitario*, Teores, 1988, p. 28.

⁶² Los "Doce" países integrantes de la CEE han reformado, antes o después de su incorporación sus textos constitucionales, permitiendo la transferencia en el ejercicio de soberanías o la directa cesión de las mismas a organismos de tipo internacional. Sostienen la necesidad de la reforma de la Const. Nac. argentina, entre otros, Vanossi y Elmskédjian.

⁶³ Me parece que no puede encararse semejante tarea sin una defini-

6. Cuando ello se complete veremos con claridad, o por lo menos es deseable que así sea, la incidencia que las normas comunitarias tendrán sobre las legislaciones de los Estados parte, las soluciones posibles en casos de conflicto entre normas internas y comunitarias y las instancias puestas al servicio del esquema para resolverlas. Hasta que se definan estos aspectos fundamentales sólo podremos combinar, con mayor o menor éxito, expresiones de deseos con algo de futurología.

7. Por el artículo 1º se crea un Mercado Común del Sur "que deberá estar conformado para el 31 de diciembre de 1994". El Mercado Común implica, tal como lo reconoce el mismo artículo, la libre circulación de los factores de producción, la eliminación de los derechos aduaneros y las restricciones arancelarias a la libre circulación de mercancías, el establecimiento de un arancel aduanero externo común y la adopción de una política comercial común, la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales más esenciales para el sistema (de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, cambiaria, monetaria, de transportes, etc.) a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia, y el *compromiso de los Estados parte de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso*. Sí, tal como en Europa.

8. ¿Será todo ello para el 31 de diciembre de 1994? El texto del artículo 1º no deja muchas dudas. "Conformar" significa "formar", dar forma a una cosa; particularmente "adaptar", dar a un objeto su propia forma para que se adapte a otra cosa²⁴. Así, para esa fecha, en verdad la fecha es lo menos importante, la estructura que implique la consagración de todos los aspectos señalados deberá estar "formada". Alcanzar este objetivo, a un año vista, parece poco probable. Los plazos seguramente se ampliarán, y es de esperar que frente a fracasos transitorios, a los que habrá que acostumbrarse en una empresa tan compleja como la que se emprenden

ción sobre lo anterior. Es que la estructura definitiva del sistema deberá decidirse a partir de que decidamos si realmente queremos un mercado común o un sistema de integración más modesto en sus pretensiones (como una zona de libre comercio o una unión aduanera) y la gestión de atribuciones soberanas a una superestructura que las administre, previa habilitación constitucional.

²⁴ Diccionario del uso del español de María Moliner, Gredos, 1991, p. 720.

de, el ímpetu de nuestros países, su compromiso y las esperanzas depositadas en la improbable tarea, no decaigan, palidezcan o desaparezcan.

9. Veamos qué pueden, a nuestro criterio, hacer los penalistas en aras de colaborar con este sueño integrador, cuya necesidad pocos discuten. El Mercosur necesita consolidarse para que nuestros países se inserten en el mundo, no ya futuro sino actual, en condiciones aceptables de competencia.

10. Armonizar, es una de las palabras clave. A medida que el "tren" de la integración vaya adquiriendo velocidad, la estructura que se proyecte, cualquiera sea su forma, adquirirá cada vez mayores competencias, conforme lo señala la experiencia comunitaria europea. Y ello, cuando se integra "desde" lo económico, es indiscutible por los efectos que tiene la economía sobre todo lo demás. Pero, tal como lo venimos sosteniendo, no se trata de armonizar "todo" el sistema penal en los Estados parte, sino de individualizar y atacar las diferencias concretas que se vayan detectando y puedan afectar el normal desenvolvimiento del Mercado Común.

11. Parece más prudente prepararse, antes que esperar que las exigencias de la propia evolución del proceso indiquen la necesidad de tomar apuradas medidas urgentes.

12. Mientras se consagra en el Tratado un instrumento de armonización apto y el sistema se pone en marcha, podemos ocuparnos de relevar las asimetrías jurídico penales que puedan eventualmente obstaculizar el funcionamiento del Mercado Común y plantearnos estrategias de armonización de las mismas. Evidentemente entre las áreas más importantes en el campo del Derecho penal económico estarán la de la competencia, la del Derecho penal fiscal y la de los delitos aduaneros. Muchos de los trabajos presentados en estas Jornadas encaran esta importantísima tarea.

13. El T.A. habla de la necesidad de eliminar "cualquier otra medida de efecto equivalente" a restricciones arancelarias o no arancelarias (artículo 1º). Pero, a semejanza del T.CEE, tampoco el T.A. define qué es lo que debe entenderse por "medida de efecto equivalente". Seguramente, a la hora de definir esta expresión (¿será un tribunal del Mercosur quien lo haga?) se tendrá en cuenta lo que han adoptado el Tribunal y la Comisión de las Comunidades Europeas: "es toda medida de los Estados parte susceptible de entorpecer directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio

intracomunitario". Las leyes penales capaces de entorpecerlo u obstaculizarlo quedan incluidas en esta definición.

14. Nuestros países ya han asumido en el T.A., como vimos, el compromiso de armonizar las legislaciones en las "áreas pertinentes" para lograr el fortalecimiento del proceso. La evolución del sistema mostrará, en algún momento, que el Derecho penal, que hoy no es la prioridad para la construcción del Mercado Común, puede constituirse en un obstáculo a las libertades que el Tratado consagra o provocar serias perturbaciones en términos de competencia comunitaria.

15. Aunque la obligación de colaborar activamente y de no obstaculizar la acción de las instituciones, no está consagrada tan claramente como en el artículo 5º del T.CEE, el T.A. funda la Comunidad en el principio de "reciprocidad" de derechos y obligaciones entre los Estados parte. Volvamos por un momento a las Comunidades Europeas y recordemos que el TJCE dijo en "Costa-Enel", donde se consagra el principio de primacía, que "el tenor literal y el espíritu del Tratado" tienen por corolario "la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, en contra de un ordenamiento jurídico aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que, por consiguiente, no se puede oponer a dicho ordenamiento". El artículo 2º del T.A. puede ser una buena base para la consagración entre nosotros de la primacía de las normas comunitarias sobre las internas, si es que no recibe una consagración expresa en su texto.

16. Pero veamos qué instrumentos tenemos por ahora consagrados en el T.A. para el llamado "período transitorio". El Grupo Mercado Común es el encargado de "velar por el cumplimiento del Tratado" aunque no se lo dota de ningún mecanismo disuasorio o potestad sancionatoria para el caso de que los Estados lo incumplan. Conforme lo marca la estructura actual, le corresponderá también al Grupo Mercado Común fijar el programa de trabajo que asegure el avance hacia la constitución del Mercado Común (art. 13, T.A.) y al Consejo implementarlo por medio de "decisiones" (art. 10, T.A.), cuyo alcance y efectos no se explicitan.

17. Creemos necesaria una activa participación de los penalistas en los estudios que están realizando los diferentes Subgrupos de Trabajo dependientes del Grupo Mercado Común (merced a los acuerdos de Las Leñas del 22 de mayo de 1992) para relevar asimetrías y armonizar legislaciones en

los sectores señalados, con el fin de presentar propuestas concretas al Grupo para su elevación al Consejo.

18. El desafío a la imaginación es muy grande y todo está por hacerse. Pero que empecemos a plantearnos los problemas que la integración plantea para principios fundamentales como los de legalidad y territorialidad, entre otros; o la necesidad de armonizar leyes penales relevantes para el Mercado Común en países con diferentes historias, culturas, ideologías y necesidades es, sin dudas, avanzar.

**EL CONCEPTO DE POSMODERNIDAD
DE ANDRE-JEAN ARNAUD Y
BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS
EN LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO**

ENRIQUE E. MARI

I. Instalada en el centro de la Modernidad se encuentra la Razón concebida como una potencia iluminadora del hombre y el mundo. Con ella, con el racionalismo, se produjo el colapso y ruptura de un principio, el de la *unidad del saber*, que acompañó el pensamiento de la antigüedad y el mundo medieval, en el que se aglutinaban la ciencia, la metafísica y la religión. El resultado histórico de este cambio revolucionario fue, por un lado, que la religión no pudo ya dar la espalda al pensamiento científico y, por el otro, que la escasa diferencia anterior de significado entre la ciencia y la filosofía se ahondó en una brecha profunda: los científicos vieron con recelo las especulaciones filosóficas y los filósofos se desinteresaron de las ciencias particulares por considerar sus resultados excesivamente estrechos.

Enriquecido en su nuevo estatuto independiente, el saber se transformó en conocimiento, inscripto en el referente de las ciencias físico-naturales empíricas, con su principio fundamental de la objetividad, la neutralidad de las observaciones, y el desarrollo progresivo causal, lineal y acumulativo. En el paso del saber de la antigüedad al conocimiento de la modernidad no se pudo, por cierto, retornar a las fuentes religiosas para acreditar la certeza de las observaciones empíricas, la objetividad descriptiva y la confiabilidad de las predicciones. Se necesitaron categorías procedentes del otro polo, el de la filosofía, a fin de cumplir el papel de garantía y fundamento del conocimiento científico (y el común en general). De este

modo la filosofía, no resignada a su completa separación de la ciencia, redefinió sus vínculos con ésta y pretendió someterla a su jurisdicción, constituyéndose en su sostén y garante a través de una categoría básica, la de la *Verdad*. La verdad quedó sellada a la objetividad, como si entre una y otra hubiese una ecuación; redujo la teoría a los hechos, y expulsó de su universo la subjetividad, la interpretación, lo valorativo, intelectual, hermenéutico, e intuitivo, juzgándolos más cercanos al plano de la creación poética y la literatura. Desde luego para poder ofrecer a la ciencia la seguridad de la conexión y el enlace entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, la categoría de la verdad se desarrolló en el marco de piezas maestras de la filosofía: el cogito cartesiano y el *Sujeto* trascendental y constitutivo de la crítica kantiana.

Objetividad, neutralidad política, impersonalidad valorativa y ética, separación del conocimiento científico de sus relaciones con las estructuras políticas y económicas de la sociedad; he aquí las características esenciales del modelo de la modernidad, modelo al que llamaremos en el estado actual de la evolución de las ideas, el modelo tradicional moderno.

II. *La teoría del Derecho y la sociología se desarrollaron en el marco de ese modelo y, en particular con el standard positivista (y utilitarista) como continentes no sólo autónomos sino aislados. Ciencias sociales y por lo tanto "no duras" según el método de la observación y la experimentación, y la clasificación propuesta por Francis Bacon en su obra *Of the Proficiency and Advancement of Learning Divine and Humane*, al dividir filosofía, historia y poesía conectando cada una de estas disciplinas con distintas facultades humanas: la filosofía con la razón, la historia con la memoria y la poesía con la imaginación.*

Método y clasificación que establecieron un dualismo tajante por un lado entre lo duro-físico y lo blando-social (equivalente a impuro) del pensamiento científico y, por el otro, entre verdad-cognoscitiva y ficción-imaginativa. El primero, el concepto fuerte de *verdad* se asignó a las ciencias duras, las físico-naturales, es decir a un universo semántico-referencial en el que lenguaje y realidad se conectan en forma rígida con arreglo a una serie de correlaciones ordenadas, que filósofos del área anglosajona de nuestra centuria se encargaron de explicitar: Ludwig Wittgenstein (*Tractatus Logico-*

Philosophicus); Keith S. Donellan, (*Historical Explanation*); Saul Kripke (teoría causal de la referencia) y otras concepciones realistas y fiscalistas como las de Donald Davidson, Hillary Putnam y D. Føllesdal (*Meaning and Experience*). En cuanto al concepto de ficción-imaginativa, quedó remitido a un mundo de "boundless freedom imagination", a una suerte de espacio-ímago conformando una zona donde se han descomprimido fuertemente las tensiones hacia lo verificativo y ha aumentado radicalmente la expresión de lo simbólico, lo figurado y lo alusivo. Es esta la zona con nubes de misterios, poblada de imágenes, de sentidos alegóricos, de metáforas y paráfrasis que entran para embellecer más que explicar, aclarar o describir este universo.

Todo el mundo sabe cómo en el siglo XIX Augusto Comte acordó a las ciencias sociales un alto estatuto, pero considerándolas la combinación de lo duro y lo blando, ya que para ser ciencias tenían que responder al mismo método que las ciencias físico-naturales. En su taxonomía, fijó una marcha que va de los fenómenos más generales o más simples a los más particulares o complicados. Como los más complejos son los políticos y sociales y el espíritu humano ya ha fundado la física celeste, la física terrestre —sea mecánica o química—, y la física orgánica —sea animal o vegetal—, Comte corona el sistema con la física social. Dos palabras del "Opúsculo" de su *Curso de Filosofía Positiva* retratan su reflexión: la regla de formación de los fenómenos sociales es la misma regla de formación que la de los fenómenos físicos.

Todo el mundo conoce también cómo inolvidables autores procedentes del mundo de las letras trataron de adaptarse a este universo de la modernidad planteando el "naturalismo literario": Flaubert, Balzac, Stendhal, los hermanos Goncourt y, sobre todo, Émile Zola con *Le Roman Expérimental*. La *Faintful Imagination* tenía que ser preservada y garantizada en el modelo del realismo natural.

En cuanto al derecho su historia epistemológica no se apartó de estos hitos. En el positivismo de Comte ni siquiera se le cuenta en la clasificación de las ciencias. En el de Hans Kelsen, el jurista de nuestro siglo, sólo interesó al esqueleto formal, con el concepto de validez, desprendido de la psicología, la sociología, la moral y los valores.

Luego de la segunda guerra mundial todas las raíces de la teoría del conocimiento fueron cuestionadas por el estruc-

turalismo. La confianza en el racionalismo, en la filosofía del progreso, en la teoría del contrato, en la noción del sujeto se resquebrajó. Gastón Bachelard, en epistemología plantea la noción de ruptura y la discontinuidad. Los intelectuales desde Lévi-Strauss a Lacan, desde F. de Saussure a Althusser pusieron sus miradas en las estructuras. Althusser en su crítica a John Lewis lo dijo a su manera: "Los hombres actúan en la historia como *sujetos* pero no hay *Sujeto* de la historia. Los hombres no son los sujetos 'libres' y 'constituyentes', en el sentido filosófico de la modernidad, sino *Träger*, agentes portadores de relaciones sociales. Los agentes-sujetos sólo son activos en la historia bajo la determinación de las relaciones de producción y reproducción, y en sus formas".

Una nueva etapa la cumplen los pensadores posestructuralistas: Derrida, con su filosofía de la deconstrucción. Foucault, el arqueólogo del saber, baja como una nube sobre el cuadro de la modernidad, remueve el polvo empírico de las disciplinas, relaciona el saber con el poder, opone a los enunciados o proposiciones de las ciencias clásicas, la noción de discurso, más abarcativa. En su juego interpolar no sugiere ver los discursos, como una serie de enunciados, de signos, de elementos significantes, que remiten a un contenido, sino como constituidos por un conjunto de prácticas y reglas que forman sistemáticamente los objetos de los que hablan.

Luego de todos estos hitos el terreno parecía abonado para la nueva era de la posmodernidad. En el *orden de lo jurídico*, André-Jean Arnaud y Boaventura de Sousa Santos, digamos dos académicos de máximo nivel, plantean nuestro ingreso en este nuevo horizonte histórico, apreciando que con sus *standards* sería posible reconstruir los cambios profundos, casi revolucionarios, acaecidos en la Sociología del Derecho en los últimos años. Cada uno a su manera.

III. Mi referencia es a los siguientes *readings*: a) "Droit et Société: du constat à la construction d'un champ commun", de André-J. Arnaud. *Droit et Société* 20-21.- b) "Towards a postmodern understanding of law et droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit", de Boaventura de Sousa Santos en *Oriati Proceedings*, 1989 y *Droit et Société*, n. 10, 1988.

