

que se refiere a la prescripción, varias convenciones prevén que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son imprescriptibles". Más elocuente es aun el miembro de la Comisión de Derecho Internacional, Sr. Flitan, para quien "el principio de la imprescriptibilidad no suscita ninguna controversia en la Comisión" (CDI, 1986 -2).

Estos elementos fueron los que se tuvieron en cuenta en la primera ocasión histórica en que la comunidad internacional se halló ante la posibilidad de que delitos que habían sido considerados como crímenes internacionales no pudieran ser perseguidos por el mero transcurso del tiempo. Tuvo lugar entonces "el vasto movimiento de opinión mundial", para decirlo en las palabras de Schiffrin (consid. 41), "ante la inminencia de que el 8-V-65, al cumplirse veinte años de la capitulación de Alemania, pudieran prescribir los delitos contra la humanidad cometidos durante el régimen nazi".

Como vemos, el instituto de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales se relaciona directamente con la limitación de la prohibición de normas *ex post facto*. Esto dicho, considerando que ambos institutos están muy ligados por una razón histórica: la positivización de la imprescriptibilidad de estos crímenes está íntimamente ligada con la punición de las atrocidades que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial (por desgracia, la persecución estuvo destinada casi exclusivamente a los nazis, sin duda autores del mayor número de crímenes pero, también sin duda, no los únicos). La imprescriptibilidad nació como una norma a ser aplicada *ex post facto* y la mayoría de las veces que se apeló a ella fue como norma positiva que regiría con retroactividad.

Así llegamos a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, estableciendo la no prescripción en el plano internacional e invitando a los Estados a que lo hicieran también en el orden interno.

Si bien hemos visto que de las cualidades especiales del Derecho penal internacional y de los crímenes que éste persigue no puede surgir la prescripción como un instituto aplicable en este campo, que la postura entre los internacionalistas parece respaldar este punto de vista y que la acción de los organismos internacionales intenta consolidarla como práctica, no podemos afirmar que en este momento exista una norma

internacional que regule tal imprescriptibilidad, que tenga como base la costumbre o una obligación contractual.

En primer término, la sola existencia del movimiento de opinión que hemos descrito no es suficiente para crear una costumbre de Derecho internacional. Por otro lado, la normativización de la no prescripción no ha tenido éxito ya que, como hemos visto, la Convención que regula los crímenes contra la paz y la seguridad no ha sido todavía aprobada y la de la Imprescriptibilidad de los Crímenes Internacionales sólo ha sido ratificada por escasos países (en nuestro caso particular, ni por la Argentina, ni por la República Federal alemana). Además, no puede considerarse que la imprescriptibilidad pueda ser tenida como una costumbre a partir de esta Convención, ya que las escasas ratificaciones que ha tenido (entre las que no se cuentan las de los países que suelen arrastrar la conformación de una norma consuetudinaria), sumado al hecho de que pocos Estados han decretado normas de Derecho interno que reconozcan la no prescripción, nos impide afirmar que exista esta obligación internacional. Respecto a las opiniones de los doctrinarios, es por demás sabido que no son fuente de Derecho internacional sino sólo como medios auxiliares (art. 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

La no consolidación de una costumbre y la falta de una obligación contractual no son elementos suficientes para inferir la ausencia de una norma de Derecho internacional que prevea tal imprescriptibilidad. Por el contrario, existen manifestaciones coincidentes que permiten sostener que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es un "principio de Derecho internacional generalmente reconocido"<sup>23</sup>.

Este es el caso de los diversos tratados que prevén la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. En idéntico

<sup>23</sup> Somos conscientes de lo difuso de este concepto de "principio de Derecho internacional generalmente reconocido". No debe confundirse con los principios generales de Derecho como fuentes del Derecho internacional, reconocido por el art. 38, inc. 3º del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A lo que nos referimos es a aquellas abstracciones que es posible realizar de las normas de derecho internacional de modo tal que quedan configurados principios propios del ámbito internacional distintos a los principios generales de Derecho. En este sentido hemos receptado la denominación que a estas abstracciones le ha dado la Convención Americana de Derechos Humanos.

sentido se ha manifestado en varias oportunidades de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Otros ejemplos son el trabajo que viene realizando la Comisión de Derecho Internacional en favor de tal empresa y la consideración por parte de los Estados, que han debido juzgar este tipo de crímenes, como imprescriptibles<sup>24</sup>. Todos estos hechos y prácticas vienen a atestiguar en favor del reconocimiento de la imprescriptibilidad. Esta confluencia de elementos de distinta naturaleza (contractual, consuetudinaria, prácticas estatales) demuestra que la comunidad internacional ha configurado a este tipo de delitos como de imposible prescripción.

## VI. EL "DERECHO DE GENTES" EN EL DERECHO INTERNO

### VI. a) La jurisdicción de nuestros tribunales

Como hemos visto hasta aquí, no es idéntica la regulación dada en el orden interno y en el orden internacional a las instituciones que entran en juego cuando se tratan cuestiones relativas a la prescripción de crímenes internacionales, en especial al *nullum crimen...* y a la prohibición *ex post facto*. Frente a un caso concreto donde se debata la prescripción de un crimen internacional, ¿qué Derecho aplicarán nuestros tribunales? ¿Solamente las normas de Derecho interno o estarán sujetos también por las normas de Derecho internacional?<sup>25</sup> Sostendremos que la última de las alternativas es la correcta.

<sup>24</sup> Ver por ejemplo: Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad y de los Crímenes de Guerra, la resolución de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (28/1665). En el ámbito universal se pueden mencionar las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2184 (XXI), 2202 (XXI), 2583 (XXIV), 2712 (XXV), 3020 (XXVII) y las resoluciones del Consejo Económico y Social 1074 D (XXXIX) y 1158 (XLII). Entre las legislaciones nacionales se destacan la ley francesa del 26 de diciembre de 1964 sobre "imprescriptibilidad" de los crímenes definidos en la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13-II-46 y la ley de la República Federal Alemana del 16-VII-79 que declara la imprescriptibilidad de los homicidios calificados.

<sup>25</sup> Sin perjuicio de que las normas de Derecho internacional son Derecho interno. Lo que planteamos es si nuestros tribunales están sujetos sólo por normas internacionales oponibles a la Argentina o, por el contrario, por todo el conjunto normativo internacional.

¿Cuáles son los supuestos en que nuestros tribunales tendrían jurisdicción para entender en materia de crímenes contra la humanidad? Las posibilidades básicas pueden ser reducidas a dos:

a. En todos aquellos casos en que nuestros tribunales tengan jurisdicción como consecuencia de normas de Derecho interno. Esto sucedería por la comisión de un crimen internacional en nuestro país o cuyos efectos se produzcan en el territorio de la Nación, o en lugar sometido a su jurisdicción (art. 1º, inc. 1º, Cód. Pen.); o un crimen internacional cometido en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo (art. 1º, inc. 2º, Cód. Pen.). A estos casos contemplados en el Código debemos agregarles la comisión de un crimen internacional en un lugar no sometido a la soberanía de ningún Estado (por ejemplo alta mar). El caso de una extradición pasiva habilita la jurisdicción de nuestros tribunales de dos formas diferentes: directamente el procedimiento de extradición<sup>26</sup> y de no concedérsela, debe abrirse el juicio posterior que conozca en el fondo del asunto.

b. Por otra parte, la jurisdicción podría darse ante la presencia de crímenes internacionales que dan origen a la jurisdicción universal. Como se sabe, ésta puede ser ejercida solamente frente a crímenes internacionales, pero no todos ellos están sujetos a la jurisdicción universal. Ella puede surgir de la costumbre (por ejemplo piratería, crímenes de guerra, genocidio) o puede ser la consecuencia de la firma de un tratado (por ejemplo, secuestro de aeronaves, terrorismo, tortura, apartheid). La jurisdicción universal permite a cualquier Estado juzgar a los responsables de un crimen internacional con independencia de la existencia de un punto de conexidad entre el Estado juzgador o la víctima. Esta institución tiene como origen que, en el campo internacional, cada nación depende de las demás para el juzgamiento y represión de estos

<sup>26</sup> Claro que en este supuesto no tendrían jurisdicción para intervenir en el fondo del asunto sino sólo para analizar la procedencia o no de la extradición.

<sup>27</sup> Vinuesa (1989, p. 103) sostiene que "el ejercicio de jurisdicción por parte de las cortes de un Estado sobre actos u omisiones cometidos en el extranjero, se fundamenta en el hecho de que esos actos u omisiones son violatorios de una norma del Derecho internacional que los tipifica como ilícitos contra la comunidad internacional, por lo tanto concierne a cada uno de los Estados de esa comunidad internacional el entender en las reparaciones y sanciones debidas en razón de la responsabilidad internacional originada por los individuos directamente involucrados".

crímenes. Pero, especialmente, por la naturaleza distintiva de estos crímenes que provocan que sea la comunidad internacional en su conjunto la que sufra los perjuicios cuando uno de estos crímenes ha sido cometido. Su gravedad tensiona a toda la comunidad de naciones<sup>27</sup>.

Veamos el siguiente ejemplo: un ciudadano británico es acusado de ser responsable del crimen de genocidio en perjuicio de italianos cometido en el territorio de Holanda. El británico es detenido en nuestro país. De acuerdo a la jurisdicción universal nuestros tribunales pueden juzgarlo. Aun cuando pensamos que nuestros jueces se mostrarían remisos a aceptar su competencia, en el hipotético caso que lo hicieran, queda la duda respecto a qué normas aplicarían. Si bien se sostiene que deben regirse, aun en estos supuestos, por las normas locales, una respuesta más adecuada a la especial naturaleza y gravedad de los crímenes internacionales es la que permite resolver estos juicios aplicando sustancialmente el Derecho internacional y recurriendo al Derecho interno sólo en los aspectos no legislados por la normativa internacional. El principio de legalidad debe entonces aplicárselo de acuerdo a los criterios del Derecho internacional y a los crímenes internacionales hay que considerarlos imprescriptibles. Esto es la consecuencia lógica de la remisión al *Derecho de gentes* que realiza el artículo 118 de la Constitución Nacional e implica aceptar que "el precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento" (Gordillo, 1988, p. 144).

Analicemos ahora la jurisdicción de nuestros tribunales en los supuestos tradicionales del artículo 1º del Código Penal. En estos casos los tribunales aplican primordialmente normas de Derecho interno, por ende, debemos determinar si la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es una norma vernácula. Esto puede suceder ya sea porque el legislador haya determinado que los crímenes internacionales son imprescriptibles, o porque la norma internacional que así lo estableció ingrese a nuestro orden jurídico interno<sup>28</sup>.

#### VI. b) El artículo 118 de la Constitución Nacional

Hemos visto que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales está prevista en el Derecho internacional,

<sup>28</sup> Analizásemos si hay una norma internacional y no sí, a través de la labor interpretativa, se los puede considerar como imprescriptibles. Ver nota 5.

mas no ha sido establecida por las leyes nacionales. Entonces debemos preguntarnos si la norma internacional que sí lo prevé es parte de nuestro ordenamiento jurídico. Este punto nos remite a un aspecto más general como es el de determinar cuál es el grado de recepción en nuestro Derecho del internacional. Por un lado, encontramos los artículos 31 y 27 de la Constitución Nacional que dan suficiente base normativa para considerar al Derecho internacional como parte de nuestro orden interno y establecer la jerarquía que el mismo tiene.

Sin embargo, consideramos más relevante para nuestro estudio la previsión contenida en el artículo 118 de nuestra carta magna. En dicho artículo se establece *in fine* que "...cuando éste (el delito) se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio". Este artículo no fue estudiado tradicionalmente ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

En doctrina prácticamente no fueron analizadas las distintas consecuencias que se podrían haber hecho derivar de la recepción en el Derecho interno del *Derecho de gentes*<sup>29</sup>. Como excepción encontramos la reciente obra de Bidart Campos (1988-1) donde trata de desarrollar todas las potencialidades de este artículo<sup>30</sup>. Sostiene que al artículo 118 hay que interpretarlo de una manera amplia de forma tal que a través de este artículo ingrese en nuestra Constitución el Derecho penal internacional y lo que él denomina el Derecho internacional de los derechos humanos (también, Bidart Campos, 1989)<sup>31</sup>. Esto lo lleva a concluir que al recepcionar el

<sup>29</sup> El grado de trascendencia mínima dada a la remisión al *Derecho de gentes* que hace nuestra Constitución es tal que no sorprende que un constitucionalista como Varosa (1970), en su proyecto de reforma constitucional, elimine del art. 118 toda referencia al *Derecho de gentes*.

En el mismo sentido, la reforma constitucional de 1949 modificó el art. 118 omitiendo toda mención al *Derecho de gentes*.

<sup>30</sup> Una tangencial cita del art. 118 de la Const. Nac. como artículo que reconoce el Derecho internacional público, la encontramos en Rouzet (1943, p. 339).

<sup>31</sup> Tena Ramírez (1985, p. 36) sostiene concordantemente que la "internacionalización de los derechos del hombre, trasunta sin duda una filtración del Derecho de gentes en el Derecho interno". Este punto de vista es importante porque nuestro país no debió aguardar a esta internacionalización de los derechos humanos para que se produzca esta "filtración" del *Derecho de gentes*, ya que tenía una base normativa suficiente en el art. 102.

artículo 118 el *Derecho de gentes* y debido a la remisión al mismo en materia de crímenes contra él, todos los principios que hemos estudiado precedentemente como vigentes en el Derecho penal internacional deben ser aplicados al juzgar crímenes internacionales.

En la legislación nacional la mención más importante al *Derecho de gentes* se halla en el artículo 21 de la ley 48: "los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con las naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes que han regido anteriormente a la Nación y los principios del *Derecho de gentes* según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido" (el subrayado es nuestro). Esta norma impone, entonces, la obligación a todos los jueces nacionales de resolver las cuestiones que se le presenten a su conocimiento con arreglo a los principios del *Derecho de gentes*<sup>22</sup>.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encontramos constantes invocaciones al *Derecho de gentes* donde se hace aplicación directa de la costumbre internacional (entre otros *Fallos*, 244:255; 284:28; 19:108, sobre cuestiones referentes a inmunidades y privilegios de agentes diplomáticos y consulares; *Fallos*, 176:218, sobre la condición jurídica igualitaria entre los habitantes del país; *Fallos*, 211:162, sobre amplitud de poderes de guerra del Presidente, etc.)<sup>23</sup>. En el último fallo citado, el conocido caso "Merck Química", el presidente de la Corte, Dr. Casares, en su voto en disidencia sostuvo: "no es otro el asiento del in formulado Derecho de gentes a que se alude en los artículos 118 de la Constitución Nacional y 1ª y 21 de la ley 48, *derecho éste de mayor latitud y comprensión que cuanto sea materia positiva de los tratados*" (ps. 218 y 219; el subrayado es nuestro). Este fallo y el

<sup>22</sup> Aunque la jerarquía de las normas que establece no es la que surge de la Constitución, ya que no se adecua al art. 31 (Mennayo - Vintuesa - Gutiérrez Posse, 1987).

Rafá Moreno (1978) sostiene que la utilización de la denominación *Derecho de gentes* es viciosa e inadecuada y que debería reemplazarse por *Derecho Internacional*.

<sup>23</sup> La primera vez que fue utilizado el término *Derecho de gentes* por nuestra Corte Suprema fue en el caso "Acolino Gómez c/ Mariano Boudris" (*Fallos*, 7282).

del caso "Schwammberger" (especialmente el voto del Dr. Schiffrin) son unas de las pocas —sino las únicas— referencias jurisprudenciales al *Derecho de gentes* en los supuestos contemplados en el artículo 118 de la Constitución Nacional. Toda la jurisprudencia sobre dicho artículo de la Corte Suprema se refiere a la competencia territorial de los juzgados en materia de Derecho penal (Zarini, 1975).

Hemos pasado revista a la doctrina y jurisprudencia del artículo 118. La posición solitaria de Bidart Campos en el ámbito doctrinario halla su correspondencia en una prácticamente absoluta inaplicación de la norma constitucional por parte de la jurisprudencia.

Consideramos que el artículo 118 establece una remisión expresa al Derecho internacional en materia de delitos o crímenes contra el *Derecho de gentes*<sup>24</sup>. Por ende, en estos supuestos, el Derecho penal internacional ingresa a nuestro Derecho interno con todas sus cualidades y consecuencias (restricción del principio de legalidad, imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad, etc.). Incluso, como consecuencia más importante, ingresa la costumbre internacional que establece la obligación de proteger y no violar los derechos humanos y en su caso perseguir y reprimir a los responsables de su violación (Zuppi, 1989).

Si consideramos que nuestra Constitución recepciona el *Derecho de gentes*, no podemos soslayar el hecho de que en el Derecho internacional los crímenes son imprescriptibles y

<sup>24</sup> Al *Derecho de gentes* se lo suele definir como "el mismo Derecho natural aplicado o tomado en la parte que regula la vida social del hombre en común, o los negocios o actos de las sociedades", según las palabras de Antonio Sáenz, primer rector de la Universidad de Buenos Aires, dadas en sus *Instituciones Elementales sobre Derecho Natural y de Gentes*. Creemos que ésta es la concepción del *Derecho de Gentes* que tenían nuestras constituyentes al sancionar el artículo 118, ya que sin duda el libro de Sáenz les había servido de inspiración (para un análisis del pensamiento de Sáenz, ver "Antonio Sáenz, fundador de la Universidad de Buenos Aires y de la cátedra de Derecho Natural y de Gentes" de Carlos T. de Pereira Lahitte [1981], de donde tomamos la cita precedente).

Sin embargo, aun sin aceptar la postura iusnaturalista, la remisión al *Derecho de gentes* implica una concepción del Derecho internacional "de mayor latitud y comprensión que cuanto sea materia positiva de los tratados" (según lo dicho por el presidente de la Corte Suprema, Dr. Casares, en "Merck Química"). Todo ello porque se reconoce la existencia de normas más allá de la voluntad de los Estados, y por ende el Derecho internacional no puede quedar limitado tan sólo a lo que surja de la voluntad de los Estados (es decir tratados y costumbres).

que la norma que establece dicha imprescriptibilidad puede ser aplicada retroactivamente.

#### VI. c) *La Argentina frente a las obligaciones internacionales*

Ahora bien, señalar la existencia de dicha norma de Derecho internacional implica que ella ingresa a nuestro orden público interno por la recepción expresa del *Derecho de gentes* que hace el artículo 118. Sin embargo, cabe preguntarse si existe una obligación internacional por parte de la Argentina de considerar a los crímenes internacionales como imprescriptibles a partir del hecho de que nuestro país ha tenido un comportamiento particular en temas relacionados. Las normas que establecieron la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad fueron normas *ex post facto*. Por lo tanto es preciso detenerse en la práctica que ha seguido nuestro país en el ámbito internacional con respecto al principio de legalidad.

La República Argentina ha demostrado continuamente un apego irrestricto a los postulados básicos de este principio. Veamos algunos ejemplos. El artículo 15, apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el que estipula la limitación al principio de legalidad que hemos enunciado en el punto III. Al ratificar dicho pacto, la Argentina formuló la siguiente reserva: "El Gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deberá estar sujeto al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional".

El objeto de una reserva es excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al Estado que formula la reserva (art. 2º, inc. d, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). Hasta donde llega nuestra información, la reserva formulada no ha sido observada por ninguno de los demás Estados partes del tratado, por lo que la misma es oponible por la República Argentina a los restantes Estados. Esta reserva pretende, claramente, dejar a salvo el principio establecido en el artículo 18 de la Constitución. La Argentina intenta no hallarse sujeta a una obligación internacional de tener que apartarse del principio del *nullum crimen...* para dar cumplimiento de esta forma a un compromiso internacional.

Otro ejemplo de conducta internacional de nuestro país, de no aplicar leyes *ex post facto*, lo encontramos en la declaración hecha al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La declaración dice: "Se deja constancia asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud de la convención sólo tendrán efecto con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento" (el subrayado es nuestro)<sup>36</sup>. Sin entrar en la discusión de si tal declaración puede o no ser considerada como una reserva (ver Podestá Costa-Ruda, T. II, 1979, p. 47), es indudable que la voluntad del Estado argentino es impedir la aplicación retroactiva de la obligación internacional que asumía al ratificar el Pacto de San José de Costa Rica.

Con estos ejemplos pretendemos demostrar que la conducta argentina en este aspecto es inequívoca. Siempre que es necesario deja a salvo la vigencia del principio de legalidad que establece el artículo 18<sup>37</sup>.

Detengámonos, ahora, en el análisis de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. Veamos si a pesar de la postura argentina en el ámbito internacional con respecto al principio de legalidad, nuestro país se halla obligado, igualmente, a considerar a los crímenes internacionales como imprescriptibles.

En primer lugar encontramos la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes Contra la Humanidad que fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968. Esta convención establece la imprescriptibilidad de los crímenes aludidos e invita a los Estados a que hagan lo propio en el orden interno. Nuestro país no ha ratificado dicha convención. Es decir, que contractualmente no se halla obligado a considerar que los crímenes contra la humanidad no prescriben. Sin embargo, puede existir una costumbre internacional, ya sea que haya surgido a partir de la vigencia de la convención aludida o que dicha convención haya codificado una

<sup>36</sup> Aunque, probablemente, el objetivo político de esta declaración fue evitar que se llevaran ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos los hechos ocurridos durante la última dictadura militar, y no dejar a salvo el principio de legalidad. Sin embargo, aun así queda de manifiesto la voluntad de nuestro país de no aplicar leyes *ex post facto*.

<sup>37</sup> Es difícil sostener que se haya configurado una costumbre internacional en este punto.

costumbre preexistente. En el punto referido a la prescripción en el plano internacional (punto V) hemos sostenido que no se puede hablar en este caso de una norma consuetudinaria que surja de la práctica de los estados, sino que su obligatoriedad reside en ser (la imprescriptibilidad) un hecho constitutivo del reconocimiento de los crímenes internacionales. La Argentina, no obstante, no ha tenido un comportamiento equívoco en el sentido de verse obligada, o no, a considerar a los crímenes contra la humanidad como imprescriptibles. Así, cuando nuestros tribunales juzgaron los hechos aberrantes cometidos durante la última dictadura militar, algunas sentencias consideraron que la acción penal se hallaba prescripta. Podemos señalar a modo de ejemplo el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 25 de febrero de 1988 en el caso "Hagelin", donde el alto tribunal encontró prescriptas las acciones.

La situación es, entonces, la de una norma del Derecho internacional de los derechos humanos enfrentada a un comportamiento de nuestro país que busca dejar de lado dicha obligación. Se hace, en consecuencia, imperioso un estudio de las relaciones entre ambos ordenamientos para dilucidar si la negativa argentina es trascendente a los fines de sustraerse a la normativa internacional. Es ésta la vieja cuestión de la protección internacional de los derechos humanos. ¿Qué trascendencia debe dársele a la voluntad de los Estados a la hora de conformar una norma internacional que proteja a todos los individuos? ¿Cuál es la última ratio por la que los Estados se hallan sometidos a un resguardo continuo de la dignidad humana? Contestar a estas preguntas en toda su complejidad no cabe dentro del marco de este trabajo, sin embargo se hacen necesarias algunas determinaciones.

#### *VI. d) La voluntad de los Estados y los derechos humanos*

El Derecho internacional de los derechos humanos formaba parte, sin duda, de los antiguos elementos del *Derecho de gentes*, por lo que debe ser considerado como un elemento esencial para la constitución de un Derecho que busque resguardar a la comunidad internacional en todos sus aspectos. Desde este punto de vista, resolver la cuestión de su fundamentación es esencial al momento de definir sus obligaciones<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Trataremos de estudiar en todo lo que nos sea posible la fundamenta-

El primer aspecto a considerar es el alcance de la voluntad de los Estados. Cuando se trata de la protección internacional de los derechos humanos, las normas no pueden estar sujetas al momento volitivo de las partes. Sostener que un Estado se obliga a sí mismo esgrimiendo alguna lógica iusfilosófica o que su sometimiento a la protección de la dignidad humana es consecuencia de una libre elección del Estado, relativiza y limita la verdadera finalidad de la protección internacional. Diversas teorías se han postulado a favor de dogmas positivistas con fundamento en la voluntad de los Estados, pero ninguna ha logrado servir de estructura a una ilimitada e incondicionada protección de la persona humana. Todas ellas han facilitado su desconocimiento o, al menos, su eventual marginación<sup>30</sup>.

ción del Derecho internacional en general como así también el presupuesto iusfilosófico que encierra cualquier análisis sobre las normas, debido a que estos tópicos exceden con creces los alcances de este trabajo. Preferimos partir de un momento más acabado de la discusión e intentar reproducir aquí posturas tan trascendentes cuya reproducción parcial sería siempre perjudicial para las mismas.

<sup>30</sup> Schiffrin, en un trabajo inédito sobre la protección de los derechos humanos en Latinoamérica, reflexiona: "La idea de la auto-obligación de los Estados como base del Derecho internacional, de la que parten Berbohm y Jellinek, conduce por lógica, como Fricker lo sostuvo, a la negación de aquél, a considerarlo sólo como Derecho público de lo externo. Pero Jellinek no saca esta consecuencia, sino que, por el contrario, defiende la existencia objetiva del orden jurídico internacional, recurriendo en ciertos momentos, de forma contradictoria, a argumentos jusnaturalistas.

"Existe otra idea, la de Binding y Triepel, que procura, sin salir del dogma de la voluntad estatal, otorgar al Derecho internacional un fundamento autónomo respecto del ordenamiento interno.

"Binding considera que la voluntad conjunta de los Estados es superior a la de cada Estado en particular, y que esta voluntad conjunta es la fuente del derecho internacional, que resulta así diferenciado, por su origen, del Derecho interno. Pero, análogamente a lo que objeta a la teoría de la auto-obligación de Jellinek, Kelsen observa respecto de la doctrina de Binding-Triepel que si de la voluntad conjunta de los Estados de obligarse a sí mismos unos frente a otros resulta un vínculo superior a la voluntad de cada uno, ello presupone la existencia de una norma superior a la voluntad estatal, que consagra el principio *pacta sunt servanda*.

"La doctrina de Binding y Triepel, aparte de sus contradicciones internas, se caracteriza por el dualismo, que induce a concebir el ordenamiento jurídico interno y el internacional como compartimentos estancos, dado que al ser la voluntad contractual de los Estados la fuente única del Derecho internacional, aquéllos son los exclusivos sujetos de las obligaciones y derechos emergentes de ésta, que en nada vincula ni nada otorga a los sujetos de cada ordenamiento interno.

De lo hasta aquí expuesto surge claramente que no está en la voluntad de los Estados miembros de la comunidad internacional la raíz de la protección internacional de los derechos humanos, sino que las normas dictadas con este fin por la comunidad en su conjunto son normas imperativas que no pueden ser desvirtuadas por los gobiernos sin violentar al ordenamiento internacional. Las declaraciones de los pactos firmados con este propósito pasan a formar parte, entonces, del *Derecho de gentes*, de forma tal que no está dentro de la facultad de los Estados desligarse de estos compromisos, ya que su fundamento no se encuentra en la libre elección de sus miembros. El individuo particular, como sujeto privilegiado dentro de la normativa del Derecho internacional, no puede quedar desprotegido por la sola voluntad de un Estado, ya que su opinión al respecto es absolutamente improcedente.

No debe interpretarse esta postura como obligando a cualquier Estado a hallarse compulsivamente frente a una corte o tribunal internacional, ya que no cabe ninguna duda de que para habilitar las instancias jurisdiccionales, si es necesaria la concurrencia de la voluntad del Estado. Sin embargo, esta imposibilidad de coacción de ningún modo va en desmedro de la obligatoriedad que por sí sola tiene la protección internacional de los derechos humanos<sup>22</sup>.

<sup>22</sup>La imposibilidad de hallar sustento a los derechos humanos en el orden internacional a partir de puntos de vista como los mencionados, lleva a los especialistas a acercarse al iusnaturalismo" (Schiffrin, inédito).

Concordantemente con esta postura, Lauterpacht (1945, pág. 28) sostiene que "los derechos del hombre no podrían a la larga ser asegurados efectivamente sino por el Derecho natural y el Derecho de gentes, entendidos como un poder supremo al Estado". Una postura más moderada es sostenida por Moncayo (1985, pág. 89): "Gradualmente se profundiza la conciencia de que los derechos humanos son un patrimonio común a todos los hombres, a todos los pueblos y a todas las generaciones. Y esto importa, porque en último término, ninguna regulación internacional llegará a ser eficaz si las conductas que las normas procuran no arraigan previamente como imperativos éticos en la conciencia de la mayoría de los hombres".

<sup>23</sup>Otra de las interpretaciones susceptible de críticas es aquella que, por medio del supuesto carácter imperativo que tendrían ciertas normas, intenta evasillar otras culturas desde el marco de la occidental. Compartimos los reparos hechos a este tipo de actitudes, pero aceptar "el relativismo cultural desde la cultura occidental" (según las palabras de Jaime Malvarz Gota) no implica aceptar que no haya ligazón alguna entre todos los miembros de la comunidad internacional. La ratificación genérica por parte de Estados que no pertenecen a la civilización occidental de instrumentos de Derecho internacional referidos a la protección de los derechos hu-

Es indudable que la actitud de nuestro país de intentar desconocer algunos de los principios del Derecho penal internacional es un medio inadecuado para sustraerse de su obligatoriedad debido a su carácter de normas protectoras de los derechos humanos. De ningún modo es relevante el hecho de que la Argentina haya llevado adelante ciertos estándares (como los principios del art. 18, Const. Nac.) que no podrían ser abandonados, ya que el comportamiento internacional que ha llevado en el plano de la protección internacional de los derechos humanos, ratificando pactos y declaraciones, priva a nuestro país de toda facultad de desconocer algunos de los principios básicos de este ordenamiento. Además, el reconocimiento expreso que nuestra norma fundamental hace del *Derecho de gentes* imposibilita el alejamiento de sus principios rectores. Y la protección internacional de los derechos humanos es uno de estos principios.