ANDRÉ-JEAN ARNAUD

Uno de los puntos centrales es la coincidencia de Arnaud con Cornelius Castoriadis en tanto éste estima que la práctica del Derecho, la aplicación efectiva de un sistema jurídico por aquellos que tienen a su cargo esta tarea no puede delimitarse de la consideración de los fines del sistema social. El jurista tiene que ser a la vez psicólogo, sociólogo, no menos que lógico capaz de preservar la coherencia de un sistema que va más allá del Derecho. Desde el comienzo del debate epistemológico éste ubica a los prácticos, separados por una fosa de la teoría, en la cuestión de la pluridisciplinariedad. En los confines de la política, de la psicología, la sociología y el Derecho, comienza a operar la sociología jurídica o, como se llama en otras tendencias, *Socio-legal Studies*, *Sociología del Derecho*, *Law and society studies*, *Law in context*, en donde se encuentran investigadores que piensan escapar tanto del derecho dogmático de los prácticos y otros operadores, como de la pura teoría. La historia del Derecho muestra cómo se van estructurando nuevos moldes que se apartan de la epistemología positivista y los criterios críticos que sostienen el perfil social de la captación de los fenómenos. De la crítica se pasa a ver las epistemologías llamadas constitutivas, en las que prácticos e investigadores toman el rol de constructores. Se trata de un paso, convenzamos, que se da asimismo en los programas de reconstrucción de las ciencias naturales. Ni Popper, ni Kuhn, ni los partidarios de la concepción estructural de las teorías (Stegmüller, Sneed, Moulines, Banzner), se pueden asimilar a Carnap, a Neurath, o a Schlick del primer período lógico-positivista de la Viena de los años treinta.

En el plano de lo jurídico una búsqueda frenética de nuevos paradigmas intenta poner distancias con la tradición desarrollándose pensamientos interaccionistas. Se advierte la complejidad de los fenómenos jurídicos que deben reconstruirse con estos cambiantes modos de reflexión, se identifican las relaciones de éstos pensados como sistemas con los sistemas sociales, se intenta pasar de sistemas cerrados a sistemas abiertos, se piensa en un contexto estructural mundial. La apertura a una epistemología de la complejidad, con sus múltiples variantes es percibida como un modo de evitar las características que eran admitidas en primera fila en el modelo clásico: las del determinismo, las del dualismo absoluto entre lo verdadero y lo falso y las del reduccionismo.

El sistema global de la decisión compleja, *novum jurídico* examinado por Arnaud, es el resultado de la conjunción recursiva de tres operaciones sistemáticas (lo que demuestra que la elección óptima derivada de una operación de nivel superior no es la única); la construcción de problemas, que se corresponde institucionalmente con los sindicatos, movimientos de lucha, grupos de interés, etcétera; su proyección en forma de planes que absorbe también los prácticos de base, con los centros de investigación, los estudios de abogados y los gabinetes de prácticos; y el subsistema de selección de decisiones a nivel de la norma jurídica, las asambleas y los órganos ejecutivos.

Para Arnaud, el punto crucial es, paralelamente al examen de todas estas innovaciones, que los estudios socio-jurídicos en general permitirán a las ciencias jurídicas acceder a una epistemología, a condición de que ellos acepten tomar por objeto no sólo el Derecho positivo sino los sistemas jurídicos *latu sensu*. La sociología jurídica es un proyecto científico y, en virtud del principio de proyectividad, hay que reconocerle especificidad disciplinaria.

La enseñanza, la investigación y la práctica de la sociología jurídica pueden concurrir a una reconstrucción de los fundamentos epistemológicos necesarios para la cultura científica, a fin de que ésta se pueda insertar en una cultura ajena a las *ilusiones de la modernidad*. Ilusiones en las que cabe computar la idea del progreso ininterrumpido y programado, simplicidad y rigor de la razón, disolución del tiempo en un presente perpetuo, sometimiento irreversible a la norma.

El análisis de Arnaud nos permite interpretar su pensamiento de esta manera: si se lograra reconstruir una epistemología del tipo que propone, el conjunto de mutaciones operadas de las que se hace cargo tal reconstrucción, determina que ella deba insertarse en un *horizonte diverso del de la modernidad, universo que no parece ser otro que el de la posmodernidad*. Esta última conclusión no es expuesta explícitamente por él, pero este paradigma es el que se deduce del conjunto de sus estudios. Adelanto mi punto de vista, a precisar luego del examen de los textos de Boaventura de Souza Santos, contrario a conceptualizar los cambios operados —no obstante su correcta traducción— en el esquema del posmodernismo, conforme se desarrolla este pensamiento en la obra de Lyotard, Vattimo y otros.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

En su trabajo recepcionado por los *Oñati Proceedings*, "Towards a postmodern understanding of law", el profesor de la Universidad de Coimbra se ubica "expresamente", a diferencia de Arnaud, en el modelo crítico pro-posmodernista. Aquí nos dice: *"In my view the meaning of the twentieth century lies in that it marks the beginning of a transition from modernity to another socio-cultural paradigm which for the lack of a better name we could call postmodernity. In the following I will sketch the boundaries of such a transition and will then mention some of the themes or topoi towards a postmodern understanding of law"*¹.

El análisis puntualiza la incompletitud o el fracaso en el siglo XIX del logro de los tres principios esenciales de la modernidad: el principio del Estado formulado por Hobbes en el *Leviathan*; el del mercado desarrollado por Locke y Adam Smith, y el principio comunitario que está a la cabeza de la teoría social y política de Rousseau. En lo ideológico, la aparición en nuestra centuria de un más estrecho concepto de modernidad que Huyssen denomina la ansiedad de la contaminación, la ansiedad del arte ante el riesgo de ser contaminado por la política, la moral, y la cultura popular de masas. Esta misma ansiedad se percibe en los paradigmas de Merton de la ética científica, de Bachelard sobre la ruptura entre conocimiento científico y común y, en nuestra disciplina, en el sofisticado formalismo kelseniano de la *Reine Rechtslehre*.

A fines de la década de los sesenta y mitad de los setenta, de Sousa Santos percibe una acumulación de signos de que un nuevo paradigma socio-cultural surge como consecuencia de la crítica radical del modelo moderno, signos que pueden registrarse en los más diversos polos, como la estética, la arquitectura, la ciencia desde el principio de incertidumbre de Heisenberg y la indecibilidad de la lógica puntualizada por el teorema de Gödel. Una serie de nombres, entre los cuales encontramos los más recientes de Prigogine, Maturana y Varela, Capra y Bateson, pertenecen todos al

¹ "A mi modo de ver, el sentido del siglo XX se encuentra en que marca el comienzo de una transición entre la modernidad y otro paradigma sociocultural, el cual, a falta de otro nombre mejor, podríamos llamar posmodernidad. A continuación esbozaré los límites de esa transición y mencionaré algunas de las temas o tópicos tendientes a una comprensión posmoderna del Derecho".

portafolios de la *postmodern science*. En lo político, la crisis del Welfare State y la devaluación del Estado, termina con la disgregación de la vida social y personal en miriracionalidades al servicio de una incontrolable irracionalidad. La tarea de una *teoría crítica postmoderna*, consistiría en desmascarar esta irracionalidad, su estrategia, su modo de funcionamiento y en favor de quién funciona.

En el orden jurídico se encuentran aludidos puntos que aparecen también en el trabajo de Arnaud, en especial los estudios del pluralismo legal en las sociedades complejas y su focalización en la informalización de la justicia. Una buena síntesis de las diferencias de comprensión de los modelos moderno y posmoderno, es planteada de este modo: *The modern understanding of law sacralized law and trivialized rights. The postmodern understanding of law trivialized law and sacralizes rights*². El derecho se encuentra atrapado por este dilema: o permanece estático y es ignorado, o se adapta a la dinámica y es devaluado en tanto referencia normativa. En lo político social se revalorizó, a la manera de Eric Hobsbawm, un neoluddismo que, acorde con las nuevas tecnologías, convirtió su símbolo de protesta con la destrucción de los telares, en otras formas de innovación social para librarse de los prejuicios del fetichismo legal.

De Sousa Santos sintetiza sus ideas de este modo: la democracia participativa apela a un nuevo concepto del Derecho basado en el pluralismo legal, en el minimalismo legal y en el carácter microrevolucionario de la lucha por los derechos. En esta moderna expansión de la democracia radica el verdadero sentido de un nuevo sentido común legal.

En el segundo artículo, el de *Droit et Société* nº 10, reitera las características de la cultura post-moderna y, en particular la conversión del Derecho estatal en una pluralidad de sistemas jurídicos. La distinción entre lo duro y lo blando propia de las ciencias físico-naturales y las sociales se deposita respectivamente en el *Law in book* y *Law in action*, correlacionándose en forma doble, en rigor, con el derecho (lo duro) y la sociología o sociología del Derecho (lo blando). Entre el Derecho y la sociedad, afirma con todo acierto, hay otras relaciones que las de correspondencia o no correspondencia. Se trata de relaciones más complejas, poniéndose así

² "La comprensión moderna del Derecho sacraliza la ley y trivializa los derechos. La comprensión posmoderna del Derecho trivializa la ley y sacraliza los derechos".

a distancia crítica del positivismo y de las autoconcepciones de los profesionales del Derecho.

El artículo sugiere una línea entre las relaciones económicas privadas en el mercado que constituyen el super-hecho subyacente a la legalidad burguesa moderna, y el terreno y el alojamiento en tanto relaciones extra-económicas, sociales y políticas, que son el super-hecho subyacente al Derecho de los barrios clandestinos de Río de Janeiro.

Una metáfora nietzscheana y la brillante introducción de las metáforas espaciales alrededor de las cartas geográficas son expuestas con todo interés para definir o avalar el enfoque posmoderno crítico que se propone. Comencemos con la cuestión cartográfica. De Sousa Santos aplica las características de lo espacial, en lugar de lo temporal, en forma convincente y no exenta de brillo, profundiza el tema de las cartas, a partir de un fino relato de Borges, apoyándose en Josef Konvitz, en J. S. Keates, en M. Monmonier y en P. C. Muehrcke, para hacer ver cómo la necesaria representación/distorsión de la realidad en la escala, es decir, la relación entre una distancia sobre la carta y la distancia correspondiente sobre el terreno. La escala implica la decisión de trazar una carta con más o menos detalles. Es esto lo que hace útil a una carta, cuyo genio es la omisión, puesto que ordena la realidad reduciéndola a su esencia y, por ende, despojándola de todo menos de lo esencial. La geografía comparte con la cartografía el interés por los espacios, y por las relaciones espaciales así concebidas. La diferencia de escala puede ser cuantitativa o cualitativa y, al intervenir la escala entre la intención y la acción, se aplica a las relaciones sociales. Cambiar la escala, como asimismo la proyección que es el segundo procedimiento de la representación/distorsión, siempre bajo la forma del "olvido coherente", implica cambiar el fenómeno.

Los urbanistas, como los jefes militares, los legisladores, los jueces y los juristas, definen las estrategias a pequeña escala y las tácticas cotidianas a gran escala. El poder que funciona en el campo del Derecho, nos dice foucaultianamente, representa la realidad física y social a la escala escogida en razón de su capacidad de crear los fenómenos que maximizan sus condiciones de reproducción. De este modo distorsión y ocultamiento de la realidad son los presupuestos del ejercicio del poder. Los diferentes órdenes jurídicos que obran con escalas diferentes, transforman los mismos objetos sociales en objetos jurídicos diferentes.

El texto bajo comentario relaciona la cuestión de la cartografía y la geografía, y toma la problemática de eficacia simbólica de lo espacial aplicándola al orden del Derecho. Un orden que no fuera previsto en forma muy extensa por el examen de lo espacial realizado por Foucault en el debate al que lo empujaron los geógrafos en 1976 (publicado por la revista *Heródoto*, nº 1, y reproducido por *La Microfísica del Poder* (Gedisa, 1978). De Sousa Santos reproduce lo afirmado por Konvitz, "Es una suprema ironía que las cartas a despecho de ser una de las metáforas culturales más corrientes, estén todavía lejos de ocupar el lugar que merecen en la historia de las mentalidades". Algo parecido a la sorpresa de Konvitz, fue la de los geógrafos quienes la plantearon a Foucault de esta manera: "... nos ha sorprendido su silencio en lo que concierne a la geografía (salvo error usted no evoca su existencia más que en una comunicación dedicada a Cuvier, y además no la evoca más que para relegarla a las ciencias naturales. Paradójicamente habríamos quedado estupefactos si la geografía hubiese sido tenida en cuenta, pues, a pesar de Kant y Hegel, los filósofos ignoran la geografía. ¿Hay que echar la culpa a los geógrafos que desde Vidal de la Blanche, estuvieron cuidando en encerrarse al abrigo de las ciencias sociales, del marxismo, de la epistemología y de la historia, o hay que inculpar a los filósofos...?". Como en el caso que nos pone de relieve nuestro texto se verifica el privilegio asignado al factor tiempo y la preocupación por la periodización rigurosa en contraste con la vaguedad y la relativa indeterminación de sus localizaciones. La cuestión tiene su importancia pues como observa Foucault en su respuesta: "Metaforizar las transformaciones del discurso por medio de un vocabulario temporal conduce necesariamente a la utilización del modelo de la conciencia individual con su temporalidad propia. Intentar descifrarlo, por el contrario a través de metáforas espaciales permite captar con precisión los puntos en los que los discursos se transforman en, a través de y a partir de las relaciones de poder". De Sousa Santos ha captado, pues, la importancia de las metáforas espaciales y, al aplicarlas al mundo jurídico, intenta una labor de sumo interés que vale consignar no menos que sugerir la expectativa de nuevas profundizaciones como la que le debemos.

La segunda metáfora procede de *Así hablaba Zaratustra*, libro en el que Nietzsche distinguía las tres metamorfosis del espíritu: la primera transformación en camello, luego en león, finalmente en niño. En la primera etapa, el

espíritu admite asumir la carga de todos los valores, o creencias de la humanidad; en la segunda, el león se rebela contra estos valores y creencias. Se convierte en un ser negativo y, para franquear el paso que le permita crear nuevos valores, se convierte en niño inocente, dando origen a un nuevo ciclo.

IV. Hemos recorrido exhaustivamente los puntos de vista de Arnaud y de Boaventura de Sousa Santos, quienes, en base a los nuevos cambios y fenómenos que experimenta nuestra época en el orden de la sociología del Derecho, propugnan su cobertura con un modelo de epistemología crítica pos-moderna. En ambos casos han presentado con acierto y precisión dichos cambios, en particular las características del pluralismo jurídico, la interlegalidad, la disolución del concepto central de Estado, la disgregación, en fin, de los principios de la modernidad.

Autores como Lyotard, Vattimo, Baudrillard y otros, poniendo su mirada en estas modificaciones, aunque no en la especificidad de lo jurídico, dejaron en el aire de los tiempos el concepto de posmodernidad para referirse a este desencantamiento del mundo, desencantamiento en el doble sentido de la fuga de los dioses de la ciudad, y en el sentido de crisis e intemperie permanente.

En el lenguaje de Lyotard, la incredulidad acerca de lo que llama los grandes "metarelatos" modernos del Sujeto, la filosofía de la historia, la ley del progreso, el marxismo, desembocan en el posmodernismo. La metáfora del hombre con su casa en orden y el inventario laplaciano de todas las cosas terminada, tendrían en la posmodernidad el *pendant* de otra metáfora poco agradable a los ojos de Einstein en su polémica con el indeterminismo cuántico: en la naturaleza, añadamos, en la sociedad, Dios juega a los dados. En el orden jurídico, agreguemos por nuestra cuenta, Dios también jugaría a los dados, conforme a los textos en examen. Una dispersión de deconstrucciones, la multiplicación de los centros, el vacío de los significados, el fin de la historia exhibido como la victoria de la "historia de los vencedores", el pluralismo sistemático desplegado en una nube de valencias, he aquí a lo que arriba la visión de la posmodernidad. La posmodernidad sería el triunfo de la irracionalidad sobre la racionalidad moderna y, a ésta, habría que enfrentarla con una epistemología crítica posmoderna.

Ahora bien, lo que sostengo es que esta irracionalidad no expresa otras cosas que la "racionalidad del sistema", para mantener la dominación en la forma de los vacíos, desagregaciones

y nubes por él mismo creados. El sistema económico que subyace a la modernidad es el capitalismo y el sistema económico que subyace a la así llamada incorrectamente "posmodernidad", es el capitalismo tardío. No hay cambio de sistema. Entre un tipo de capitalismo y el otro existe más una ecuación que una transformación o mutación de fondo. No hay irracionalidad en nuestra época sino "la racionalidad" más extrema puesta en escena para la preservación de los mismos intereses.

Jurgen Habermas, el autor de la utópica teoría consensual de la comunicación, sostiene, en contra del concepto de posmodernidad, que la modernidad no se ha consumado. Cabe concordar con este punto de vista, siempre que por "consumación" se entienda la transformación del modelo económico estructural de base de la modernidad. Hasta que esta transformación no se opere lo que existe es un único sistema que metamorfosea sus formas para la pervivencia y control de su esencia. Modernidad metamorfoseada no es posmodernidad. Una epistemología posmoderna, aún crítica y ajustada en la descripción de los cambios y fenómenos puntualizados, corre el riesgo de quedar prisionera del concepto de posmodernidad, para el cual no existen sino conexiones efímeras.

Boaventura de Sousa Santos termina su metáfora nietzscheana sugiriendo que la concepción posmoderna del Derecho pone el acento en la pluralidad, la interlegalidad, el no-sincronismo y la mezcla de códigos. Habría que visualizar a la posmodernidad, entonces, no como un camello, ni como un león, ni como un niño, sino como un camaleón, por la diversidad de sus tonos y colores. La figura es simbólicamente acertada, pero a condición de asignarle el sentido de que el camaleón no está en la posmodernidad, sino en "el camouflagé" de la modernidad. El camaleón, como signo, no expresa meramente la aparición de diferentes coloridos en la posmodernidad, tal como lo piensa de Sousa Santos, sino, por el contrario, el obrar del sistema económico de la modernidad, al mutar sus matices y no su matriz, con el fin de postergar y dilatar el verdadero cambio. Equivale al más sinuoso, aunque poco transparente, dispositivo de pillaje y maquillaje del sistema económico sustentado por la modernidad que, contradictoria y paradójicamente, obstaculizó el efectivo logro de su propio ideario y principios. Atribuirlo a la posmodernidad es, teórica y políticamente, erróneo. En cuanto al verdadero cambio, Jacques Derrida, el filósofo más deconstruccionista de los deconstruccionistas, acaba de recordarnos su nombre: el socialismo.

**EL DERECHO INTERNACIONAL
Y LOS VUELOS ESPACIALES TRIPULADOS***
(Propiedad Intelectual - Solución de Controversias)

SILVIA MAUREEN WILLIAMS**

I. REFLEXIONES INICIALES

Las imágenes de la Tierra obtenidas desde el espacio y las descripciones hechas por los astronautas a su regreso de misiones en esos ámbitos han cambiado radicalmente nuestra percepción del planeta. Luego de los programas Apolo se pudo ver, por primera vez, a la Tierra como una bellísima isla de color azul, solitaria en el inmenso vacío del espacio. Pocos años más tarde, en virtud de tecnologías espaciales avanzadas, fue posible medir las variaciones en los niveles del ozono estratosférico cuya protección concierne hoy a la totalidad del género humano. Han quedado definitivamente atrás los estudios sobre modelos simulados con el consiguiente progreso en celeridad y precisión.

Es hoy sentir generalizado en la comunidad científica internacional que los laboratorios espaciales ofrecen condiciones ideales —o, por lo menos, mucho más adecuadas que las terrestres— para la investigación en el campo de la biotecnología y otras ciencias.

* Parte de este trabajo se basa en el realizado por la autora para *International Relations* (Londres), en idioma inglés, titulado "Manned Space Missions and International Law", publicado en el vol. XI, nº 6, dic. 1993.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora titular regular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UBA. Investigadora Principal del Comité Relatora Permanente de la Comisión de Derecho Espacial de la *International Law Association*.

No es, por cierto, realista pensar que en un futuro cercano las misiones espaciales tripuladas serán rutina. Menos realista aún es esperar que los países en desarrollo tomen parte activa en tales misiones. Su costo es astronómico. Las últimas cifras indican que mantener una sola vida humana en órbita terrestre, durante una hora, cuesta aproximadamente veinticinco mil dólares¹. En consecuencia, resulta fundamental que aquellos recursos a disposición de países participantes en vuelos espaciales tripulados, así como los descubrimientos que de ellos resulten, sean utilizados al máximo.

Este tema, naturalmente, se vincula con la comercialización de las actividades en el espacio ultraterrestre y la interpretación que se dé a la fórmula "...en provecho e interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico...", consagrada por el Tratado del Espacio de 1967 en su primer artículo y que constituye el marco jurídico dentro del cual ha de conducirse la exploración y utilización de esas áreas², actividad que hoy sí puede considerarse rutina.

Esto, a su vez, nos lleva al campo de la propiedad intelectual y al delicadísimo problema de los descubrimientos e inventos, el derecho al secreto y el desafío de lograr un equilibrio aceptable entre las posiciones contrapuestas. Ello significa la protección del invento, por una parte, y el interés de la comunidad internacional en conocer los resultados, por otra. Este tema es de particular importancia en los casos en que derive un beneficio para toda la humanidad.

Hasta el presente, la comunidad internacional carece de un instrumento específico para regular los aspectos jurídicos de misiones espaciales tripuladas. Hay quienes se preguntan si ello es verdaderamente necesario. Se afirma, por ejemplo, que dicho instrumento tendría que concentrarse, esencialmente, en problemas de propiedad intelectual³.

¹ Ver Stephen Doyle, "Astronauts and cosmonauts in international cooperation. A view of the american experience", *Manuscript Space Flight* (Carl Heymann Verlag, Köln, Berlin, München, 1993, p. 43-46, en la p. 57.

² Artículo I, 1 del Tratado sobre los Principios que deberán regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, la Luna y otros Cuerpos Celestes.

³ Ver Michael Milda, "Intellectual property introduction", op. cit. en nota 1, p. 93-95, en p. 94.

Disentimos con esa posición. En rigor, estamos frente a un nuevo aspecto del Derecho internacional del espacio derivado del avance tecnológico. El fuerte acento territorialista que caracteriza a los regímenes tradicionales de propiedad intelectual debe ser atemperado para responder a situaciones nuevas originadas por la actividad del hombre en un nuevo ámbito.

Por lo tanto, es preciso desarrollar progresivamente el Derecho y no revivir normas ya anacrónicas. Claro que, en este intento, no deben resultar afectados los sólidos pilares sobre los que se apoya el Derecho internacional del espacio ni tampoco soslayar la valiosa experiencia adquirida a través de los años en materia de propiedad intelectual.

En este escenario el principio de la cooperación internacional está llamado a tener una misión significativa.

II. PROVECHO E INTERÉS DE TODOS LOS PAÍSES (Artículo I, del Tratado del Espacio de 1967)

En mayo de 1992, quien suscribe fue invitada como relatora a un Coloquio Internacional sobre la materia organizado por la Universidad de Colonia con los auspicios del Organismo Espacial de Alemania (DARA - *German Space Agency*) y el Establecimiento de Investigación Aeroespacial de ese país (DIR - *German Aerospace Research Establishment*)⁴. El tema específico del relato consistió en los problemas de la propiedad intelectual y beneficios para aquellos terceros países no involucrados aún en misiones espaciales tripuladas⁵. Uno de los primeros escollos fue determinar el alcance de la expresión "provecho e interés de todos los países" incluida en el Tratado del Espacio de 1967 así como en el *Predibulo* de un Proyecto de Convención Internacional sobre Vuelos Espaciales Tripulados analizada en la reunión de Colonia y cuyo texto veremos luego.

Ello no fue tarea fácil. Los beneficios emergentes de la exploración y utilización del espacio ultraterrestre no sólo son de tipo material (y con un valor definido en el mercado) sino también de carácter inmateral o intangible. Estos últi-

⁴ Ver *op. cit.* en nota 1.

⁵ Ver "Intellectual property. Benefits for third countries", *op. cit.* en nota 1, pp. 131-141.

mos se traducen en un mayor beneficio para todo el género humano.

En octubre de 1993, durante las XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio celebradas en Curaçao, se aprobaron conclusiones que significan un adelanto interesante en la elucidación de este punto. Así, a propuesta del relator Manuel Augusto Ferrer, se acordó que

Se entiende que la actividad es de beneficio para la Humanidad cuando lleva la presencia del hombre al espacio ultraterrestre y es aceptada por la comunidad internacional. La conformidad de ésta se presume mientras la actividad espacial de que se trate no sea materia de las consultas contempladas en el Artículo IX del Tratado del Espacio o que, fracasadas esas consultas, la cuestión no haya sido admitida por la Comisión de Reclamaciones prevista en el Convenio de Responsabilidad de 1972.

Esta propuesta, seguramente, será objeto de prolijo estudio en un futuro cercano y constituye un aporte valioso para el desarrollo progresivo del derecho internacional del espacio.

Otra cuestión conexas, y no menos espinosa, consiste en establecer, con pragmatismo, el alcance del término "participación equitativa", con respecto a la Luna y sus recursos, utilizado en el artículo 11 del Acuerdo de la Luna de 1979. Podrá argumentarse que ésta es una discusión puramente académica dado el escaso número de ratificaciones que, a pesar de estar en vigencia, tiene el referido Acuerdo. Sin embargo, es válido afirmar que ya se ha dejado atrás la etapa meramente exploratoria del espacio y se ha entrado en una fase de real explotación de varios recursos, como es la utilización de la órbita geoestacionaria con fines comerciales. Por ende, es necesario dirigir el esfuerzo hacia la interpretación de las disposiciones polémicas y, si cabe, ajustarlas a la realidad actual.

III. BENEFICIOS EMERGENTES DE MISIONES ESPACIALES TRIPULADAS

Veremos ahora algunas situaciones específicas y, en este cometido, seguiremos los lineamientos del trabajo de Colonia

mencionado antes. En primer lugar se examinarán las perspectivas de vuelos espaciales tripulados en el corto y mediano plazo.

Como quedara dicho, no se espera que en un futuro previsible sean muchos los países que participen en este tipo de misiones. Seguramente no lo harán los países en desarrollo. Naturalmente, esto no implica que científicos u otra clase de expertos de esos países puedan tomar parte, a título individual, en programas de esa naturaleza.

Debe asimismo tenerse en cuenta que, por lo general, los países en desarrollo avanzan lentamente hacia la industrialización. El camino suele estar plagado de obstáculos. Por el contrario, el progreso de la ciencia y de la técnica en los países desarrollados es veloz. Esta afirmación es particularmente válida en el caso de aquellos países más seriamente comprometidos en el desarrollo de nuevas tecnologías y, por lo tanto, en mejores condiciones de embarcarse en misiones espaciales tripuladas. Parece entonces razonable que recursos y descubrimientos a disposición de aquéllos involucrados en esas nuevas tecnologías sean accesibles a terceros países —sean en desarrollo o industrializados— de manera de utilizarlos exhaustivamente.

En términos económicos, esto implica determinar la relación costo-beneficio. En términos jurídicos apunta a la necesidad de elaborar un marco donde no quepan posibilidades de abuso de las posiciones dominantes⁶.

El lenguaje precedente nos trae a la memoria algunas decisiones judiciales, especialmente dentro de la esfera de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea y con relación a derechos de propiedad intelectual. Creemos adecuado, a esta altura, una breve referencia al caso "Magill"⁷ donde la Corte de Luxemburgo decidió que una negativa (sua cuando no arbitraria) a licenciar derechos de propiedad intelectual, podría conducir a abuso en el ejercicio de tales derechos.

⁶ *Ibid.*, p. 133.

⁷ Ver "Radio Telekios Eireann v. Comisión", caso 69/89. El fallo del tribunal de Primera Instancia del 10/VII/1991, ver *Common Market Law Reports* 4 (1991), p. 588. Asimismo "Independent Television Publications v. Comisión", caso T 76/89, *Common Market Law Reports* 4 (1991), p. 745 y "BBC and BBC Enterprises v. Comisión", caso 70/89, *loc. cit.* 4 (1991), p. 669.

Este fallo es ejemplo claro de la confrontación que existe entre la protección de los derechos del dueño de un invento, que le dan la posibilidad de restringir la competencia, y la protección de consumidores y posibles licenciatarios frente a un ejercicio anticompetitivo de esos derechos.

Dentro de la Comunidad Europea la tendencia es decididamente proteccionista dado que el Derecho interno de cada uno de los Estados miembros es el que determina la creación y alcance de los derechos de propiedad intelectual. En lo que hace a este campo, el Derecho interno prevalece sobre el Derecho comunitario.

De igual modo sucede en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América donde la ley protege al primer inventor. Esto se traduce en que, si dos o más personas que trabajan independientemente llegan a un mismo descubrimiento, la ley amparará al primero que lo haya logrado aun cuando éste haya presentado su solicitud de protección más tarde que el segundo. Sin embargo, este principio no se aplica en términos tan absolutos y hay una inclinación creciente a conceder la patente al primero en solicitarla⁸. El Derecho interno de este país extiende su soberanía, en materia de patentes, a los vehículos espaciales bajo su jurisdicción o control⁹. No obstante, hoy día se acepta que las leyes sobre propiedad intelectual aplicables en el Estado de registro del vehículo espacial tripulado rigen las actividades que tengan lugar a bordo¹⁰.

IV. LA DOCTRINA

Algunos autores de EE.UU., como Gorove, sostienen que las plataformas espaciales tripuladas serán de especial utilidad para la explotación de metales preciosos existentes en asteroides. La idea general, no obstante, es que es en el campo de la biotecnología donde se esperan los resultados de mayor trascendencia¹¹.

⁸ Ver Dieter Stauder, "Intellectual property regimen for scientific research", cit. en nota 1, ps. 113-120, en p. 118.

⁹ Ver 35 USC SEc. 305 (*Inventions in Outer Space*).

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Ver Stephen Gorove, "Developments in space law", *Studies in Air and Space Law*, Martinus Nijhoff, 1991, p. 340.

Entre los argentinos, Cocco insiste en la importancia de no considerar solamente los aspectos monetarios de los beneficios emergentes. "Compartir", afirma, significa a la vez participación y responsabilidad, particularmente en lo que hace a los servicios a prestarse¹³. Es en este campo donde se encuentran la mayores expectativas para los países en desarrollo en el corto y mediano plazo.

Otro especialista argentino, Ferrer, considera que cuando un vehículo espacial tripulado está operando en el espacio ultraterrestre lo está haciendo en un área que incumbe a la humanidad. En consecuencia, según lo establece el Tratado del Espacio de 1967, se origina una obligación de informar a la comunidad internacional sobre los resultados de la actividad¹⁴.

Está más allá de toda duda que aquellos que han realizado una actividad en el espacio, resultante en un descubrimiento, no deben a la humanidad ninguna clase de regalía. Más opinable, sin embargo, es la exigencia de una estricta obligación de informar.