#### VI. e) Las extradiciones

Sin perjuicio de la obligación nacional de respetar los derechos humanos por su mera condición de tal, en el caso de las extradiciones pasivas<sup>40</sup> por crímenes internacionales juegan, además, otros elementos. Podríamos realizar el siguiente razonamiento: 1. la Argentina recepciona el *Derecho de gentes*; 2. el *Derecho de gentes* acepta normas *ex post facto* y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales; 3. la Argentina no quiere reconocer el carácter de obligatorias de estas

---

manas, hace que sus enunciados les sean también oponibles a estas culturas en el grado en que ellas mismas han aceptado su integración.

Por otro lado, el carácter de *Derecho de gentes* de una norma internacional puede ser alegable en algunos casos sólo frente a determinados estados vinculados por una misma cultura. Los Estados no pueden sustraerse del carácter imperativo de normas protectoras de los derechos humanos por el sólo hecho de que su obligatoriedad no pueda ser esgrimida frente a Estados que reconocen una tradición cultural diversa. No es esta la función que juega en el Derecho internacional el principio de la igualdad soberana de los Estados. Desde este punto de vista coincidimos con Schiffrin (índicte) cuando considera la posibilidad de la existencia de normas obligatorias para nuestro país que reconocen su fundamento en el hecho de ser "*ius gentium americanum*".

<sup>40</sup> Por extradición pasiva se entiende el caso en que a nuestros tribunales se les requiera la extradición de un imputado. Estamos, por el contrario, ante un supuesto de extradición activa cuando son nuestros tribunales los requerentes.

normas; 4. la Argentina no puede desconocer que las normas que aceptan la aplicación de leyes *ex post facto* y las que establecen la imprescriptibilidad de crímenes internacionales integran el Derecho internacional de los derechos humanos sin que sea relevante la actitud de la Argentina con respecto a ellas. Es lícito sostener, entonces, que frente a un pedido de extradición realizado de acuerdo a leyes extranjeras que establecen retroactivamente la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y que, por ende, están en consonancia con el Derecho internacional, al mismo tiempo que contradicen algunas disposiciones locales (en nuestro caso el art. 18, Const. Nac.), conceder la extradición no violentará nuestro orden público. Porque la norma extranjera, acorde con el Derecho internacional, no puede afectar el orden público interno del cual ese mismo Derecho internacional es parte (de acuerdo a la interpretación del art. 118 de la Const. Nac. que aquí propugnamos). Esta recepción constitucional del *Derecho de gentes* permite sostener que una norma internacional de los derechos humanos nunca puede ser contraria al orden público interno.

Siguiendo con el análisis de las particularidades de la extradición pasiva, hay algunos elementos a tener en cuenta en el caso de los criminales nazis (como el planteado en el caso "Schwammberger").

Por un lado debemos tener presente que Argentina adhirió, aunque tardíamente, al Acta Final de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, conocida como Acta Final de Chapultepec. En ella, entre otras cosas, se estableció, en el punto VI, denominado Crímenes de Guerra que "Se resuelve: 1° Recomendar a los gobiernos de las Repúblicas americanas que no concedan refugio a los culpables, responsables o cómplices de dichos crímenes. 2° Recomendar a los mismos Gobiernos que a petición de cualquiera de las Naciones Unidas y de conformidad con el procedimiento que se acuerde según el numeral siguiente entreguen los individuos acusados de tales crímenes a la Nación Unida requirente o a la custodia de los organismos de las Naciones Unidas que se establezcan para juzgar y castigar a tales criminales" (los subrayados son nuestros).

La Argentina, al adherir al Acta Final de Chapultepec, mediante el decreto 6945/45 sostuvo que el "Gobierno acepta y se halla preparado para dar ejecución a los principios, declaraciones y recomendaciones que son fruto de la Conferencia de México".

Más allá del valor jurídico que puedan tener las recomendaciones como las formuladas en el Acta Final, no podemos dejar de considerar que el principio de buena fe es uno de los más importantes del Derecho internacional y no parece ajustarse a él un Estado que adhiere a un acta final, que recomienda no conceder refugio o en su caso entregar a los responsables de crímenes de guerra al país u organismo requirente, y que, a su vez, manifiesta que se halla preparado para dar ejecución a dichas recomendaciones y luego pretenda alegar que no se halla sujeto a estas obligaciones.

Por otra parte, la resolución n° 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1946 confirma "los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias de dicho tribunal".

Las sentencias de dicho tribunal rechazaron el argumento de haber actuado en violación del principio *nullum crimen...* y de la prohibición *ex post facto*, pues la corte entendió que no podría existir duda alguna que los acusados estaban actuando en contradicción con el Derecho internacional (Zuppi, 1989). Si bien muchas críticas se han alzado contra la actuación del Tribunal de Núremberg y el detalle de todas ellas excedería a este trabajo, es necesario remarcar que los principios surgidos a partir de Núremberg han servido de base para el desarrollo ulterior del denominado Derecho penal internacional (Leu, 1982).

Además, en la resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Primer período de sesiones, el día 13 de febrero de 1946, se recomienda que "los miembros de las Naciones Unidas tomen inmediatamente las medidas necesarias para que los criminales de guerra que han sido responsables o han consentido los crímenes de guerra sean detenidos y enviados a los países donde se han cometido tan abominables actos para que sean juzgados y castigados de acuerdo con las leyes de esos países".

Es preciso detenerse en el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General. La mayoría de la doctrina comparte el criterio de que las resoluciones tienen el carácter meramente recomendatorio para los Estados, de manera que, intrínsecamente, no pueden ser creadoras de normas jurídicas (Verdross, 1978; Podestá Costa-Ruda, 1989). Estas declaraciones no son por sí mismas fuentes del Derecho interna-

cional por el hecho de ser adoptadas por un organismo internacional. Su importancia estriba en que el voto de un Estado supone su reconocimiento de que el contenido de la declaración ha obtenido condición de norma jurídica. Más aún si ella es aprobada por unanimidad o sin oposición, su adopción puede constituir el reconocimiento de la formación de una norma consuetudinaria o un paso más en su formación (Podestá Costa-Ruda, 1979).

De las dos resoluciones que hemos citado, fundamentalmente la primera tiene relevancia para nuestra investigación. Dicha resolución fue adoptada por la Asamblea General por unanimidad y debe ser considerada como una obligación para el Estado argentino. Por ende, nuestro país tiene que respetar los principios surgidos a partir de las sentencias del Tribunal de Nüremberg así como los de los juicios de Tokyo<sup>41</sup>.

Nuestro país, a través de sus votaciones en la Asamblea General en las resoluciones sobre Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y la relativa a la extradición y castigo de criminales de guerra, como en su adhesión al Acta Final de Chapultepec, ha demostrado una práctica constante en materia de persecución y represión de los criminales nazis<sup>42</sup>. Es lícito pensar que existe una costumbre internacional en la cuestión relativa a responsables de crímenes contra la humanidad, donde la Argentina acepta los principios orientadores del Derecho penal internacional.

#### VI. f) *La interpretación constitucional a la luz del Derecho de gentes*

Frente a casos concretos como los referidos a la posibilidad de aplicar normas internacionales (por ejemplo en el caso de extradiciones), es posible verificar una contradicción entre el artículo 18 y el 118 de la Constitución Nacional. En estos casos, como hemos señalado, no habrá violación del orden pú-

<sup>41</sup> De especial relevancia respaldando lo ya dicho es la opinión de Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, que sostiene que la resolución número 95 de 1946 es una resolución "creadora de Derecho —law making resolution—" (citado por Zeppi, 1989).

<sup>42</sup> La práctica se refiere a la obligación por compromisos normativos pero, lamentablemente, frente a hechos concretos, fue refugio de criminales nazis oponiéndose por medio de diversos recursos a perseguirlos y reprimirlos. A modo de ejemplo, el caso "Eichmann" más adelante (punto VII).

blico interno, sino tan sólo un enfrentamiento entre dos normas constitucionales o los principios de ellas derivados. Situación ésta que tantas veces ha tenido que resolver nuestra Corte Suprema.

En la primera parte de nuestro trabajo hemos analizado el distinto tratamiento que reciben en el Derecho interno y en el internacional el *nullum crimen...*, la prohibición *ex post facto*, la prescripción-imprescriptibilidad.

Si, como creemos haberlo demostrado, el *Derecho de gentes* es receptado por el Derecho interno a través del artículo 118 y por él ingresa el Derecho penal internacional a nuestro ordenamiento, debemos buscar la forma de compatibilizar la contradicción entre el artículo 18 y los principios del Derecho penal internacional.

Teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha declarado intérprete final de la Constitución, tomaremos en cuenta, en primer lugar, las pautas interpretativas que se desprenden de su jurisprudencia<sup>40</sup>.

A partir del caso "Calvete" (*Fallos*, 1:300), la Corte ha sentado el criterio de que la interpretación de las normas constitucionales "debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas con las otras y adoptando como verdadera el que las concilie y deje a todas con valor y efecto". Es indudable que si interpretamos tan rigurosamente al artículo 18 de la Constitución Nacional, no podríamos darle aplicación a la última parte del artículo 118 y de esa forma no dejaríamos a todas las normas con "valor y efecto".

Al *Derecho de gentes*, receptado por nuestro ordenamiento interno, por la previsión normativa del artículo 118, debemos aplicarlo en todos aquellos casos en los que nos encontramos frente a crímenes internacionales, de manera de no suponer que la remisión al *Derecho de gentes* que hace la Constitución ha sido "inútilmente usada o agregada y (debe) rechazarse como superflua o sin sentido" (*Fallos*, 92:334).

Podemos intentar una nueva interpretación del artículo 18 a la luz de las previsiones del Derecho penal internacional. "La Constitución debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la

<sup>40</sup> Seguimos de cerca las explicaciones de Sagüés acerca de la interpretación orgánica de la Constitución (Sagüés, 1988).

luz de las disposiciones de todas las demás" (*Fallos*, 167:121). Por ende, es posible que en materia de delitos cometidos contra el *Derecho de gentes* o, más correctamente, crímenes contra la humanidad, el artículo 18 puede ser dejado de lado, en una solución extrema, o si se prefiere, relativizados sus contornos para adecuarlo a las previsiones del Derecho penal internacional.

En *Fallos*, 307:1018, la Corte ha dicho que "no debe prescindirse de las consecuencias de cada criterio de interpretación". Esta pauta interpretativa es importante, porque si consideramos que existe una obligación internacional que debe ser respetada por la Argentina, los jueces no pueden interpretar a la Constitución de una manera que, posteriormente, por las consecuencias que de ello derivasen, genere responsabilidad internacional, cuando existen otras interpretaciones posibles que se adecuen perfectamente al cumplimiento de las obligaciones internacionales<sup>44</sup>.

Se podría argumentar que una interpretación que diese preeminencia a los principios del Derecho internacional en materia de crímenes internacionales sería contraria al artículo 27 de la Constitución Nacional. Dicho artículo establece que los tratados que se celebren con otros Estados deben estar de "conformidad con los principios de Derecho público establecidos en esta Constitución". Claro que si interpretamos la norma fundamental de manera de que cada palabra de ella tenga "su fuerza y su significado propio", sin suponer que ella

<sup>44</sup> Refiriéndose a las "reglas tradicionales de interpretación", Konrad Hesse (1983) sostiene que restringirse a ellas supone desconocer la estructura interna y las condiciones del proceso interpretativo, por lo que sólo en forma imperfecta estas reglas son capaces de resolver una situación según principios seguros.

En parecida forma, Sagüé (1986) afirma que las pautas de interpretación elaboradas por la Corte Suprema pueden contraponerse, por lo que la interpretación orgánica no basta. Frente a una contradicción entre dos normas, lo que el intérprete debe hacer es denunciar dicha contradicción, señalarla y resolverla no conformándose a las pautas de la interpretación orgánica.

Compartimos estas ideas, y en el texto tan sólo seguimos los criterios de la Corte Suprema como un elemento más a tener en cuenta pero no como pauta decisiva de nuestra tesis. En realidad estos criterios tradicionales, en ciertos casos, encierran afirmaciones dogmáticas que reconocen, muchas veces, como sus antepasados más remotos, diversas reglas de interpretación de textos religiosos cuya trasposición al campo jurídico requiere una adaptación previa.

"ha sido inútilmente agregada o usada" y evitando rechazarla como "superflua o sin sentido" (*Fallos*, 95:334), no es difícil concluir que dentro de los principios de Derecho público es posible ubicar al reconocimiento del *Derecho de gentes* que hace el artículo 118.

Dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo encontramos la de concluir y firmar tratados y "otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras" (art. 99, inc. 11)<sup>46</sup>. La Constitución le está dando una facultad al Presidente, pero ella unida a la categórica manifestación del artículo 27 ("El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras..."; el subrayado es nuestro), que nos permite concluir que hay un imperativo constitucional que estipula que el Gobierno federal debe abstenerse de realizar conductas que conduzcan al "aislamiento de nuestro país dentro del concierto de naciones"<sup>46</sup>. Es cierto que la obligación principal en materia de relaciones exteriores corresponde al Presidente de la Nación, pero no es menos cierto que todo el Gobierno federal está obligado a mantener una actitud que no tienda a perjudicar las relaciones de paz. Aunque es difícil incluir al Poder Judicial dentro del concepto de Gobierno federal, él mismo es un órgano del Estado y no creemos que pueda considerarse desobligado de este mandato constitucional por dicha circunstancia<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Compartimos la idea de Rouzat cuando sostiene que "fácilmente puede observarse al leer la Constitución cuál es la política internacional que ella impone", y que las normas de los arts. 27 y 99, inc. 11 "constituyen una obligación para los poderes consistente en desarrollar políticas de paz con los demás Estados. Es decir, constitucionalmente los gobiernos del Estado argentino jamás podrán realizar actos que signifiquen efusivas, o que puedan ellos provocar la alteración de las buenas relaciones con las demás naciones. Esas buenas relaciones de paz y armonía deben existir con todas las naciones del mundo sin hacer excepciones para unas respecto a las otras", y, por último, al expresar que "no creemos que sea política internacional constitucional la que tienda al aislamiento" (Rouzat, 1943, p. 329-333-341, respectivamente).

<sup>46</sup> Conforme al dictamen del Procurador General, Dr. López, en el fallo *Washington Cabrera*, que será analizado más adelante (ver nota 49).

<sup>47</sup> Sánchez Viñante interpretaba que el término "gobierno" contenido en la cláusula del art. 9º de la Const. Nac. en relación a la intervención federal significa Corte Suprema de Justicia de la Nación (citado por Maior, 1984).

A la luz de estos criterios, nuestro tribunales al juzgar casos de crímenes internacionales deben optar por una interpretación que le dé preeminencia al Derecho penal internacional por sobre el Derecho interno. La Constitución, por la expresa remisión al *Derecho de gentes*, nos indica que en materia de crímenes internacionales el Derecho internacional debe prevalecer sobre el ordenamiento jurídico interno.

#### VII. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LA NO PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

Un Estado compromete su responsabilidad internacional por un hecho internacionalmente ilícito. En tal calificación, en principio, para el orden jurídico internacional no influirá que el mismo hecho esté considerado como lícito según el Derecho interno del Estado en cuestión (Gutiérrez Posse, 1989).

Para poder establecer que en un caso concreto hay responsabilidad internacional es necesaria la concurrencia de dos elementos esenciales: 1) la existencia de un acto u omisión que viole una obligación internacional; 2) el acto ilícito debe ser imputable al Estado (conf. C.D.I., 1986).

El comportamiento atribuible al Estado puede ser llevado a cabo por cualquiera de sus órganos, ya sea el Ejecutivo, el Legislativo o el Judicial (Gutiérrez Posse, 1989; Sorensen, 1978)<sup>44</sup>.

"Una sentencia, aunque se ajuste al Derecho interno, puede ser contraria al Derecho internacional. El tribunal se ha ceñido, como le corresponde, al Derecho interno, pero ocurre que el Estado ha violado el Derecho internacional. Considerada la cuestión en este plano, hay sin duda una falta que es imputable a la omisión del Estado y, en consecuencia, surge para él un caso de responsabilidad internacional. La sentencia se aplica y produce sus efectos en el orden local; pero el Estado respectivo debe proveer a una reparación" (Podestá Costa-Roda, 1979).

Este razonamiento parecería estar receptado en el *leading case*, "S.A. Martín & Ltda. c/Administración General de

<sup>44</sup> Sorensen (1978) dice que los actos del Poder Judicial de un Estado entrañan responsabilidad internacional del Estado cuando son contrarios a las obligaciones de él. Como ejemplo cita el caso del tratamiento contrario a lo dispuesto en tratados de extradición dado a un delincuente fugitivo.

Puertos s/repetición de papeos" (*Fallos*, 257:99) cuando la Corte Suprema dice que "la posible cuestión de orden internacional subsistente es ajena, en principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos, y depende de circunstancias atinentes a la conducción de las relaciones exteriores de la Nación, sujeta a reclamo por las altas partes contratantes, a cuyo respecto no cabe decisión de esta Corte" (consid. 9). No compartimos esta línea jurisprudencial y doctrinaria, ya que no creemos que un juez pueda sustraerse totalmente de las consecuencias que deriven de sus sentencias (*Fallos*, 307:1018). Por el contrario, es más acertada la opinión del Procurador General, Dr. Mario Justo López, en el caso "Washington Cabrera o/Comisión Mixta Técnica de Salto Grande" (*E.D.*, t. 107, p. 613), donde expresa que "el desconocimiento de los principios que rigen las relaciones diplomáticas no tendría otro desenlace que conducir al aislamiento de nuestro país dentro del concierto de naciones". Pero el Procurador López no se limita a sentar este principio sino que sobre el final de su dictamen se detiene a analizar la eventual responsabilidad del Estado frente a la declaración de inconstitucionalidad del tratado. Si bien desecha dicha posibilidad porque de acuerdo a los propios criterios del Derecho internacional público la reclamación carecería de base jurídica suficiente, creemos que esta es la doctrina correcta<sup>48</sup>. Como ejemplo de un comportamiento interno que tuvo como consecuencia un aislamiento respecto de la comunidad internacional, podemos citar el caso "Eichmann" —volveremos sobre esta cuestión para analizarlo más adelante desde otro punto de vista—.

<sup>48</sup> Nos referimos a que el Procurador, a pesar de la observación que hemos reproducido, termina dictaminando de forma tal que nuestro país podría incurrir en responsabilidad internacional ya que hace prevalecer las normas de Derecho interno. Sin embargo, como le hace notar el mismo Procurador, las circunstancias del caso hacen que difícilmente pudiera considerarse que se estuviera violando el Derecho internacional debido a que el acuerdo de sede que se cuestionaba estaba en pugna, también, con el Derecho internacional. El caso se planteó al otorgar por el acuerdo de sede entre la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande y la República Argentina, una inmunidad de jurisdicción total a dicha comisión, de forma tal que se privase de derecho a la jurisdicción al peticionante. La mayoría de la Corte Suprema se pronunció por la inconstitucionalidad del Acuerdo de Sede por ser contrario al art. 18 de la Const. Nac. y la minoría, por su parte, declaró nulo de nulidad absoluta a dicho Acuerdo por ser contrario al Derecho internacional por ser el derecho a la jurisdicción una norma *ius cogens*.

En nuestro caso, un Estado (la República Federal Alemana) solicita a otro Estado (la Argentina) la extradición de un criminal nazi (Schwammberger). Según hemos visto, existe una obligación internacional de acuerdo a la que se debe facilitar la persecución y castigo de los criminales de guerra y en su caso conceder la extradición a la nación requirente. Además, en un sentido más lato, podría sostenerse la existencia de una "obligación *erga omnes*" (conf. C.I.J. en "Barcelona Traction", C.I.J. *Recueil*, 1970, parágrafos 33/4)<sup>60</sup> derivada de los principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana, o del reconocimiento de los derechos humanos como parte del Derecho consuetudinario internacional (Zuppi, 1989), o de la conciencia jurídica común del mundo (Bidart Campos, 1989). Esto nos lleva a afirmar la responsabilidad internacional del Estado, no sólo por la violación de los derechos humanos, sino incluso por la omisión de reprimir a los responsables de crímenes internacionales.

Nuestro país, abandonada ya la práctica de conceder asilo a dichos criminales y negarse sistemáticamente a detenerlos y extraditarlos, detiene a Schwammberger. Pero hipotéticamente niega la extradición porque, siguiendo la tesis defensiva, las leyes sobre imprescriptibilidad sancionada por la República Federal Alemana, por ser *ex post facto* serían contrarias al artículo 18 de la Constitución Nacional.

En el caso que se llegara a la conclusión que efectivamente se encuentra violentado nuestro orden público interno, desde el punto de vista de la responsabilidad internacional de la Argentina, nuestro país se halla obligado internacionalmente, y para sustraerse del cumplimiento de dicha obligación "no puede prevalerse de su legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales" (Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso "Zonas Francas de la Alta Saboya y del país de Gex"; CPJI, 1926, serie A, n° 7, p. 19). Concomitantemente con este criterio agregó el mismo tribunal en la opinión consultiva sobre el *Trato de los Nacionales Polacos y de otras Personas de Origen o de Lengua Polacos en el Territorio de Danzig* (CPJI, 1932, serie A/B, n° 44, p. 24) que "un Estado no podrá invocar frente a otro Estado su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho internacional o los tratados en vigor".

<sup>60</sup> Ver también la opinión consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas para los Estados de la Presencia Continua de África del Sur en Namibia (C.I.J. *Recueil*, 1971, parágrafo 131). Ampliar en Pinto (1988).

Un juez en el supuesto de dos interpretaciones posibles, una de las cuales lo conduce a rechazar un pedido de extradición por ser contrario al orden público interno y la otra le permite concederla dando así fiel cumplimiento a la obligación internacional, debe optar por la segunda ya que, de acuerdo a lo dictaminado por la Corte Suprema, "no debe prescindirse de las consecuencias que deriven de cada criterio" (*Fallos*, 307:1018).

Kobrick (1987), en el trabajo ya citado, plantea tres razones por las que los Estados deben perseguir y reprimir a los responsables de crímenes internacionales<sup>51</sup>. Estas razones son: en primer término, todas las obligaciones internacionales por las que se establece el deber de perseguir, reprimir o extraditar a los responsables de crímenes internacionales. Así, para nuestro país, tal obligación surgiría de que él es parte de la Cuarta Convención de Ginebra sobre Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra, y de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. A estas convenciones deben sumársele las ya citadas Acta Final de Chapultepec y la resolución n° 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La segunda razón por la que los Estados deben perseguir estos crímenes es que, en el Derecho internacional, la comunidad depende de cada nación para la represión y persecución de los crímenes internacionales. Al carecerse de organismos centralizados es necesaria la cooperación individual de cada nación y poco se podría lograr si dicho respaldo no existiera. En el caso "Schwammberger", Schiffria parecería reconocer estos argumentos cuando sostiene que "la ausencia de un Poder Legislativo y más aún de una jurisdicción internacional hacen que todavía las convenciones sobre genocidio y la referida a la tortura, a las cuales ha adherido la Argentina, necesiten de la *negotiorum gestio* de los Estados para llegar a la estricta tipificación y al *efectivo procesamiento* de las infracciones que diseñan" (el subrayado es nuestro).

La última razón en la clasificación de Kobrick es la especial naturaleza de estos crímenes que provoca que todas las naciones sufran los perjuicios, al menos indirectamente, cuando se ha producido uno de ellos. Además, si la nación

<sup>51</sup> Si bien este autor utiliza estos argumentos para sustentar la obligación de los Estados de abrir, en los casos en que es pertinente la jurisdicción universal, este análisis es plenamente aplicable al punto que tratamos.

donde se encuentra el responsable de uno de dichos crímenes se niega a perseguirlo, se puede producir una tensión en la comunidad internacional de forma tal que un Estado se pueda ver forzado a violar el Derecho internacional para perseguirlo y reprimirlo. Las relaciones con nuestro caso surgen espontáneamente cuando tomamos en cuenta que este autor se basa, para este supuesto, en el célebre caso "Eichmann". Este alto jefe de la oficina de seguridad del Reich había conseguido eludir los juicios de Núremberg, y habiendo adoptado una falsa identidad, llegó y vivió en la Argentina hasta 1960. En dicho año, el 11 de mayo, fue ubicado y secuestrado por agentes israelíes que lo sacaron subrepticamente en un avión del Estado de Israel que trajo a la delegación que participaba de los homenajes a la Revolución de Mayo. En Israel fue juzgado y condenado a muerte. Este hecho fue llevado por nuestro país al Consejo de Seguridad de las N.U. invocándose la violación de la soberanía territorial. El Consejo aprobó una tenue condena a Israel, ya que la comunidad internacional demostró simpatía con la actitud de ese país, porque consideraba que, frente a estos hechos, estaba en juego la estabilidad de la comunidad internacional y no debía permitirse que los responsables quedaran impunes<sup>24</sup>.

De esta breve reseña surgen demasiados elementos como para obviar la responsabilidad internacional en la que nuestro país hubiera incurrido de no extraditar a Schwammberger. Peor aún, no se trataría en este caso de violentar una obligación internacional adquirida frente a un Estado particular, sino que lo que se estaría descuidando serían las relaciones con la comunidad internacional en su conjunto.

Entonces, en el supuesto caso de aceptarse la tesis defensionista, cualquier tribunal nacional se hallaría ante la encrucijada de infringir el orden público interno o el orden público internacional. Desde nuestro punto de vista, siempre debe prevalecer el último.

#### VIII. EL CASO "SCHWAMMBERGER"

"Al principio de 1943 la situación se hizo insoportable. Un militar austríaco llamado Schwammberger llegó como jefe

<sup>24</sup> Para una breve reseña de las discusiones en el Consejo de Seguridad ver Lantz (1964). No compartimos su postura crítica respecto del hecho.

de los talleres; era una bestia espantosa. Venía del pueblo de Rosvadov, donde había liquidado el *ghetto*. Desde el momento en que Schwammburger comenzó a reinar en nuestros talleres dejamos de estar seguros con respecto al mañana. Cada semana hacía salir a los prisioneros y ordenaba ejecuciones". Este relato pertenece a Max Wolfshaut Dinkes, uno de los pocos sobrevivientes de la ciudad de Przemysl, en Polonia, quien continúa recordando actos de infinita crueldad y el asesinato de familiares, amigos y de cientos más de víctimas indefensas, para preguntarse sin respuesta: "¿Cómo se podía asesinar a niños inocentes sólo porque eran judíos? ¿Qué tenían en lugar de corazón esos monstruos para cometer semejantes horrores?" (citado por Lutzky, 1990).

El pedido de extradición de Josef Franz Leo Schwammburger proviene del Juzgado Municipal de Stuttgart, efectuado el 20 de setiembre de 1972, produciéndose la detención del citado recién en noviembre de 1987 en Huerta Grande, Provincia de Córdoba. La orden de arresto de Schwammburger fue librada a raíz de que "en el marco de la planeada y realizada 'solución definitiva de la cuestión de los judíos' del régimen nacional-socialista, es decir, el exterminio físico de los judíos y por la razón de que el citado consideraba a sus víctimas como seres inferiores por orden y obsecación racistas...\*", fue autor o partícipe de varios centenares de asesinatos de personas —también niños— indefensas y colaboró activamente en la campaña de traslado de millares de judíos a los campos de exterminio de Belzec y Auschwitz (citado en el voto del Dr. Schiffrin). La extradición de Schwammburger demandó un engorroso trámite judicial, hasta ser finalmente efectivizada el día 2 de mayo de 1990.

Las cuestiones debatidas en el proceso pueden ser resumidas en tres puntos: a) la supuesta prescripción de los hechos imputados a Schwammburger; b) los tribunales de la República Federal Alemana serían incompetentes para juzgar dichos delitos, y c) siendo Schwammburger ciudadano argentino y habiendo optado por ser juzgado por los tribunales nacionales no es posible acceder a la extradición.

Dejaremos de lado, por un momento, el tema central de nuestro trabajo, para explicar sucintamente las soluciones dadas a los puntos b) y c) por la Sala III de la Cámara Federal de La Plata, por el Procurador General de la Nación y por la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la competencia de los tribunales de la República Federal Alemana, la defensa alegaba que el Estado alemán, del que fue dependiente Schwammberger, y su legislación y tribunales desaparecieron al finalizar la Segunda Guerra Mundial, formando la República Federal Alemana, una entidad estatal y una legislación posteriores a la comisión de los hechos imputados a aquél; que si fuera juzgado por los tribunales de dicha república, sería perseguido en virtud de una ley posterior a esos acontecimientos y ante jueces designados con posterioridad al hecho de la causa.

En el fallo de la Cámara Federal, el Dr. Schiffrin respondió a estos argumentos, en primer lugar remitiendo a las respuestas dadas por el *Derecho de gentes* que analizó al tratar el tema de la prescripción (ver análisis del voto del Dr. Schiffrin, más adelante). Una vez desechados los argumentos de primera instancia en cuanto a la sucesión de Estados, sostiene que el Reich no ha desaparecido sino que se mantiene en "estado latente" y no cabe tratar a las dos Alemanias sino como órdenes de estabilidad parcial, como manifestaciones internacionalmente reconocidas de la asociación política del entero pueblo alemán hasta tanto éste pueda, en entera libertad, pronunciarse sobre su destino, y, en consecuencia, cualquiera de las dos es competente.

El Dr. Garro, por su parte, sostiene que, desde el punto de vista internacional, la República Federal Alemana representa a Alemania como un todo unitario sin que enerve tal concepto el hecho de la existencia paralela de la República Oriental, de modo tal que hubiera sido perfectamente factible que la República Democrática fuera la requirente de la extradición, ostentando iguales títulos que los de la República Federal.

El Procurador General sostiene que se puede apelar alternativamente a la tesis de la identidad parcial (recogida del dictamen del perito en Derecho alemán, Dr. Zuppi), o al criterio de identificación (sostenido por la Cámara Federal), o al de la sucesión de estados (que otorga una facultad discrecional y no obligatoria de reprimir los crímenes cometidos con anterioridad al cambio de soberanía —no habiéndose discutido en autos la pretensión punitiva de la República Federal Alemana—), de modo tal que es perfectamente lícito considerar que la República Federal se encuentra legitimada para solicitar la extradición.

La Corte Suprema participa también de la idea de que la República Federal es sucesora soberana del Reich alemán, que ha quedado sometido a la potestad territorial de dos Estados reconocidos como soberanos por la comunidad internacional, y que la persecución de los crímenes cometidos con anterioridad al cambio de soberanía, es un acto discrecional y no una obligación, pero una vez expresada la voluntad de ejercer dicha facultad, la comunidad internacional no puede legítimamente oponerse a ello. Agrega la Corte, que la República Federal Alemana desde su organización constitucional ha demostrado de manera expresa su vocación sucesora del Imperio alemán.

El segundo aspecto de este caso, en el que no nos detendremos, es el que se refiere al cuestionamiento por parte de la defensa relativo al carácter de nacional argentino del acusado (Schwammberger se nacionalizó con posterioridad a su arribo a nuestro país una vez finalizada la Segunda Guerra), quien por haber optado por ser juzgado por los tribunales nacionales no sería posible de ser extraditado<sup>53</sup>. El fallo de la Corte Suprema reviste en este punto particular importancia debido a que se modifica en él la jurisprudencia que este mismo tribunal venía sosteniendo. La discusión giraba en torno a si el artículo 3, inciso 1º de la ley 1612, en cuanto permite la extradición del ciudadano argentino naturalizado con posterioridad al hecho que motiva el pedido de extradición, ha sido derogado o no por el artículo 669 del Código de Procedimientos en Materia Penal que otorga al reo, si fuese ciudadano argentino, la opción de ser juzgado por los tribunales nacionales. En este punto las soluciones dadas por la Cámara Federal (ver el extenso análisis que realiza el Dr. Schiffria y sus consideraciones acerca de los métodos de interpretación del Derecho), como por la Corte, son coincidentes. En ella se resuelve en favor de la vigencia del artículo 3, inciso 1º, por lo cual se hace lugar al pedido de extradición de un ciudadano argentino que ha obtenido su ciudadanía con posterioridad al hecho objeto de la extradición (en igual sentido Fallos 81:176 y dictamen del Procurador General Marquardt en Fallos, 284:459; en contra Fallos, 266:137).

<sup>53</sup> Con posterioridad a los fallos aquí analizados, la Sala III de la Cámara Federal Civil y Comercial de la Cap. Fed. confirmó la sentencia de primera instancia por la que se canceló la carta de ciudadanía de Josef Schwammberger. Ver especialmente allí el voto del Dr. Vázquez por su particular análisis de la cuestión. Este fallo podría haber evitado la discusión que estamos estudiando.

Antes de analizar el punto relativo a la supuesta prescripción de los delitos imputados a Schwammberger es necesaria una rápida recopilación de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de extradición. Analizaremos dos puntos básicos: a) el tratamiento que da la Corte a la prescripción en materia de extradición, y b) la negativa a conceder la extradición cuando se encuentra violentado el orden público.

En cuanto a la prescripción, en los supuestos regidos por el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, la Corte Suprema ha dicho, en reiteradas oportunidades, que la misma se rige por las leyes del país requirente (*Fallos*, 156:156; 259:231; 260:174). Este principio fue receptado por nuestra legislación, en el inciso 5º del artículo 655 del Código de Procedimientos en Materia Penal, que rige los casos en los que no existe tratado sobre la extradición.

En un caso de circunstancias sustancialmente análogas a las del caso "Schwammberger", el Supremo Tribunal dijo que "en lo que hace a la alegada prescripción de la acción penal, el texto claro del artículo 3º, inciso 5º de la ley 1612 y del artículo 655, inciso 5º del Código de Procedimientos en Materia Penal, ordena en esta materia atenerse a las disposiciones contenidas en las leyes de la Nación requirente, o sea de la República Federal de Alemania, y de acuerdo con éstas resulta evidente... que la prescripción de la acción correspondiente al delito perseguido no se ha verificado hasta el momento" (*Fallos*, 265:219, "Bohne, Gerhard Johannes Bernard w/extradición"; se trata de un criminal nazi acusado por hechos ilícitos cometidos durante el III Reich).

Pasemos ahora a la negativa, puesta de manifiesto por la Corte en diversas oportunidades, de conceder extradiciones cuando se halla en juego el orden público interno. La mayoría de los casos en los que se planteó la cuestión fue en supuestos de condenados en rebeldía y donde el ordenamiento jurídico del país requirente sólo prevé una revisión limitada de la sentencia, afectándose de este modo el derecho a la defensa en juicio asegurado por el artículo 18 de la Constitución.

El alto tribunal sostuvo que "el juicio de extradición sólo tiene por objeto diferir el pedido de una nación amiga en los intereses de la justicia, requiriendo solamente aquellos antecedentes y aquellas pruebas necesarias para evitar se dañen derechos y garantías que nuestra Constitución y nuestras leyes amparan a todos los que pisan el suelo argentino (*Fallos*, 30:409, especialmente p. 412).

En *Fallos*, 217:340 la Corte dijo que "no es posible, sin violencia de aquella (art. 29 de la Constitución del 49, actual art. 18), acceder al requerimiento... pues en ello se hallan comprometidos principios que interesan al orden público de la Nación".

Frente a la tradicional jurisprudencia de la Corte, en el caso "Schwammberger" se debía decidir si las leyes sobre la prescripción que rigen en la Nación requirente y que son leyes *ex post facto*, afectan o no el orden público interno y, si lo hicieran, si sería posible o no acceder a la extradición solicitada.

Esta cuestión fue resuelta de diferentes formas por el vocal preopinante de la Cámara Federal de La Plata, Dr. Schiffrin, por el Procurador General, Dr. Roger, y por la Corte Suprema (voto unánime de los Dres. Petracchi, Fayt y Bacqué).

#### VIII. a) *El voto del Dr. Schiffrin*

Este voto ha sido el que más hemos tomado en cuenta al momento del análisis teórico, por lo que, *brevitatis causas*, sólo nos detendremos en aquellos aspectos que aún no han sido tratados.

El camino que este magistrado utiliza para otorgar la extradición en el aspecto referente a la prescripción es diferente al seguido por el resto de los jueces. Luego de un exhaustivo estudio de la evolución legislativa de la República Federal Alemana con respecto a la prescripción de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, hasta llegar a la definitiva imprescriptibilidad, se detiene en el hecho de ser estas normas *ex post facto*. Se opondrían tales normas, entonces, al artículo 18 de nuestra Constitución, no bastando la simple remisión al texto del artículo 655 del Código de Procedimientos en Materia Penal, de acuerdo con lo normado por el artículo 14 del Código Civil en cuanto pone al orden público como límite al reconocimiento de la ley extranjera.

Del análisis del artículo 18 de la Constitución y de jurisprudencia de la Corte, concluye que no es posible reconocer y aplicar leyes de terceros países que, con eficacia *ex post facto*, prolonguen los plazos de prescripción.

Sin embargo, es necesario considerar que nuestro orden jurídico no se agota en la letra expresa de la Constitución y "las leyes que en su consecuencia se dicten", sino que hay que considerar a aquellas normas o principios que se encuentran en la conciencia de los pueblos más allá de su orden positivo.

Estos principios de justicia son, a su vez, principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, lo que les da el carácter de normas o fuentes del Derecho internacional.

Como elementos constitutivos del derecho internacional, estos principios no pueden ser extraños al orden jurídico de nuestro país por la recepción que el artículo 118 de la Constitución Nacional hace del *Derecho de gentes*.

De un extenso análisis de los individuos como sujetos inmediatos del *Derecho de gentes*, de la gestación de los principios del Derecho penal internacional, del papel que cumple el *nullum crimen nulla poena sine lege* dentro de éste y del movimiento por la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, se puede concluir que: el Derecho internacional tiene entre sus finalidades esenciales la protección del individuo contra los abusos totalitarios, que las leyes *ex post facto* no están prohibidas en el Derecho penal internacional (debido a sus especiales características) y que los crímenes internacionales son imprescriptibles.

Para Schiffrin, la vigencia limitada del *nullum crimen...* en el *Derecho de gentes* le sería oponible a nuestro país, a pesar de su explícita reserva convencional, por el carácter *ius cogens* que reviste esta norma y por la ya tratada recepción del derecho penal internacional que resulta del artículo 118 de la Constitución Nacional<sup>84</sup>. Por su parte, la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es un principio del *Derecho de gentes* al que se halla subordinado nuestro orden jurídico (remitimos a lo dicho en VI.a.).

<sup>84</sup> Desde una perspectiva positivista, o tomando los conceptos del derecho internacional desde un fundamento voluntarista se critica este tipo de caracterizaciones como normas *ius cogens*. Si bien hay acuerdo respecto a qué es lo que debe considerarse como norma *ius cogens*, no lo hay respecto a cuáles normas lo son.

Se sostiene que para ser considerada *ius cogens* la norma debe ser parte del Derecho internacional general, pero se niega que toda norma del Derecho internacional general lo sea. Por el contrario, quienes le niegan el carácter de norma imperativa argumentan que sería más acertado dar una interpretación restrictiva del *ius cogens* para que al evolucionar, el posterior desarrollo del Derecho internacional permita extender dicho reconocimiento a otras normas. Sin embargo, estas posturas no son aptas para el Derecho internacional de los derechos humanos ya que permiten a un Estado sustraerse de las obligaciones que al mismo Derecho internacional crea, por su sola voluntad. Creemos que, al menos, la norma que impone el respeto a los derechos humanos es una norma *ius cogens*. Y todo Estado que viole los derechos humanos incurre en responsabilidad internacional.

De cualquier modo, lo que es fundamental para que este magistrado *asevere* que la legislación alemana sobre prescripción de los delitos cometidos por Schwammberger no es contraria a nuestro orden público es la adecuación que nuestras normas deben al *Derecho de gentes*.

Sin perjuicio de esta solución, se puede considerar que los crímenes imputados a Schwammberger no se hallan prescriptos por las sucesivas interrupciones que ésta ha sufrido debido a las distintas actuaciones judiciales de los tribunales alemanes. Hay, sin embargo, un obstáculo para fallar, sin más, que la acción no ha prescrito. El Código Penal alemán dispone actualmente que, en ningún caso, sucesivas interrupciones pueden extender el plazo de prescripción más allá del doble del plazo previsto para la pena máxima (en nuestro caso no podría ser más de cuarenta años). Schiffrin cree, entonces, que no es aplicable el principio de la ley penal más benigna debido a las especiales características de los delitos cometidos. Considera que el principio aludido no tiene actualmente sólo jerarquía legal como consecuencia de la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Es importante destacar que el camarista considera que los pactos internacionales prevalecen por sobre las leyes ordinarias. Sin embargo, no obstaría la opinión contraria, a que estos tratados forman parte del orden público, lo que elevaría al principio de la ley penal más benigna a un rango superior al que le da el artículo 2º del Código Penal. Para Schiffrin, de cualquier modo, "el principio de aplicación de la ley penal más benigna no alcanza en nuestro Derecho a la prescripción" (consid. 58; ver nuestra opinión al respecto en pto. 4). Esta interpretación es coherente con la letra del Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 9º se refiere sólo a una pena más leve. No coincidimos con este punto de vista ya que en la interpretación de los pactos sobre protección de los derechos humanos debe preferirse siempre la que más favorezca a esta protección. Desde este punto de vista, el artículo debe entenderse como refiriéndose al principio en forma genérica en todo su alcance y no limitándolo sólo a la pena.

En conclusión, Schiffrin resuelve la cuestión considerando que las normas alemanas *ex post facto* no vulneran nuestro orden público por la recepción que éste hace del Derecho internacional, ya que "el Derecho extranjero que adecuando sus prescripciones al Derecho de gentes establezca para aquellos

supuestos (crímenes contra la humanidad), la imprescriptibilidad, resulta plenamente conforme a la Constitución Nacional citándose a sus principios rectores". Además, "no es exigencia del orden público argentino la aplicación retroactiva de leyes penales más benignas sobre prescripción" (consid. 60).

#### VIII. b) El dictamen del Procurador General

El Dr. Roger<sup>86</sup> considera que el artículo 14 del Código Civil no es aplicable en este caso. Como vimos, el límite a la aplicación de normas extranjeras es el orden público interno. Sin embargo, considera el Procurador General que en casos de extradición, la normativa del Código Civil no es aplicable debido a que estos procesos se hallan regidos por una "legislación especial y, por otro lado, federal cuya supremacía sobre la ley común es incuestionable y debe prevalecer aun en supuestos de conflicto". Considera que en nada puede verse afectado nuestro orden público por tener que aplicar nuestros jueces normas extranjeras que regulan de distinta manera el instituto de la prescripción. De más está decir que no coincidimos con este punto de vista. Aun cuando fuera inaplicable el Código Civil, el límite del orden público quedaría subsistente por provenir de la misma Constitución Nacional. No se trata de que la República Federal Alemana legisle en forma idéntica a nuestro país el instituto de la prescripción, sino que ni aun para el mero trámite de otorgar una extradición, nuestros tribunales podrían, en principio (interpretando en forma rígida el artículo 18 de la Constitución Nacional sin considerar el Derecho penal internacional), aplicar una norma *ex post facto*.

Otro punto esencial de este dictamen es que de las particularidades del régimen de extradición surge que "no es de aplicación aquí la doctrina legal que manda estar a lo más favorable al procesado, regla que debe necesariamente observarse para regir el criterio de los magistrados que han de juzgar sobre el fondo de las causas criminales". Tenemos dudas para suscribir la postura del Dr. Roger. Ya hemos dicho que procesalmente no se pueden aplicar las normas más gravosas para el reo y no creemos que la extradición deba ser una excepción a la regla.

<sup>86</sup> El dictamen del Procurador General de la Nación es del 21-IX-1989 (R.D., 13-VI-90 y L.L., 14-VII-90).

El dictamen finaliza sosteniendo que, aplicando las normas vigentes al momento de cometerse los hechos, la prescripción no se habría cumplido como consecuencia de las sucesivas interrupciones.

#### VIII. c) *El fallo de la Corte Suprema*

El fallo de la Corte Suprema es el más renuente a analizar la cuestión de las normas *ex post facto* sobre prescripción, resolviendo el pedido de extradición tomando en cuenta sólo la normativa que regía los delitos por los que Schwammburger es acusado al momento en que fueron cometidos.

Sostiene el Supremo Tribunal "que aun en el caso que se tomara en cuenta exclusivamente el texto del párrafo 68 del Código Penal del Reich, vigente al momento de los hechos, cabía computar como actos interruptivos del curso de la prescripción las órdenes de arresto del Amtsgericht de la ciudad de Stuttgart, del 6 de noviembre de 1963 y del 20 de setiembre de 1972, sin computar los actos de otros tribunales dictados con anterioridad, que se refieren a un número menor de hechos; y que el plazo de prescripción originario de veinte años recién se había operado en 1992. El recurrente no se hace cargo de refutar esa afirmación *del a quo*, de conformidad con las circunstancias comprobadas en la causa y el Derecho extranjero que le es aplicable. Por el contrario, con su silencio ha admitido tácitamente la corrección de la decisión de la Cámara".

De esta forma, el tribunal elude el punto que estamos estudiando, considerando que "resulta abstracto el tratamiento de la cuestión relativa a la aplicabilidad de las leyes posteriores que modificaron el régimen de prescripción y, en su caso, también lo es determinar si ello sería repugnante a la garantía del *nulla poena sine lege praevia* consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional". La Corte Suprema ignora la norma actual alemana que proscribió que sucesivas interrupciones extiendan el plazo de prescripción más allá del previsto para la pena máxima que, como ya hemos dicho, es en nuestro caso de cuarenta años.

De cualquier manera, el silencio de la Corte hace suponer que no considera ajena a nuestro ordenamiento jurídico la solución del Dr. Schiffrin fundada en la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y que aquí intentamos respaldar.

## IX. CONSIDERACIONES FINALES

Este trabajo tuvo como punto de partida la lectura del caso "Schwammberger". Todo aquel que haya leído los fallos en cuestión pensará que estamos haciendo referencia al voto del vocal preopinante de la Cámara Federal de La Plata, Dr. Schiffrin, porque él ha sido el único que ha mantenido el instituto de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como norma a aplicar por nuestros tribunales. Sin embargo esto es cierto sólo parcialmente. Las otras sentencias que recayeron en la misma causa (usamos el término "sentencia" no en un sentido técnico, para referirnos en general al voto del otro camarista, Dr. Garro, al dictamen del Procurador General y al fallo de la Corte Suprema) encuentran diversos caminos para no profundizar en el análisis de la imprescriptibilidad de estos crímenes como norma de Derecho internacional aplicable en nuestro Derecho interno. Esta postura ambigua nos ha llevado al estudio tanto como el trabajoso fallo del Dr. Schiffrin. Si bien éste opina que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales tiene una arista política que dificulta la labor de los tribunales, nosotros creemos, por otro lado, que había una solución jurídica que los jueces no debían desconocer. El valor justicia no se refuerza con sentencias que buscan resquicios jurídicos formales para no analizar el fondo de un caso que abra las puertas para una terminante declaración del Poder Judicial en contra de los totalitarismos. Fue una nueva oportunidad desperdiciada. No creemos que nuestro país se halle en tal grado de desarrollo respecto a la protección de los derechos humanos, que este tipo de cuestiones jurídicas le sean secundarias.

Dijimos que nuestro trabajo surgió a partir de la lectura del fallo Schwammberger, y esto nos limitó en dos sentidos. En primer lugar, parte de nuestro análisis surge de las argumentaciones hechas por el Dr. Schiffrin y, secundariamente, muchas de las consideraciones que hacemos están referidas al supuesto de los crímenes internacionales. Esto significa que algunas de las conclusiones a las que arribamos, en especial la preeminencia en estos casos del Derecho internacional por sobre el Derecho interno, no pueden ser extendidas sin más a situaciones sustancialmente distintas.

A la hora de iniciar la evaluación, la primera referencia es para el voto del Dr. Schiffrin. Este fallo reconforta por su

adecuado tratamiento del Derecho internacional. Si bien no compartimos todas las soluciones que aporta, es importante destacar el hecho que una sentencia se base —ante la insuficiencia del Derecho interno— en el *Derecho de gentes*. Incluso las aplicaciones a las que arriba serían contrarias a las dadas por el Derecho interno si, como sucede muchas veces en nuestros tribunales, se desconociera o menospreciara al Derecho internacional.

Sostener que nuestra Constitución recepciona al *Derecho de gentes*, como de hecho lo hace, implica que al menos en materia de Derecho penal internacional o en la protección de los derechos humanos, debido al lugar preeminente que ocupan en el Derecho internacional, nuestro país se halla sometido a él. Por ende, toda respuesta dada en esta materia, que esté en consonancia con el ordenamiento jurídico internacional, no podrá ser considerada como contraria al orden público interno. Nuestro ordenamiento jurídico, al menos en esta materia, se halla sujeto al Derecho internacional y debe adecuar su conducta tanto interna como externa a él.

Beccaria<sup>86</sup> ha dicho que "en los delitos atrocísimos (es decir, los menos probables) las más ligeras conjeturas bastan, y es lícito al juez transgredir el Derecho...". No somos testigos ya de aquellas épocas en las que con la simple imputación de ser bruja o estar poseído por el diablo se justificaba una condena, desaparecían los derechos y garantías del acusado y se dejaba de lado el tribunal porque estaba con el inquisidor que no reconocía límites en su tarea de buscar la santa verdad. Sin embargo, en temas donde se juzgan crímenes internacionales nos hallamos frente a algunas similitudes lamentables, por eso, es lícito decir —junto a Vanossi— que en estos casos "hay mucha improvisación y esdórganes que apelan a la emocionalidad, en temas en los que el análisis requiere objetividad de juicio, conocimiento y reflexión. Las lágrimas no bastan para superar las desgracias" (Vanossi, 1982). Asumir la responsabilidad de vivir en un Estado de Derecho significa ser riguroso en la protección de los derechos humanos sobre todo —y no "aun"— con aquellos que son acusados de ser responsables de crímenes contra la humanidad. La ciencia jurídica no puede perder su cientificidad ante la impresión causada por una acusación grave.

<sup>86</sup> Transcritos por el Dr. Vázquez en el fallo de la Cámara Federal Civil y Comercial.

A lo largo de nuestra investigación fueron muchos los prejuicios que tuvimos que apartar. Fue necesario, por ejemplo, alejarnos de una concepción tradicional del Derecho internacional, donde la voluntad del Estado juega un papel fundamental. Comprobamos que en el ámbito de lo que se ha denominado "Derecho internacional de los derechos humanos", mantener en el centro del juego a la voluntad estatal no es útil para los objetivos que se persiguen. Por el contrario, permite que los Estados se sustraigan de los compromisos internacionales relativos a los derechos humanos. No puede, entonces, ser esta concepción la que más favorezca a una decidida lucha por la dignidad del hombre.

El reconocimiento de la primacía del *Derecho de gentes* por sobre el Derecho interno en materia de crímenes contra la humanidad no soluciona, sin embargo, el problema principal, que sigue siendo la garantía de los derechos humanos. Aquí el Derecho internacional tiene muchas enseñanzas que darnos y su función es esencial para su desarrollo, pero este respaldo no puede ser entendido sino como un elemento más al momento de lograr que los derechos del hombre sean efectivos y eficazmente tutelados y respetados en el ámbito local.

Tenemos la esperanza de que actitudes como la de Schiffrin sirvan para afianzar una tenue tendencia jurisprudencial, que pese a reiterados pasos en falso, propugne una real protección del ser humano por su sola condición de tal. Nuestra historia no tiene demasiados antecedentes que nos permitan ocupar un sitio digno dentro del concierto de las naciones civilizadas; comportamientos tan oscuros como los que han servido para que la Argentina pasase a ser considerada, hasta no hace mucho tiempo, como "el cabo de la última esperanza" para los criminales nazis<sup>87</sup>, nos obligan al duro trabajo de revertir la situación. Creemos que la reflexión jurídica crítica es uno de los caminos más adecuados para impulsar el reconocimiento definitivo de los derechos humanos.

<sup>87</sup> Según lo ha denominado el cazador de nazis Simón Wiesenthal (citado por Lotzky, 1990).

## BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, Germán (1988 -1), *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires.
- (1988 -2), "La Convención contra la Tortura y la Ley de Obediencia Debida", *E.D.*, t. 129, p. 492.
- (1989), "La extradición de un criminal nazi por delitos contra la humanidad", *E.D.*, 27-XI-89.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (1986 -1), *Proyecto sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1986 -2), *Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, 4º informe del relator especial*.
- CRAWFORD, Kathryn Lee (1990), "Due obedience and the right of victims", *Human Rights Quarterly* 12 (1990) 17-52.
- GOÑILLO, Agustín (1988), "La protección de los derechos humanos y de los derechos sociales", *Elementos para una Reforma de la Constitución Nacional*, ponencias presentadas al Congreso Internacional sobre reforma de la Constitución. Presidencia de la Nación. Consejo para la Consolidación de la Democracia.
- GRAVEN (1945), "Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription?", *Revue Pénale Suisse*, t. 81, par. 2.
- GUTIÉRREZ POSSO, Hortensia (1989), *Adecuación de la Norma Interna a la Norma Internacional. Aspectos de la Situación de la Mujer y del Derecho de Rectificación o Respuesta*. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- HART, H. L. A. (1980), "El positivismo y la independencia entre el Derecho y la moral", *Filosofía del Derecho*, comp. Ronald Dworkin, Fondo de Cultura Económica, México.
- HERRENDORF, Daniel (1990), "No matarás (los crímenes imprescriptibles, indeltables e inamnistiables)", *E.D.*, 13-VI-90.
- HESS, Conrad (1983), *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- JESCHECK, Hans-Heinrich (1978), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Barcelona.
- JIMÉNEZ DE ASúa, Luis (1958), *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed.
- Kelsen, Hans (1965), *Principios de Derecho Internacional Público*, El Ateneo, Buenos Aires.
- KOBICK, Eric (1987): "The ex post facto prohibition and the exercise of universal jurisdiction over international crimes", *Columbia Law Review* 87 (1987) 7, 1515-1538.
- LANGS, Juan Archibaldo (1984), *De Chapultepec al Beagle*, Hyspamérica, Buenos Aires.
- LAUTENFACHT, H. (1945), *An International Bill of the Rights of Man*, Columbia University Press.

- LEU, Hans Joachim (1982), *Introducción al Derecho Internacional Penal*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas.
- LUTENY, Horacio (1990), "Extradición de Schwammberger: Los crímenes contra la humanidad no prescriben jamás", *Periódico Nuevo Sur*, 27-V-90, ps. 8 y sigs.
- MAIER, Julio (1983), "Amnistía, vigencia del Derecho y ley penal más benigna", *Doctrina Penal*, t. 1983.
- MAIRAL, Héctor (1984), *Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires.
- MONCAYO, Guillermo (1988), "Aspectos actuales de la protección internacional de los derechos humanos", *Revista Jurídica de Buenos Aires*.
- MONCAYO, Guillermo - VIVUSA, Raúl - GUYÉRRIZ POISS, Hortensia (1987), *Derecho Internacional Público*, Zavalla Editor, Buenos Aires.
- NACIONES UNIDAS (1949): *Le statut et le jugement du tribunal de Nuremberg - Historique et analyses*.
- PERRERA LAMITTE, Carlos T. de (1981), "Antonio Sáenz, fundador de la Universidad de Buenos Aires y de la cátedra de Derecho Natural y de Gentes", *Anuario de Derecho Internacional Público*, vol. 1.
- POTTO, Mónica (1989), "No intervención y derechos humanos", *Revista Jurídica de Buenos Aires*.
- PODERRÁ COSTA, Luis - RUDA, José María (1979), *Derecho Internacional Público*, Tea, Buenos Aires.
- ROUBREAU, Ch. (1968), *Derecho Internacional Público Profundizado, La Ley*, Buenos Aires.
- ROUYAT, Adolfo (1943), "La Constitución Nacional impone política internacional de paz", *Estudios sobre la Constitución Nacional Argentina*, Instituto de Investigaciones Jurídico-políticas de la Universidad Nacional del Litoral en homenaje al 90º aniversario de la sanción de la Constitución, Santa Fe.
- ROXIN, Claus (1981), *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla.
- RUIZ MORENO, Isidoro (1978), *El Derecho Internacional Público en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, EUDEBA, Buenos Aires.
- SAGÜÉS, Néstor (1988), *Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
- SANCINETTI, Marcelo A. (1988), *Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires.
- SCHIFFRIN, Leopoldo H. (inédito), *Consideraciones sobre la Protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Interamericana*.
- SCHURMAN PACHICO, Rodolfo (1988), "Proyecto de delitos de lesa humanidad (propuesto por el Colegio Público de Abogados del Uruguay 1987/8)", *Doctrina Penal*, t. 1988.
- SOUDHÉN, Max (1978), *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México.
- STRATHEWERTH, Günther (1982), *Derecho Penal. Parte General*, Edar, Madrid.

TEJERA RAMÍREZ, Felipe (1985), *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa S.A., México.

VANOSKI, Jorge (1970), "Sugerencias para una eventual reforma constitucional", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XI, n° 23, enero/junio 1970.

—(1982), *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba, Buenos Aires.

VERDROSS, Alfred (1978), *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Buenos Aires.

VINUESA, Raúl (1989): "La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos por parte de las cortes federales de los Estados Unidos de América", *Temas de Derecho Internacional*, en homenaje a Frida Pfirter de Armas Barea, Editor Raúl Vinuesa, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Ezequiel R. (1987), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires.

ZARNO, Helio (1975), *La Constitución Argentina en la Doctrina Judicial*, Astrea, Buenos Aires.

ZUPPI, Alberto L. (1989), "La prohibición *ex post facto* y los crímenes contra la humanidad", *E.D.*, t. 131, p. 765.

**EL SISTEMA DE PROTECCION INTERAMERICANO  
DE DERECHOS HUMANOS: LOS INFORMES  
DE LA COMISION INTERAMERICANA.  
LOS PEDIDOS DE OPINION CONSULTIVA  
Y LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES**

**SERGIO CHODOS\***

*We play the game with the bravery  
of being out of range.  
Roger Waters, 1993*

**I. INTRODUCCIÓN**

Mediante la ley 23.054 el Congreso argentino aprobó el Pacto de San José de Costa Rica, depositándose el correspondiente instrumento de ratificación el 5 de setiembre de 1984. En el mismo acto, la Argentina aceptó las competencias de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos órganos son los encargados de controlar la vigencia de la Convención en el continente.

La Comisión es el órgano primario de la Convención, teniendo, entre otras, la competencia de recibir denuncias de particulares sobre la violación del Pacto; luego de verificar si la denuncia es procedente ver, por ejemplo, si se agotaron los

\* El autor es estudiante de 5º año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires e investigador (en calidad de becario) del Instituto de Investigaciones Jurídicas Ambrósio Gioja de dicha facultad.

recursos internos, en ese caso, iniciará un proceso en el que tratará, primeramente, de llegar a un acuerdo amistoso entre las partes. De no ser posible y si entiende que el gobierno en cuestión violó algún derecho consagrado en la Convención, lo instará a su reparación. La actuación de la Comisión<sup>1</sup>, en caso de entender que el gobierno es culpable y de no ser posible un arreglo amistoso, termina con la publicación de un informe en donde determina que el Estado de que se trate violó la Convención<sup>2</sup>. La otra posibilidad es que eleve el caso a la Corte, cuyo pronunciamiento sí es obligatorio, en el caso de que el Estado en cuestión haya aceptado su competencia obligatoria (art. 68, C.A.).