V. ANÁLISIS DE UN EJEMPLO

Analizaremos a la luz del desarrollo más reciente y los debates del Coloquio de Colonia antes mencionado, un caso teórico que bien podría, en el corto plazo, convertirse en realidad¹⁵.

Intentaremos llevar adelante algunos puntos de vista originariamente expresados en Córdoba, en 1981, durante una reunión interdisciplinaria que convocara a abogados, economistas y científicos en un esfuerzo para encontrar denominadores comunes en el entonces incipiente tema de la comercialización de las actividades espaciales¹⁶.

Consideraremos que, en el curso de una misión espacial tripulada, se ha logrado un invento con valor definido en el

¹³ Ver *Encuadre Jurídico de la Actividad Económica en el Espacio*, publicado por el Consejo de Estudios Internacionales Avanzados, 1982, p. 90.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 91-92.

¹⁵ Ver, de la presente autora, "International law and the exploitation of outer space: A new market for private enterprise?", *International Relations*, vol. VII, n° 6, Londres, noviembre de 1983, pp. 2476-2493, en la p. 2486.

¹⁶ Ver *op. cit.* en nota 12, pp. 83-86 (observaciones por William Leslie Chapman).

mercado terrestre. Supongamos que este invento significa la solución definitiva para el resfrío común. Dicho invento, al tener un valor económico incuestionable, tendrá, por lo tanto, un precio en el mercado.

Para hacer más estimulante el ejemplo consideraremos que el producto inventado ha de ser procesado en una forma compleja, a bordo de la estación espacial, antes de ser llevado a la Tierra y puesto en el mercado. El producto final será un frasco que contenga cápsulas que han de ser tomadas por el consumidor frente al primer síntoma de un resfrío.

Una de las primeras inquietudes que surgen, sobre la base del Tratado de 1967, es establecer quién debe beneficiarse con este invento¹⁸. ¿Será el científico autor del invento? ¿Será la compañía inversora? ¿O serán todos aquellos que posibilitaron la reunión de los recursos humanos y financieros que llevaron al descubrimiento? Posiblemente todos ellos.

Si miramos estrictamente al beneficio material, todas las cuestiones precedentes han de contestarse por la afirmativa. Pero no puede negarse que la humanidad, como un todo, ha recibido un beneficio aún mayor: por fin, un remedio definitivo para el resfrío. Esto es una clara ilustración de un beneficio inmaterial, o intangible, directamente relacionado al bien común.

Por cierto que el producto inventado (o fórmula, según sea el caso) no constituye, en sí, un patrimonio común de la humanidad, particularmente si tenemos en cuenta el esfuerzo y la inversión de todos aquéllos involucrados en el invento. Pero es justo reconocer que el requisito del "provecho e interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico" está presente en el ejemplo si tenemos en consideración las ventajas ofrecidas a la humanidad por el nuevo producto.

Va de suyo que la cuestión de determinar en qué casos tales inventos deben estar protegidos, y por cuánto tiempo, y el mercado en el cual habrán de operar, constituye la raíz del problema.

En lo que concierne a los beneficios inmateriales, como el referido más arriba o, en general, cuando está en juego la protección, bienestar o seguridad de la humanidad, los inventos protegidos por ley deberán ponerse a disposición de terce-

¹⁸ *Ibid.*

ros países sobre una base no comercial. Juntamente con ello, el período para la protección de estos inventos deberá ser más reducido que aquél acordado para supuestos esencialmente comerciales.

VI. EL PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE VUELOS ESPACIALES TRIPULADOS

Fácil es advertir que hay serias lagunas en el Derecho en materia de vuelos espaciales tripulados. Se han hecho importantes esfuerzos para corregir esta situación. Así, el trabajo conjunto realizado por un grupo de especialistas de la Universidad de Colonia bajo la dirección del profesor Böckstiegel, la Academia de Ciencias de la ex Unión Soviética bajo la dirección del profesor Vereschetin y la Facultad de Derecho de la Universidad de Mississippi bajo la dirección del profesor Grove. El resultado de esta tarea, iniciada en 1988, fue un proyecto de convenio sobre vuelos espaciales tripulados. Su texto fue discutido en profundidad en 1992 durante el Coloquio de Colonia antes mencionado.

Este instrumento, en once artículos y un breve preámbulo, cubre prácticamente todos los temas relativos a los aspectos jurídicos de misiones espaciales tripuladas. Siguiendo el modelo anglosajón, se incluye al comienzo una lista de definiciones y, más adelante, se establecen normas sobre registro, jurisdicción y control, derechos y obligaciones del personal a bordo de vuelos espaciales, seguros, seguridad y asistencia mutua en el espacio, responsabilidad, propiedad intelectual, procedimientos de consulta y solución de controversias. La característica de este Proyecto es su enfoque pragmático. Al elaborarlo, los participantes se fijaron como objetivo principal que el texto resultara aceptable tanto para las potencias espaciales como para aquellos países que aún no realizan actividades de esta naturaleza. En este contexto quisieramos destacar dos áreas de indudable importancia práctica, a saber: los derechos de propiedad intelectual y la solución de controversias.

VI.1. Propiedad intelectual

Uno de los temas cruciales originados por las misiones espaciales tripuladas es el relativo a los derechos de propie-

dad intelectual. En el Proyecto se le da un significado equivalente al del artículo 2º de la Convención de Estocolmo de 1967 sobre propiedad intelectual, el cual es suficientemente amplio como para encuadrar —por lo menos en un futuro previsible— la mayor parte de los supuestos. El artículo VIII del Proyecto establece que:

1. Sujeto a las disposiciones de este artículo, a los fines del derecho de propiedad intelectual, toda actividad que tuviera lugar en un objeto espacial tripulado o en un elemento separado de éste será considerada como ocurrida solamente en el territorio del Estado Parte en este Acuerdo que haya registrado el objeto espacial o elemento de vuelo respectivamente.

2. En lo que hace a inventos hechos por personas que no son nacionales ni residentes del Estado de registro, un Estado Parte en este Acuerdo no aplicará sus leyes concernientes al secreto de los inventos de manera de impedir la presentación de una solicitud de patente (por ejemplo, estableciendo demoras o exigiendo autorización previa) en otro Estado Parte en este Acuerdo que contemple la protección del secreto de las solicitudes de patente que contengan información confidencial o de otra manera protegida por razones de seguridad nacional. Esta disposición es sin perjuicio de: (a) el derecho de todo Estado Parte en este Acuerdo, en el cual se presente por primera vez una solicitud de patente, a controlar el secreto de tal solicitud o restringir su presentación futura, o

(b) el derecho de cualquier otro Estado Parte en este Acuerdo en el cual se presenta una solicitud subsiguiente a restringir, conforme a alguna obligación internacional, la divulgación de la solicitud.

3. La presencia temporaria en el territorio de un Estado Parte en este Acuerdo de artículos, incluidos los componentes de elementos de vuelos espaciales, en tránsito entre cualquier parte de la Tierra y la estación espacial tripulada o cualquier elemento de vuelo registrado por otro Estado Parte en este Acuerdo no constituirá, en sí, una base para accionar en el primer Estado Parte con respecto a la violación de patentes.

Estas normas nos conducen a las siguientes observaciones. En primer lugar, es razonable suponer que, en una misión espacial tripulada, existirán marcadas diferencias entre los distintos regímenes nacionales de propiedad intelectual. Esto necesariamente nos lleva a la compleja tarea de determinar qué norma de conflicto de leyes se aplicará en cada caso. En segundo lugar, como lo subraya Böckstiegel, es preciso tener en cuenta la magnitud de los intereses en juego en estos supuestos¹⁷.

En el nivel internacional es razonable evitar normas demasiado detalladas y excesivo reglamentarismo estableciendo, en cambio, principios más generales y flexibles que son más aptos para perdurar en el tiempo. Para la efectividad de un instrumento internacional, en especial en el campo de la propiedad intelectual y donde se contemple el uso de tecnologías altamente avanzadas, es esencial lograr un compromiso entre los distintos sistemas jurídicos nacionales.

Dicho esto es oportuno agregar un párrafo con respecto al artículo VIII del Proyecto en lo que hace a aquellos países que, por el momento, no participarán en misiones espaciales tripuladas. Y aún más necesario es tener en cuenta la situación de los países en desarrollo que, por un lado, carecen de la tecnología pero, por otro, tienen los números a su favor. La posición de éstos debe ser considerada siendo que el objetivo es concluir una convención que sea aceptable a escala global.

En consecuencia, el artículo VIII del Proyecto debería incluir un último párrafo según el cual

Los terceros países tendrán acceso a los inventos ocurridos durante una misión espacial tripulada de manera que no resulte un abuso de la posición dominante.

Esta disposición —que podría ser incluida en un protocolo a la Convención sobre Vuelos Espaciales Tripulados, tal vez justamente con todo el tema de los derechos de propiedad intelectual— tendría que aplicarse, específicamente, a situaciones directamente relacionadas con la anticipación o prevención de desastres naturales, con la salud y, en general, con

¹⁷ Ver Karl-Heinz Böckstiegel, "Commercially relevant aspects of the draft for a Convention of Manned Space Flights", cit. en nota 1, pp. 176-184, en las pp. 179-180.

todo lo que concierna a la seguridad y bienestar de la humanidad. En su aplicación deberá procurarse un cuidadoso equilibrio de las distintas aspiraciones e intereses, y es aquí donde la cooperación internacional tendrá un papel preponderante.

Observemos ahora el artículo VIII del Proyecto desde otro ángulo. Tal como está redactado difícilmente podrá tener el apoyo de los EE.UU. La principal razón es que evitaría la aplicación del Derecho nacional¹⁸. Esto es consecuencia directa del principio del "primer inventor" y de la fuerte tendencia territorialista del derecho de patentes en ese país. Las leyes de los países de la Comunidad Europea sobre el tema, que como ya se expresara priman sobre el Derecho comunitario, revelan una tendencia similar.

Vayamos ahora a la opinión de los expertos. Milde¹⁹, en el referido Coloquio de Colonia observó que había fuertes razones éticas para que todos los descubrimientos hechos a bordo de vuelos espaciales tripulados sean un "patrimonio común de la humanidad" y, por lo tanto, pasen al dominio público, y que patentar estos inventos bloquearía por un número de años el beneficio emergente. Sin embargo, agregaba este autor que en el mundo de hoy la protección jurídica de la propiedad intelectual es un incentivo fundamental para el desarrollo científico. Asimismo opinaba Milde²⁰ que el artículo VIII en su presente lectura no sería de aplicación a las organizaciones internacionales dado que establece la presunción de que la actividad ha ocurrido en "el territorio" del Estado de registro.

Dieter Stauder, de la Oficina Europea de Patentes²¹, formula reflexiones en torno al tema del secreto concluyendo que la restricción en la aplicación de las disposiciones sobre el secreto a la actividad de los residentes o nacionales de un país en el Estado de registro, según reza el artículo VIII del Proyecto, parece razonable.

En consecuencia, el artículo VIII del Proyecto implica un ligero progreso con respecto al régimen tradicional de la pro-

¹⁸ Ver Stephen E. Doyle, "Comments regarding the draft Convention", cit. en nota 1, pá. 198-200, en la p. 199.

¹⁹ Ver Michael Milde, "Intellectual property" (Introduction), cit. en nota 1, p. 94.

²⁰ Ver Michael Milde, "Comments regarding the draft Convention" cit. en nota 1, p. 208.

²¹ Ver Dieter Stauder, *op. cit.*, en nota 8, p. 117.

piedad intelectual aplicable en la Tierra. Armoniza, a la vez, con las disposiciones del Acuerdo celebrado entre los gobiernos de los EE.UU., los países integrantes de la ESA (Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Noruega, España, Gran Bretaña e Irlanda del Norte), Japón y Canadá (artículo 21, 1).

VII. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Dado que, como antes se dijera, ya ha quedado atrás la etapa puramente exploratoria del espacio, es esencial contar con un sistema ágil y efectivo de solución de controversias. En este ámbito específico de la actividad espacial —donde predominan los intereses comerciales— un diferendo indefinido podría llevar a consecuencias graves y a veces caóticas.

El Proyecto de Convenio sobre Vuelos Espaciales Tripulados se ocupa del tema en su artículo IX, según el cual:

1. Un Estado Parte en este Acuerdo podrá pedir consultas con otro Estado Parte cuando tuviera razones para creer que el otro Estado Parte no está cumpliendo con las obligaciones que le incumben de conformidad con este Acuerdo, o que el otro Estado Parte interfiere con el vuelo espacial tripulado del Estado que pide la consulta. Cuando un Estado Parte recibe tal pedido deberá mantener consultas sin demora.

2. Si en el plazo de tres meses las consultas no conducen a un arreglo mutuamente aceptable y los Estados Partes en cuestión no pueden solucionar el diferendo por algún otro medio pacífico de su elección, a pedido de uno de los Estados Partes en cuestión, la controversia será decidida por un Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral será nombrado de la misma manera en que lo disponen los artículos XV al XVII del Convenio sobre responsabilidad para la Comisión de Reclamaciones. El Tribunal Arbitral establecerá su propio procedimiento y dará su decisión lo más pronto posible. El laudo será final y obligatorio. Los Estados Partes en la controversia se obligan a cumplir sin demoras el laudo del tribunal.

3. Salvo que los Estados Partes en la controversia lo acordaran de otro modo, la ejecución de este Acuerdo y de cualquier otro acuerdo entre los Estados Partes en la controversia con respecto a vuelos espaciales tripulados conti-

nuará y no será suspendido mientras esté pendiente el arreglo o solución de controversias conforme a este artículo.

Lo ideal, naturalmente, sería que toda controversia quedara resuelta en la etapa de las consultas. Lamentablemente, éste no es siempre el caso. Los tres meses establecidos en el punto 2 de este artículo constituye un plazo realista que ayudará a que los diferendos no se prolonguen indefinidamente.

La segunda parte del punto 2 de este artículo contempla la posibilidad de un arbitraje obligatorio si fracasa la primera etapa de consultas. Consideramos que este enfoque es acertado, particularmente porque impedirá las peligrosas consecuencias de la autointerpretación del Derecho.

Asimismo, el Proyecto se aparta decididamente del sistema previsto en el Convenio de Responsabilidad por Daños Causados por Objetos lanzados al Espacio Ultraterrestre, donde la regla general es que los laudos son recomendarios a menos que las Partes hubieran acordado lo contrario de antemano. La obligación impuesta a las partes de cumplir el laudo sin demoras (seg. párr. del art. IX, *in fine*) concuerda enteramente con el espíritu del Proyecto.

Igualmente realista es el punto 3 del artículo IX del Proyecto en su objetivo de no interrumpir el desarrollo normal de una misión espacial tripulada mientras se acuerdan las soluciones a una determinada controversia.

Finalmente, parece adecuado que, en vista de las características especiales de esta clase de vuelos, las normas relativas a la solución de controversias estén contenidas en el mismo texto de Proyecto y no en instrumentos separados de alcance más general.

La doctrina ve con buenos ojos el artículo IX del Proyecto, tanto en su redacción como en sus implicancias. Gilbert Guillaume, juez de la Corte Internacional de Justicia, sostuvo con énfasis la inclusión de mecanismos de jurisdicción obligatoria durante el Coloquio de Colonia de 1992. Casi no existen opiniones disidentes al respecto excepto que, como lo señalara Guillaume²⁹, debería haberse incluido a la Corte Internacional de Justicia para entender en controversias entre Estados Partes relativas a la interpretación y aplicación del

²⁹ Ver Gilbert Guillaume en "Comments regarding the draft Convention", cit. en nota 1, p. 203.

Convenio. Concordamos plenamente con esta postura de extender la jurisdicción del principal órgano judicial de la comunidad internacional a este nuevo dominio.

VIII. REFLEXIONES SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO AL SECRETO EN MISIONES ESPACIALES TRIPULADAS. TENDENCIAS RECIENTES EN LA JURISPRUDENCIA.

Según se indicara, el derecho al secreto en el caso de misiones espaciales tripuladas quedaría restringido por una posible obligación de informar. Buena parte de la doctrina considera el deber de informar como una obligación inasoslayable que surge del Tratado del Espacio de 1967. De ello se sigue que existe una abierta confrontación entre el derecho de patentes en general y los principios básicos aplicables a la exploración y utilización del espacio ultraterrestre²³.

Desde luego que la industria tiene derecho a mantener en secreto su producto. Así el caso de las "Maltesers", golosinas de gran aceptación en casi todo el mundo que se fabrican según una receta especial desde 1936. Aun cuando los ingredientes son conocidos por el público, hasta el día de hoy solamente los fabricantes conocen el proceso secreto por el cual el centro es recubierto de chocolate.

Otro ejemplo altamente ilustrativo es la "Coca Cola" cuya fórmula permanece sin revelar desde comienzos de siglo. Por este motivo su comercialización fue prohibida en algunas provincias argentinas como Santa Fe²⁴. Sería un tanto absurdo exigir la revelación de la fórmula de la Coca Cola sobre la base de que se trata de un patrimonio común de la humanidad. Lo mismo podría decirse con respecto a fórmulas inventadas a bordo de vuelos espaciales. Pedir la revelación de la fórmula secreta sobre la base de que la misión espacial se encontraba operando en un área que incumbe a la humanidad (art. I, 1 del Tratado del Espacio de 1967) sería una postura difícil de sostener.

No obstante, si este razonamiento se aplica en términos tan absolutos, cabría preguntarse si no entraría en conflicto

²³ *Op. cit.* en nota 6, p. 136.

²⁴ *Op. cit.*, *loc. cit.* en nota 15.

con la obligación de informar que tan fuertemente enraizada está en el Derecho internacional contemporáneo, sobre todo en áreas vinculadas a la protección del ambiente, el espacio ultraterrestre y la Antártida. El Derecho no es claro al respecto y volvemos a encontrarnos con la necesidad de tener debidamente en cuenta aquellos casos donde está en juego el bien común y que, por ende, merecen un tratamiento especial.

Veamos algunas situaciones concretas. En la Comunidad Europea, por ejemplo, no cabe duda de que los derechos de propiedad intelectual están en conflicto con los principios que inspiraron el Tratado de Roma de 1957 que estableciera la entonces Comunidad Económica Europea. En este ámbito geográfico, como se observa, estos derechos tienen un marcado tinte territorialista. En contraste, el objetivo principal del referido Tratado de Roma fue la eliminación de barreras nacionales. La Comisión de la CE ha intentado corregir esta situación. En 1985 se publica un documento que contempla una "patente comunitaria" a ser creada por una Convención sobre Patentes Comunitarias, así como una marca registrada comunitaria. Esta Convención se firmó en 1989 por los doce Estados miembros y entró en vigencia el 31 de diciembre de 1991. En la práctica, sin embargo, no fue de mayor utilidad. Para mejorar la situación se elaboró un Protocolo por el cual se permitió que la Convención entrara en vigencia entre los Estados que la hubieran ratificado sin tener en cuenta a aquellos que no lo habían hecho²⁵.

Al mismo tiempo, la Comisión de la CE ha tratado de lograr denominadores comunes entre los derechos de propiedad intelectual reconocidos por las diferentes leyes nacionales. Se puso el acento en las nuevas tecnologías y los nuevos derechos de propiedad intelectual. El resultado final reflejó el hecho de que, en la esfera de la biotecnología, por ejemplo, el proteccionismo es aún pronunciado²⁶. De más está decir que este modelo no es el más apropiado para aplicar a inventos hechos a bordo de vehículos espaciales.

La polémica continúa en las candilejas. Un ejemplo reciente está dado en el documento sobre política emitido por el Instituto Europeo relativo a la *standardización* de las teleco-

²⁵ Ver James Moller y Daniel Alexander en "Intellectual property" (Current developments in EC law), *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 41, enero 1992, pp. 205-206.

²⁶ *Op. cit.* en nota 5, p. 137.

municaciones. La Comisión de la CE produjo un documento oficial sobre el tema en octubre de 1990 donde se admitió la existencia de un problema pero no se proporcionaron respuestas²⁷. En este ámbito la *standardización* podrá colocar uno o varios grupos titulares de derechos intelectuales en una posición dominante.

En el campo de la biotecnología la Comisión de la CE publica en 1972 un proyecto revisado de directiva sobre la Protección Jurídica de los Inventos Biotécnicos²⁸. Esta tendencia, asimismo, es de naturaleza fuertemente proteccionista y no recomendable para su aplicación a inventos ocurridos durante vuelos espaciales tripulados.

Analizaremos brevemente tres casos recientes decididos por la Corte Europea de Justicia que resultan útiles en la dilucidación del Derecho y la armonización de los distintos intereses relativos a derechos de propiedad intelectual. Sin entrar en los detalles de cada uno de ellos nos detendremos en los casos "Volvo"²⁹, "Electrola"³⁰, y "Magill"³¹.

El caso "Volvo" consistía en un derecho de diseño. La Corte de Luxemburgo entendió que no era de por sí un abuso de la posición dominante (art. 86 del Tratado de Roma) negarse a otorgar una licencia para derechos de diseño aun cuando podría constituir abuso si la negativa reflejara una conducta abusiva.

En el caso "Electrola" la Corte resaltó los problemas derivados de los distintos niveles de protección de derechos de propiedad intelectual. Sobre la base de los artículos 30 y 36 del Tratado de Roma decidió que el titular de un derecho de autor podía impedir su importación a un territorio donde la protección hubiera finalizado.

En el caso "Magill" la Corte dispuso que la BBC, la Independent TV Publications y la Irish State Network habían abusado de su posición dominante al negarse a otorgar a Magill una licencia de su derecho de autor para listar programas de televisión. La Corte confirmó el punto de vista de la Comisión

²⁷ Ver "Intellectual property newsletter", *Denton International*, n° 5, marzo de 1990, p. 6.

²⁸ *Ibid.*, p. 9.

²⁹ Caso 238/87 (1989), 4 *Common Market Law Reports*, 122.

³⁰ Caso 341/87 (1988), 2 *Common Market Law Reports*, 413.

³¹ Ver nota 7 (caso "Magill").

de que, para los fines del artículo 86 del Tratado de Roma, las tres radiodifusoras tenían una posición dominante en una parte considerable de la CE y habían abusado de esa posición. La Corte admitió que el listado de programas estaba protegido por derechos de autor y que los derechos de propiedad intelectual tenían una protección especial dentro del Derecho comunitario. Sin embargo, al negar a terceros, tales como Magill, la posibilidad de publicar los listados, habían utilizado la protección de que eran titulares como un instrumento de abuso.

A primera vista se detecta una abierta contradicción entre los casos *Volvo* y *Magill*. Sin embargo, a poco que se analice, surgen diferencias sustanciales. Los derechos controvertidos no eran los mismos: en *Volvo* se discutía un diseño mientras que *Magill* giraba en torno a la protección de derechos de autor. También difería el mercado: los posibles licenciatarios de *Volvo* estarían operando en el mismo mercado (de repuestos); no así en el caso de *Magill*. Por último, la naturaleza de los productos en cuestión variaba: los posibles licenciatarios de *Volvo* estarían fabricando el mismo producto mientras que en el supuesto de *Magill* el producto era nuevo en el mercado y su introducción era impedido por la BBC y otros³².

El acento puesto por la Corte de Luxemburgo en la detección de abusos de las posiciones dominantes constituye una importante línea rectora para el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual derivados de la utilización del espacio ultraterrestre.

IX. CONCLUSIONES

La idea básica es que la protección de inventos y descubrimientos ocurridos durante misiones espaciales tripuladas no deberá resultar en abusos de la posición dominante.

De este concepto general derivan varias conclusiones específicas, a saber:

1. La fuerte tendencia hacia el proteccionismo existente en el ámbito de la Comunidad Europea y, en general, en los países industrializados, en torno a los derechos de propiedad intelectual, deberá moderarse en lo que respecta a inventos y

³² Ver "Intellectual property newsletter", *Denton Hall*, n° 3, marzo de 1992, p. 4.

descubrimientos hechos a bordo de misiones espaciales tripuladas.

2. La protección del secreto de inventos y descubrimientos deberá restringirse y el tiempo de protección hacerse más breve.

3. El acceso de los países en desarrollo a inventos y descubrimientos hechos a bordo de misiones espaciales tripuladas —en el caso de que aquéllos estén protegidos— habrá de facilitarse.

4. La propuesta precedente es aún más importante en situaciones que conciernan al bienestar y seguridad de la humanidad, particularmente en el campo de la salud y acceso a nuevas tecnologías relativas, por ejemplo, a la posibilidad de anticipar desastres naturales u otras situaciones de emergencia similar. En tales supuestos, la cooperación internacional será de fundamental importancia para el logro de un equilibrio razonable entre los intereses en juego.

Finalmente, vaya una palabra de reconocimiento para la iniciativa de la Universidad de Colonia, la Academia de Ciencias de Moscú y la Facultad de Derecho de la Universidad de Mississippi que resultara en una valiosa contribución al tema. El Proyecto de Convención que elaboraran conjuntamente constituye una base excelente para la discusión en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para los Usos Pacíficos del Espacio Ultraterrestre. La inclusión de este tema en el orden del día de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de esa Comisión es no sólo necesaria sino también urgente.

ENSAYOS

**LAS LEYES "EX POST FACTO"
Y LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES
INTERNACIONALES COMO NORMAS
DE DERECHO INTERNACIONAL A SER APLICADAS
EN EL DERECHO INTERNO***

MARTÍN ARRÉGU - ARIEL DULITZKY

I. INTRODUCCIÓN**

El "caso Schwammburger" es un pedido de extradición¹. Se trata de una solicitud de la República Federal Alemana a nuestro país a causa de los delitos que Josef Franz Leo Schwammburger habría cometido durante la Segunda Guerra Mundial cuando era jefe de las SS. Josef Schwammburger es acusado de ser responsable de la muerte de centenares de

* Con especial referencia al caso Schwammburger.

** El presente trabajo se inició en el curso sobre "El derecho internacional público en la jurisprudencia de la Corte Suprema" dictado por el Dr. Guillermo Moncayo, quien nos dio el marco de libertad académica, reflexión y crítica necesarios para que el mismo pudiera concretarse. Para el nuestro reconocimiento, Queremos agradecer asimismo muy especialmente al Dr. Schiffrin, por habernos recibido, respaldado y aconsejado en la redacción final. A la Dra. Métrica Pinto por escuchar muchas de nuestras dudas, siempre con paciencia; y al Dr. Zuppi por el tiempo dispensado y por lo útil que nos ha sido su publicación (ver bibliografía).

¹ Fallo de la Sala III de la Cámara Federal de La Plata del 30 de agosto de 1989 (J.A., 27-XII-1989 y 3/190 y E.D., 27-28-29-XI-1989). Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 20-III-1990 —S 645 XXXII— (E.D., 15-VI-90 y L.L., 16-VII-90).

Es necesario destacar que al momento en que este artículo fue escrito no se había producido aún la unificación alemana.

personas estando al frente de un campo de trabajos forzados. Estos delitos son considerados por el Derecho penal internacional como crímenes internacionales.

De todos los aspectos de esta causa nos interesa detenernos solamente en la prescripción de la acción penal². Al tratarse de un pedido de extradición sin que haya acuerdo previo entre las partes, nuestros tribunales deben comprobar que la acción no esté precepta de acuerdo a las normas del país requirente (art. 665, Cód. Proc. Crim.). La República Federal Alemana esgrimió, entonces, dos causales a favor de la no prescripción: 1) las interrupciones que ésta habría sufrido como consecuencia de diversos actos de los tribunales alemanes, y 2) una norma sancionada con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial que declara imprescriptibles estos delitos³. Es este segundo supuesto el que nos parece importante analizar. Se trata, obviamente, de una norma *ex post facto* que rige la prescripción de crímenes internacionales. Estudiaremos a partir de este fallo qué posibilidades tienen nuestros tribunales de hacer lugar a un pedido de extradición como éste, fundado en una norma *ex post facto* respecto a crímenes internacionales.

El primer punto a definir es a qué nos referimos cuando hablamos de crímenes internacionales. El Derecho internacional público distingue dos tipos de ilícitos internacionales: 1) los delitos internacionales y 2) los crímenes. La diferencia entre unos y otros reside, se puede decir simplificando, en la gravedad. Un delito internacional se produce cuando una nación que forma parte de la comunidad internacional no cumple con una obligación internacional que le fuera exigible, cualquiera sea la fuente de la norma en cuestión. En este caso, los perjuicios no alcanzan a la comunidad internacional en su conjunto, sino que el ilícito tendrá como consecuencia el incurrir en responsabilidad internacional respecto de una o de un grupo determinado de naciones. En el caso del crimen in-

² En este fallo se plantean otras cuestiones tan o más importantes que ésta, sin embargo nuestra atención se centrará en este aspecto y sólo haremos mención de los demás (ver pto. VIII.a.).

³ El camino hasta la sanción de la norma que declara imprescriptibles estos delitos no es tan simple, ya que se dictaron también leyes intermedias que sólo alcanzaron a extender los plazos. De cualquier forma, como el problema que se plantea al momento de aplicar cualquiera de estas leyes es el mismo (que son todas ellas leyes *ex post facto*) reduciremos nuestro análisis sólo a la última y definitiva de estas normas.

ternacional, no puede hablarse de un único Estado perjudicado. El ilícito será de tal gravedad que perjudicará a la comunidad internacional organizada en su totalidad, hiriendo los principios rectores de su estructura. Son particularmente claros los términos en que lo explica la Comisión de Derecho Internacional: Art. 19¹. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito, sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada. 2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional" (CDI, 1986-1-, pág. 73). Si bien no nos satisface la remisión al reconocimiento como crimen para ser considerado precisamente eso, un crimen internacional, la distinción nos parece acertada. En este informe de la Comisión se hace, sin perjuicio de la descripción genérica que hemos reproducido, una enumeración que incluye los crímenes contra la paz y la seguridad; contra la libre determinación de los pueblos; contra la salvaguardia del ser humano, por ejemplo la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*; y contra la salvaguardia y protección del medio humano. Esta no es la única clasificación de los crímenes internacionales, por lo que creemos que es más útil remitirnos a la diferenciación genérica hasta que la codificación de estos crímenes se halle más acabada. Por otro lado, no cabe duda de que las atrocidades de que fue acusado Schwammberger están consideradas como crímenes internacionales por todas las clasificaciones.

Nos sentimos obligados a hacer ciertas aclaraciones con respecto a los alcances de este trabajo. En primer término, es necesario precisar que no nos referiremos a la polémica sobre sí, en temas tan espinosos como el de los crímenes de lesa humanidad, son necesarios los argumentos jurídicos o si los tribunales podrían apelar a fundamentos morales o humanitarios. Ambas posturas tienen parte de razón y no queremos que este análisis jurídico de la cuestión sea considerado como un implícito respaldo a la primera postura, aunque sabemos que lo es. En los comentarios al fallo del Tribunal Constitucional alemán sobre la prolongación del plazo de prescripción por normas *ex post facto*, un sector de la doctrina apuntó que la solución no tenía por qué respaldarse sólo con argumentos

jurídicos debiendo considerarse también las razones morales que respaldaban la decisión de la Corte. Sin embargo, un adecuado tratamiento desde el campo del Derecho nunca puede ser negativo. Por otro lado, una crítica como ésta, puede ser válida respecto de un juicio del Tribunal Constitucional alemán, pero, salvo excepciones, no respecto a uno de nuestros tribunales donde las sentencias suelen estar plagadas de argumentos morales y, por desgracia, en muchos casos ausentes de un adecuado respeto por la norma⁴.