## II. ANÁLISIS DEL RECIENTE INFORME 28/92 (2-X-92) DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA<sup>3</sup>

Basado en los casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.309, 10.262 y 10.311, que la Comisión decide analizar conjuntamente en virtud de la conexión de materia, se trata de saber si las leyes 23.492 de diciembre de 1986 (Punto Final), 23.521 de junio de 1987 (presunción *jure et de jure* de obediencia debida) y el decreto de indulto 1002/89 (que benefició a procesados) violaron la Convención en cuanto al deber de los Estados de respetar los derechos consagrados (art. 1º), las garantías judiciales (art. 8º) y la protección judicial (art. 25).

Respecto de la admisibilidad, se cita a los pronunciamientos de la Corte Suprema convalidando las normas arriba mencionadas como cumpliendo con el requisito de agotamiento

<sup>1</sup> Si bien el pronunciamiento de la Comisión no es en sí obligatorio, al determinar si hubo o no violación a la Convención, está determinando el "derecho". Para algunos autores, esto se caracteriza como una función *cuasi-jurisdiccional*. Ver notas 30 a 32.

<sup>2</sup> El informe que se publica es en realidad el segundo informe (art. 51, C. A.). Previamente la Comisión debe haber redactado un informe en el cual se establece su opinión (art. 50, C.A.) sobre los hechos. Este primer informe es entregado al Estado en cuestión para que realice sus observaciones. Es el segundo informe (art. 51, C.A.) el que se publica, luego de transcurrido un plazo que permita al Estado cumplir con lo dispuesto por la Comisión.

<sup>3</sup> El informe, juntamente con un pedido de opinión consultiva presentado por Argentina y Uruguay, fue publicado por el E.D. el 10-11-93.

to de recursos internos<sup>4</sup>. Ahora bien, uno de los puntos en discusión es que para la Argentina los hechos cuestionados son anteriores a la entrada en vigor para el país de la Convención, siendo que ocurrieron en el período del terrorismo de Estado en la época de la dictadura.

La Comisión, por su parte, explica que no se trata de juzgar esos hechos sino de cotejar las normas en análisis, con los derechos a una investigación judicial y acceso a la justicia consagrados en la Convención Americana.

Lo que marcan las observaciones de la Argentina al informe preliminar, al que se refiere el artículo 50 de la Convención, es precisamente ese distinto enfoque o interpretación con el análisis de la Comisión; coherentemente, en las mismas, la Argentina sostiene que ha reparado las consecuencias de sus actos mediante la sanción de leyes como las 23.466 o la 24.043 que versan sobre pensiones a familiares de desaparecidos o indemnizaciones a personas puestas a disposición del Poder Ejecutivo en aquella época.

*En realidad, que la Argentina alegue la sanción de aquellas normas es inadecuado. La razón del procedimiento internacional no son las desapariciones, sino la imposibilidad de los demandantes de acceder a una investigación; en suma, de acceder a la justicia; de manera tal que lo que se enuncia*

<sup>4</sup> El fallo que da lugar primordialmente al procedimiento ante la Comisión es el que se refiere a la constitucionalidad de la ley de "Obediencia Debida" (ley 23.521) del 23 de junio de 1987 (E.D., julio 31 - agosto 6, 1987). En el mismo, la mayoría omite analizar distintos aspectos de su manifestada inconstitucionalidad; como la lesión a la división de poderes (en este caso al establecer la ley una presunción modificatoria de la realidad para todo un universo de casos, en realidad, está adoptando una posición jurisdiccional que le está vedada al poder legislativo) o la falta de acceder a un pronunciamiento judicial. En cuanto al Derecho internacional, salvo Petracchi, que analiza la violación de la Argentina del Derecho internacional por actuar en contra de una Convención no entrada en vigencia (Convención de Naciones Unidas contra la Tortura) de acuerdo al art. 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (cdra. 12), el resto de los jueces, incluida la disidencia de Bacqué, no traen a consideración el conflicto de la ley con la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual es parte del ordenamiento argentino. En este sentido, era absolutamente previsible el presente informe de la Comisión Interamericana. Para un excelente análisis de la inconstitucionalidad de la referida ley y de su violación al Derecho internacional consuetudinario y convencional, ver "Dus obedians and the rights of victims: Argentina's transition to democracy" por Kathryn Lee Crawford en *Human Rights Quarterly*, vol. 12, The Johns Hopkins University Press, 1990, pá. 17 y sigs.

como reparación no tiene relación lógica con el daño en cuestión. Se trata de dos lesiones distintas, siendo de análisis en el caso si hubo o no privación de justicia.

Lo que surge del informe de la Comisión es, entonces, que las consideraciones se refieren a una cuestión de compatibilidad de las citadas normas con la Convención y no a una cuestión de hecho.

La Comisión entiende que se han violado los artículos<sup>5</sup>: 1º, justamente por no haber sido respetados los derechos establecidos en la Convención y no haber el Estado investigado la violación de la Convención (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "caso Velásquez Rodríguez", 29-VII-88 párr. 172); 8º, al no permitirse el acceso a tribunales para que éstos establezcan el Derecho; y 25, se convirtió en imposible el recurso judicial para demandar penalmente a los autores de los hechos. Como se ve, el artículo fundamental es el 1º de la Convención, puesto que es mediante este artículo que los Estados se comprometen a respetar el conjunto de derechos establecidos en la Convención.

Como consecuencia de lo expuesto, la Comisión entiende en la parte resolutive del informe que mediante las leyes 23.492, 23.521 y el decreto 1002/89 la Argentina violó la Convención, recomendando al gobierno que otorgue una justa compensación por las citadas violaciones a los peticionarios; a la vez que recomienda al gobierno la toma de medidas para individualizar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos durante la pasada dictadura militar.

### III. ALTERNATIVAS POSIBLES DE LA ARGENTINA FRENTE A LA COMISIÓN INTERAMERICANA

Al menos en cuanto a la sanción de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, sobre todo de la primera, puesto que es sobre la cual recayó el fallo de constitucionalidad de la

<sup>5</sup> El artículo 1.1 de la Convención Americana dice: Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Corte Suprema, la Argentina pudo haber adoptado otra actitud en cuanto al sistema interamericano de protección de derechos humanos. En efecto, siendo que las citadas leyes enarababan palmariamente la Convención, la única alternativa hubiera sido la de declarar la suspensión de garantías consagrada en el artículo 27 de la Convención Americana.

El artículo 27 permite suspender ciertos derechos de la Convención en situaciones de emergencia; entre ellos, los derechos consagrados en los artículos 8° y 25, es decir, de las "garantías judiciales" y de la "protección judicial". En realidad, el artículo 27 de la Convención, establece los derechos que ni siquiera bajo excepción pueden ser suspendidos; entre los que no nombra están los citados 8° y 25.

Ahora bien, luego de nombrar los derechos cuya aplicación no puede ser dejada sin efecto, el artículo 27 agrega: "...ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos". Esto último plantea el problema de si el artículo 25 está entonces elípticamente incluido dentro de los no derogables o no. Creemos que no es así, cuando la Convención habla de garantías judiciales, lo que está haciendo es referirse sólo a aquellas que sean indispensables para la protección de los derechos expresamente no derogables; es decir, se está asegurando que los derechos no suspendibles no sean suspendidos por el Estado mediante la denegación de su protección judicial. De acuerdo a este razonamiento, el acceso a la justicia como derecho protegido en sí mismo es suspendible. En este sentido la misma Corte en su Opinión Consultiva 8/87, la cual versaba sobre si el hábeas corpus es "suspendible", dijo: "la suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio de la democracia representativa a que alude el artículo 3° de la Carta de la OEA". Con lo cual queda claro que si la suspensión se realiza dentro del marco legal y con el fin de mantener la democracia, es perfectamente válida. En otro pasaje de la citada Opinión Consultiva se sostiene que "...El artículo 27.2 indica que lo fundamental es que dichos procedimientos judiciales sean indispensables para garantizar esos derechos"; queda claro entonces que la protección judicial que establece el artículo 25 será suspendible o no teniendo en cuenta si tiene como fin la protección de algún derecho no derogable o si, por el contrario, es base de una pretensión independiente de esos derechos.

Pero para que la suspensión sea válida, la misma debe ser conforme a ciertos requisitos:

—necesidad de la suspensión, esto significa que la Comisión va a verificar que 1) haya una situación objetiva de emergencia, 2) que la emergencia amenace la seguridad del Estado, o sea, para que esto ocurra deben estar amenazados la población, el territorio o el orden jurídico<sup>6</sup> que amenace la continuidad de la vida de la comunidad;

—temporalidad, que la suspensión esté limitada en el tiempo;

—proporcionalidad, es fundamental que la suspensión tenga como referente la situación objetiva de emergencia, debe haber una relación en la cual la suspensión tienda a solucionar la emergencia; es más, la Comisión estableció en su informe sobre la situación de derechos humanos en Nicaragua (1978), que sólo se justifica la suspensión en ausencia de otra alternativa para solucionar una grave emergencia<sup>7</sup>;

—compatibilidad con otras obligaciones de Derecho Internacional, para ser legítima, la declaración de suspensión debe estar conforme al conjunto del ordenamiento del Derecho internacional;

—la suspensión no debe entrañar discriminación alguna;

—y por último, las restricciones deben estar en el marco de las leyes internas que se hayan dictado para el bienestar general<sup>8</sup>.

Ahora bien, además de los requisitos para legitimar la suspensión de las garantías, la Convención requiere que la emergencia sea oficialmente proclamada<sup>9</sup> y que el Estado en cuestión informe a los demás Estados por intermedio del secretario general de la OEA sobre los derechos suspendidos, los motivos y el plazo.

<sup>6</sup> Según Mónica Pinto el bien jurídico tutelado por la suspensión de garantías es la vida de la comunidad jurídico-política organizada en el Estado. En *Los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por la República Argentina y sus principales obligaciones*, CELS, Bs. As. 1993, p. 18.

<sup>7</sup> La proporcionalidad debe darse tanto en la intensidad de la suspensión como en la duración. Mónica Pinto, *op. cit.*, p. 19.

<sup>8</sup> Claudio Grossman: "Algunas consideraciones sobre el régimen de situaciones de excepción bajo la Convención Americana de Derechos Humanos", *Derechos Humanos en las Américas*, OEA, Washington DC, 1986, pp. 121 y sigs.

<sup>9</sup> Thomas Buergenthal, Robert Norris y Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems*, Engel Publisher, Arlington, 1986, p. 217.

La declaración de suspensión debe cumplir con los requisitos de publicidad y promulgación adecuada, además de la notificación a los Estados, vía secretario general de la OEA, requisito cuyo fin es el de verificar el cumplimiento de la Convención<sup>20</sup>.

La conducta que se requiere del Estado es, entonces, que haga pública la suspensión de los derechos consagrados en la Convención, que actúe dentro del marco legal y que notifique a la Organización para garantizar el control o monitoreo de la situación de emergencia.

El no cumplimiento de los requisitos formales, a mi juicio, no legitimaría la suspensión de los derechos, incluso en el caso de ajustarse materialmente a los requisitos de la Convención. En primer lugar, porque no pueden ser requisitos que funcionen como letra muerta, es decir, no cumplirlos es no cumplir con la Convención, especialmente, porque si bien formales, estos requisitos permiten un mejor control de situaciones que por lo general dan lugar a posteriores violaciones masivas a los derechos humanos que llegan a afectar a los derechos que no son pasibles de ser "suspendidos". Y en segundo lugar, porque de acuerdo al artículo 29 de la Convención (normas de interpretación), los derechos no pueden limitarse más de lo previsto en la Convención, con lo cual una limitación de derechos que no cumpla exactamente con lo previsto en la Convención está afuera del marco permitido por la Convención Americana.

En el caso argentino, siendo evidente que la sanción de la Ley de Obediencia Debida acarrea la violación de la Convención Americana y la consecuentemente probable intervención de la Comisión Interamericana, podría haberse resuelto conjuntamente con la sanción de la ley, una declaración de suspensión de las garantías de la Convención, comunicando a la OEA que la medida que se contraponen al derecho de acceso a la justicia, el cual puede ser suspendido de acuerdo al artículo 27 de la Convención, se tomaba en un contexto en el que estaba en juego la continuidad del orden jurídico y el mantenimiento de la convivencia (recordemos los eventos de Semana Santa del '87, sobre todo el estancamiento producido por la negativa de las Fuerzas Armadas de reprimir a los sublevados); que para paliar esa situación se dic-

<sup>20</sup> Claudio Grossman, *op. cit.*, p. 128.

taba la referida ley, cuyos efectos no iban más allá de recomponer la situación general para garantizar la vigencia del sistema político democrático<sup>11</sup>.

Como vemos, es claro que hubiera sido posible cumplir con los requisitos materiales arriba explicados; sin embargo, se entiende que políticamente haya sido poco plausible el admitir la propia debilidad del gobierno al realizar una declaración semejante junto con el otorgamiento de la nombrada ley.

De todos modos, aun cuando pudiera ser visto como una inconsistencia, quizás, si bien es cierto que no se declaró ni comunicó la emergencia de acuerdo a lo dispuesto por la Convención Americana, la Argentina podría haber probado de utilizar los parámetros del artículo 27 de la Convención como defensa ante el presente informe, argumentando la tesis del estado de excepción. En el informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia de diciembre de 1981<sup>12</sup>, la Comisión Interamericana analizó la situación general usando el parámetro de derechos derogables y no derogables (art. 27.1), incluso cuando el Estado (Bolivia) no había hecho una declaración suspensiva de derechos (notificación del 27.3).

En síntesis, si bien no notificar sobre suspensión de derechos es en sí mismo una violación de la Convención además de no legitimar tal suspensión, en el presente informe, a pesar de ser inconsistente con la posición del Estado argentino, la necesidad de suspensión de derechos es un argumento que podría haber llegado a ser seriamente considerado por la Comisión Interamericana, especialmente por haber precedentes en esa dirección, como ser el ya señalado caso de Bolivia.

#### IV. PEDIDO DE OPINIÓN CONSULTIVA DE LA ARGENTINA Y URUGUAY A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como reacción al informe arriba analizado, los gobiernos

<sup>11</sup> Esta línea de pensamiento no está tan disociada de la realidad como podría parecer, en efecto, en el fallo sobre la constitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida arriba citado; Fayt en su voto sostiene que para analizar el presente caso el virtual colapso de nuestro sistema constitucional debe ser tenido como una circunstancia relevante. Además hay que interpretar la Constitución con un método que preserve el más alto valor de salvaguardar su supervivencia (voto de Fayt, *id.* 13).

<sup>12</sup> Tomado de Thomas Buergenthal, *op. cit.*, p. 222.

de Argentina y de Uruguay<sup>13</sup> solicitan a la Corte su opinión consultiva, en virtud de lo dispuesto por el artículo 64 de la Convención, que proscribe la competencia consultiva de la Corte. Según el citado artículo, las solicitudes deben versar sobre la interpretación de la Convención.

En el caso se solicita, a través de una opinión consultiva, que la Corte se expida sobre la interpretación de los artículos 41 y 42 (funciones de la Comisión) en cuanto constituyen la base de la competencia de la Comisión habilitándola para determinar la violación de los artículos 23, 24 y 25 (derechos políticos, igualdad ante la ley y derechos a la protección judicial), mediante la sanción de leyes internas de acuerdo a lo prescripto por la Constitución, en cuanto a su conveniencia, razonabilidad, mérito<sup>14</sup>. El artículo 41.f enumera dentro de las funciones de la Comisión, la de actuar respecto de las denuncias que le lleguen con autoridad de acuerdo a los artículos 44 a 51. Ahora bien, respecto del contenido de las peticiones, el artículo 44 establece que deben versar sobre violaciones a la Convención. Es importante notar que no especifica qué tipos de actos del Estado deben causar la violación, por otra parte, en los artículos siguientes se establece: el procedimiento, los requisitos de la demanda para poder tramitarse, la potestad de elevar un caso a la Corte y la de publicar un informe en donde se determina que un Estado violó la Convención, pudiendo definirse, además, lo que aquél debería hacer para reparar los efectos de ese acto (arts. 45 y sigs.).

Pero lo que claramente *no se estipula* es una limitación a la competencia de la Comisión en virtud del origen o naturaleza del acto violatorio. Lo que importa es determinar si la

<sup>13</sup> Uruguay sancionó una ley de "caducidad" cuyos efectos consisten en hacer caducar los juicios y toda acción legal posible que tengan origen en los hechos de violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar.

La particularidad está dada en que dicha ley fue confirmada por el resultado de un plebiscito convocado a tal efecto.

En virtud de esa ley es que recayó sobre Uruguay un informe de la Comisión similar al ya analizado respecto a la Argentina. De ahí que la solicitud de opinión consultiva sea conjunta.

<sup>14</sup> El pedido de opinión consultiva solicita, además, la interpretación de los arts. 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Belindud ésta a la que no nos referiremos en el presente trabajo y que versan sobre aspectos procesales y no de fondo del accionar de la Comisión respecto de los plazos (arts. 50 y 51) y respecto del análisis posterior de peticiones declaradas inadmisibles (arts. 46 y 47).

Convención fue enervada o no, ese es el rol que le cabe a la Comisión<sup>16</sup>.

*Debe tenerse en cuenta, además, que los Estados se comprometen a respetar los derechos establecidos y a garantizar su ejercicio (art. 1<sup>o</sup>), de manera tal que la forma en que lo hagan, como la forma que tome la eventual violación a la Convención, no es relevante en este aspecto. Las leyes aparecen tan revisables como cualquier otro acto del Estado<sup>16</sup>.*

El debate sobre revisibilidad de leyes conformes al ordenamiento interno se manifestó claramente en la XXI Asamblea General Ordinaria de la OEA (junio 1991). Allí, en oportunidad de la presentación del informe anual de la Comisión a la Asamblea, México y Uruguay atacaron la potestad revisora de leyes de la Comisión utilizando dos argumentos: uno, que la calificación de una ley como violatoria es abstracta si no se define un acto que haya violado la Convención; se desprende de esto que una ley, por sí misma, no podría violar la Convención. El otro es que la Comisión no puede ordenar cambiar una ley por no ser un organismo jurisdiccional.

Patrick Robinson, representando a la Comisión, sostuvo que en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, no se puede alegar en sede internacional el Derecho interno, por lo cual la objeción de forma respecto de la ley es improcedente. Por otra parte, la obligación de la Comisión es velar por la Convención, para lo cual dentro de sus potestades realiza recomendaciones (y no órdenes) a los países (art. 41 b). Respecto a la "abstracción", sostiene que los Estados tienen el deber de adoptar medidas internas para la plena vigencia de la Convención (art. 2<sup>o</sup>)<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> La Comisión, tiene otras competencias, algunas determinadas por la propia Convención, como la de promover los derechos humanos, y otras en virtud de ser un órgano anterior a la Convención, siendo que aparece como órgano principal de la OEA (art. 111, Carta de la OEA).

<sup>18</sup> Probablemente, lo que ocurre es que los Estados se vean influenciados por una tradicional limitación a la responsabilidad por los actos legislativos; esto es, cuando la tesis de que el Estado podía ser responsable y condenado judicialmente por los eventuales daños que su accionar pudiera producir a los ciudadanos se impone, los actos fundados en prescripciones legislativas no pueden ser revisados judicialmente, al no ser responsabilidad de los agentes sino de la "voluntad general". Esto se ve, por ejemplo, en la evolución estadounidense en materia de responsabilidad del Estado. Hoy en día, los Estados son, en general, posibles de ser responsables internamente incluso por su actividad legislativa.

<sup>17</sup> Juan Antonio Triviño señala las atribuciones de la Comisión Interamericana, que él divide en: especiales, temporales y temáticas, estas

Es de particular interés, en cuanto a la posibilidad de revisar leyes, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por cuanto la similitud de ambos sistemas nos lleva a una posible aplicación en América de sus conclusiones. La misma dice: "El artículo 25 del Convenio Europeo faculta a los particulares a sostener que una ley viola sus derechos por sí mismos, en ausencia de un acto individual, si corren el riesgo de sufrir directamente sus efectos"<sup>18</sup>.

Gros Espiell toma esta jurisprudencia europea y la analiza en virtud del Convenio Europeo, que prescribe en el artículo 25 que el actor ante la Comisión Europea debe ser una "víctima". Llega a la conclusión entonces que la jurisprudencia arriba transcripta es amplia en cuanto a la no exigencia de un acto particular para que alguien sea "víctima". De todos modos, celebra que la Convención Americana haya suprimido el requisito de ser "víctima" (art. 44, C.A.), ya que de esta forma es más fácil el acceso para llegar a la intervención de la Comisión Interamericana<sup>19</sup>.

De este razonamiento de Gros Spiell se puede inferir que, aunque no esté expresamente dispuesto por la Convención Americana, es dable interpretar que la Comisión Interamericana puede "revisar" leyes, siendo que revisar leyes es una potestad que los órganos del sistema europeo de protección a los derechos humanos ejercitan incluso con un marco normativo más restrictivo en este aspecto que el americano.

Es llamativa entonces, la actual posición del citado autor, sobre todo teniendo en cuenta que es redactor del pedido de opinión consultiva conjunta argentino-uruguayo como canciller del Uruguay.

---

últimas se refieren a los derechos protegidos y a su fuente (Declaración Americana de Derechos Humanos o Convención Americana de Derechos Humanos) lo que queda claro es que el autor no hace depender las atribuciones de la Comisión, para analizar si hay o no violación de la Convención, al tipo de fuente que tenga la violación. Trátase de leyes o de otra actividad estatal. Juan Antonio Travieso, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Heliasta, Bs. As., 1990, p. 256 y sigs.

<sup>18</sup> Caso "Paula Marchx" del 13-VI-79. En el mismo sentido caso "Klass" del 6-IX-78 (*El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos*, García de Enterría, Civitas, Madrid, 1983).

<sup>19</sup> Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Jurídica de Chile, 1991, p. 144-147.

En la esfera internacional de derechos humanos, la implementación de mecanismos regionales de protección, el europeo y el americano incluyen o, más propiamente, no excluyen, el control de leyes. Debe dejarse en claro que el hecho que eventuales pronunciamientos de las comisiones de los respectivos sistemas no sean de adopción obligatoria para los Estados parte de las convenciones Europea y Americana, o que las decisiones de las respectivas Cortes, si bien obligatorias para los países aceptantes de su competencia, no tengan fuerza ejecutoria al punto de derogar por sí disposiciones internas de los ordenamientos estatales<sup>20</sup>, no es óbice a que la norma sea revisada<sup>21</sup> y que, en su caso, se genere una responsabilidad internacional del Estado que lo obligue a reparar a la víctima<sup>22</sup>. Por último, el pedido de opinión consultiva en análisis recuerda que la interpretación pedida no es abstracta; es decir se refiere a casos concretos sobre los cuales recayó informe desfavorable de la Comisión.

Entendemos que tratándose de "casos concretos", lo que corresponde según la Convención, en caso de disconformidad con el informe, es llevar el caso ante la Corte; pero no en virtud de un pedido de opinión consultiva (art. 64), sino en virtud de la potestad de llevar un caso a la Corte que tiene todo Estado, siempre que se hayan agotado los procedimientos de los artículos 48 a 50 (art. 61).

Esto así porque los Estados peticionantes (Argentina y Uruguay) son partes en los casos señalados, por lo cual si se quiere una revisión de los casos, la vía del artículo 61, es decir la contenciosa, es la única vía posible porque es la única forma en que la Corte puede entender sobre los casos concretos en cuestión.

<sup>20</sup> Sin embargo, en cuanto a lo parte del fallo de la Corte Interamericana que disponga una indemnización, la misma se pedirá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (art. 68.2, C.A.).

<sup>21</sup> Scott Davidson interpreta que el art. 65.1 de la Convención Americana al establecer que la Corte puede disponer que se reparen las consecuencias de la situación que configuró la violación, está implicando que la Corte puede decidir sobre la rectificación eventual de una "ley" que haya dado lugar a la violación. Scott Davidson, *The Inter-American Court of Human Rights*, Dartmouth Publishing Company, England, 1992.

<sup>22</sup> Es especialmente claro en cuanto al débil juego de revisabilidad de leyes y no aplicación directa de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Jacques Velu, "Les effets directs des instruments internationaux en matière des droits de l'homme", *Revue Belge de Droit International*, 1980-2, pp. 293 y sigs.

La opinión consultiva no podrá interpretar el contenido de los casos a los que se refiere el pedido ya que la función de tal competencia de la Corte es interpretar los instrumentos de derechos humanos<sup>23</sup> y no "casos concretos".

Otra diferencia de acceder a la Corte vía contenciosa o vía consultiva es que sólo la primera es vinculante. Vale decir que pidiendo una opinión consultiva los Estados se garantizan el no sufrimiento de una eventual condena al mismo tiempo que solicitan la revisión del accionar de la Comisión. Puede argüirse entonces, que el pedido de opinión consultiva en estas circunstancias carecería de buena fe; si es evidente que el pedido de opinión consultiva tiene como fin evitar o desvirtuar la competencia contenciosa de la Corte, entonces la Corte puede llegar a rechazar el pedido decidiendo no expresarse sobre la cuestión solicitada.

Esto último plantea otras dificultades; ya que si bien la Corte puede "interpretar" la Convención, no es un órgano que tenga competencia para "controlar" el accionar de la Comisión fuera de la revisión de los casos concretos a los que acceda por elevación de la propia Comisión o de un Estado en vista de esto último, es útil recordar que, de acuerdo al artículo 52 de la Carta de la OEA, la Corte no es un órgano principal de la OEA, mientras que la Comisión sí lo es. En todo caso, el "control" de la Comisión lo hará la Asamblea General de la OEA, que es el órgano entre sus competencias tiene la de analizar el informe anual de la Comisión.

**V. OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE Ciertas ATRIBUCIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (OC - 13/93)<sup>24</sup>**

Lo primero que analiza la Corte es si el pedido de opi-

<sup>23</sup> En cuanto a este respecto, la Corte tiene dicho que: "En materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa" (OC-182 del 24-IX-82, comad. 51).

<sup>24</sup> En concordancia con lo analizado en oportunidad del pedido de opi-

nión consultiva es admisible, para ello no sólo se requiere que se cumpla con los requisitos de forma, sino que, además, se debe apreciar si las circunstancias en que se basa la petición son tales que lleven a no responder<sup>25</sup>, siendo inadmisibles los pedidos que lleven a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte<sup>26</sup>.

Como ejemplo de lo expuesto, la Corte cita la OC - 12/91, en la cual decidió no responder al pedido de opinión consultiva por considerar que: "...una respuesta a las preguntas podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración por la Corte sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, distorsionaría el sistema de la Convención...".

Sin embargo, *a posteriori*, la Corte no encuentra en la solicitud presupuestos para abstenerse de resolverla, por supuesto, no explica cómo llega a esa solución, simplemente encuentra que el caso no es asimilable al precedente que viene de citar. Como ya lo desarrollamos más arriba, no compartimos la apreciación de la Corte; es evidente que se dan los presupuestos necesarios que habilitan la negación del pedido; ya que lo que está implícito en el pedido es el deseo de revisión de lo actuado por la Comisión, desvirtuando la competencia contenciosa de la Corte y con ello la eficacia del sistema en cuanto protector de víctimas de violaciones a los derechos humanos. Que la Corte, en su competencia consultiva, "revise" lo actuado por la Comisión no parece estar de acuerdo con ninguna norma del sistema interamericano, se trate de la Convención, la Carta de la OEA o los estatutos y los reglamentos de la Corte y de la CIDH.

En cuanto al análisis del pedido en sí, la Corte, con buen criterio, entiende que: "...el hecho de que se trate de leyes internas y de que éstas hayan sido adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la constitución, nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos. Las atribuciones de la Comisión en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención

nión consultiva, sólo nos referiremos a la OC-13/93 en cuanto a la respuesta sobre los arts. 41 y 42 de la CA.

<sup>25</sup> En este la Corte se cita a sí misma en la OC-1/82, párr. 29.

<sup>26</sup> OC-1/82, párr. 31.

es violada<sup>27</sup>; y agrega: "en el ámbito internacional lo que interesa determinar es si una ley resulta violatoria de las obligaciones internacionales asumidas por un Estado en virtud de un tratado. Esto puede y debe hacerlo la Comisión"<sup>28</sup>.

En cuanto a la calificación de que la norma violatoria a la Convención haga la CIDH, la Corte entiende que: "...una ley contraria a las obligaciones de un Estado derivadas de la Convención no puede ser estimada razonable ni conveniente"<sup>29</sup>.

Como vemos, más allá de la opinión en contrario que nos merezca la decisión de la Corte de admitir el pedido de opinión consultiva, queda claro que ni la naturaleza de la norma, ni el hecho de que ésta se encuentre conforme al ordenamiento interno, son óbices a que la CIDH analice si violan o no la Convención Americana, generando la consecuente responsabilidad en el caso de violarla.

## VI. VALOR JURÍDICO DEL INFORME DE LA CIDH

Previo al análisis del "valor" del informe de la CIDH, corresponde introducirse en la problemática de la "clase" de órgano que es la CIDH.

La doctrina no es pacífica en cuanto a si la CIDH es un órgano de características judiciales; la Corte tiene dicho<sup>30</sup> que el único órgano judicial del sistema es la misma Corte. Por otra parte, algunos doctrinarios<sup>31</sup> sostienen que la tarea de la CIDH, se asemeja a una función cuasi jurisdiccional, mientras que otros<sup>32</sup> afirman que el hecho de poder rechazar las

<sup>27</sup> OC-13/93 párr. 27.

<sup>28</sup> *Ibidem*, párr. 30. Lo destacado en letra contraria es nuestro.

<sup>29</sup> *Ibidem*, párr. 35.

<sup>30</sup> Fallo "Valtaquez Rodríguez", del 26-VI-87 párr. 28. En el mismo sentido Gross Espinal, quien sostiene que el único órgano jurisdiccional del sistema americano es la Corte porque es el único que puede emitir fallos obligatorios, *op. cit.*, p. 160.

<sup>31</sup> Entre ellos Sandifer en *The Right of Petition*, 1968, p. 83, y Buergethal. Este último autor sostiene que el accionar de la Comisión tiene tal carácter el tramitar las peticiones individuales por violación de la Convención (tomado de David P. Warner, *Comparación entre los Organos de Protección de la Convención Americana de Derechos del Hombre y la Convención Europea de Derechos Humanos desde la Perspectiva del Derecho Processal*, Washington, 1991, p. 31).