Sabemos de la trascendencia que tiene para nuestro país una definición sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales (fundamentalmente los de lesa humanidad), sin embargo, sólo nos referiremos a la imprescriptibilidad de ellos como norma del Derecho penal internacional, analizando si ésta le es oponible o no a nuestro país. En ningún caso nuestras conclusiones pueden alcanzar doctrinas que sostienen la imprescriptibilidad de estos crímenes como norma de Derecho interno, resultado exclusivamente de normas vernáculas. Se trata de cuestiones independientes⁵.

La última disquisición en nada se refiere a los alcances del trabajo, sino a los móviles que nos llevaron a realizarlo. No nos gusta la impunidad de ciertos delitos y por eso profundizamos en el análisis de los medios que pueden permitir

⁴ Schifrin parece respaldar, al menos parcialmente, la postura crítica cuando, en el consid. 49, dice: "en cuestiones de tal envergadura, como las que nos enfrentan, más vale el apoyo de la filosofía que el de la mera técnica jurídica, que siempre encierra —aunque inconfesadamente— algún presupuesto de esta índole".

Herrendorf (1990), por su parte, en su comentario a este fallo se opone al camarista. Si bien reconoce que "es visible en la ideología que la humanidad sobreleva con la fuerza de un convencimiento profundo a toda prueba, una vocación por condenar a delincuentes que han cometido delitos atroces" no está de acuerdo que en el marco del Derecho penal se hagan elaboraciones muy elásticas que podrían ser peligrosas en manos de jueces con una ideología distinta a la de sus elaboradores.

Hart (1980) parecería estar más cerca de la postura del camarista, al considerar que fundamentos morales son necesarios para dar respuesta a determinados problemas irresolubles desde el ámbito estrictamente jurídico.

⁵ Nos referimos, por ejemplo, al voto del Dr. Bazqúe en el fallo "Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional" o al análisis que hace Sancinetti (1988) de la Constitución Nacional, por el cual este tipo de delitos no podrían ser amnistiables ni, agregamos nosotros, prescribir, debido a las similitudes que este mismo autor reconoce entre ambos institutos.

su punición. No obstante, esta postura no debe pensarse como un respaldo a las modalidades que el castigo de los crímenes internacionales normalmente ha tenido. En particular, no creemos que el genocidio se solucione con más muertes. Sin considerar el fondo de la cuestión, queremos dejar sentado que, desde nuestro punto de vista, no hay sólo un medio por el que estos delitos pueden ser reprimidos.

II. LAS LEYES EX POST FACTO EN EL DERECHO INTERNO

La norma que declara imprescriptibles los crímenes por los que es acusado Schwammberger es una norma posterior a la comisión del hecho, por lo que nuestros tribunales deberían aplicar una ley *ex post facto* para no declarar extinguida la acción y poder otorgar la extradición. Debemos, como primer paso de este trabajo, detenernos a analizar cuáles son las posibilidades, si es que las hay, de nuestros tribunales de aplicar una norma que vulnera el principio de legalidad (del que se deriva la prohibición de normas *ex post facto*). Nos adentraremos en el Derecho interno para analizar luego el mismo aspecto en el ámbito del Derecho internacional y la relación que existe entre ambos.

Para comprender el principio en toda su magnitud es importante analizar su origen. La prohibición de leyes *ex post facto*, o el correlativo principio de legalidad, deben su formulación actual al Iluminismo, y en especial a Feuerbach⁶. Es en los albores del racionalismo cuando se empieza a forjar esta garantía contra la omnipotencia estatal. Los pensadores iluministas entendieron como insoportable que un poder absolutista pudiera penar acciones que en el momento de su ejecución eran impunes, aunque el comportamiento estuviera prohibido por los usos y costumbres (aquí se halla una de las grandes diferencias con los antecedentes romanos). La prohibición se convirtió entonces, a la función de garantía que Locke y Montesquieu, le habían dado a la ley penal. Fue Feuerbach quien, uniendo a esta función garantista la teoría de la prevención general de la pena⁷, elaboró el principio latino *nullum crimen*

⁶ Para Stratenwerth (1982) el primer antecedente de este principio lo podemos encontrar en Cicerón, pero este autor reconoce que el origen más remoto del principio de legalidad guarda con éste diferencias esenciales.

⁷ Al hablar de teoría de la prevención general hacemos referencia a

sine lege (Stratenwerth, 1982), al que con posterioridad se le complementó con el principio de legalidad de la pena, el *nulla poena sine lege*. Este segundo principio es el que más nos interesa, ya que parece unánime la opinión que respecto de los crímenes internacionales es muy difícil ofender el *nullum crimen sine lege* cuando se les pena, ya que todos ellos se hallaban legislados como delitos al momento de ser cometidos (Zaffaroni, 1987). Roxin, tratando de sistematizar los fundamentos que históricamente dieron lugar al principio, se refiere a dos motivos jurídico-políticos y a dos motivos jurídico-penales. Entre los primeros enumera al liberalismo político y su consiguiente limitación al poder del Estado y a la división de poderes como nueva forma de organización del gobierno central. Las razones jurídico-penales que, para este autor, fundamentaron dicha prohibición fueron el principio de culpabilidad, según el cual no podría haber en estos casos reproche al autor, y, por otra parte, lo que él denomina la teoría de la coacción psicológica, para la que la pena tendría como finalidad apartar del delito a los potenciales delincuentes (coincidentemente con Stratenwerth en el fundamento de la prevención general) (Roxin, 1981).

Sin embargo, estos fundamentos históricos no son considerados por todos los autores como elementos fundacionales del principio de legalidad. Jescheck, por su parte, entiende que lo esencial en la prohibición de las normas *ex post facto* es la seguridad jurídica. Este autor sostiene, haciendo una crítica implícita a algunas de las posturas que hemos revisado, que la prohibición de retroactividad, a diferencia de los otros efectos del principio de legalidad, no tiene el de garantizar la representación popular, pues más bien limita la libertad decisoria del legislador. Tampoco, piensa este autor, puede fundamentarse siempre en el principio de culpabilidad, pues la fuente del reproche no es la ley³ (Jescheck, 1978).

aquellas teorías que, en oposición a las de la prevención especial, pretenden accionar sobre los que no han delinquido motivándolos con la pena y una conducta respetuosa del Derecho. Distinta es la justificación de las teorías de la prevención especial que buscan actuar sobre el mismo autor del delito (por ejemplo con su reinserción en la sociedad o sólo impidiendo que continúe delinquiriendo).

³ Acordé con este punto de vista, Jescheck piensa que el juicio de Núremberg sólo se ha basado en la circunstancia de ser fuerza de ocupación y fuerza vencedora.

Dentro de la doctrina nacional, el reconocimiento al principio de legalidad y a la prohibición de leyes *ex post facto* ha sido unánime⁹. Tanto desde el campo del Derecho constitucional como del penal, se le reconoce a este principio jerarquía constitucional a partir, fundamentalmente, de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional¹⁰.

De cualquier manera, también se mantienen en nuestra doctrina las diferencias respecto a los fundamentos. Para citar sólo dos ejemplos podemos nombrar a Zaffaroni (1987), quien le da como finalidad esencial el fundar la culpabilidad, y la opinión del Dr. Schiffrin, quien, en su voto del fallo en estudio, dice textualmente: "el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* no está destinado a establecer la previa culpabilidad sino que se vincula con una acentuación muy marcada en el campo penal del principio de división de poderes. Se trata de quitar todo empleo al Ejecutivo en el magisterio penal, reducir enérgicamente la creatividad judicial y limitar la función del Parlamento estrictamente a la formulación de normas generales y abstractas" (consid. 33).

La doctrina y jurisprudencia norteamericana remiten, por lo general, a los razonamientos llevados a cabo por su Corte Suprema en el caso "*Calder v. Bull*" (3 U.S. 386 - 1796). En este fallo, al que tendremos que volver cuando analicemos

⁹ Distinto es el caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia civil y tributaria. En la causa "*Inada, Juan P.*", fallada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 2-X-1987, fue ampliamente tratado el tema de la retroactividad de la ley por el Procurador Fiscal, Dr. José Casas (E.D., 39-III-88). Su análisis, por la naturaleza del caso planteado, se detiene especialmente en la cuestión de si es posible o no aplicar leyes retroactivas en cuestiones civiles y, fundamentalmente, tributarias. Sin perjuicio de ello, el Procurador demuestra cómo la jurisprudencia de la Corte ha sido signifiicante, admitiendo en unos casos y desechando en otros la posibilidad de aplicar leyes *ex post facto*.

¹⁰ Zaffaroni (1987) hace un muy interesante análisis del art. 18 de la Const. Nac. considerando sus fuentes para llegar a la conclusión de que es posible discutir si este artículo alcanza al Derecho penal de fondo o sólo es aplicable para la ley procesal. Este autor se define por un alcance amplio. Dejaremos esta discusión de lado porque aun de no surgir del art. 18 el principio de legalidad para las leyes de fondo, obviamente estaría inmerso en el principio de reserva del art. 19 y en los derechos implícitos del art. 33 de la Const. Nac. La distinción es igualmente trascendente para nuestros propósitos, a que se está asegurando que este principio, respecto de las leyes adjetivas, también tiene jerarquía constitucional, lo que hace que sea aplicable respecto de la prescripción aun cuando se sostenga que éste es un instituto procesal.

la extensión de esta prohibición, el tribunal supremo de ese país, en el *dictum* muy repetido por nuestra doctrina y jurisprudencia, enumeró dos razones como fuente de la prohibición constitucional expresa de leyes *ex post facto*, que dicho ordenamiento contiene. La primera estaría relacionada con la necesidad de los ciudadanos de saber que no podrían ser penados por una acción que no era ilícita al momento de ser cometida y por la posibilidad de motivarse de acuerdo a una prohibición. La segunda se refiere a la limitación al Poder Legislativo para sancionar leyes cuyos móviles fuesen la venganza o la persecución de enemigos políticos.

De este análisis que hemos hecho de los fundamentos diversos que se le han dado a la prohibición de sancionar normas de Derecho interno que tengan aplicación retroactiva, surge que es imposible sostener que haya coincidencias unánimes sobre este punto. Se puede concluir que debido a la multiplicidad de fundamentos, no es dable afirmar que el principio de legalidad pueda sufrir restricciones esgrimiéndose razones de Derecho interno.

II. a) Los crímenes internacionales como limitadores del principio de legalidad en el Derecho interno

Una posibilidad de restringir este principio que debe ser analizada especialmente es la que desarrolla Kobrick (1987). Este autor sostiene que en el Derecho interno norteamericano las normas que legislen sobre crímenes internacionales que dan lugar a la jurisdicción universal según la costumbre internacional, podrían ser aplicadas retroactivamente.

Para llegar a esta conclusión Kobrick considera que es necesario detenerse en los fundamentos de la prohibición de normas *ex post facto*, e intenta demostrar cómo las dos razones esgrimidas por la Corte Suprema norteamericana en el fallo "*Calder v. Bull*" quedan igualmente resguardadas cuando se está legislando sobre este tipo de crímenes.

Respecto de la seguridad que todo ciudadano merece de saberse impune por la comisión de un delito no tipificado al momento de haberse llevado a cabo, considera que por tratarse de crímenes internacionales sujetos, de acuerdo con la costumbre internacional, a la jurisdicción universal, nadie puede alegar el desconocimiento de la ilicitud de su comportamiento. Es preciso destacar que sólo algunos de los crímenes internacionales dan lugar a la llamada jurisdicción universal. Para

que esta instancia sea viable, el crimen internacional debe formar parte del reducido número de delitos que la comunidad internacional en su conjunto considera posibles de ser juzgados en cualquier sitio. No es imprescindible que exista alguna conexión entre el delincuente o el lugar de comisión o efectos del crimen y la competencia abierta.

Si sumamos, entonces, al pequeño número de delitos que son considerados como crímenes internacionales que habilitan la jurisdicción internacional de acuerdo a la costumbre internacional, el hecho de que para formar parte de esa clasificación, es necesario el respaldo del conjunto de naciones civilizadas, no cabe duda, según Kobrick, de que ningún ciudadano puede sentir vulnerada su seguridad jurídica si es condenado por la comisión de uno de estos delitos; aunque se haya dejado de lado la prohibición de normas penales con efecto retroactivo. Inversamente, sólo se puede ofender esta prohibición en el caso que se trate de un crimen internacional que dé lugar a la jurisdicción universal es una muestra que el consenso de la criminalidad del acto no es tan perfecto.

Al momento de considerar a la prohibición de normas *ex post facto* como un límite a la voluntad del legislador para restringir su posibilidad de venganza o persecución de sus enemigos políticos (siempre de acuerdo a los fundamentos del fallo "Calder v. Bull"), este autor sostiene que el argumento de la persecución de los enemigos políticos no es relevante ya que en este tipo de crímenes se trata de enemigos del género humano (*Hostis humani generis*). Por otro lado, la venganza no sería grave si hay razones valederas para no dejar impunes ciertos delitos, como ocurre en el caso de crímenes internacionales que dan origen a la jurisdicción universal.

Cita como respaldo de este argumento dos fallos. En el primero, "Demjanjuk v. Petrovsky" (776 F.2d. 571 -6th. Cir. 1985), una cámara de apelaciones de los EE.UU. entendió que no era obstáculo para otorgar la extradición de un criminal nazi a Israel el hecho de que las normas en virtud de las cuales se los reclamaba habían sido dictadas con posterioridad a la comisión de los delitos por los que se los acusaba, debido a que se trataba de crímenes sobre los que se podía ejercer la jurisdicción universal. El segundo es un fallo de la Suprema Corte israelí, "Attorney-General of Israel vs. Eichmann" (36 I.L.R. -Sup. Ct., Israel 1962). En este caso se objetó la legislación por la que se acusaba a Eichmann por tratar-se de normas posteriores a la comisión, momento en el que,

inclusive, el Estado de Israel ni siquiera existía. Se alegó que eran, íntegramente, normas que buscaban la venganza y que no respondían al requisito de tratarse de normas abstractas. La Suprema Corte israelí admitió estas aseveraciones y no halló problema alguno en el móvil de venganza de la legislación porque dicho Estado actuaba, solamente, como un miembro de la comunidad internacional.

Si bien se trata de supuestos muy particulares que deben ser analizados con mayor detenimiento, no podemos, desde este primer análisis, acompañar las conclusiones de este autor. Desde el punto de vista del Derecho constitucional nacional, no es posible sostener que en nuestro orden jurídico sean sólo esos dos los fundamentos a rebatir (no nos es posible aseverar que en el ordenamiento jurídico norteamericano sí lo sean). Por otro lado, los argumentos que apelan al seguro conocimiento del autor de la ilicitud del acto son útiles para dejar de lado el principio del *nullum crimen sine lege*, pero nada agregan a la cuestión del *nulla poena sine lege*. Respecto al punto referido a la voluntad de venganza, es necesario separar el hecho de que un Estado actúe como miembro de la comunidad internacional del que su móvil sea este sentimiento. Un Estado nuevo como el de Israel, adquiere desde el momento que pasa a formar parte de la comunidad internacional el derecho a perseguir los crímenes internacionales que caen en la órbita de la jurisdicción universal; sin embargo esto no significa que la venganza deba ser estimulada cuando nos enfrentemos a este tipo de delitos.