<sup>32</sup> David P. Warner, *op. cit.*, p. 32. En el mismo sentido, Warner cita a

peticiones que recibe es un claro ejemplo de ejercicio de función jurisdiccional.

En todo caso, más allá de la "etiqueta" que se le quiera poner a la CIDH como órgano, lo evidente es que sus informes (los del art. 51 de la CA, o sea, los referidos a casos concretos individualizados) establecen, con fuerza de verdad jurídica, los hechos. En este sentido, puede asimilarse su tarea a una labor jurisdiccional ya que la CIDH determina los hechos (encuentra, en caso de violación de la CA un responsable) y posteriormente publica el informe (sanciona al responsable).

Es cierto que, a diferencia de lo que ocurre con la Corte, los Estados no están obligados internacionalmente a cumplir con lo dispuesto por el informe (recordamos que los informes de la CIDH "recomiendan" las vías de acción pertinentes para reparar la violación a la Convención de la cual el Estado en cuestión sea responsable), pero no es menos cierto que la comisión de un ilícito internacional del cual es responsable un Estado parte de la Convención y que da lugar a un deber de reparar, se acredita mediante la publicación del informe de la CIDH.

#### VII. NECESIDAD DE TOMAR MEDIDAS EN RAZÓN DEL INFORME 28/92 DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Argentina, al ratificar el Pacto, aceptando las competencias de la Corte y de la Comisión, está aceptando, obviamente, el ejercicio concreto de esos órganos de su actividad dentro de su competencia específica; en otros términos, está aceptando que cuando la CIDH determina que algún Estado ha violado la Convención, queda establecido que ese Estado la ha violado.

Ahora bien, tomando en cuenta el reciente fallo de la CSJN "Ekmekdjian c/Sofovich" (L.L., 7-VIII-92), el cual en su considerando 19 (voto de la mayoría), sentando doctrina sobre la jerarquía normativa de los tratados como fuente de Derecho interno dice: "...Que la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados

---

Alcalá Zamora, sosteniendo el carácter jurisdiccional de la Comisión al estar capacitado como órgano para alcanzar el fin del "proceso", op. cit., p. 30.

impone a los órganos del Estado argentino asignar supremacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna...".

A la luz de este cambio jurisprudencial, el informe 28/92 de la CIDH (que recordemos, surge del ejercicio normal de funciones de la CIDH previsto en la CA, la cual es un "tratado") debería prevalecer internamente por sobre las leyes de Obediencia Debida, Punto Final y los indultos a procesados.

Como vemos, en el caso estamos frente a una obligación de acatar lo dispuesto por el informe 28/92, no tanto debido a la comprobación de un ilícito internacional (no es obligatorio, a diferencia de lo que ocurre con la Corte, cumplir con lo dispuesto por la CIDH), sino a que la jerarquía normativa interna señalada por la CSJN nos obliga a ello. Por lo tanto, es un deber del Estado argentino adoptar medidas para individualizar a los responsables de las violaciones masivas de los Derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura y otorgar a los peticionantes ante la CIDH una justa indemnización por la denegación de acceso a la justicia que produjeron las citadas normas.

Entendemos que el deber de individualizar a los responsables (en realidad esa tarea fue en parte ya hecha) puede continuarse mediante cualquiera de los órganos del Estado o por una comisión especialmente creada a tal efecto.

En cuanto a las indemnizaciones, éstas deben ser encaradas por el Poder Legislativo mediante el dictado de alguna ley (es evidente que siendo el poder legiferante y el que tiene a su cargo las asignaciones de erogaciones del erario público, es el que tiene que llevar a cabo la consabida reparación).

Es importante, por otra parte, que la norma indemnizatoria, para no violar el principio de igualdad, alcance no sólo a los peticionantes ante la CIDH, sino también a aquellos que se hayan visto privados de justicia en las mismas condiciones que los peticionantes, aunque sin haberse presentado ante la CIDH.

Sin embargo, surge el problema de plantear un límite razonable a la cantidad de beneficiarios, para ello es preciso definir el nivel de afectación que tienen que haber producido las citadas normas (Obediencia Debida, Punto Final, indultos) para que los damnificados puedan acceder a la indemnización. Creemos que la norma reparatoria debería alcanzar a todos aquellos que teniendo iniciado un proceso al tiempo de

sanción de cualquiera de las normas en cuestión, hayan visto afectado el proceso frustrando su normal desarrollo o su total cumplimiento si ya estuviese finalizado.

Otros dos aspectos claves de la ley indemnizatoria son el de determinar el monto de la reparación y el modo de hacerla efectiva, esto es, si el importe va a ser saldado de una vez o si se va a tratar de un cumplimiento de tracto sucesivo o de una renta vitalicia. En mi opinión, tomando por analogía otras normas reparatorias<sup>33</sup>, el mejor método es el de determinar una renta mensual para quienes recaiga la reparación. En cuanto al monto, para determinarlo puede recurrirse a parámetros contenidos tanto en normas anteriores de características similares (ver nota 33), como sentencias judiciales que indemnicen lesiones de similar magnitud y que puedan servir de marco referencial.

La sanción de la norma indemnizatoria no sólo vendría a cumplir con una obligación legal interna y a reparar un ilícito internacional, como ya se ha dicho, sino que, además y quizás más importante, vendría a cumplir con el imperativo moral de corregir una injusticia cuando quiera que una injusticia se produzca.

#### ABREVIATURAS:

- CIDH o la Comisión: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.  
CA o la Convención: Convención Americana de Derechos Humanos.  
La Corte: Corte Interamericana de Derechos Humanos.  
CSJN o Corte Suprema: Corte Suprema de Justicia de la Nación.  
OEA: Organización de Estados Americanos.  
PEN: Poder Ejecutivo Nacional.

<sup>33</sup> Ley 23.466 de pensiones a familiares de desaparecidos durante la pasada dictadura, o la ley 24.043 de indemnizaciones a personas que hubieran sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo durante la pasada dictadura, o el decreto 70/91 para los que iniciaron procesos judiciales por haber estado a disposición del PEN durante el "Proceso de Reorganización Nacional".

## MUJER Y CRIMINOLOGÍA

MARCELA SANTOS - HAYDÉE ACERO MANGO

### I. INTRODUCCIÓN

La relación entre la mujer y la criminología parece marcada en sus inicios por la no relación. Los trabajos de investigación son bastante escasos, y la operatividad de los sistemas de control formales sobre la delincuencia femenina sensiblemente menor con respecto a la masculina<sup>1</sup>. Parece ser que la relativa incidencia de la mujer en las estadísticas que dan cuenta de la población criminalizada ha hecho perdurar en el tiempo un no análisis de la condición femenina en lo que a criminología se refiere. Al respecto Zaffaroni sostiene: "Siempre que un aspecto del poder punitivo se omite en el discurso criminológico y jurídico-penal, la omisión es sospechosa (...) La experiencia nos enseña que la omisión en el discurso que lo explica, por regla, oculta una de las facetas de su perversión" (Zaffaroni, 1992;1).

### II. ¿EVOLUCIÓN? HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO DE LA MUJER POR LA CRIMINOLOGÍA

La generalidad de los tratados sobre Criminología coinci-

<sup>1</sup> La mayoría de los manuales y tratados sobre criminología no hacen referencia a la situación de la mujer sea como víctima de delitos o criminalizada, Mee, Anelita, "El delito de las féminas", en *Delito y Sociedad. Boletín de Ciencias Sociales*, n° 2, Buenos Aires, 1992, pág. 115.

den en ubicar su origen como disciplina autónoma, en los estudios que a fines del siglo XIX realizó Lombroso. La aproximación al objeto de estudio de esta nueva ciencia fue de tipo etiológico, y la validez del análisis radicaba en la metodología empleada.

Las conclusiones a las cuales este "paradigma" arribaba eran, entre otras, que los delincuentes y las causas de los delitos se encontraban en razones biológicas y/o psíquicas que llevaban inexorablemente<sup>2</sup>, a cierta clase de pseudo seres humanos a delinquir. Decimos pseudo hombres porque según cree demostrar Lombroso, los delincuentes se hallaban más cerca del mono que del hombre. El delito tenía una esencia en sí, lejos estaba de tratarse de una construcción social, el crimen y el criminal eran por naturaleza, mejor dicho un error de la naturaleza.

La influencia darwiniana en estas conjeturas es innegable. El delincuente no es un ser humano, no ha terminado de evolucionar, se encuentra en estadio inferior, de ahí que hasta quizás sea conveniente eliminarlo, en tanto, de todos modos probablemente no sobrevivirá<sup>3</sup>.

La situación para la mujer en este aspecto es doblemente complicada, aún sin ser delincuente se encuentra en un estadio de evolución inferior que permite dudar de su calidad humana, el hecho de ser delincuente la convertiría no como al hombre en un pseudo ser humano sino en una especie de animal más que extraño. Sería algo así como un pseudo ser humano al cuadrado.

El derecho vigente durante el período del Iluminismo expresaba la tradición romana canónica, donde los delitos y las penas expresaban fundamentos de moralidad familiar. La conducta transgresora femenina era vista como un ataque a la institución familia, más que contra la sociedad, de ahí que en algunos casos el fuero familiar se mezclaba con el jurisdiccional<sup>4</sup>. La transgresión al honor familiar es criminalizable

<sup>2</sup> Un análisis mayor de la teoría evolutiva puede ser hallada en Darwin, Charles, "On the origin of species by means of natural selection, or the preservation of favoured races in the struggle for life", versión en castellano (1992) "El origen de las especies", *Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo*, n° 4, Planeta-Agostini, Barcelona.

<sup>3</sup> Confrontar en este punto el artículo de Rosa Mavila León y Katya Salazar Lúzula, *Mujer y Criminología: Apuntes Feministas sobre las Teorías Criminológicas Clásicas*, Lima, 1992.

en el ámbito del control social privado, si la transgresora es la mujer, mientras que la del varón recibe un tratamiento con formas públicas de sanción<sup>4</sup>.

La "conducta femenina desviada" atacaba el rol impuesto por esa sociedad a la mujer, escapaba de los cánones de rol pasivo y expectante, destruía el honor familiar, pero sobre todo dejaba de lado la vida virtuosa señalada como camino para la mujer desde la Iglesia. ¿A qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de conducta femenina desviada? La situación que causa desvelo en el derecho-moral de la época radica en el adulterio<sup>5</sup>, no parece extraño que nuestra legislación positiva actual en tanto heredera directa haya penalizado el adulterio femenino de distinta manera que al masculino.

La calidad de sujeto de la mujer fue dudada hasta bien entrado el siglo XX; a partir de allí resulta lógico que no haya sido tomada como objeto de estudio en la criminología, salvo, como veremos más adelante, para cierto tipo de delitos<sup>6</sup>.

La inferioridad femenina ha encontrado a lo largo de la historia diversas teorías que la sustentan, basadas principalmente en supuestas deficiencias físicas (menstruación, embarazos, menopausia). Esta característica femenina de debilidad y desorden encontraría su origen en Adán y Eva. Tratados médicos del siglo XVI definen a la mujer como "húmeda y fría" mientras que el hombre es "caliente y seco", lo que daba lugar a un temperamento voluble, falaz y difícil. Lo más grave no radica en el hecho de que esta visión de la mujer haya existido, sino en el hecho de que haya perdurado a lo largo del tiempo elaborada de manera más sutil.

Según Lacan el sujeto es constituido a través de la mirada de los otros, la gran mayoría de las mujeres durante el transcurso, siguiendo esta postura teórica, no fueron miradas sino vistas.

<sup>4</sup> La diferencia en el tratamiento del adulterio femenino y masculino, radicaba en la posibilidad de que el primero trajera como consecuencia un hijo ajeno al matrimonio, que podría ser ingratado como propio del matrimonio en la misma calidad de heredero que los legítimos; el segundo en cambio no significaba deshonra ni daño para la esposa.

<sup>5</sup> Aun en el siglo XVIII el adulterio de la mujer se considerado como un delito de orden público, que justificaba la pena de muerte a la adúltera. En las clases populares, a la mujer culpable se la azotaba públicamente, se le maraba con hierro candente y se la expulsaba del hogar.

<sup>6</sup> La prostitución es el delito que Lombroso estudia en su libro clásico denominado *El Hombre Delincuente y la Mujer Prostituta*.

Aquellas que fueron miradas, constituidas como objeto de deseo, y por lo tanto sujetos, devinieron protagonistas, secundarias, claro está, de la criminología clásica: de ahí el estudio de la mujer prostituta que realiza Lombroso.

Ya sea que tomemos como origen de la criminología a la escuela clásica o al *Martillo de las Brujas*, la percepción de la mujer como objeto de estudio tiene una característica que la emparenta sin distinción de período histórico en la historia de las ciencias; es la condición femenina la estigmatizada por el derecho penal y convertida así en objeto de preocupación criminológica; en el caso de Lombroso la mujer prostituta es la desviada, en el *Martillo de las Brujas*, éstas son perseguidas, entre otras causas, por su potencialidad para concebir un hijo del demonio, las palabras para señalar las coincidencias huelgan.

El *Martillo de las Brujas* es un manual para inquisidores, que "... ofrece un discurso completo e integrado de criminología, derecho penal y derecho procesal penal" (Zaffaroni: 1992:6). Si bien es cierto que no fue el poder punitivo el que creó la visión de inferioridad de la mujer, no lo es menos que ésta aparece como un fuerte escollo en el camino de la consolidación del poder vertical, en tanto correa de transmisión de diversas prácticas de religiosidad popular y de cultura fuertemente comunitaria. Con esta base se asienta un discurso peyorativo y represivo para la mujer. Según surge del título las "brujas" son las mujeres siendo excepcional la existencia de algún brujo<sup>7</sup>. Esta regularidad pretende explicarse sobre la base de una deficiencia genética femenina. "No hay veneno peor que el de las serpientes. No hay cólera superior a la de la mujer. Es preferible vivir con un león y un dragón, que habitar con una mujer mala, por ser más débiles en la mente y en el cuerpo, no sorprende que se entreguen con mayor frecuencia a los actos de brujería. La razón [de la debilidad está en que hubo] una falla en la formación de la primera mujer, por haber sido creada a partir de una costilla curva (...) contraria a la rectitud del hombre"<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Sólo se acepta la posibilidad de existencia de brujos cuando se verifica en el hombre cierto matiz homosexual. Parece ser un latiguello común en la ciencia explicar las excepciones por su parecido a la regla. Así la mujer delincuente se parecerá más a un hombre que a una mujer, preponderarán en ella los elementos masculinos.

<sup>8</sup> *El Martillo de las Brujas*, primera parte, cuestión 6<sup>a</sup>, citado por Zaffaroni: 1992: 8

Podemos encontrar aquí el origen de aquello que el poder punitivo seleccionará como causa y fundamento de su accionar sobre la mujer, una falla genética en la misma, una mayor carnalidad, mayor inclinación al mal debido a su debilidad, lo que permitirá la justificación de la tutela del Estado como "padre preocupado".

Retomemos por un momento a Lombroso y su análisis sobre la delincuencia femenina. En principio podemos decir que la justificación del estudio es el deseo de combatir la criminalidad, concentrándose en la etiología de la misma. Como se ha dicho anteriormente, la mujer delincuente ocupa un lugar secundario en estos estudios, y puede describirse como una versión empeorada, si es que esto es posible, del hombre delincuente. Sin embargo el mérito de la escuela positivista radica en el hecho de haber incorporado a la mujer en el ámbito de la criminología. Si bien continúa implícitamente la visión religiosa del rol esperado para la mujer (madre virtuosa, pasiva, sumisa) y la causalidad de delincuencia en la misma, se busca dotar de argumentos biológicos y psicológicos el comportamiento delictual femenino. De todos modos, lo criminalizado es la sexualidad femenina extramatrimonial, bajo la figura de prostitución como algo absolutamente peligroso para el orden público, mientras que la mujer ladrona será sometida al control privado en tanto no reniega de su rol.

Lombroso en *Los Criminales* realiza una descripción minuciosa de la mujer prostituta cuyas características principales radican en la pereza y la carencia total de sentido moral, y como tal doblemente censurada: en tanto mujer pública que vive fuera de la esfera familiar. La ladrona en cambio pese a delinquir en la vida privada es capaz de asumir la maternidad, el matrimonio y la sexualidad. "Así la mujer que transgrede lo que se espera de ella no sólo no es considerada una mujer honrada sino que es asumida como una hembra viciosa, lo cual relaciona la idea de pecado, sexualidad, voluptuosidad y frivolidad" (León-Luzuriaga:1992: 42).

El Derecho penal del siglo XIX refleja un mundo donde la mujer es considerada inferior al hombre, donde la transgresión no es meramente la violación de la norma sino sobre todo la violación del rol sexual. "Por lo tanto, la función de la pena fue, por un lado, reconducir a la mujer a un modelo de conducta basado en la castidad y fidelidad sexual y, por otra

parte, hacer aprender a la detenida el trabajo doméstico, considerado fundamental para absorber el rol femenino, pero además importantísimo económicamente, por cuanto de él depende el trabajo asalariado de otros miembros de la familia" (Bergalli - Bodelón: s/d; 17).

"En muchas partes de la Polinesia todas las mujeres especialmente las menstruantes son consideradas contaminadoras y peligrosas. Se impone una continua y rigurosa fiscalización social, *pues a una sociedad no le conviene ignorar a sus miembros más peligrosos, tal como no le conviene descuidar a los más valiosos*". Pero en Samoa la posibilidad de que una joven cause daño es muy limitada. No puede elaborar *tafalo*, especie de pastel confeccionado comúnmente por los jóvenes con el fruto del árbol de pan, ni prepara *kava* mientras está en su período menstrual. Pero no necesita retirarse a ninguna casa especial, ni comer sola; no hay contaminación en su contacto o mirada" (Mead: 1993; 90, 91).

Si bien a los criminólogos clásicos les hubiera resultado más que enojoso la comparación con los nativos de la Polinesia, gran parte de los estudios hechos sobre la mujer hallan una relación de causalidad entre el período menstrual y la delincuencia femenina. El acercamiento de la criminología a la mujer como objeto de estudio parece haber estado signado, fuertemente, por esta realidad biológica, la menstruación, que mes tras mes acae a las mujeres, durante por lo menos cuarenta años.

Las teorías han sido múltiples sin embargo han coincidido en la afectación de las facultades racionales en la mujer a causa de esta especie de mal. Si a esta afectación le agregamos que la capacidad de raciocinio de la mujer estuvo discutida, más que discutida negada por la ciencia, volvemos a la rotulación de la mujer como pseudo ser humano al cuadrado.

Así, las escasas referencias que encontramos en Durkheim sobre la mujer tienen como fundamento su maternidad, la presencia de la menstruación y la influencia de éstas en situaciones en el ánimo de las mismas. "... la menstruación [debe clasificarse] entre los fenómenos mórbidos: pues a causa de las perturbaciones que ocasiona se acentúa la receptividad de la enfermedad en la mujer..." (Durkheim: 1967; 71). Si bien es cierto que el delito es un hecho social normal

\* La bastardilla es propia.

en esta sociedad y que brinda cierta utilidad indirecta, al igual que la menstruación en la mujer, no se deduce de lo anterior que el criminal, la mujer menstruante, sea un individuo correctamente constituido desde el punto de vista biológico y psíquico.

### III. ESPECIFICACIÓN DE LAS DIVERSAS CORRIENTES EPISTEMOLÓGICAS

La clasificación más generalizada de los estudios criminológicos que intentan explicar la delincuencia femenina se agrupa en las siguientes categorías: aquellas que se basan en argumentos bio-psicogenéticos (dominantes aún en la actualidad), aquellas que los hacen sobre argumentos socio-psicológicos, en el supuesto de uniformidad de experiencias para todas las mujeres, y, desde 1960, aquellas que han sido llamadas sociológicas, en tanto sustentan la criminalidad femenina en la desigualdad estructural de las mujeres en tanto educadas en una sociedad masculina.

Analizaremos a continuación con mayor detalle cada una de estas teorías.

Las explicaciones bio-psicogenéticas han sido las dominantes histórica y recientemente, teniendo como supuesto básico fundamental las diferencias entre hombres y mujeres que impiden la aplicación de la misma teoría criminológica a delinquentes femeninos y masculinos. De más está aclarar que Lombroso pertenece a este grupo de teóricos, según se puede deducir de lo anteriormente expuesto; las conclusiones a las cuales arriba son las siguientes: la mujer es menos inteligente que el hombre, más pasiva y por lo tanto más predispuesta a la conformidad. Las mujeres deben ser tratadas del mismo modo que los niños, en tanto poseen un sentido de lo moral deficiente y poseen un instinto sexual muy fuerte que las puede llevar a delinquir. Sin embargo la mayoría de las mujeres son conformistas en tanto asumen su rol maternal y reprimen sus instintos sexuales y su tendencia a la desviación. Las mujeres que delinquen son pseudo-machos, pero dejemos que Lombroso nos explique a la mujer delincuente y el porqué de su criminalización: "... cuando la piedad y los sentimientos maternales son lo esperado, y en su lugar son las fuertes pasiones y las intensivas tendencias cróticas,

mayor fuerza muscular y superior inteligencia para la concepción y ejecución de delitos, está claro que la inocua presencia de tendencias semi-criminales en la mujer normal debe transformarse en el nacimiento de un criminal más terrible que cualquier hombre<sup>10</sup>.

La influencia creciente de concepciones médicas adosadas a esta teoría (relacionar con menstruación) hacen definir a la mujer delincuente como una enferma, ubicándose el origen de su enfermedad en su ginecología.

Otto Pollak, seguidor de esta corriente teórica, escribe en 1961 *La Criminalidad de la Mujer*, donde se intenta demostrar la relación entre las fases generativas (menstruación, embarazo o menopausia)<sup>11</sup> y las mujeres y el crimen, en este sentido durante la época de cambios hormonales la mujer se hallaría más predispuesta a la comisión de delitos.

La posibilidad de demostrar esta teoría se ve frustrada empíricamente, pese a lo cual no se cesa en el intento, Katharina Dalton supuso haber descubierto dicha relación, el 60% de las mujeres reclusas habían cometido el delito dieciséis días antes o después de la menstruación o durante el período menstrual mismo, surge así la teoría del *síndrome premenstrual*. Las objeciones huelgan. Pese a lo ridículo que puedan aparecer estas afirmaciones, los autores señalados no son los únicos que así lo sostienen. Laqueur se refiere especialmente a las ladronas de tiendas y señala el fundamento orgánico de la cleptomanía, que en muchos casos considera una *toxicosis sexual*. Este autor concluye que también en mujeres relativamente sanas, desde el punto de vista psíquico, pueden presentarse transitoriamente durante la menstruación, la gravidez o el climaterio, ciertos estados de entorpecimiento

<sup>10</sup> Lombroso citado por Jackson y Griffiths: 1991:283.

<sup>11</sup> En el libro *La Mujer. Sus Testosteronas Sexuales*, del doctor Ferrusi encontramos explicaciones de "alto contenido científico" respecto de la influencia de las fases generativas tanto en lo físico como en lo psíquico. Pero muestra hasta un botón "...las mujeres que tienen desarreglos ováricos-hormonales) se presentan desganadas, sin voluntad de nada, sin deseos ni de salir a divertirse (...) Sin luz y sin carácter, verdaderas muñecas, sin vitalidad ni colorida, son ex mujeres. Ellas no rezan para la vida y la vida no reza para ellas. La Naturaleza las abandona porque nada puede esperar de ellas. Las afea y les quita las ganas con que emballeció sus juventudes para que cumplieren su destino de maternidad y las seniles con atterradora rapidez" (Ferrusi: 1939:83).

mental, durante los cuales pueden cometer robos, que deben ser interpretados como actos morbosos<sup>12</sup>.

La relación de la mujer con la cleptomanía tiene según Krafft-Ebing una etiología sexual, si bien es cierto que los cleptómanos son fetichistas, la mujer no es una verdadera fetichista sino que es parapsíquica, que simplemente, por insatisfacción sexual, realizan un acto simbólico prohibido.

Demás está aclarar el hecho de que las mujeres criminalizadas con fundamento en estas teorías son aquellas que se niegan a ser contenidas en lo sexual por el marido, la no adaptación al rol esperado es la causal de la misma. En todos estos casos estaríamos frente a mujeres muy excitadas sexualmente o insatisfechas, quienes a falta de valor u oportunidad de satisfacer el deseo sexual, delinquen. El robo es el acto prohibido que finalmente tienden a realizar. Se produciría una trasposición afectiva de lo sexual a lo criminal.

Pollak, alejándose en cierto sentido de lo propuesto por Lombroso y Ferri, sostiene que la mujer comete una cantidad mucho mayor de crímenes de manera oculta, debido a su carácter manipulador influye e incita al hombre a la comisión de delitos.

Más recientemente ha aparecido la denominada tesis de *funcional equivalencia del crimen*, que sostiene que hombres y mujeres tienen las mismas condiciones para ser desviados, pero de todos modos existirían formas específicas de desviación sexual, desde esta perspectiva las mujeres son doblemente desviadas, enfermas (mentales) y malas.

Las críticas a estas teorías radican en el método empleado, la existencia de muchos casos negativos en las estadísticas que utilizan como basamento, la relación con la ginecología femenina de los delitos que le da un carácter irracional al accionar de la mujer deja de lado el hecho de que como ser racional el ser humano, también la mujer, tiene un campo de elección y discrecionalidad en su accionar; demás está decir que no se presta atención a la importancia de factores culturales y estructurales.

Las explicaciones socio-psicológicas surgieron en 1960 y suponen que las diferencias en la cantidad y calidad de los

<sup>12</sup> Ver Stakal, Wilhelm (1958) "Actos Impulsivos", T. VI, *Desviaciones del instinto y del afecto*, Ediciones Imán, Buenos Aires.

delitos perpetrados por las mujeres en relación a los hombres proviene de factores culturales más que de factores innatos. Los mecanismos de socialización, en especial al interior de la familia, llevan a los niños y a las niñas a asumir sus respectivos roles de género culturalmente mandados.

Dentro de éstas encontramos la *teoría del rol*: las madres emplean socializaciones diferentes para preparar a sus hijos e hijas para sus futuros roles enfatizando la división sexual del trabajo. Esta socialización diferencial tiene implicancias para el comportamiento futuro "... mientras nuestra cultura perdona y hasta espera ciertos comportamientos agresivos en los muchachos, éstos son rechazados en las muchachas"<sup>12</sup>.

El delito aparece como netamente masculino y los hombres que los cometen sólo afirman su condición de tales. Las mujeres no cometen delitos, ellas se conforman; las delincuentes han sido socializadas deficientemente o son mujeres masculinizadas.

Por otro lado merece mencionarse la *teoría del control social*<sup>14</sup>, cuya tesis central es que los hombres están preparados para desenvolverse en el ámbito público, donde son visibles y susceptibles de formas de control tales como el sistema criminal de justicia, mientras que las mujeres están identificadas con el ámbito privado, siendo tomadas por el sistema de control informal familiar<sup>15</sup>. De aquí que la mujer en tanto adquiere las características de su rol de género deba ser susceptible de protección, mientras que los hombres por las mismas causas son merecedores de una mayor libertad. *Las mujeres delincuentes son aquellas que no han sido contenidas por los sistemas informales de control*. Así la delincuencia femenina se considera un caso de psiquiatría y no del sistema penal (Quispel: 1979), por ello aún recibe la etiqueta de "loca" más que la de "delincuente": si una mujer infringe la ley es que algo no marcha en su cabeza.

Kolberg por su parte adscribe a la *teoría del desarrollo moral* que sostiene que la mujer no adquiere un conocimiento de lo abstracto, de lo impersonal y de los derechos humanos, lo cual la hace permanecer en un estadio de madurez inferior

<sup>12</sup> Marie André Bertrand citada por Jackson Griffiths, 1991, 285.

<sup>14</sup> El principal exponente de la misma es Hirsch.

<sup>15</sup> Si esto hace recordar a la descripción hecha del período lumnista no es pura coincidencia.

al hombre. Gilligan critica esta teoría porque empíricamente debería demostrarse con un aumento de la criminalidad femenina en las estadísticas, cosa que de hecho no sucede. Sin embargo coincide en la existencia de una moral diferente, "ética de la responsabilidad" que hace que las niñas desde pequeñas aprendan sobre la consecución y mantenimiento de relaciones, mientras que los niños tienen como imperativo moral la separación y el respeto de los derechos humanos. Las mujeres son más resistentes y altruistas, los hombres se inclinan más a herir a los otros o a ser desviados, según lo demuestran las estadísticas.

Las críticas a esta postura radican en: primero la validez del método empleado, y en segundo lugar a los supuestos de estas explicaciones: a) la diferente socialización que genera hace a las mujeres más conformistas que a los hombres y b) la separación absoluta entre las esferas pública y privada. Respecto de a) es posible decir que la división en roles tiene explicaciones con base en motivos económicos, sociales y culturales; con relación a b) la no contaminación de lo privado por lo público carece de validez real en tanto la legislación tiene incidencia tanto sobre las relaciones intrafamiliares como en las relaciones del Estado con la familia.

Las explicaciones sociológicas tienen su origen con la segunda oleada feminista en la década del '70, y tienen su punto de atención en la relación existente entre la estructura social y la delincuencia femenina.

La tesis de la liberación femenina sostiene como argumento básico que esta última trajo como consecuencia un incremento de la criminalidad de las mujeres. Esta nueva criminalidad, según Adler se originaría en un cambio de carácter de la mujer que deviene más agresiva, emprendedora, en fin más masculina. Las críticas que merece son varias, en principio y como todas las anteriores el método empleado para la verificación de las hipótesis, en segundo lugar el hecho de que las mujeres que cometen delitos, lejos de ser feministas, se parecen bastante a sus predecesoras, por último a pesar de la "liberación femenina" muchas mujeres siguen estando ubicadas en una posición inferior al hombre, en lo que hace a status.

La diferencia cualitativa y cuantitativa entre la delincuencia femenina y la masculina encontraría su explicación

en diferentes mecanismos de socialización, diferentes tipos de control social, diferentes oportunidades para la comisión de delitos, así como también en el acceso a subculturas criminales, etcétera.

Se nota aquí una clara influencia del rol sexual y de las posibilidades que la estructura social ofrece a las mujeres en el análisis de la delincuencia, a medida que la mujer se incorporó al modo de producción como fuerza de trabajo resultó posible añadir la delincuencia femenina a los delitos contra la propiedad; de la misma manera los delitos de cuello blanco parecerían ser exclusividad de los hombres.

Las teorías de aproximación al conflicto señalan la existencia del patriarcado que somete a la mujer al control del marido en todos sus aspectos y que aun encuentra referencia en el derecho imperante. En este sentido es posible hablar del derecho sexuado, que permite interrogarse sobre la neutralidad e imparcialidad del derecho mismo. "El hecho de que el derecho no haya podido resolver en diversos campos los problemas materiales de las mujeres o que en todo caso sólo haya aportado soluciones parciales, ha conducido a la elaboración de una crítica de los instrumentos mismos a través de los cuales se intenta transformar la realidad"<sup>16</sup>.

Como sostiene Miralles<sup>17</sup> el control social que más se ejerce sobre la mujer es el informal, siendo la familia, la escuela y como institución el hospital psiquiátrico quienes más actúan sobre la misma. La psiquiatrización de la mujer es ampliamente superior a la del hombre, pese a que la propensión de la primera a la enfermedad mental es menor. Cabe mencionarse en este punto el análisis que de las instituciones de secuestro realiza Foucault, como marco de contención de lo desconocido, de construcción del otro y por lo tanto de la estigmatización del peligroso. En *Historia de la Locura* analiza el surgimiento de la psiquiatría y su rol en la construcción social de la enfermedad, y su permanente utilización como mecanismo de control sanitario sobre los cuerpos dóciles.

<sup>16</sup> Las acciones necesarias exceden el campo de lo meramente legal para insertarse en la necesidad de profundos cambios económicos, culturales y sociales.

<sup>17</sup> Miralles, Teresa (1986), "La mujer: el control informal", en *Pensamiento Criminológico II*, Colección *Homo Sociologicus*, Ediciones Península, Barcelona.

*La criminalización es el mecanismo de control reservado para aquellas pocas mujeres que no son controladas por el temor y la medicalización, aquellas que atacan directamente el poder masculino.*

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La criminología en tanto conjunto de disciplinas se desarrolla en el marco de una sociedad que ha cambiado a lo largo del tiempo, sin embargo con relación a la mujer estos cambios parecen retardarse. Así aquellas teorías criminológicas que han sido totalmente rechazadas para explicar la criminalidad masculina resultan ser aplicables y valideras para la femenina.

El análisis pormenorizado de las distintas teorías ha permitido señalar irrefutables evidencias de diferencias al interior de las mismas. Sin embargo son insoslayables las similitudes que existen, en lo que aparentemente serían inconciliables posturas epistemológicas. Todas coinciden en señalar la relación directa entre el rol de la mujer en las sociedades con la criminalización de la misma. En este sentido, a medida que la mujer se incorporó al modo de producción como fuerza de trabajo resultó posible añadir la delincuencia femenina a los delitos contra la propiedad, pese a lo cual los delitos de cuello blanco parecerían ser exclusividad de los hombres.

Lo criminalizado en todas estas teorías es el incumplimiento de la mujer del rol sexual esperado para ella por la sociedad, que la visualiza como conformista y pasiva relegada al ámbito de lo privado. No resulta, en este punto ilógica la preponderancia del control informal sobre el formal para la criminalidad femenina. Las mujeres han sido definidas por el sistema penal y por las ciencias que lo explican más que como sujetos como objetos de tutela, con fuerte influencia de los postulados positivistas y su conclusión sobre la inferioridad femenina.

Todo lo dicho hasta este momento es susceptible de enmarcarse en el debate de la teoría de los géneros cuyo supuesto básico radica en el predominio de lo masculino en detrimento de lo femenino.

A modo de reflexión final, una pregunta retórica a los efectos del presente trabajo, es correcto preguntarse sobre

una criminalización basada en diferencias de género, o son otras las causas (clase social, raza, cultura) que llevan a la construcción del sujeto infractor con independencia del sexo del criminalizado. Las similitudes entre las diversas teorías sobre la criminalidad femenina existen. La pregunta queda planteada.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BERGALLI, Roberto y BODELÓN, Encarna (s/d), *La Cuestión de las Mujeres y el Derecho Penal Simbólico*, Universidad de Barcelona.
- DUBHEIM, Emile, *Las Reglas del Método Sociológico*, La Pléyade, 1987, Buenos Aires.
- JACKSON, Margaret y GRIFFITHS, Curt, *Canadian Criminology Perspectives on Crime and Criminality*, Harcourt Brace Jovanovich, 1991, Canadá.
- HULSMAN, Leuk (s/d), *Sexual Behaviour and Attitudes and their Implications for Criminal Law*.
- MAVILA LEÓN, Rosa y SALAZAR LUZULA, Katya, *Mujer y Criminología: Apuntes Feministas sobre las Teorías Criminológicas Clásicas*, 1992, Lima.
- MEAD, Margaret, "Adolescencia, sexo y cultura en Samoa", *Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo*, n° 13, 1993, Planeta, Barcelona.
- MEO, Anafla, "El delito de las féminas", en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n° 2, 1992, Buenos Aires.
- MIRALLES, Teresa, "La mujer: el control informal", en *Pensamiento Criminológico II*, Colección *Homosociología*, Ediciones Península, 1985, Barcelona.
- PERRUSI, *La Mujer. Sus Trastornos Sexuales*.
- STEKEL, Wilhelm, *Actos Impulsivos*, Ediciones Imán, 1953, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *La Mujer y el Poder Punitivo*, Mimeo, 1992, San Pablo.

## **RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y POSTCONTRACTUAL**

**DANIEL C. VARACALLI Y SERASTIÁN PICASSO**

### **I. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL - CONCEPTO Y LÍMITES**

Como su nombre lo indica, la responsabilidad precontractual importa la obligación legal de reparar un daño surgido en el período previo al perfeccionamiento de un contrato. Este daño —también aquí eje central y fundamento del deber de indemnizar— no se sustrae a imbricarse con los presupuestos restantes de la responsabilidad civil: debe provenir de una acción humana antijurídica, estar en relación de causalidad adecuada y ser atribuible a su autor en virtud de un factor legal.

Repasando algunas definiciones doctrinarias, transcribimos la de Trigo Represas: "Es responsabilidad precontractual la que existe por los daños resultantes de la frustración inmotivada de un contrato, como consecuencia del intempestivo apartamiento de una de las partes de las tratativas previas que de acuerdo al curso normal, debían conducir a la conclusión de aquél o a su definitiva no celebración por falta de acuerdo; como así también cuando el mismo no llega a perfeccionarse válidamente por estar viciado de nulidad, por causas exclusivamente atribuibles a una de las partes".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Trigo Represas, Félix A., Ponencia para la Comisión N° 1 de las V Jornadas de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, Junín, 29 al 31 de octubre 1992.

Para Brebbia, más sucintamente, "existe responsabilidad precontractual cuando, a raíz de la comisión de un acto ilícito, por lo general culposo, sucedido en el curso de las tratativas previas a un contrato, del que se deriva un daño al otro precontractante, surge la obligación de resarcir el daño causado"<sup>2</sup>.

Cobas y Zago entienden que "la responsabilidad precontractual es la originada con motivo de la relación existente entre las que podrían resultar futuras partes de la relación jurídica bilateral contrato, con motivo y como consecuencia de las tratativas que en común realizan para la posible concreción de aquél"<sup>3</sup>.

El tratamiento cabal del tema y la conceptualización del mismo suponen la consideración de ciertas cuestiones previas:

a) *la extensión de la libertad de contratar:*

El interés de este punto radica en la posibilidad de vislumbrar los valores en juego en el tema que nos ocupa: por un lado, la facultad de todo habitante de la Nación de entrar o no a formar parte de una relación jurídica como el contrato, que limitará su libertad personal y afectará su patrimonio. Por el otro, y en colisión con lo expuesto, el deber genérico de no dañar ni la persona ni los derechos del prójimo, en estrecha relación con el imperativo de buena fe respecto de todo comportamiento con relevancia intersubjetiva.

El sustento normativo de dichos valores es, para el primero, el artículo 33 de la Constitución Nacional, que incluye la libertad de contratación en interpretación armónica con los artículos 14 y 17 de nuestra carta magna<sup>4</sup>; para el segundo, los artículos 1109, 1077 y 1198 del Código Civil.

La delimitación de la responsabilidad precontractual impone la conciliación de los dos aspectos señalados: la libertad de contratar no debe ser tan estrecha que haga responsable a todo aquél que libremente y en ejercicio de su derecho consti-

<sup>2</sup> Brebbia, Roberto H. - Andorno, Luis O. - Cusiello, Juan José, *ibidem*, basado en Brebbia, Roberto H., *Responsabilidad Precontractual*, La Rocca, Bs. As., 1987.

<sup>3</sup> Cobas, Manuel O. - Zago, Jorge A., *ibidem*, basado en Garrido-Zago, *Contratos Cíviles y Comerciales*, Bs. As., 1989, p. 116.

<sup>4</sup> Ekmekdjian, Miguel A., *Manual de Derecho Constitucional*, quien expresa que "la libertad de contratar es uno de los derechos patrimoniales implícitos", Bs. As., 1991, p. 146.

tacional, opta por no ingresar como parte a una relación jurídica contractual, ni tan amplia que permita la causación irresponsable de un daño injusto.

Un valor adicional que posibilite una conciliación fundada de ambos extremos es el carácter no absoluto de los derechos (art. 1071, Cód. Civil). Este, junto con el valor "buena fe" serán analizados más adelante (conf. infra, punto V) cuando se aborde el tema de los factores de atribución, que nos dan el porqué de la obligación de reparar el daño en cada supuesto que se considere procedente.

b) *la delimitación precisa del período previo a la conclusión del contrato:*

El tramo temporal relevante jurídicamente a los efectos de imputar responsabilidad precontractual resulta parte integrante de la definición de este término, y discriminará las conductas trascendentes al derecho —ya sea positiva o negativamente— de las que no lo son. Obviaremos aquí la discusión histórica sobre el tema —que describiremos en el punto II— para pasar a considerar la solución actual.

Como iter o camino, esta línea temporal tiene dos extremos. El segundo resulta el más fácil de determinar, ya que se ubica en el momento del perfeccionamiento del contrato, en el instante en que concurren la oferta y la aceptación y se anuda de manera definitiva el consentimiento de los sujetos respecto del objeto, configurándose así los elementos constitutivos de un contrato. La problemática de los contratos a distancia posee suficiente previsión legal y se halla profusa y precisamente tratada por la doctrina como para incurrir en ella<sup>8</sup>.

Aparece como más difuso, en cambio, el extremo en que comienza el iter precontractual, que debe ser —más allá de toda duda— previo a la oferta, sin perjuicio de que en algún caso particular pueda comenzar en ella. Para Faggella la etapa en cuestión se inicia en el momento en que "las partes discuten, preordenan, cambian ideas, proyectan el contrato, conciben y elaboran las cláusulas, los pactos y las condiciones, analizándolas y sintetizándolas"<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Conf. Mosset Iturraspe, *Contratos*, Cap. III, B. A., Ediar, 1988, p. 88, o Garrido-Zago, *op. cit.*, Cap. IV, p. 95.

<sup>9</sup> Faggella, Gabriella, citado por Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 868.

Estas negociaciones no necesariamente desembocarán en un contrato, sino con igual probabilidad en un desacuerdo no intempestivo. Pero si ello sucede, no habrá seguramente responsabilidad precontractual, mientras que si desembocan en un contrato, aún puede haberla como consecuencia de la nulidad o anulación del mismo.

En definitiva, concluimos en que no es posible fijar legalmente el momento preciso en que comienzan las negociaciones, puesto que ello no depende de un hecho identificable sino de una multiplicidad de hechos posibles, tal como se deduce de la enumeración abierta de Faggella. Por tanto, la ley positiva debe ser escueta al respecto y abandonarse en el punto a la sana crítica de los jueces en la meritación de las pruebas aportadas. Ello sin perjuicio de que debe haber un texto legal expreso, que sea lo más preciso de acuerdo a las posibilidades del lenguaje. En este sentido, toda conceptualización adecuada de "tratativas" o "negociaciones" preliminares debe ser teleológica: si éstas no tienen por fin inmediato o mediano la formación de un contrato, no pueden generar responsabilidad jurídica. Pero si revelan una finalidad análoga de las partes, sí la generan. Por ello representaba un gran avance el texto del artículo 1158 de la ley vetada de unificación: "Durante las tratativas preliminares, y aunque aún no se haya formulado una oferta, las partes están obligadas a comportarse de buena fe para no frustrarlas injustamente".

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El primer autor en formular una teoría sistemática del tema que nos ocupa fue Rudolf von Ihering<sup>7</sup>, quien fundamenta la responsabilidad en la culpa *in contrahendo*, definida como la violación del deber de diligencia que emerge una vez que ha existido oferta<sup>8</sup>. La limitación de la teoría finca en otorgar relevancia solamente a las tratativas posteriores a la formulación de la oferta, además de importar una tesis contractualista, que hoy resulta discutible (conf. *infra*, punto IV). Los términos responsabilidad *in contrahendo* y "precontractual" serán usados

<sup>7</sup> Conf. su obra *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restés imparfaites*.

<sup>8</sup> Stiglitz-Stiglitz, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, p. 45-46.

por tanto en forma *sindénima*, siguiendo a Llamblas, quien aduce que la distinción entre ambos conceptos ya carece de justificación.<sup>9</sup> En forma concordante, nuestra jurisprudencia ha dicho que "la culpa *in contrahendo* consiste en la omisión de las diligencias necesarias para que el contrato llegue a perfeccionarse de una manera completa"<sup>10</sup> y que "deriva, en último análisis, no de la inexecución de una obligación, sino de las irregularidades cometidas al proponer o tramitar un contrato"<sup>11</sup>.

En visión del insigne jurista alemán, la responsabilidad por actos cometidos en el período precontractual no excluye la vigencia de ciertos efectos del pacto frustrado o nulo. Si bien no surtirían efecto las obligaciones principales a que las futuras partes se habrían comprometido —o ya se comprometieron en el caso de un contrato anulado—, sí tendrían vigencia ciertas obligaciones contractuales diferentes de aquéllas, como la de reparar los daños y perjuicios.

Gabrielle Faggella<sup>12</sup> critica y a su vez perfecciona la tesis de Ihering, por cuanto la oferta deja para él de constituir el portal de entrada a la responsabilidad precontractual. Antes bien, el solo hecho de comenzar a negociar con la finalidad de cerrar un acuerdo contractual ya configura un hecho relevante para el orden jurídico y susceptible de generar el deber de reparar. Ello es así porque no es necesaria una oferta para que se produzca un apartamiento intempestivo —y por eso mismo dañoso— de alguno de los futuros contratantes. Faggella tiende asimismo a la objetivación de la responsabilidad *in contrahendo*, pues estima que no es necesario el dolo o la culpa para conformar una ruptura antijurídica. Basta con que una de las partes altere el curso normal de las tratativas, adelantando de manera irrazonable lo que podría haber sido el normal disenso de las partes. Por ello el fundamento —para este autor— no es puramente la culpa, sino la violación del acuerdo ya concluido entre las partes —ya sea de manera expresa o tácita— para entablar negociaciones.

<sup>9</sup> Llamblas, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, T. I, Ferrat, Bs. As., p. 208.

<sup>10</sup> Cám. Com. Cap., 8-III-1950, L.L. 59-168.

<sup>11</sup> Cám. Com. Cap., 31-XII-1948, C.F. 195-401.

<sup>12</sup> *Conf. su obra Dei periodi precontractuali*.

<sup>13</sup> *Conf. su obra De la responsabilidad precontractuelle*.

Saleilles<sup>13</sup> constituye la última etapa en la evolución clásica de la doctrina. Valoriza plenamente la relevancia jurídica del tramo negociador previo a la oferta —que llama *pour-parler*—, fundiéndolo en uno solo con el ulterior. Dice encontrar una base económica a partir de la cual podrá calificarse arbitrario o no el apartamiento en materia precontractual, y funda la responsabilidad en la garantía legal y la equidad, que conviven con el dolo y la culpa como factores de atribución.

Acaso las palabras de von Tuhr<sup>14</sup> sean el ejemplo más claro de cómo la culpa *in contrahendo* evolucionó, dejando de ser un fundamento para una visión contractualista y subjetiva del asunto, para pasar a significar la violación objetiva de ciertos deberes en un ámbito extraño al contrato. Dice el jurista de marras: "Ya por el mero hecho de entrar en negociaciones contractuales, prodúcese entre los futuros contratantes una relación jurídica de la cual se derivan ciertos deberes; deberes que no versan precisamente sobre el cumplimiento del contrato, que todavía no existe, sino sobre su conducta mutua en el transcurso de las negociaciones. Así, tan pronto como éstas se inician, las partes vienen obligadas mutuamente a comunicarse hasta cierto punto, aquellos hechos que pueden tener una influencia decisiva en las resoluciones de la parte contraria. A la infracción de estos deberes suele darse el nombre de culpa *in contrahendo*."

### III. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

Tres son las grandes áreas donde resulta aplicable la responsabilidad por hechos previos a la conclusión del contrato, a nuestro juicio. Las expondremos a continuación:

#### a) *Tratativas preliminares:*

Obviamente, con este nombre a secas designamos a lo que sucede en todo el período precontractual. Distinguimos, empero, dos sub-supuestos de aplicación específica dentro de esta causal principal:

<sup>13</sup> Von Tuhr, A., *Tratado de las Obligaciones*, T. I, Reus, 1934, p. 142, citado en E.D., t. 58, p. 144, nota a fallo "Ricooci Barrisnuevo o Camilli Ernesto", CNCiv., sala A, 30-VIII-1960.

1) *Ruptura de las negociaciones*: Para que la misma genere responsabilidad debe ser intempestiva, arbitraria o irrazonable; de otra manera, sería el mero ejercicio del derecho constitucional que se apoya en la libertad de contratar. La reglamentación de este derecho la hallamos en el artículo 1150 del Código Civil, primera parte: "Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas...". Es evidente que lo que la ley dice es que la oferta no ata al ofertado; a *fortiori*, menos lo hará una tratativa en la que ni siquiera hay oferta. Sin embargo, lo que la ley no dice —pues ello contravendría otras disposiciones de igual rango— es que la oferta puede ser retirada de modo que produzca un daño, en especial cuando la otra parte ha incurrido en gastos a causa de ella, como por ejemplo, un estudio de factibilidad de un proyecto.

Para determinar si hay responsabilidad no basta con verificar objetivamente la existencia de un apartamiento, pues deben concurrir todos los presupuestos del sistema privado de responsabilidad. Ese apartamiento debe ser antijurídico, en primer término, sin que ello implique por el momento pedirnos acerca de si es lisa y llanamente ilícito o abusivo. Mosses Iturraspe expresa que "quien se aparta en forma arbitraria e intempestiva de las tratativas o quien retracta una oferta sin permitir a la otra parte su diligente consideración, se comporta de un modo contrario al Derecho"<sup>15</sup>. En segundo término ese apartamiento frustratorio debe causar un daño, un menoscabo material o moral. En tercer término debe estar en relación de causalidad adecuada con el accionar del contratante intempestivo. Finalmente, debe serle imputable, en virtud de un factor de atribución (conf. *infra*, punto V).

## 2) *Violación de deberes específicos*:

Alejándonos ya del caso típico de responsabilidad *in contrahendo*, pero manteniéndonos dentro de las alternativas del iter precontractual, nos topamos con ciertos deberes que la doctrina identifica como manifestaciones concretas del deber genérico de *non invidiam laedere*. Los Stiglitz identifican los siguientes, que no suponen —como en el caso anterior— la ruptura de los *pourparler*:<sup>16</sup>

—*Deber de colaboración*: se pone de manifiesto cuando por negligencia de uno de los contratantes se induce al otro a la realización de gastos innecesarios.

<sup>15</sup> Mosses Iturraspe, op. cit., p. 362.

<sup>16</sup> Conf. Stiglitz-Stiglitz, op. cit., ps. 63 y sigs.

—*Deber de custodia y conservación de los bienes enviados por una parte a la otra para que los examine, preservando dichas cosas de cualquier daño.*

—*Deber de información:* se omite advertir a la otra parte de cualquier circunstancia que obra en la esfera de conocimiento del cocontratante, y que pueda influir en la formación del consentimiento. Más genéricamente, "cuando una parte impida a la otra adquirir un correcto conocimiento de la realidad relevante para la valoración de la conveniencia del contrato, falsificando esa realidad u ocultándola, con lo que coarta la voluntad de la contraparte, induciéndola a concluir un contrato que no hubiera querido realizar".

Es probable que gran parte de estas hipótesis se hallen ya cubiertas por el dolo. Sin embargo, aún es posible que no se cumpla con los requisitos del artículo 932 del Código Civil y aun haya daño por resarcir. Será un contrato válido —si llega a formalizarse— pero el camino que a él condujo habrá generado responsabilidad. De relevante importancia es este deber para los contratos de consumo, que suelen ser precedidos no por una negociación particular, como concebía la doctrina clásica, sino por medios masivos de persuasión, como la publicidad. Si ésta es engañosa, por más que no alcance a ser dolosa, puede estar generando un daño injusto.

Las normas sobre dolo son muy severas. Basta, según reza el artículo 932, que el dolo no haya ocasionado un daño importante o no haya sido grave, para que no proceda la nulidad. En breve ponencia, los Dres. Bueres y Gesualdi señalaron que "en caso de que exista dolo incidental y de que, por lo mismo, se mantenga un contrato en pie (art. 934, Cód. Civil), la acción de daños y perjuicios será extracontractual y tendrá origen en la etapa previa a la formación del contrato"<sup>17</sup>.

Elo es así en base al artículo 1198, que impone un deber más sutil que el derivado del artículo 935: el obrar con cuidado y previsión, lo que es notoriamente inferior al "artificio, astucia o maquinación" del dolo vicio.

—*Deber de lealtad:* puede involucrar supuestos autónomos del anterior: no el deber de informar, sino el de abstenerse de revelar conocimientos que se hayan adquirido en virtud de la negociación. El secreto industrial, el *know-how*, el cono-

<sup>17</sup> Bueres, Alberto - Gesualdi, Dora Mariana, en Ponencias para la Comisión N° 1 (vid. nota 1).

cimiento, son los motores del sistema económico actual, y su revelación a la competencia supone una deslealtad susceptible de ser reparada.

Antes de cerrar nuestro comentario sobre las tratativas, es menester aclarar que éstas —en su concepción individualista clásica— son cada vez más infrecuentes en lo que hace al consumo masivo (no tanto en lo que hace a las profesiones liberales o que tienen un marcado tinte *infitu personae*, como los contratos de espectáculos). La relevancia de los deberes señalados es mayor cuanto más usualmente se recurre a la práctica de la adhesión o de las cláusulas predispuestas. En efecto: es probable que no haya ninguna *pourparler* en la adquisición de un producto elaborado, ya que éstas pueden haber sido desplazadas por la publicidad masiva, que unilateralmente persuade de la bondad del producto. Pero si ello se ha logrado con medios engañosos, aunque las tratativas no existan como tales por estar subsumidas en la publicidad misma, la violación al deber de información dará derecho a accionar por daños y perjuicios.

b) *Supuestos específicamente contemplados en nuestro Derecho positivo:*

No es cierta la afirmación de que nuestro Derecho positivo no contempla supuestos particulares de responsabilidad precontractual, por más que nos preocupe que carezca de un principio general sobre la misma que fije el supuesto de hecho fundamental (caso "a", *conf. supra*) y la extensión del resarcimiento.

Los casos que analizaremos —individualizados por Brebbia—<sup>18</sup> son por cierto fragmentarios y necesitarían estar acompañados por una teoría general de la voluntad unilateral como fuente autónoma de las obligaciones, tarea ésta que fuera encarada por la Ley de Unificación vetada en sus artículos 2288 a 2305. Citaremos a continuación las normas y los presupuestos de hecho que describen:

—Artículo 1155: Se refiere a la actitud del aceptante frente a una oferta seria y determinada. En concordancia con el principio del artículo 1150 —las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas— esta norma plan-

<sup>18</sup> Brebbia, Roberto H., Ponencia a la Comisión Nº 1... (*conf. nota 1*) y *op. cit. passim*.

tea la contracara de aquél: el aceptante sólo tiene posibilidad de retractar su aceptación antes de que ella haya llegado a conocimiento del proponente. Si la retractare después de haberse anudado el consentimiento —o sea habiendo ya contrato, y no pudiendo o no queriendo cumplir éste— el retractante debe satisfacer las pérdidas e intereses derivados de sus acciones.

—*Artículo 1156*: Complementa lo dispuesto en el precepto anterior, por cuanto "la parte que hubiere aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, su muerte o incapacidad sobreviniente, y que a consecuencia de su aceptación hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas, tendrá derecho a reclamar pérdidas e intereses". Es el caso inverso del anterior: mientras por el 1155 el oferente puede demandar al aceptante retractado en tiempo impropio, por el 1156 el aceptante puede demandar al proponente retractado, muerto o incapacitado.

—*Artículo 1150*: Amén de enunciar el principio general de la libertad de contratar, enumera dos excepciones:

a) cuando el oferente hubiese renunciado a la facultad de retirarla;

b) cuando el oferente se hubiese obligado, al hacerla, a permanecer en ella hasta una época determinada.

La primera excepción ha sido profusamente criticada<sup>18</sup> pues no aclara cuál será el plazo durante el cual dicha renuncia a retirar la oferta tendrá vigencia; lo cierto es que si se realiza de manera abusiva, intempestiva, arbitraria o dentro de un tiempo prudencial de haberla emitido, generará responsabilidad precontractual.

El segundo caso importa la irrevocabilidad de la oferta en un plazo cierto y determinado fijado por el oferente, cuya voluntad unilateral cobra aquí todo su vigor como fuente obligacional. Mas esto será analizado más adelante (*infra*, punto IV).

Pueden inclusive hallarse otros supuestos legales aislados:

—*Artículo 1163*: Según esta norma, el que se obliga por un tercero ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer las pérdidas e intereses si el tercero se negase a cumplir el contrato.

—*Artículo 1329*: El que vende una cosa ajena debe res-

<sup>18</sup> Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 102.

ponder por los daños e intereses aunque sea de buena fe, si se trata de una compraventa civil.

c) *Vicios de la voluntad:*

Aunque, como se echa de ver, es ésta una hipótesis específicamente contemplada en nuestro Derecho positivo, la consideramos en un acápite distinto por ser objeto de una teoría general elaborada por la doctrina, en base a lo prescripto por la Sección Segunda del Libro Segundo del Código Civil.

En el área específicamente contractual, los artículos 1157 a 1159 efectúan una remisión a la sección citada del Código, lo cual nos lleva de la mano de Brebbia<sup>20</sup> al principio del artículo 1056, que enuncia: "Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general cuyas consecuencias deben ser reparadas". Ello es así, puesto que no es correcto afirmar a secas que la nulidad priva a un acto de sus efectos; antes bien, lo priva de sus efectos propios, pero no de aquellos necesarios para imputar responsabilidad a quien obró dañosamente.

Es claro que ante el dolo o la violencia, que suponen responsabilidad subjetiva del agente, la ley impone la obligación de resarcir (arts. 934, 943, 944 en concordancia con el 1056, Cód. Civil). En el caso del error, los gastos en que una de las partes incurrió a consecuencia de aquél, merecen ser resarcidos aunque no estemos frente a un factor subjetivo de atribución. Al respecto dice Spota: "El mismo error-obstáculo que impide la formación del consentimiento contractual, origina un problema de responsabilidad precontractual, ya que no medió contrato ante el disenso de las partes (...) Para esos supuestos ya resultó clásica la teoría de Ihering, cuya tesis fue independiente del elemento subjetivo culpa o dolo, ya que importaba una doctrina objetiva de la responsabilidad *in contrahendo*, o por lo menos de aquél que dio origen a un negocio jurídico aparente"<sup>21</sup>.

La responsabilidad precontractual puede extenderse también al accionar del lesionante previo al contrato, en los términos del artículo 954, ya que [s] lesión es a un tiempo vicio de la voluntad y del acto jurídico.

<sup>20</sup> Brebbia, Roberto H., *Presencia a la Comisión Nº 1...* (conf. nota 1).

<sup>21</sup> Spota, Alberto G., *Nota al fallo "L'ovak o'Olivetti", L.L., 1954-II-88.*

Enumerados los tres casos básicos de responsabilidad precontractual, encaramos ahora el estudio de la órbita de la responsabilidad precontractual, como así también de los factores de atribución, tema por cierto intrincado al carecer nuestro Código de una formulación legal precisa que suponga una teoría general sobre el tema.

#### IV. ÓRBITA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

En nuestro sistema legal se distinguen dos ámbitos u órbitas de responsabilidad civil, según que el hecho generador del deber de reparar consista en un incumplimiento contractual, o en la violación del deber genérico de no dañar que resulta de las normas de nuestro Código Civil. En el primer caso, nos encontramos con la violación a una obligación concreta, preexistente, nacida de la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas; en el segundo, en cambio, no se viola una obligación concreta, sino un deber genérico impuesto directamente por la ley<sup>22</sup>. Si bien actualmente la brecha entre ambos subsistemas se ha acotado, y se propugna doctrinariamente su unificación, aún subsisten diferencias importantes entre ambos (fundamentalmente, en relación a la extensión del resarcimiento y los plazos de prescripción)<sup>23</sup>. Así, de *lege lata* continúa vigente el artículo 1107 del Código Civil, que prohíbe pasar de uno a otro de estos sistemas, salvo que el incumplimiento contractual configure al mismo tiempo un delito de derecho criminal.