El problema de este planteo radica en tratar de buscar soluciones sólo dentro del Derecho interno a cuestiones de competencia eminentemente internacional, como es la jurisdicción por crímenes internacionales. Este tratamiento tiene su explicación en la particular situación de la jurisprudencia de los Estados Unidos, que exige para la persecución tanto de los crímenes internacionales que habilitan la jurisdicción universal como de los que son resultado de un tratado, una norma interna especial que codifique el crimen internacional como un crimen bajo la ley de ese país. Es este hecho (que no se repite en nuestro ordenamiento como ya veremos) el que impulsa a Kobrick a llevar adelante esta construcción que, a pesar de estas críticas, es digna de atención considerando la relevancia que le da al principio de legalidad y al intento de compatibilizar los comportamientos nacionales con los internacionales —ya volveremos sobre este punto—.

En conclusión, de acuerdo a la prescripción constitucional (fundamentalmente arts. 18 y 19, Const. Nac.) del principio de legalidad y debido a las diferencias en los fundamentos que se le han dado tanto por la doctrina nacional como extranjera, debemos sostener que éste no es restringible apelando a normas de Derecho interno, ni siquiera en el caso que se estuviese legislando sobre crímenes internacionales; la prohibición de normas *ex post facto* no es limitable por la vía interpretativa. Sin embargo, es necesario dejar sentado que nos estamos refiriendo a argumentos que sólo estén respaldados por normas locales, debiéndose rever estas afirmaciones (como se hará en el punto 6) al considerar algunas particularidades del Derecho de gentes.

II. b) Alcance de la prohibición

Hemos visto cuál es el fundamento de esta prohibición, por lo que es necesario analizar si en el caso de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales esta prohibición es aplicable, ya porque no podría alegarse el fundamento de la prevención general, ya porque se discuta el posible carácter procesal del instituto de la prescripción.

La Corte Suprema estadounidense ha dicho, en el ya citado fallo "*Caldér v. Bull*", que es ley penal *ex post facto* "toda ley que hace criminal un hecho cometido antes de la sanción de aquélla y que era tenido por inocente cuando fue realizado, que cambia el castigo o que inflige uno mayor que el que imponía la ley o que agrava un delito o lo hace más importante que cuando fue cometido, o cambia el castigo aplicable al delito, o que altera las reglas de prueba, autorizando una prueba menor o diferente para condenar a una persona por un delito cometido antes de la sanción de la ley".

A partir de un punto de vista muy semejante a éste, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional (ver por ejemplo *Fallos*: 117:48; 197:569; 254:116; 260:174), le han dado a la prohibición un alcance mucho más extenso que el que la haría aplicable sólo a las disposiciones que crean un nuevo delito (esta es otra razón que dificulta la determinación de los fundamentos del principio de legalidad). Así, Zaffaroni entiende que la prohibición alcanza a toda ley de fondo como de forma (debe tomarse en cuenta que para este autor la limitación sobre las leyes procesales sería la única que surge de los antecedentes del art. 18, Const. Nac.) e, inclusive, se refiere

al caso de la prescripción para hacerla extensiva (Zaffaroni, 1987). En el campo del Derecho constitucional, una postura idéntica es sostenida por Bidart Campos (1988 -1)¹¹.

Para el propósito de este trabajo, lo que nos importa destacar es que de acuerdo a la amplitud que se le debe dar al principio de legalidad, no cabe, dentro de nuestro orden jurídico, sostener que no le alcance a la prescripción. En lo que a excepciones se refiere, la única que es compatible con nuestra normativa es la de la ley posterior más benigna. Toda ley posterior a la comisión de un delito puede ser aplicada si con ella se beneficia al reo. Cuando se habla de la ley penal más benigna, Bidart Campos hace una distinción (Bidart Campos, 1988 -2). Según él, en nuestro ordenamiento la aplicación de la ley penal más benigna posterior al delito tiene rango legal por el artículo 2º Código Penal, mientras que la ultra-actividad de la ley penal más benigna tendría jerarquía constitucional por ser consecuencia del *nullum crimen...* Son necesarias algunas aclaraciones: el carácter constitucional de la ley penal más benigna sólo sería cierto en el caso de que como ley anterior estemos considerando la ley vigente al momento de cometer el delito y no una ley intermedia (no confundir con ley temporaria). Por otro lado, dice Zaffaroni (1987) que no se puede hablar de ultra-actividad, aunque reconoce que no hay acuerdo en la utilización de los términos cuando se habla de ley vigente al momento de la comisión, ya que lo que juega en ese caso es el principio *tempus regit actum*, por lo que no habría tal ultra-actividad sino solamente aplicación de la ley que debe regir el hecho. Por último, es necesario destacar, como lo hace Schiffrin, que en la actualidad el principio de la ley penal más benigna no tiene solamente carácter legal, a partir del momento en que forman parte de nuestro sistema jurídico el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹².

¹¹ Diferente es el caso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemanas. La mayoría de los autores de ese país no hace extensiva la prohibición a las normas que retroactivamente modifiquen la prescripción de un delito. Con diferentes argumentos los distintos doctrinarios que hemos citado y el Tribunal Constitucional alemán así lo han entendido. Este último ha alegado que la prescripción tiene carácter procesal, argumento que no es asimilable a la opinión de nuestro Supremo Tribunal, siendo de cualquier modo irrelevante ya que en nuestro país la prohibición de normas *ex post facto* alcanza a la ley procesal si es contraria a los intereses del reo.

¹² Art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica y art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La nueva jerarquía de este

III. LAS LEYES *EX POST FACTO* EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

"Estamos ante un Derecho penal *in fieri*, al que le faltan elementos del moderno Derecho penal sistematizado, cuyos presupuestos están dados por la existencia de una organización estatal unificada y una autoridad legislativa indiscutible, elementos ambos de los que aún carece la comunidad mundial. Por eso, en tal comunidad tienden a prevalecer los principios generales y los usos, mientras que las mismas convenciones internacionales con finalidades represivas, antes que definir por completo un catálogo cerrado de figuras, efectúan una enunciación indicativa de criterios de antijuridicidad y poseen más bien el valor de recopilaciones de los principios aceptados por la conciencia jurídica común".

Con esta afirmación comienza Schiffrin el tratamiento del principio de legalidad en el Derecho penal internacional, y por la claridad de sus términos creímos útil repetirlos. La característica de derecho no perfecto del orden jurídico internacional ha sido repetido hasta el cansancio tanto por los internacionistas como por sus detractores. A partir del reconocimiento de esta cualidad, es indispensable hacer lugar a las diferencias estructurales que hay entre uno y otro a la hora de estudiar una institución como la del *nullum crimen...*, que ha evolucionado dentro del Derecho interno. Esto significa que no se le puede exigir al ordenamiento jurídico internacional que guarde los mismos requisitos que los derechos internos: el grado de organización y desarrollo de éstos no le es aplicable a este Derecho de formación reciente y características estructurales sumamente diferentes.

Esta circunstancia fue considerada con acierto por el Tribunal de Nuremberg al momento de desechar algunas de las críticas de las que fue blanco. Sostuvo, entre otras cosas, que el Derecho internacional no puede ser el producto de una ley, de forma tal que "su contenido no es estático". Este tribunal dijo que "la circunstancia que dota a los principios de la conducta internacional con la dignidad y autoridad de la ley es su aceptación general como tal por las naciones civilizadas" (Naciones Unidas, 1949), y esta aceptación puede tener fuen-

principio es de suma importancia, ya que nuestro país ha asumido con la ratificación de estos pactos la obligación internacional de respetarlo. Si en el orden interno no se aplicara este principio, la Argentina incurriría en responsabilidad internacional.

tes tan diversas como los tratados internacionales, las convenciones, textos doctrinarios de autoridad, prácticas internacionales y las decisiones judiciales. Esta enumeración no es más que un prefacio desordenado de lo que después vendría a normativizar el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art. 38). El no considerar las particularidades del Derecho internacional es la causa de muchas de las críticas que se le han hecho a la aplicación retroactiva de determinadas normas que el Derecho internacional propugna.

En estas posturas críticas habría un punto de partida errado que obligaría al Derecho internacional a seguir las mismas normas imperativas de los derechos vernáculos. Desconocer sus particularidades es casi privarlo de toda posibilidad de acción. El Derecho internacional no es un Derecho interno y no tiene, por lo tanto, la necesidad de verse sometido a las mismas reglas o a los mismos principios. Nadie discute si en el ámbito internacional las normas deben ser dictadas por una o por dos cámaras legislativas, sería absurdo. De la misma manera, es ridículo exigirle al Derecho penal internacional que se maneje con un principio de legalidad idéntico al de los derechos locales. Kelsen resalta la diferencia con suma claridad: "el Derecho internacional general no prohíbe —como lo hacen algunas de las constituciones locales— la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva" (Kelsen, 1965). La afirmación de este autor es terminante respecto a no requerir de las normas que rigen a la comunidad internacional las mismas pautas que ordenan los derechos locales. Los principios generales de Derecho de las naciones civilizadas no tienen por qué ser principios generales del Derecho internacional (a pesar de que el Pacto de San José de Costa Rica pareciera usar estos términos como sinónimos, art. 46-1.a).

De cualquier forma, no todos los argumentos del Tribunal de Núremberg fueron tan precisos como los reproducidos. Cuando acentúa la calidad de *common law* del Derecho internacional para dejar de lado la prohibición *ex post facto*, se equivoca. Como bien lo señalan la mayoría de los penalistas, no se puede sostener que esta prohibición sea una institución ajena al Derecho anglosajón (Stratenwerth, 1982; Jescheck, 1978). La no aplicación del principio de legalidad tiene más que ver con las cualidades estructurales de las que antes hablábamos, que con su calidad de *common law*.

El no considerar estas diferencias esenciales es el error en que incurre Jiménez de Asúa cuando sostiene que "sería

por demás desmoralizador que un Derecho que se pretende supraestatal, fuera de calidades inferiores y de un mayor primitivismo que el legislado en los Estados que han de subordinarse a ese superestado" (Jiménez de Asúa, 1958). El Derecho internacional no se entiende supraestatal ni pretende que el Derecho de los Estados se le subordine: es un Derecho diferente a los de los Estados que lo conforman¹³. No hay, ni siquiera en el Derecho penal internacional, tal supra-estatalidad, sino solamente una acción inter-estadual. La no aplicación del principio de legalidad no debe ser vista, entonces, como un "mayor primitivismo" sino sólo como una limitación imprescindible para que el Derecho penal internacional siga su curso. El penalista italiano Giuliano Vassalli parecería hallarse a mitad de camino entre la postura que hace lugar a las particularidades del Derecho internacional y la que le exige los mismos contenidos que los del Derecho interno. Este autor opina que "en el Derecho penal internacional no vale ni puede valer el principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas... la realidad es que en la materia de la punición de los delitos contra la humanidad domina por ahora totalmente el recurso a la ley penal retroactiva" (reproducido por Schiffrin en el fallo Schwammberger; el subrayado es nuestro). Si bien la postura es positiva, no puede darse a la limitación de este principio sólo una fundamentación temporal. Desde este punto de vista, la postura de Schiffrin nos parece más acertada (aun con las reservas que mencionamos respecto del fundamento que le da al principio de legalidad), cuando dice: "ocurre que en el plano internacional... el refugio que queda a los bienes esenciales, vida, libertad, integridad, patrimonio, contra los desbordos de los Estados particulares, se halla precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica, de modo que el *nullum crimen...* jugaría en ese plano internacional un rol contrario al de su finalidad, ayudando a la opresión en lugar de preservar de ella"¹⁴.

¹³ Esta afirmación debe ser entendida en el sentido de que se trata de dos ramas distintas del Derecho y no como una declaración a favor de la postura que defiende el dualismo como medio de relación entre los derechos internos y la normativa internacional.

¹⁴ En el "Proyecto de Delitos de Lesa Humanidad" (Schurmann Pacheco, 1968) presentado por el Colegio de Abogados del Uruguay se leen frases como las siguientes: "No nos lleva a engaño tampoco la tesis de sus colegas propagada por los internacionalistas sobre la base de la Convención de Viena y que se resume en la imperatividad de normas y de principios

La génesis histórica de la no prohibición de normas *ex post facto* en el Derecho internacional se halla en los juicios de Núremberg. Si bien el Derecho penal internacional tiene antecedentes más remotos, es a partir de estos juicios que la cuestión comienza a tener relevancia. En ellos (hablamos de juicios en plural porque nos referimos al proceso seguido contra veintitrés de los criminales nazis, al que tuvo lugar en Tokyo y a los doce que siguieron al de Núremberg en la misma ciudad entre 1946 y 1948) se planteó por primera vez la necesidad de aplicar retroactivamente normas de Derecho internacional. De la misma forma se dejó de lado la institución del juez natural¹⁵.

De cualquier forma, es obvio que la jurisdicción del Tribunal de Núremberg no se extendía a todo lo que hoy conocemos como crímenes internacionales (es obvio también que sí alcanzaba a los delitos de los que fue acusado Schwammberger). El artículo 6 de su Estatuto estipulaba que "los siguientes actos son delitos que corresponden a la jurisdicción del Tribunal por los cuales se responderá individualmente: a) Delitos contra la paz, a saber: planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión, o una guerra en violación de tratados, acuerdos o seguridades internacionales, o participar en un plan o conspiración común para realizar cualesquiera de esos actos. b) Delitos

consagrados por el Derecho internacional, los cuales no estarían afectados por ningún límite geográfico o humano. La vigencia del *iur cogens*, sin embargo, con vigencia en el Derecho internacional se estrella de manera inevitable, en la esfera nacional, como en la internacional, con el supremo principio de legalidad y con la inexistencia de tribunales competentes en la materia". Nos molesta sobremanera que se ignore de forma tan terminante todos los esfuerzos que el Derecho internacional lleva adelante por impedir la impunidad de los crímenes contra la humanidad. De este texto surgiría que los postulados esenciales del Derecho penal internacional no pasarían de ser intenciones. Este colegio de abogados se equivoca en esto tanto como en la formulación del título de este trabajo, de donde parecería que lo que este colegio intenta es un proyecto de delitos y no un proyecto de cómo penarlos.

¹⁵ No queremos emitir opinión sobre las bondades de estos procesos que han sido merecedores de muchas y muy variadas críticas. Sólo pedimos decir que si bien tuvieron consecuencias positivas para la formulación de los crímenes internacionales como hoy los conocemos, también fue positivo el hecho de que este tipo de juicios no se hicieran costumbre. Así lo hace notar Zaffaroni, citando a Ferrero; sin embargo es necesario destacar que el penalista argentino se equivoca al exigirle, siguiendo la postura de Jiménez de Asúa, al Derecho penal internacional los mismos recaudos que los aplicables al Derecho interno.

tos de guerra, a saber: violaciones de las leyes o usos de guerra. Tales violaciones incluyen, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato y la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar, la matanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción inconsiderada de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares. c) Delitos contra la humanidad, a saber: el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil durante la guerra o antes de ella, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas relacionadas con cualesquiera de los delitos que correspondan a la jurisdicción del Tribunal, tanto si fueron cometidos en violación de las leyes del país en donde fueron perpetrados, como en el caso contrario". Surge de la jurisdicción de este Tribunal lo que puede considerarse como la primera clasificación de los crímenes internacionales y de sus sentencias, la primera recepción de la limitación del principio de legalidad en el campo del Derecho penal internacional.

Ya hemos visto cómo la doctrina internacionalista hizo lugar a la tipificación de los crímenes internacionales. Respecto a la no aplicación del principio de legalidad en estos crímenes, la recepción normativa también ha sido importante. Por primera vez se hizo referencia a esta limitación en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre al estipularse, en su artículo 11, apartado 2, que "nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional" (el subrayado es nuestro). Con posterioridad, tanto la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, hicieron lugar en forma más explícita a esta no aplicación. El artículo 7º de la Convención Europea dice, seguidamente a la enunciación del principio de legalidad, que "el presente artículo no invalidará la sentencia o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de ser cometida, constituía un crimen según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (ap. 2; en el primer apartado repetía el texto de la Declaración Universal). Una redacción semejante tiene el Pacto de 1966.