En estas circunstancias, reviste interés determinar a cuál de estas dos órbitas de la responsabilidad civil pertenece la llamada "responsabilidad precontractual", sin perjuicio de marcar que este último género posee características propias.

Históricamente, tanto Ihering como Paggella fueron partidarios de considerar a la responsabilidad *in contrahendo*<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989, p. 71, n° 140.

<sup>23</sup> Alterini, Attilio A. - López Cabana, Roberto M., *Derecho de Daños*, Bs. As., 1992, p. 42.

<sup>24</sup> Utilizando tal término, como lo hace Brebbia, como sinónimo de responsabilidad precontractual, y no para designar adle el período anterior a la oferta, sentido este último que le diera Ihering (conf. Brebbia, *op. cit.*, g. 43).

como formando parte de la órbita contractual. El primero de ellos encontró su fundamento en la "culpa contractual" en que ha incurrido quien viola la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, pero posteriores a la emisión de la oferta. Para Faggella, en cambio, la responsabilidad precontractual se fundamenta por la violación del acuerdo tácito para entablar negociaciones que se genera entre las partes al comenzar las tratativas previas al contrato, o *pourparlers*<sup>26</sup>. Más modernamente, el Código Italiano, en su artículo 1324, prescribe la aplicación de las reglas contractuales a los actos unilaterales con contenido patrimonial, salvo disposición legal en contrario. En nuestra doctrina, Alterini sostiene que los preceptos que rigen la responsabilidad contractual "se aplican, en cuanto sean compatibles, para los actos unilaterales entre vivos de contenido patrimonial (...); de tal manera, (...) en la etapa que, atendiendo a su temporalidad, se denomina 'precontractual', hay una serie de obligaciones emergentes de la declaración unilateral de voluntad que están regidas por las normas contractuales". Tal solución se fundaría, a su entender, en la analogía que como recurso interpretativo recepta nuestro artículo 16 del Código Civil<sup>28</sup>.

La mayoría de la doctrina, no obstante, se inclina por la idea de que la responsabilidad *in contrahendo* se enmarca dentro de la órbita extracontractual. Así lo consideran, entre otros, Busso, Colmo, Lafaille, Bustamante Alsina<sup>27</sup>, Llamblas, Boffi Boggero, López de Zavalla y Brebbia<sup>28</sup>. El común denominador de sus opiniones consiste en la idea según la cual, al no poder aseverarse en los hechos la existencia de ningún acuerdo entre las partes, éstas últimas se hallan obligadas solamente a cumplir con el deber general de no dañar impuesto legalmente. Resulta ilusorio, se sostiene, forzar la realidad e inventar inexistentes acuerdos entre las partes, que se formarían "tácitamente" desde el momento en que comienzan los *pourparlers*. Respecto de la tesis de Alterini, antes reseñada, dice Brebbia que *de lege lata* no puede exten-

<sup>26</sup> Brebbia, *op. cit.*, ps. 46 y sigs.

<sup>27</sup> Alterini, Atilio A., *Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, ps. 31 y 32, nros. 19 y 20.

<sup>28</sup> Citados por Bustamante Alsina, *op. cit.*, ps. 81-82, nros. 161-164.

<sup>29</sup> Citados por Brebbia, *op. cit.*, ps. 62 y sigs.

derse la responsabilidad contractual a los casos de incumplimiento de las obligaciones nacidas de un acto de voluntad unilateral, salvo que exista una remisión expresa de la ley en algún caso particular, como ocurre con el artículo 1870, inciso 5º del Código Civil respecto de la gestión de negocios. No pueden considerarse "casos análogos" los supuestos en que existe acuerdo de voluntades y aqueéllos en los que no lo hay. Además, en el caso de los contratos anulados, el artículo 1065 de nuestro Código Civil prescribe la aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual.

Por nuestra parte, creemos que deben formularse algunas distinciones. Si se acepta, como dice Brebbia, que salvo en la responsabilidad por actos nulos o anulables (en que existe acuerdo, aunque viciado), los demás casos de responsabilidad *in contrahendo* se producen en situaciones de actos de voluntad unilateral<sup>29</sup>, no nos parece tan claro que pueda hablarse de responsabilidad extracontractual. Porque si bien es cierto que en esos casos no hay un contrato preexistente, también lo es que no se da el supuesto característico de responsabilidad extracontractual, en el cual la obligación violada (*noeminen laedere*) es impuesta directamente por la ley, sin intervención de la voluntad del individuo. En los casos de voluntad unilateral, en cambio, la obligación es impuesta por el individuo a través de su acto unilateral: él se obliga por su propio designio. Y en este sentido, el caso se aproxima bastante a aquel en que existe un contrato entre las partes. La única diferencia radica en el hecho de que en un caso la voluntad será vinculante por la sola manifestación unilateral del individuo, mientras que en el otro se requerirá también el consentimiento de la contraparte. El tema se vincula además creemos con la doctrina de los actos propios, y, de aceptarse que la responsabilidad precontractual se fundamenta en la violación de obligaciones nacidas de la voluntad unilateral, y que en tales casos se aplican las normas sobre responsabilidad contractual, surge la cuestión de si sería aplicable en el caso la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, con la consiguiente diferencia que ello implica, para una calificada doctrina<sup>30</sup>, en cuanto al factor de atribución de responsabilidad.

<sup>29</sup> Brebbia, *op. cit.*, p. 60, nro. 6.

<sup>30</sup> Bueres, Alberto J., *El Acto lícito*, Hammurabi, Bs. As., 1986, ps. 53 y sigs.

<sup>31</sup> Brebbia, *op. cit.*, ps. 77 a 81 y 82.

No obstante, creemos que, dado que nuestro Código Civil no sienta principios generales acerca de la eficacia jurídica de la voluntad unilateral, no cabe admitir, como lo hace Brebbia utilizando el principio de analogía<sup>21</sup>, obligaciones surgidas de tal fuente salvo en los casos expresamente legislados por el Código. Coincidimos pues con autores como Borda, para quien "no toda declaración unilateral de voluntad produce efectos obligatorios para el declarante". Y ello porque "como regla, nadie puede obligarse por su oferta o propuesta mientras ésta no sea aceptada". Por ello, sólo debe admitirse la fuerza vinculante de la voluntad unilateral "cuando la ley le atribuye ese carácter en vista a un resultado socialmente deseable"<sup>22</sup>. Esta es la solución de los códigos italiano, alemán, suizo de las obligaciones, portugués, brasileño, peruano y mexicano. Asimismo, la Ley de Unificación Civil y Comercial de 1987, vetada por el Ejecutivo, establecía en su artículo 2266 que las declaraciones unilaterales de voluntad "producen obligaciones jurídicamente exigibles cuando la ley o el uso les atribuyen esa aptitud", acotando de este modo su ámbito *jurígeo*.

Creemos, en resumen, que:

a) En los casos de ruptura arbitraria de las tratativas, la responsabilidad es extracontractual, pues las partes no se hallan vinculadas por un contrato, ni hay obligaciones surgidas de un acto de voluntad unilateral.

b) En los casos de actos nulos o anulables, la responsabilidad es también extracontractual, en función de lo preceptuado por el artículo 1056 del Código Civil.

<sup>21</sup> "Unilateralmente, en los casos en que se vejan de forma voluntaria de retirar la oferta, o el oferente se obligue a mantenerla durante un tiempo determinado (art. 1150, Cód. Civil), y se la retracte, o cuando una parte ha aceptado la oferta ignorando la retractación, muerte o incapacidad sobreviniente del proponente (art. 1156, Cód. Civil), estamos en presencia de obligaciones surgidas de la voluntad unilateral del declarante, pues en este caso está expresamente reconocida por la ley su eficacia *jurígea*. Y aquí surge nuevamente el problema acerca de si la responsabilidad es contractual (por aplicación analógica de las normas de este ámbito de responsabilidad) o extracontractual (por no preexistir un acuerdo entre las partes). Como

<sup>22</sup> Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. I. Perrot, B. A., p. 29, nro. 18.

hemos visto, ambas posiciones cuentan con buenos argumentos a su favor, siendo difícil encontrar razones concluyentes para adscribirnos a una u otra de estas posturas. Autores de la talla de Boffi Boggero han afirmado inclusive que en el caso de los artículos 1150 y 1156 del Código Civil "no cabe la responsabilidad contractual ni la aquiliana", sino que "tenemos aquí clara y categóricamente un caso de declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones"<sup>22</sup>. Creemos no obstante que este último planteo lleva a un callejón sin salida cuando se trata de establecer qué normas se aplicarán para regular, verbigracia, la extensión del resarcimiento en estos casos. Dado que no jugarían aquí las normas de la responsabilidad contractual (arts. 520 y 521, Cód. Civil), ni las referidas a la responsabilidad aquiliana (arts. 901 a 906, Cód. Civil), deberíamos forzosamente concluir que nos hallamos frente a una laguna normativa, por no contemplar nuestro Código otras reglas que las correspondientes a las dos esferas nombradas.

A nuestro entender, no estamos aquí ante un *tertium genus* insusceptible de encuadrarse en una u otra órbita de responsabilidad. Creemos que la solución debe buscarse en el artículo 16 del Código Civil, que nos conduce a aplicar a los supuestos que tratamos la normativa sobre responsabilidad contractual. Lo que los artículos 1150 y 1156 contemplan son casos en que se viola una obligación preexistente, que reconoce como fuente un acto jurídico unilateral (es decir, un acto de voluntad unilateral). No hay, pues, ningún deber genérico violado, sino uno muy específico creado por la voluntad del declarante. La interpretación analógica nos lleva a concluir que deben aplicarse al caso las reglas de la responsabilidad contractual.

La Comisión N° 1 de las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático trató el tema que nos ocupa y produjo un despacho unánime según el cual "la responsabilidad precontractual se rige por las normas generales de la responsabilidad civil y, en forma específica, por las propias de la responsabilidad extracontractual".

<sup>22</sup> Boffi Boggero, Luis María, voz "Responsabilidad" en *Enciclopedia Jurídica Orbeo*, t. 24, p. 837.

## V. FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Dice Vázquez Ferreyra que la idea de "factor de atribución" no stañe "ni a la causación psicofísica del hecho (atribuibilidad o autoría), ni al sujeto en sí mismo (imputabilidad), ni a su asentimiento con respecto al acto (voluntariedad)", sino que "tiene fundamentalmente a enlazar la actitud del sujeto (examinada a partir de pautas subjetivas u objetivas), ahora en relación con las consecuencias dañosas del acto"<sup>24</sup>. Es, diremos nosotros en resumidas cuentas, la razón de justicia por la cual debe responder el sindicado como responsable.

En punto a la responsabilidad precontractual, la doctrina ha enunciado varios posibles factores de atribución. Así, la doctrina mayoritaria afirma que éste se encuentra en el artículo 1109 del Código Civil: las hipótesis de responsabilidad *in contrahendo*, dice Bustamante Alsina, "no escapan al principio contenido en el artículo 1109 del Código Civil, por lo que todo aquel negociador que incurre en culpa en las tratativas de un contrato (...) debe resarcir el daño causado a la otra parte"<sup>25</sup>. También Brebbia se manifiesta partidario de esta tesis general<sup>26</sup>. Se ha dicho también que los casos que tratamos son supuestos de "responsabilidad legal". Tal tesis fue sostenida por Windscheid en el Derecho alemán, y es pasible de la crítica que le formula Brebbia, en el sentido de que si la ley en cada caso debe establecer expresamente cuándo existe responsabilidad, la teoría no tendría ninguna relevancia práctica<sup>27</sup>. Por último, se ha sostenido que el factor de atribución estaría constituido por el artículo 1071 del Código Civil, que no ampara el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos. Spota es el principal sostenedor de esta última postura<sup>28</sup>.

La Comisión N° 1 de las V Jornadas... (vid. nota 1), emitió por unanimidad el siguiente despacho (en lo tocante al factor de atribución): "la imputación jurídica se genera por apar-

<sup>24</sup> Vázquez Ferreyra, Roberto, "Los presupuestos de la responsabilidad civil", en *Jornadas sobre Responsabilidad Civil*, Cáceres, diciembre de 1988.

<sup>25</sup> Bustamante Alsina, op. cit., p. 82, nro. 164.

<sup>26</sup> Brebbia, op. cit., p. 69.

<sup>27</sup> Brebbia, op. cit., pá. 64 y 65.

<sup>28</sup> Brebbia, op. cit., pá. 92 y 93.

tamiento de la buena fe, del ejercicio regular de los derechos, o por comportamientos culposos o dolosos. En la reparación del daño involuntario, el factor de atribución es la equidad". A su vez, la Dra. María M. Agogliá propugnó el siguiente agregado: "el deber de responder también se puede fundar en el factor garantía (arts. 1155 y 1156, Cód. Civil)".

Creemos que lo hasta ahora dicho merece algunas precisiones. En primer lugar, no parece que la buena fe, en cuanto tal, pueda constituirse en un factor de atribución de responsabilidad. Más bien puede decirse que el art. 1198 del Cód. Civil, al establecer el deber de las partes de obrar "de buena fe" en la celebración del contrato, impone una serie de obligaciones (vid. *supra*, punto III.a.2) cuya violación por las partes traerá aparejada su responsabilidad. Pero en este caso, el factor de atribución no será la "buena fe", sino, según la postura que se adopte, la culpa, el ejercicio antifuncional de los derechos, etcétera...

Estamos de acuerdo con el despacho arriba citado en que, en caso de daños causados en el período precontractual por actos involuntarios, el factor de atribución será la equidad (art. 907, Cód. Civil), y, por ende, la responsabilidad será de índole objetiva. En relación a los demás casos, habrá que distinguir:

a) Los casos de caducidad o revocación de la oferta (en este último supuesto, siempre que el oferente se obligue a mantener la oferta por cierto tiempo, o a no revocarla), están regidos por los artículos 1156 y 1150, respectivamente (vid. *supra*, punto III.b). Respecto al supuesto de renuncia de la facultad de retirar la oferta, observa la doctrina que tal principio "se puede aceptar únicamente si se lo interpreta en el sentido de que mientras no exista otra declaración de voluntad en contrario, la oferta permanece vigente *sine die*, pero no si se estima que tal irrenunciabilidad, una vez declarada, no puede ser dejada sin efecto en ningún tiempo", pues el Derecho no permite una inmutabilidad permanente en las relaciones creditorias<sup>29</sup>. Sin embargo, si la aceptación se produce luego de revocada la oferta, pero esta revocación no ha llegado a conocimiento del aceptante, el contrato queda perfeccionado, según Brebbia. También afirma este autor que la muerte o incapacidad del oferente no implica la caducidad de la oferta si el

<sup>29</sup> Brebbia, *op. cit.*, p. 129.

destinatario la ha aceptado antes del impedimento, y aun cuando el oferente no haya conocido tal aceptación<sup>40</sup>. En caso de mantenimiento de la oferta durante un plazo determinado, la aceptación de la misma producida en cualquier momento antes del vencimiento del plazo tiene por efecto el perfeccionamiento del contrato, haya o no habido retractación de la promesa<sup>41</sup>.

Resumiendo: sólo en el caso del artículo 1156 existe la obligación de pagar "pérdidas e intereses". En los otros supuestos, puede darse el perfeccionamiento del contrato en los casos reseñados más arriba. En cuanto al supuesto del artículo 1155, según el cual si el aceptante retractare la aceptación después de haber llegado al conocimiento del oferente debe resarcir "las pérdidas e intereses" que la retractación causare a este último, "si el contrato no pudiera cumplirse de otra manera", estamos aquí en presencia de una verdadera responsabilidad por incumplimiento contractual, pues el contrato se perfeccionó ya con el envío de la aceptación al oferente (art. 1154, Cód. Civil) (según se vio *supra*, punto III.b).

Ahora bien, supuesto el caso del artículo 1156 (caducidad de la oferta o su retractación, cuando la otra parte aceptó la oferta sin conocer estas circunstancias), en que la ley obliga al oferente (o sus herederos) a reparar, ¿cuál es el factor de atribución? Para Parellada, se trataría de un caso de responsabilidad por actos lícitos<sup>42</sup>. Brebbia, en cambio, encuentra "la explicación" de tal responsabilidad en "la fuerza jurídica que la ley acuerda en general a la voluntad unilateral"<sup>43</sup> con lo cual, en el fondo, nada dice acerca del factor de atribución. En efecto: una cosa es saber cuál es la fuente de la obligación (indudablemente, lo es la voluntad unilateral), y otra muy distinta saber cuál es la razón legal para responder (y en este último caso, si el factor es subjetivo u objetivo). Vimos ya que la Dra. María M. Agolía considera este caso como una aplicación del factor "garantía"<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Brebbia, *op. cit.*, p. 129-130.

<sup>41</sup> Brebbia, *op. cit.*, p. 130 y abundante doctrina que cita en nota 7.

<sup>42</sup> Parellada, Carlos A., en ponencia presentada a Comisión N° 1... (verf. nota 1). Tal opinión fue incluida en el despacho de la Comisión 1 y adhirieron a la misma, entre otras, Bueres, Gesualdi, Agolía, Beragino, Mesa y Goldenberg.

<sup>43</sup> Brebbia, *op. cit.*, p. 122.

<sup>44</sup> Agolía, María M., Ponencia para la Comisión N° 1... (verf. nota 1).

Por nuestra parte, no dudamos en afirmar que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva fundada en la garantía. En efecto, en virtud de su declaración unilateral de voluntad, el oferente asume una obligación "de resultado", consistente en garantizar al aceptante contra la eventualidad de su muerte, incapacidad sobreviniente o retiro de la oferta, siempre que éste no conozca dichas circunstancias.

Coincidimos además con la afirmación de que, en este caso, estamos ante un supuesto de responsabilidad por actos lícitos: el obrar del oferente no es en sí antijurídico, pero en caso de que genere daños, lo obliga a reparar.

b) El segundo supuesto que se nos presenta es el que denominamos genéricamente "ruptura arbitraria de las tratativas", y en el que podemos además incluir la violación a alguna de las otras obligaciones ya enumeradas (*vid. supra*, punto III.a.2) que surgen del artículo 1198, primer párrafo del Código Civil.

No creemos que deban hacerse distinciones, en punto al factor de atribución de responsabilidad, entre el momento anterior y el posterior a la emisión de la oferta, puesto que ésta, en principio (y salvo los casos que hemos visto), puede ser retractada mientras no haya sido aceptada (art. 1150, Cód. Civil), por lo que el hecho de formularla no importa para el oferente la sujeción a ninguna obligación especial.

Cuando uno de los contratantes causa un daño a otro por violación de alguno de los deberes que impone la buena fe, por retiro arbitrario de las tratativas, o por revocación de la oferta<sup>45</sup>, surge la cuestión de cuál es el factor de atribución. Como hemos visto, dos son los criterios principales esgrimidos por la doctrina en estos supuestos: la culpa aquiliana y el abuso del derecho. Creemos que no es posible inclinarse dogmáticamente por uno u otro de estos factores sin antes hacer un análisis detenido de los supuestos en los que se aplica cada uno de ellos.

La doctrina moderna predica la llamada "unidad de la culpa": ella es ontológicamente similar, ya se trate de culpa contractual o extracontractual<sup>46</sup>. Por ello, se considera válida para ambas órbitas de responsabilidad la definición dada por

<sup>45</sup> Nos referimos siempre, en este apartado, a la llamada "oferta simple", es decir a la que puede retractarse en cualquier momento mientras no sea aceptada.

<sup>46</sup> Bustamante Alsina, *op. cit.*, p. 71.

Vélez en el artículo 512: "la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". El Código impone, pues, un genérico deber de previsión, cuya violación constituye culpa. Esta puede consistir tanto en "negligencia" (falta de adopción de los cuidados debidos), "imprudencia" (cuando el sujeto obra precipitadamente y hace más de lo que debe) e "impericia" (falta de saber teórico o práctico en la materia del propio oficio)<sup>47</sup>. Dos son los elementos de la culpa: omisión de la diligencia debida y ausencia de mala fe<sup>48</sup>. Agreguemos que la culpa supone, como expresa Liambías, una "imputabilidad de primer grado" (discernimiento, intención y libertad), y una "de segundo grado" (ausencia de la diligencia debida)<sup>49</sup>. Cabe aclarar que, para la doctrina que considera a la culpa el factor de atribución de responsabilidad *in contrahendo*, también podría serlo el dolo, en la medida que el agente tenga intención de dañar (art. 1072, Cód. Civil).

En cuanto al abuso del derecho, su distinción de la culpa como factor de atribución se torna algo dificultosa por el hecho de que, para algunos doctrinarios, aquí también hay, en el fondo, un obrar negligente. Así, afirma Brebbia que "siempre que se ejerce un derecho de manera contraria a los fines que la ley tuvo en cuenta al reconocerlo, se presume la existencia de culpa"<sup>50</sup>. Del mismo parecer es Fleitas, para quien el acto abusivo sería una variedad del acto ilícito, con matices propios que lo diferencian del delito y del cuasi delito. La virtud de la teoría radica, para este autor, en ensanchar el campo de aplicación de la culpa, al sostener que se puede incurrir en ella aun al ejercer una prerrogativa jurídica<sup>51</sup>. De la misma tesitura es Liambías<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Mayo, Jorge A., Código Civil Comentado, dirigido por Belluscio, coordinado por Zannoni, comentario al art. 512, pá. 828/828.

<sup>48</sup> Altarini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M., "Aspectos de la teoría de la culpa en el derecho argentino", *Derecho de Daños*, p. 123.

<sup>49</sup> Liambías-Raffo Benagüe-Saastot, *Manual de Derecho Civil - Obligaciones*, Perrot, B. A., 1987, p. 664, nro. 1370.

<sup>50</sup> Brebbia, *op. cit.*, p. 68.

<sup>51</sup> Fleitas, Abel, *El Abuso del Derecho*, p. 34, nro. 5.

<sup>52</sup> Liambías, *op. cit.*, p. 727, nro. 1662.

La doctrina mayoritaria, no obstante, considera que el art. 1071 genera un deber de reparar de carácter objetivo, con prescindencia de toda idea de culpa. Bustamante Alsina, por ejemplo, luego de reseñar los distintos criterios que en el derecho comparado se utilizaron para caracterizar el abuso del derecho (intencional, técnico, económico, funcional o finalista y ético), afirma que "nos hallamos sin duda en presencia de un factor de atribución del daño que funciona con independencia de la culpa"<sup>53</sup>. En el mismo sentido, afirma Mosset Iturraspe que el abuso del derecho no es asimilable al acto ilícito, por ser un acto desviado respecto de su fin, mientras que el acto ilícito excede los límites del Derecho<sup>54</sup>. En igual sentido se manifiesta Cifuentes<sup>55</sup>. Kemelmajer de Carlucci, por su parte, explica que para algunos doctrinarios la teoría queda totalmente subsumida en el acto ilícito (caso de Orgaz), y para otros es una especie dentro de ese género, que se caracterizaría por una contrariedad con el derecho no inicial, sino sobreviniente. Luego se manifiesta contraria a estas tesis, aunque aclara que, de todos modos, en la mayoría de los casos de abuso, la culpa surge *in re ipsa*<sup>56</sup>.

En nuestra opinión, es evidente que el abuso del derecho es un factor objetivo de atribución. En primer lugar, porque nada en el artículo 1071 indica que para su funcionamiento debe mediar culpa. Por lo cual no es necesario demostrar culpa alguna de quien ejerce su derecho en forma antifuncional, para hacerlo responder; más allá de que en la mayoría de los casos de abuso haya o no culpa, lo importante es que ella está fuera de cuestión. En segundo lugar, porque, como afirma Condorelli, la teoría contraria resta personalidad propia a la teoría del abuso del derecho, haciéndola superflua<sup>57</sup>.

Una vez establecido lo que antecede, pasemos a indagar qué requisitos deben darse para considerar que ha habido un acto abusivo. Para Cifuentes<sup>58</sup>, es necesario: a) que el ejercicio del derecho sea contrario al fin del ordenamiento al reconocer la facultad; b) que sea incompatible con la buena fe,

<sup>53</sup> Bustamante Alsina, *op. cit.*, p. 416, nro. 1229.

<sup>54</sup> Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 389, nota 8.

<sup>55</sup> Cifuentes, Santos, *Elementos de Derecho Civil*, Astrea, B. A., 1988, p. 22.

<sup>56</sup> Kemelmajer de Carlucci, *Acda: Código Civil Comentado* (Belluscio-Zannoni), Astrea, T. 5, p. 68.

<sup>57</sup> Condorelli, citado por Kemelmajer, *op. cit.* y *loc. cit.*

<sup>58</sup> Cifuentes, *op. y loc. cit.*

moral o buenas costumbres; c) que se pueda producir o haya producido un daño grave; d) no es necesario probar la culpa, si se requiere necesariamente la autoría imputable del sujeto actuante. Borda<sup>20</sup> dice que debe tenerse en cuenta si hay intención de dañar, ausencia de interés, si se ha elegido la vía menos dañosa para ejercer el derecho, si el perjuicio ocasionado es excesivo, si la conducta es contraria a las buenas costumbres, y si se actuó de manera razonable. Por su parte, Kemelmajer de Carlucci<sup>21</sup> considera que son elementos constitutivos del abuso: la existencia y el ejercicio de una condición permitida dentro del Derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal, y la contrariedad con los fines de la norma o la moral, buena fe y buenas costumbres.

En definitiva, consideramos que las diferencias esenciales entre ambos factores de atribución (culpa y abuso del derecho) son las siguientes:

— En el primero de ellos (culpa), hay un acto que desborda la órbita de facultades del sujeto que obra el acto. Así, si un sujeto daña a otro con un paraguas por la calle, no puede decirse que estemos ante el ejercicio abusivo del derecho constitucional de usar y disponer de la propiedad, o del derecho de dominio, pues el sujeto va más allá de la órbita de ese derecho. En el caso del artículo 1071, en cambio, el agente obra dentro del ámbito de su propio derecho, pero lo hace en forma contraria a los fines perseguidos por la ley, o a la buena fe, la moral o las buenas costumbres.

— La culpa presupone un acto voluntario y negligente; para configurar el abuso, basta con medir objetivamente la contrariedad del acto con los parámetros dados por el artículo 1071.

Así las cosas, nos parece que en la responsabilidad precontractual pueden actuar ambos factores de atribución, y no encontramos ninguna razón valedera para proclamar la aplicación lisa y llana de uno de ellos en todos los supuestos de responsabilidad *in contrahendo*, con exclusión del otro. No obstante que en cada caso concreto deberá evaluarse, en función de las pautas sentadas más arriba, cuál de estos factores es procedente, puede decirse genéricamente que:

<sup>20</sup> Borda, Guillermo A., *op. cit.*, T. I, Perrot, Ba. As., T. I, p. 52, nro. 25, *eda. varias*.

<sup>21</sup> Kemelmajer de Carlucci, *op. y loc. cit.*

—En los casos de ruptura arbitraria de las tratativas, o revocación de la oferta, quien realiza estos actos está actuando dentro de la órbita de facultades conferidas a él por el ordenamiento jurídico, ejerciendo su derecho de no contratar, o de revocar la oferta mientras no sea aceptada. En estos casos, el factor de atribución será el abuso del derecho, en la medida en que se contraríen los fines de la ley, o la moral, buena fe y buenas costumbres<sup>61</sup>.

—Cuando se viola alguno de los deberes surgidos de la obligación de actuar de buena fe (art. 1198, Cód. Civil), el sujeto obra, en principio, fuera de su órbita de facultades, invadiendo la ajena (no existe un derecho, v. g., a dañar los bienes del otro recibidos en virtud de las tratativas previas, ni a divulgar sus secretos). En estos casos, sólo se responderá por culpa (o, en su caso, dolo).

c) Por último, en los casos de contratos nulos o anulables, no hay ninguna duda de que el factor de atribución es, como regla general, la culpa (art. 1056, Cód. Civil). No obstante, en la venta de cosa ajena, el Código hace responsable al vendedor por las "pérdidas e intereses" sufridos por el comprador que ignoraba que la cosa era ajena, y esto aunque el vendedor "fuese de buena fe". Con lo cual, estamos en este supuesto puntual ante un caso de responsabilidad objetiva, siendo la garantía, a nuestro entender, el factor de atribución.

## VI. LA EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO

Es famosa la distinción que formulara Ihering entre "interés positivo" o de cumplimiento, e "interés negativo" o de

<sup>61</sup> En estos casos cobra pleno sentido la afirmación de Spota, para quien "la responsabilidad precontractual es independiente de toda idea de culpa extraccontractual o contractual. Se trata (...) de una conducta antifuncional, abusiva, en el ejercicio de una prerrogativa jurídica de no contratar (op. y loc. cit.). Por otra parte, no creemos fundada la afirmación de Brebbia en el sentido de que los supuestos de retiro de las tratativas o revocación de la oferta "no ensajan" en la hipótesis del art. 1071 del Cód. Civil, pues la facultad de no contratar no puede llegar a ser por sí misma abusiva o antifuncional, a menos que medie culpa (op. cit. de Brebbia, p. 67-68). Este autor no da ningún argumento para sustentar su afirmación y nosotros no encontramos por nuestra parte ninguno, pues el art. 1071 es una norma general que no hace salvedad alguna y todos los derechos constitucionales se ejercen "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio" (art. 14, Const. Nac.).

confianza. En la responsabilidad por incumplimiento contractual, se resarce el primer tipo de interés, que comprende todo lo que el acreedor tendría si el negocio fuera válido. En cambio, en los daños causados *in contrahendo*, se resarce el interés negativo, que consiste en el daño sufrido por haber creído en la validez del negocio. La doctrina no es conteste acerca de si este segundo supuesto abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante (como lo creen, entre otros, Spota y Brebbia)<sup>62</sup>, o sólo el daño emergente (Lafaille)<sup>63</sup>. Parte de la doctrina, modernamente, sostiene la inutilidad de la distinción entre daño al interés negativo y al interés positivo. Así, dice Lloveras de Resk<sup>64</sup> que "la indemnización de la responsabilidad no se encuentra restringida al llamado interés negativo".