Estos antecedentes normativos, acompañados de lo dictaminado por la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención sobre Prevención y Represión del Delito de Genocidio*, cuando sostuvo que los principios que fundamentan la Convención "están reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, aun sin existir ninguna obligación convencional" (I.C.J. Report, 1951, p. 23), nos permite afirmar que "existe una definida tendencia a estimar que la prohibición *ex post facto* no puede ser invocada ante crímenes internacionales reconocidos como tales por el Derecho consuetudinario internacional" (Zuppi, 1989).

De lo hasta aquí expuesto se puede afirmar que existe en el ámbito del Derecho internacional una regla por la que la prohibición de normas *ex post facto* no le es aplicable a este Derecho, como consecuencia de sus cualidades específicas. Esa costumbre internacional ha sido recogida por algunos tratados internacionales, lo que obviamente no le quita calidad de disposición consuetudinaria, debido a que el Derecho internacional admite la pluralidad de fuentes para una misma norma (cfr. Podestá Costa-Ruda, 1979; Sorensen, 1978; Rousseau, 1966).

Es a partir de esta posibilidad de aplicación retroactiva que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales tiene importancia en el caso que nos toca analizar, ya que esta no prescripción de los crímenes cometidos por los nazis fue dictada para ser aplicada a hechos ya cometidos. De cualquier forma, es obvio que el estado del Derecho penal internacional no es el mismo que al momento de dictarse las sentencias de Núremberg, por lo que podemos decir que, aun cuando esta costumbre internacional no fuera oponible, no hay duda de que ciertas normas de Derecho penal internacional no necesitan de la no aplicación del principio de legalidad para estar vigentes. Esto, por la codificación que ha tenido el Derecho penal internacional en diversos puntos.

IV. LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO

La prescripción es un instituto muy particular cuyos fundamentos y funcionamiento no son siempre fáciles de definir. Lo que trataremos de hacer es recopilar algunos de los

fundamentos que se le han dado para tratar de dilucidar si la imprescriptibilidad es, en sí misma, una norma que vulneraría nuestro orden público, si las normas sobre prescripción pueden ser aplicadas retroactivamente y si le es aplicable a estas leyes el principio de la ley penal más benigna¹⁶.

El primer aspecto que nos interesa es si la prescripción es una ley procesal o una ley penal. Este es un punto discutido en la doctrina extranjera¹⁷, pero en nuestro país la cuestión no está tan debatida. Bidart Campos, por ejemplo, es terminante al sostener el carácter penal del instituto al igual que la mayoría de nuestros constitucionalistas (Bidart Campos, 1988 -1). Los penalistas, por su parte, hacen alguna distinción (a la que volveremos) entre la prescripción de la pena y la de la acción, dándole carácter más procesal a la segunda. Sin embargo, al estar estas dos situaciones tan estrechamente unidas se hace difícil sostener que en cada caso el carácter es distinto. Además, tampoco hay entre nuestros penalistas un respaldo que le dé carácter procesal.

La Corte Suprema ha sostenido en el fallo *Mirás* (y si aceptamos la postura iusfilosófica del realismo jurídico norteamericano debemos darle a estas decisiones el sentido de interpretaciones definitivas) que "el instituto de la prescripción cabe, sin duda alguna, en el concepto de ley penal, desde que éste comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción de delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva" (Fallos, 287:76), siendo esta postura inequívoca y constante.

¹⁶ Las cuestiones que trataremos son aquellas que se presentaron en el caso "Schwammberger", sólo que en este trabajo se hará un estudio conjunto de todas ellas.

¹⁷ Tal vez la discusión más importante (pero no probablemente la más jurídica) se dio entre los doctrinarios alemanes respecto, precisamente, de la prescripción de los crímenes nazis. Como ya se dijo, el Tribunal Constitucional de ese país asumió el carácter procesal de este instituto y esta decisión fue acompañada por numerosos doctrinarios, mientras que los que guardaron reservas con respecto a esta sentencia le dieron una naturaleza muy particular permitiendo la aplicación de normas *ex post facto*. Por ejemplo Stratenwerth (1982) sostiene que la prescripción sólo está sometida a la prohibición general de arbitrariedad establecida en la constitución de ese país. Roxin (1981) dice que no puede haber infracción al principio de legalidad pues este instituto no afecta a la punibilidad de la conducta y porque la idea político-jurídica que sirve de base al precepto tampoco se opone a que se prolonguen con efecto retroactivo los plazos. Jauchek (1978) sostiene una posición similar.

En conclusión, podemos decir que en nuestro país la cuestión del carácter procesal o penal del instituto de la prescripción no se halla tan discutida como en otras latitudes, sosteniéndose mayoritariamente la tesis de que se trata de una ley penal (ésta es la postura sostenida en el caso "SchwamMBERGER" por Schiffrin, Garro y la Corte).

En lo que respecta a los fundamentos que se le han dado, podemos decir sí, que las posturas son más diversas. Zaffaroni las enumera dividiéndolas en aquellas que buscan su razón de ser dentro del Derecho y aquellas que son extra-jurídicas. Los argumentos enunciados fuera del Derecho serían el mero transcurso del tiempo, que dejaría sin sentido la persecución del delito y los problemas que surgirían respecto de la prueba como una cuestión (en los casos de prescripción de la acción) que imposibilitaría llevar adelante un proceso. Los argumentos internos al Derecho estarían íntimamente ligados a la teoría de la pena que se esgrimiese para llevar adelante la punición de los delitos¹⁸. Desde este punto de vista, las teorías absolutas de la pena¹⁹ no pueden hallar obviamente una explicación coherente de este instituto, mientras que son los relativistas los que sostienen todas las explicaciones internas al Derecho que conocemos. Para este autor, tanto en el caso de la prescripción de la pena como de la acción, el fundamento común a ambas estaría dado por la inutilidad de la pena (Zaffaroni, 1987). Este fundamento político-criminal estaría relacionado con el hecho de que, si consideramos que se pena a un sujeto para que éste se reintegre a la sociedad, no tendría entonces razón de ser el llevar adelante un proceso (en el caso de la prescripción de la acción) o hacerle cumplir una pena (en el caso de prescripción de la pena) si el sujeto ya ha demostrado con su comportamiento posterior que tal reinserción no es necesaria (tomemos en cuenta que en caso de reincidencia la prescripción deja de correr). Zaffaroni continúa diciendo que, de cualquier modo, este fundamento co-

¹⁸ Según Zaffaroni, el hecho de que el Código Penal argentino no acepte la teoría de la prevención general de la pena, explica que todos estos delitos prescriban.

¹⁹ Nos referimos a aquellas teorías que sostiene que la pena se justifica por sí misma, en contraposición a las teorías relativas que afirman que la pena persigue un propósito que no mira al pasado sino hacia la evitación de futuros delitos. Tanto las teorías de la prevención general como las de la prevención especial son teorías relativas.

mún no es suficiente para desterrar todas las diferencias que hay entre estos tipos de prescripción, razón por la que da a la extinción de la ejecución de la pena una naturaleza primordialmente material, mientras que la de la acción sería predominantemente procesal. Esto no tendría mayores consecuencias ya que el principio de legalidad rige por mandato constitucional también para las normas procesales²⁰.

Sancinetti, al analizar la prescripción como una causa de extinción de la acción, señala como diferentes razones posibles de esta decisión del legislador a la dificultad probatoria que el paso del tiempo traería aparejada y la disminución de la necesidad de castigo cuando el tiempo ha dejado atrás la alarma social producida por el delito. La prescripción también estaría relacionada con la inactividad de la víctima que haría pensar en un no muy profundo interés en la punición de ese delito en particular. Además, considera que, desde un aspecto más individual, razones de prevención especial (como ser la no necesidad de resocialización) también pueden respaldar el instituto (Sancinetti, 1988).

Como vemos, los fundamentos de este instituto son también muy variados, y coincidimos con Schiffrin en que en última instancia se trata siempre de un fundamento iusfilosófico. De cualquier manera, éste no puede ser reducido, como pretende el camarista, a que transcurrido un tiempo prudencial es beneficioso para la comunidad olvidar esos acontecimientos. Aquí adquieren relevancia por ejemplo la justificación de Zaffaroni por la seguridad jurídica, a la que Roxin (1981) añade que la impunidad de algunos casos es el precio que el legislador debe pagar por ella o el argumento (tal vez más favorable al reo) que remitiéndose a la finalidad de prevención especial de la pena esboza una suposición de innecesidad de la persecución.

Sin embargo, volvemos a coincidir con el magistrado en

²⁰ La tesis de que el principio de legalidad alcanza también a las normas procesales tiene, como hemos visto, mucho respaldo en la doctrina y la jurisprudencia nacionales, en todos aquellos casos en los que se trate de una norma posterior más gravosa. Se aplica en estos casos, para algunas, si la ultra-actividad de la ley penal más benigna ya que el principio *tempus regit actum* se referiría, para estos autores, al momento en que debe realizarse dicho procedimiento. Desde este punto de vista, la discusión sobre el carácter penal o procesal antes detallada perdería gran parte de su relevancia.

que estos fundamentos no son irreductibles. Respecto de la seguridad jurídica, hay jurisprudencia y doctrina considerables que sostienen que en el caso de un conflicto grave entre los valores justicia y seguridad, obviamente dos de los más trascendentes de cualquier ordenamiento jurídico moderno, siempre es preferible optar por el primero. El argumento de Roxin, que plantea la impunidad de algunos casos como precio por esta seguridad, no era para este autor un precio demasiado caro, lo que se torna ridículo cuando se paga con la impunidad de crímenes contra la humanidad. Por último, en lo que respecta a este tipo de crímenes, y más cuando se hace con el beneplácito del Estado, la no reincidencia puede ser una imposibilidad física del autor de seguir llevándolos a cabo, sin que deba ser considerada como una demostración de la innecesidad de la pena (Sancinetti, 1988).

Respecto a esta limitación de la prescripción como derecho elemental de la personalidad humana o como elemento imprescindible de la seguridad jurídica, encontramos un apoyo importante en la jurisprudencia²¹. Nuestro supremo tribunal ha dicho: "La garantía constitucional de defensa en juicio, si bien obliga a oír a los procesados y a darles ocasión de hacer valer sus defensas, no requiere que se les asegure la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo" (*Fallos*: 193:487; 211:1684). Más recientemente, teniendo la Corte la composición inmediatamente anterior a la actual, ha dicho, además de ratificar lo expuesto en los fallos citados, que: "Si bien consideraciones relacionadas con la seguridad jurídica y la economía procesal fundan las normas legislativas que determinan la prescripción extintiva de las acciones represivas, no puede negarse la existencia de situaciones en las cuales la aplicación del instituto aludido redundaría en desmedro de valores fundamentales para la conservación del cuerpo social y de su ordenamiento constitucional". En el considerando siguiente la Corte agrega "que en determinadas circunstancias pueden mediar motivos que tornen imperioso descartar la prescripción de las acciones penales o prolongar sus plazos" (*Fallos*: 307:1466)²².

²¹ Este respaldo no ha sido tan terminante ni tan coherente como lo veremos al analizar el comportamiento argentino respecto de la práctica internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

²² Esta última afirmación de la Corte tiene el carácter de *obiter dictum* ya que en el caso en cuestión se discutía una prescripción administrativa.

De estos fallos surge una clara limitación de la prescripción, y los crímenes contra el *Derecho de gentes* son, sin duda, casos en los que "la aplicación del instituto aludido redundaría en desmedro de valores fundamentales para la conservación del cuerpo social y de su ordenamiento institucional". Tratando, entonces, de ordenar lo hasta aquí dicho, se puede sostener que el principio de legalidad alcanza a la prescripción de la misma forma que a cualquier otra norma penal, pero que esto no implica que, en circunstancias excepcionales —interpretadas éstas en forma restrictiva—, la prescripción no pueda ser dejada de lado si, de aplicársela, se vulnera profundamente el valor justicia, en los casos en que todas las razones que fundamentan este instituto no puedan ser esgrimidas.

Otra cuestión relacionada con la aplicación de este instituto que es necesario resolver es el caso de diferencias entre dos leyes de prescripción. Entendemos que es aplicable en este supuesto el principio de la ley penal más benigna de igual modo que en el caso de cualquier otra ley penal. Como lo ha dicho la Corte, un plazo de prescripción más prolongado es más gravoso para el reo y no se lo puede aplicar cuando hay una ley posterior más benigna (*Fallos*, 184:112; 193:487; 211:1684). Lo que importa en estos casos es analizar si en la causa concreta la ley posterior es más o menos gravosa para el imputado, debiéndose aplicar entonces la más benigna. Sin perjuicio de lo dicho, este principio es pasible de sufrir las limitaciones de las que habíamos en el párrafo anterior respecto de la prescripción en general. Cuando hay razones para dejar de lado la prescripción, obviamente también hay razones para la no aplicación del principio de la ley penal más benigna (nos estamos refiriendo únicamente al caso de que las leyes en conflicto sean dos leyes sobre prescripción).

V. LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Cuando analizamos el instituto de la prescripción en el ámbito del Derecho internacional no son los mismos los elementos a considerar. En este Derecho no existe, por ejemplo, el valor de la seguridad jurídica como un valor esencial para el sostenimiento de la justicia ni tampoco es relevante plantear el perjuicio del reo por la extensión del plazo de prescripción, ya que, como hemos visto, las normas que rigen en el Derecho penal internacional estos crímenes pueden ser dictadas

ex post facto. Además se debe sumar el hecho de que no todas las legislaciones locales tienen instituida a la prescripción como una causa de la extinción de la acción penal o, en muchos casos, este instituto no alcanza ciertos delitos o puede ser dejado de lado bajo determinadas circunstancias. Como ejemplo podemos citar la enumeración que Gravem (1965) realiza de países que no aplican la prescripción o que lo hacen sólo parcialmente. Este autor menciona a: Austria, Bulgaria, Checoslovaquia, China, Dinamarca, Estados Unidos de América, Francia, Hungría, India, Italia, Kenia, Nigeria, Polonia, Reino Unido, Ucrania, Singapur y URSS. Como se ve, no podemos hablar de un principio rector de las legislaciones locales que pudiera ser aceptado por el derecho internacional.

Además, debe considerarse con especial énfasis la naturaleza de los crímenes internacionales. El Derecho penal internacional sólo considera, como hemos visto, un número muy limitado de delitos dentro de esta clasificación. A partir de allí y por las características distintivas de ellos, no podemos considerar que la comunidad internacional pueda verse favorecida por echar, luego de transcurrido un tiempo, un manto de olvido sobre acontecimientos pasados. Debe desprenderse entonces de las especiales características del Derecho penal internacional y de los crímenes internacionales que éste reconoce, que el instituto de la prescripción no tiene que cumplir, en el campo internacional, el mismo papel que en los derechos nacionales, si es que debe tener alguno.

Muestra de la especial naturaleza de los crímenes internacionales es el Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad, que se encuentra, todavía hoy, en estudio de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. El proyecto en cuestión fue aprobado por la Comisión en 1954 y establece en su artículo 5º (que se titula "Imprescriptibilidad") que "el crimen contra la paz y la seguridad es por naturaleza imprescriptible" (el subrayado es nuestro). Este proyecto, a pesar de las dificultades que encuentra para su aprobación final, es, además de una muestra de la opinión *juris* sobre este aspecto, un intento de la normativización de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como norma de Derecho penal internacional. Deteniéndonos en las sesiones que dieron lugar a este Proyecto, vemos que el relator especial dijo, en su cuarto informe, que "la aplicación de la ley penal en el tiempo pone en juego dos conceptos: el de la irretroactividad de la ley penal y el de la prescripción..., en lo