Brebbia<sup>65</sup> realiza las siguientes distinciones:

—En las tratativas anteriores a la oferta, sólo es indemnizable el daño emergente, pero no el lucro cesante, pues entre éste y el hecho ilícito no hay nexo adecuado de causalidad.

—En las ofertas con vinculación relativa (retractables en cualquier momento), la revocación culposa comprenderá daño emergente y lucro cesante, pues por existir una propuesta formal de contrato, hay nexo causal adecuado. Igual resarcimiento rige en el caso del artículo 1156.

—En las promesas y ofertas con vinculación absoluta (como la promesa pública de recompensa), el beneficiario debe exigir el cumplimiento de la prestación objeto del contrato perfeccionado, o de la promesa vinculante, y sólo en su defecto los daños y perjuicios (art. 505, inc. 1ª, Cód. Civil). Mientras en los casos anteriores se resarcía el interés negativo, en este caso se resarce el positivo o de cumplimiento.

—En los casos de contratos nulos o anulables, se indemnizan el daño emergente y el lucro cesante correspondientes al interés negativo.

—En cuanto al daño moral, puede ser indemnizado, según los principios generales.

Por nuestra parte, consideramos válida la distinción entre interés negativo y el positivo. Creemos que en los casos de

<sup>62</sup> Brebbia, *op. cit.*, p. 168.

<sup>63</sup> Lafaille en Brebbia, *op. cit.*, p. 49 y nota 4.

<sup>64</sup> Lloveras de Resk, María Emilia, Ponencia para la Comisión N° 1... (conf. nota 1).

<sup>65</sup> Brebbia, *op. cit.*, pp. 219 e 227.

responsabilidad precontractual cabe indemnizar el primero de ellos, que, como afirma Brebbia<sup>68</sup>, puede comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante (por ejemplo, los contratos que se dejaron de celebrar para concluir el que finalmente resultó frustrado). Corresponderá, en su caso, resarcir el daño moral.

Por último, digamos que en los supuestos de ruptura arbitraria de las tratativas, violación de deberes impuestos por la buena fe o vicios del consentimiento, son resarcibles tanto las consecuencias mediatas como las inmediatas (arts. 903 y 904, Cód. Civil), e incluso las casuales, si se las tuvo especialmente en mira (art. 905). En cambio, en los casos de caducidad o revocación de la oferta, que hemos incluido dentro de la órbita contractual, sólo se resarcen las consecuencias inmediatas (art. 520, Cód. Civil); las mediatas, sólo si se actúa con dolo (art. 521), supuesto este último prácticamente imposible en las situaciones contempladas por los artículos 1150 y 1156.

La Comisión N° 1 de las V Jornadas... (vid. nota 1) produjo, en cuanto al tema que nos ocupa, dos despachos contrapuestos, a saber:

Despacho a): "El distingo entre el daño al interés positivo y el daño al interés negativo (o de confianza) es válido para ser aplicado a las cuestiones tratadas" (adhirieron Bueres, Gesualdi, Agoglia, Boragina, Meza, Burgos, Mainard, Laveglia, Brebbia, Casiello, Andorno, Nicolau, Laplacette, Vázquez Ferreyra y Lorenzetti).

Despacho b): "El distingo entre daño al interés positivo y el daño al interés negativo significó, en su hora, un avance en la evolución de la doctrina. Empero, su rigidez y equívocidad lo hacen inconveniente, debiendo precisarse los daños resarcibles" (adhirieron Mosset Iturraspe, Goldenberg y Lloveras de Resk).

## VII. RESPONSABILIDAD POSTCONTRACTUAL

Dice Mosset Iturraspe, en un intento por trazar un paralelo entre los dos temas que aquí nos ocupan, que "la responsabilidad postcontractual, al igual que la precontractual, está fuera del contrato, lateral a él. Esta se ubica en los momen-

<sup>68</sup> Brebbia, op. cit., p. 220.

tos previos a su formación, aquélla en los posteriores a su extinción<sup>67</sup>.

Para Georg Dahm<sup>68</sup> "la culpa post contractum, en contraposición a la culpa in contractum, tiene en cuenta las obligaciones que incumben a las partes contratantes después de la perfección y consumación del contrato, de naturaleza accesoria y que no resultan expresamente de lo convenido".

En palabras de Jossierand, "el período al que damos el calificativo de postcontractual principia no a partir de la formación y aun del cumplimiento aparente, aproximativo del contrato, sino sólo después de su plena consumación, de su agotamiento y aun de su disolución, ya sea por acción del tiempo o por el cumplimiento de todas las obligaciones, esenciales o accesorias, inmediatas o a plazo que haya originado"<sup>69</sup>.

Compartimos lo que sugiere Puig Brutau<sup>70</sup> en el sentido de que la categoría de responsabilidad postcontractual sólo tiene sentido en contraposición a la de precontractual. Lo cierto es que su existencia autónoma es dudosa. Los hermanos Mazeaud son terminantes cuando afirman que "el día que el contrato desaparece deja de producir efectos"<sup>71</sup>. Si ello es así, entonces el punto que nos ocupa se ubica cómodamente en el ámbito de la responsabilidad contractual, con las consecuencias que en nuestro sistema vigente ello tiene respecto de la extensión del resarcimiento y del plazo de prescripción.

¿Cuándo se agota un contrato? Podríamos ensayar una respuesta diciendo que ello sucede cuando deja de producir efectos. El cumplimiento de la prestación principal a que se han obligado las partes no agota por cierto los efectos del contrato, pues aun pueden subsistir prestaciones que sean objeto de obligaciones accesorias. Cortar la vigencia del contrato en el momento del cumplimiento de su obligación principal, o aun de su extinción por resolución, rescisión o revocación, implica ignorar responsabilidades que surgen como consecuencias de obligaciones laterales que las partes han asumido co-

<sup>67</sup> Masset Iturraspe, op. cit., p. 364.

<sup>68</sup> Dahm, Georg, *Deutsches Recht*, 1951, p. 638, nota 7, citado por Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. I, 3ª ed., 1988.

<sup>69</sup> Ver "Responsabilidad Postcontractual" en *Enciclopedia Jurídica Oseba*, t. XXIV, p. 962, citado por Jorge Pablo Duvoba, bajo la dirección de Luis María Boffi Boggio.

<sup>70</sup> Puig Brutau, op. cit., en nota 68.

<sup>71</sup> *Enciclopedia Jurídica Oseba*, loc. cit., por el autor.

mo consecuencia de ese mismo contrato. En definitiva, ¿a qué se obligan las partes al ingresar a un contrato?

¿Sólo a lo que se explicita en su instrumento? La respuesta la daba el antiguo texto del artículo 1198, que nunca debió ser derogado a nuestro juicio, y que rezaba: "Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos". Esta norma tiene sus concordantes en el artículo 1258 del Código Civil español y en nuestra Ley de Contrato de Trabajo (20.744, t.o.), en su artículo 62: "Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad". Este artículo debe leerse en concordancia con el artículo 46 de la LCT, que preceptúa el principio de suficiencia de la expresión del objeto principal del consentimiento.

Siendo éste, entonces, un principio vigente en nuestro Derecho e inherente a la dinámica contractual, concluimos en que la infracción de deberes provenientes del contrato por una de las partes, aun después de cumplidas las obligaciones principales o de producida su rescisión, revocación o resolución, genera una responsabilidad de índole contractual. En efecto, mientras la responsabilidad surja de la violación de un deber que tenga su origen en el contrato mismo, no puede considerarse extinto a éste, por cuanto la vigencia del contrato se mide justamente por la existencia de sus efectos.

La doctrina recoge algunos casos de este tipo de responsabilidad:

—*Violación del deber de lealtad*: Así como éste era una causal de responsabilidad precontractual (conf. *supra*, punto 3), perdura aun cuando una de las partes haya dejado —por ejemplo— de estar al servicio de otra para entrar a trabajar para su competencia. Si la maniobra tiene por finalidad la revelación de secretos industriales o comerciales adquiridos durante la plena vigencia del pacto anterior, el deber emergente de éste se prolonga aun cuando haya cesado la relación jurídica e impone la obligación de reparar el daño injusto causalmente adecuado<sup>72</sup>.

<sup>72</sup> Mazoned, *Protesto*, T. I, p. 170, citado por Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 364.

—Responsabilidad por ruina de obra por parte del constructor (art. 1646, Cód. Civil), la cual se extiende por diez años de recibido el opus.

—Para Brún<sup>73</sup> una vez ejecutado un contrato subsisten prestaciones accesorias que confirman la naturaleza contractual del instituto. Cita como ejemplo la venta de un fondo de comercio, que contiene una cláusula adicional que impide al vendedor adquirir o abrir un establecimiento similar al que ha sido objeto de la transferencia durante un período determinado de tiempo. El pago del precio y la transferencia del fondo no dan por extinto el contrato: esto resulta obvio.

—Para Dahm, son también ejemplos de responsabilidad postcontractual cuando después de terminada la relación de arrendamiento, el propietario permite a su antiguo locatario colocar un rótulo en la puerta del piso o local anunciando su nuevo domicilio comercial. También alude al vendedor de un inmueble que es dueño de la propiedad contigua y edifica de manera que desmerece el valor de aquella propiedad que fue objeto de la venta<sup>74</sup>.

—Vázquez Viñard<sup>75</sup> hace un tratamiento completo del tema en materia laboral, aunque lo titula —a nuestro juicio impropia— "efectos posteriores a la extinción del contrato" cuando en realidad alude a la extinción de la relación de trabajo, o sea al cese de las prestaciones principales.

Son para este autor obligaciones postcontractuales:

a) La obligación del empleador o sus descendientes de otorgar al trabajador o en caso de su muerte, a sus herederos o familiares indicados por la ley previsional y el artículo 248 LCT, el certificado de trabajo y las indemnizaciones legales.

b) La obligación del trabajador de devolver las herramientas y demás objetos de trabajo no recibidos a título de propiedad. Lo mismo se aplica a la vivienda si hubiera sido parte de la prestación del empleador.

c) Obligación del trabajador de no revelar secretos profesionales, inventos, hechos y actos que hubiesen llegado a conocimiento con motivo de la relación cuando esto, por supuesto, inflija un daño. De lo contrario, faltaría un presupuesto de

<sup>73</sup> Brún-Josserand, citado en *Enciclopedia Jurídica Orbea*, loc. cit.

<sup>74</sup> Dahm, Georg, citado por Puig Brutau, op. y loc. cit.

<sup>75</sup> Vázquez Viñard, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, T. I, Astrea, Bs. As., 1992, p. 536, párr. 114.

responsabilidad en el Derecho privado. Al referirse a este ejemplo, Vialard habla de que la acción de reparación debe fundarse en el Derecho común por hallarse extinta la relación. Omite decir que este deber no existiría de no haber mediado un contrato, y representa uno de los últimos estertores de su agotamiento.

Por lo expuesto, pensamos que a diferencia de la responsabilidad precontractual, la denominada postcontractual carece de una autonomía conceptual importante. Puede mantener su interés la denominación si la acotamos a la violación de deberes emergentes de un contrato una vez que éste se ha extinto por alguno de los modos legales, entre los que se halla, por supuesto, el cumplimiento de sus obligaciones principales. La extinción de un contrato es un proceso que no se agota en un acto; mientras puedan reconocerse efectos que no habrían existido de no haberse celebrado un acuerdo de voluntades, habrá vestigios de un contrato vigente. La relevancia práctica reside en la ubicación de esta responsabilidad en la órbita contractual. Si nuestra legislación consigue superar las engorrosas diferencias entre las dos órbitas, esta discusión dejará afortunadamente de tener sentido, y el Derecho sólo se preocupará por erigirse en un instrumento eficaz para la reparación del daño injustamente sufrido, más allá de cómo se haya causado<sup>38</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

1) Habrá responsabilidad precontractual cuando por ruptura arbitraria de las tratativas, viciación del consentimiento, caducidad o revocación de la oferta o violación de los deberes impuestos por la buena fe durante las negociaciones previas a la celebración de un contrato, se cause un daño injusto, causalmente adecuado e imputable a su autor a título de ejercicio abusivo de los derechos, culpa, dolo, equidad o garantía.

2) La responsabilidad precontractual tiene lugar en nuestro Derecho en los siguientes casos:

a) Ruptura arbitraria de las tratativas previas a la cele-

<sup>38</sup> En palabras de López Olaciregui, José María, "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", *R.D.C.C.*, T. II, agosto de 1978.

bración de un contrato (ya sea antes o después de formulada la oferta);

b) Caducidad o revocación de la oferta (supuestos contemplados en los arts. 1150 y 1156, Cód. Civil);

c) Violación de los deberes que impone el artículo 1198, primer párrafo del Código Civil (obrar "de buena fe" en la celebración del contrato);

d) Nulidad del contrato por vicios del consentimiento (art. 1056, Cód. Civil).

3) La responsabilidad se enmarca en la órbita extracontractual de los supuestos (a), (c) y (d) reseñados *supra*. En el supuesto (b), la responsabilidad es de índole contractual.

4) En el supuesto (a), el factor de atribución de responsabilidad es el ejercicio abusivo de los derechos; en (b) lo es la garantía legal; en (c), la culpa o el dolo; y en el supuesto (d) el factor es también subjetivo (culpa o dolo), salvo para el caso de venta de cosa ajena (garantía legal).

5) La llamada "responsabilidad postcontractual" no es diferencia de la surgida del incumplimiento del contrato, siendo en realidad parte de ésta. Ello, porque el contrato no se agota sólo con la producción de sus efectos principales.



**UNIVERSITARIAS**



## EL PROFESOR MANUEL ATIENZA (Crónica, comentario y entrevista)

LEANDRO MARTÍN PARRARELLA

### I. INTRODUCCIÓN

Desde mediados del mes de agosto de 1993 y hasta principios de setiembre del mismo año, el profesor Manuel Atienza visitó la República Argentina con el propósito de brindar una serie de conferencias y un seminario. Aquellas se ofrecieron en las ciudades de Buenos Aires y Mar del Plata, y en Córdoba se realizó el seminario.

Desafortunadamente, sólo tuve la oportunidad de asistir a las conferencias que se efectuaron en Buenos Aires. El motivo de este trabajo, en una de sus partes, será el de reflejar las tesis y puntos de vista de Atienza expuestos en ellas. Por ello, adelante que en las mismas se referirá a los temas siguientes, a saber:

- la libertad de expresión;
- el dilema de los jueces de sentenciar ante una cuestión moral; y
- el derecho a la vida<sup>1</sup>.

Posteriormente, el conferencista tuvo la gentileza de concederme una entrevista, en la que se exployó sobre diversos temas, referidos a los puntos tratados en sus conferencias.

<sup>1</sup> Estos temas los ha desarrollado en su reciente libro *Tras la Justicia*, editado por Ariel (Barcelona), y en el que presenta una introducción al Derecho sobre la base de varios casos judiciales y un caso legislativo.

Al llegar a este momento, estoy en condiciones de plantear el objeto del presente trabajo. Estructuralmente, el mismo se compondrá de cuatro partes. Debe advertir el lector, antes de introducirse en cada una de ellas, que la secuencia no tiene relación cronológica con el hecho de haber asistido, primero, a las conferencias, y luego haber entrevistado al profesor Atienza. De este modo, en la primera parte, se transcribirá la respuesta que da Atienza acerca de sus inicios en la Filosofía del Derecho. Luego, habrá una crónica sucinta de las conferencias a las que, en su momento, asistí. Es por ese motivo que sólo se plantearán (como ya dije) las tesis y puntos de vista de Atienza, de un modo descriptivo, y sin otro contenido que lo expresado por el conferencista. Después, haré un breve comentario a las conferencias. Y finalmente, el lector accederá al texto de la entrevista.

Antes de adentrarme en el desarrollo de este trabajo, es mi deber aclarar que la primera, segunda y cuarta partes fueron leídas y revisadas por el profesor Atienza. En cambio, la tercera parte (en la que efectúo los comentarios) no ha estado en las manos del entrevistado. Por lo tanto, me coloco como único responsable frente a las críticas que pudieran surgir de su lectura. Como, quizá, sea el conferencista el principal interesado en plantearlas (dado que no pudo acceder a ésta, la versión final, por su regreso a España), considero que si bien esta parte puede llegar a jugar en contra de la unidad del trabajo, el profesor Atienza debe tener la última palabra. Por esa razón, la entrevista culmina esta exposición.

No me queda más que agradecer al profesor Manuel Atienza haberse brindado cordialmente a ser entrevistado y a revisar los borradores. El mismo agradecimiento corresponde que se lo brinde a los profesores Martín Diego Farrell, Eugenio Bulygin, y Gustavo Lázaro Lipkin, quienes han aportado sus ideas esclarecedoras para un mejor planteo del trabajo.

## II. EL PROFESOR MANUEL ATIENZA

*LyE: —¿Cuándo comenzó a transitar el camino de la Filosofía del Derecho y debido a qué motivaciones?*

*M.A. —*Terminé mis estudios de Licenciatura en Derecho en 1973, en la Universidad de Oviedo, España. En ese momento pude conseguir una beca y la designación de profe-

sor ayudante para empezar a hacer Filosofía del Derecho. Por diversos azares, mi tema de tesis de doctorado, cuyo tema era inicialmente "La Filosofía del Derecho en Latinoamérica", cambió, ya que noté que, entre todos los países del continente, la que más se destacaba era Argentina, por lo que reubiqué el tema de la tesis, el que finalmente fue *La Filosofía del Derecho argentina en la actualidad*, editada posteriormente por Editorial Depalma.

Entre 1973 y 1976 elaboré mi tesis doctoral, consiguiendo una beca en 1975 para visitar Argentina, conocer a los autores de los que me estaba ocupando, y recabar más material. Eso fue lo que más determinó mi vocación iusfilosófica y mis trabajos posteriores. Acabé la tesis un año después, y la leí en 1976. Desde entonces he seguido manteniendo contactos frecuentes con los exponentes de la Filosofía del Derecho argentina de las tendencias analítica y crítica. Diría que mi labor más importante fue la de servir de nexo entre ésta y la española, ya que, hasta mi viaje del '75, prácticamente no se conocía a nadie en la península, con excepción de (Carlos) Cossio. Después de él, a nadie más. En concreto, creo haber sido el primer lector español de *Normative Systems*<sup>2</sup> de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, y considero a esta obra la más importante de este siglo después de *El Concepto de Derecho*, de Herbert Hart. La situación a la que me enfrenté en el momento de encarar la tesis contrasta mucho con la actual, pues existe un intercambio constante entre Argentina y España, y la influencia de los autores analíticos argentinos en mi país es considerable.

A mi vuelta a España, continué mi carrera académica siendo profesor en las universidades de Oviedo, Valencia, Autónoma de Madrid, Alcalá de Henares, Palma de Mallorca, y, desde hace diez años, en la de Alicante, con breves interrupciones. Las mismas se deben a que he desempeñado tareas catedráticas en Alemania (un año), Milán y Harvard. En la actualidad, soy director de la revista *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, que edita la Universidad de Alicante y el Centro de Estudios Constitucionales (Madrid).

*LJE: —¿Qué autores lo impresionaron por sus teorías? ¿Adhiere, total o parcialmente, a alguna de ellas? A lo mejor,*

<sup>2</sup> N. del R.: Existe traducción al castellano, realizada por los mismos autores. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Astrea, Buenos Aires, 1975.

ha tomado de cada autor lo que considera que es su mejor o más apropiada exposición. En tal caso, ¿qué partes y de qué autores?

M.A. —A lo largo del tiempo (ya llevo veinte años trabajando en Filosofía del Derecho) no han sido exactamente los mismos autores; es decir que no hay constancias importantes. A mi llegada a Argentina, traía una doble formación. De filosofía analítica, por un lado. Había estudiado Lógica en la Universidad de Oviedo, y me mantenía en contacto con lo poco que había de Filosofía analítica del Derecho en España, que era, básicamente, *El Derecho como Lenguaje*, de Juan Ramón Capella. Por otro lado, mi otra formación es de tipo sociológico, no marxista, porque nunca me he considerado tal, pero diría en la inspiración, en la tradición de pensamiento de la preocupación social, de tratar de conectar las teorías del Derecho con cuestiones sociales.

Respecto a la influencia de autores extranjeros, aparte de los argentinos, está dada por Kelsen, Hart, Ross y Bobbio que me siguen pareciendo los cuatro nombres más importantes en Filosofía del Derecho. Y la que tuve de autores españoles está dada por dos autores: Elías Díaz y Juan Ramón Capella. El primero significó el tránsito del viejo iusnaturalismo a la irrupción de las nuevas corrientes. Fui su ayudante de cátedra y luego su adjunto. Hizo una gran apertura de la Filosofía del Derecho. Mientras que a Capella lo considero el autor más creativo de la generación anterior a la mía.

### III. CRÓNICA DE LAS CONFERENCIAS

En este apartado se expondrá el contenido de las conferencias que el profesor Atienza brindó en la ciudad de Buenos Aires.

#### 1) *La libertad de expresión*

En 1985, la revista *Tiempo* anunció la llegada de cazadores de criminales de guerra nazi para atrapar al ex-jefe de los SS, León Degrelle. Este, a su vez, en una entrevista había negado la participación del Dr. Mengele en las ejecuciones masivas de judíos que se efectuaron en el campo de concentración de Auschwitz, e incluso había puesto en tela de juicio la existencia de campos de concentración.

Al leer estas declaraciones, Violeta Friedmann, ciudadana española, nieta de judíos exterminados en Auschwitz, inició una demanda contra Degrelle, el periódico y sus redactores por haber atentado contra su honor. En primera instancia, se rechazó la petición de reparación por aducirse falta de legitimación activa y por no existir daño evidente. Este mismo fallo fue confirmado en segunda instancia y por el Tribunal Supremo de Madrid.

Luogo de las tres sentencias adversas, se recurrió, mediante un amparo, al Tribunal Constitucional. Se adujo que se veían violentados dos derechos que la Constitución española protege, a saber, el de igualdad y el de tutela judicial. Así, llegaba a la máxima instancia española un caso en el que se ponían en juego dos principios, el de la libertad de expresión y el del derecho al honor. Y uno debía primar por sobre el otro.

Antes de decidir sobre la cuestión de fondo, consideró que la recurrente tenía suficiente legitimación como para incoar la demanda, porque, si bien no tenía un derecho subjetivo para hacerlo, sí poseía un interés legítimo (primera argumentación). Pero el Tribunal falló de un modo que Atienza llamaría "antiformalista", puesto que no se basó en reglas, sino en principios. Asimismo, encontró que la parte actora no había sido excluida de su derecho a la tutela judicial (también de manera antiformalista), pasando a referirse directamente al fondo de la cuestión (segundo argumento). (Es deber mencionar que estos dos argumentos fueron utilizados por las instancias anteriores para desestimar la acción.)

El Derecho que el Tribunal debería haber aplicado en ese caso tornaba dificultosa la posibilidad de lograr una sentencia a favor de la demanda que presentó Violeta Friedmann. Mas, el Tribunal Constitucional se basó en un tercer argumento, por el que falla a favor de la demandante. La razón fue que en los casos en que la libertad de expresión atenta contra individuos, debido a la discriminación o a la xenofobia de la que se encuentran impregnados los dichos, el principio del derecho al honor debe prevalecer por sobre el de la libertad de expresión.

El profesor Atienza, al igual que otros juristas españoles, critica este fallo por considerarlo una decisión equivocada. Sin embargo, la sociedad lega en Derecho lo apoyó.

El catedrático lo considera así, pues este fallo vino a trastrucar la jurisprudencia que sobre libertad de expresión existía hasta ese momento en España. Se hizo primar al derecho al honor por sobre la libertad antes mencionada, por lo que se podrían generar, con posterioridad, situaciones en las que comenzaría a prevalecer el principio del derecho al honor y no las reglas que lo tutelan de abusos a la libertad de expresión.

2) *Sentenciar ante un dilema moral: el caso de los insumisos*<sup>3</sup>

En marzo de 1992, el juez español Calvo Cabello, en contra de lo que establecía la regla, absolvió a un insumiso, en vez de condenarlo a dos años, cuatro meses y un día de prisión, como debería haber hecho.

La sociedad española adhirió al fallo, mientras se generaban críticas por parte de los juristas (como en el caso comentado anteriormente). El profesor Atienza dio las razones por las que el juez Calvo Cabello falló a favor de la absolución del insumiso. Estas eran:

I.- El deber de cumplir el servicio social sustitutorio (ya que se negaba a realizar el servicio militar) es un deber *per se*, puesto que no existe un bien jurídico protegido por el mismo. El no realizar el servicio social no es perjudicial para la sociedad como puede llegar a ser la desertión del servicio militar.

II.- La actitud del insumiso se debe a una conciencia auténtica del mismo.

III.- Además es coherente con sus principios éticos.

IV.- Su comportamiento respecto del proceso era supererogatorio, porque aceptaba la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión, la que no pensaba recurrir.

V.- Pertenecía a un grupo de desobediencia civil que actúa de modo pacífico, sin violencia.

VI.- El juez se enfrentaba a un conflicto entre la conciencia y la ley, la persona y el Estado.

Por las seis razones enumeradas anteriormente, más el hecho de que el caso configuraba un supuesto de estado de necesidad el juez decidió dejar libre, sin culpa ni cargo al insumiso, dejando de aplicar la regla pertinente.

<sup>3</sup> Se considera insumiso a aquella persona que no oñe objeto el servicio militar, sino que también se niega a realizar la prestación social sustitutoria.

En este caso, a diferencia del anterior, el profesor Atienza apoya el fallo. Basa su posición por medio de contra-argumentos, que utiliza para rebatir los fundamentos de los que critican la sentencia. Estos son:

a) *Argumento de la universalidad*: Los contrarios a la decisión tomada alegaron, en su momento, que, tamaña decisión permitiría absolver a un universo mucho mayor que el del grupo de insumisos en cuestión, y podría ser aplicado en otros casos. El fundamento está dado porque consideran que la *ratio decidendi* es que "la conciencia prima sobre la ley".

Atienza contesta con que la *ratio* que mencionan los que critican el fallo es incompleta, pues la misma no sólo es la sexta razón de la sentencia, sino también las cinco anteriores. Con ello, se amplía la misma, restringiéndose su próxima aplicación para los casos que cumplan con los seis fundamentos de la sentencia, y no únicamente con el último.

b) *Argumento de las consecuencias*: Los críticos hablan de tres consecuencias negativas. La primera es que el fallo produciría una cierta desconfianza en el sistema, pues se pondría en peligro el gobierno de las leyes para pasar a uno de jueces. Atienza contesta señalando que el argumento del juez Calvo Cabello pretende ser jurídico, ya que parte de un principio, como es el de autonomía del individuo, y le da contenido al mismo.

La segunda consecuencia negativa es la de que este fallo implica la politización de la Justicia, a lo que Atienza refuta, mostrando que si el fallo hubiese sido de acuerdo a lo que prescribía la regla, es decir, una sentencia condenando al insumiso, existía también un compromiso político por parte del juez, en tal caso.

Por último, la tercera consecuencia era la de provocar una erosión del ejército español, al permitir la negativa del insumiso con respecto al deber de realizar su deber. A esto, Atienza contesta expresando que si existe erosión, es la de un determinado modelo de ejército, pero no al ejército como tal.

c) *Argumento de la coherencia*: La crítica se basa en que se está atentando contra el principio de legalidad y el de división de poderes. Esto se debe a que no se aplica la regla correspondiente, y a que el Poder Judicial estaría invadiendo ámbito de exclusiva competencia de los otros dos, como ser la creación de normas (el juez dejó de aplicar una norma vigente y puso en su lugar una nueva).

La respuesta de Atienza es que la decisión podría considerarse correcta porque utilizaba argumentos jurídicos, y principalmente porque se basaba en otro principio, que es el de la autonomía del individuo. Por lo tanto, prevalecía éste por encima de los dos previamente mencionados. Aparte, el profesor Atienza señala que la norma que castiga la insumisión es incoherente de por sí, ya que otros delitos de igual o mayor gravedad son castigados con penas inferiores; es decir, la norma aplicable iría en contra del principio de proporcionalidad de las penas.

d) *Argumento de la corrección*: Se critica el fallo como incorrecto desde dos puntos de vista, uno formal y otro material. La perspectiva formal sostiene que el juez aplicó mal el criterio que él mismo estableció. Mientras que el punto de vista material se basa en la incorrección del criterio aplicado por el juez.

Como complemento de estas dos posturas, Atienza desarrolló la cuestión de los casos "fáciles" y "difíciles", añadiendo los casos "trágicos", que sería un pequeño grupo de casos en los que el juez se encuentra ante varias respuestas correctas, y adoptar una de ellas implica sacrificar principios importantes del sistema jurídico.

### 3) *El derecho a la vida*

Cuando el profesor Atienza comenzó a referirse a este tema, hizo una breve reseña histórica al respecto. Así, distinguiendo entre quienes estaban a favor y en contra del derecho al suicidio, inició su recorrida con Aristóteles, quien negaba tal derecho por ser contrario a la unidad e integridad de la polis, partiendo de una concepción no individualista de la Moral. Continuó mencionando las posturas favorables de los estoicos y los epicúreos. Por supuesto, hizo mención de las teorías de autores cristianos como San Agustín y Santo Tomás. El primero señaló, en su momento, que el suicidio era un acto ilícito, y que sólo podía no serlo si existía un mandato divino al respecto. Mientras que Santo Tomás sostuvo que era un delito, un pecado contra uno mismo, contra la sociedad y contra Dios. Siglos después, la respuesta a esta postura llegó con *Ensayo sobre el Suicidio*, de David Hume. Este autor sostenía que el suicidio no era un acto ilícito, demostrándose su concepción individualista de la Ética. Afirmaba que el individuo tiene un deber para con la sociedad, más cuando su existencia en este mundo se torna inútil, puede ejercer su

derecho al suicidio. Finalmente, el catedrático se refirió a la postura de Immanuel Kant, para el cual, el suicidio iría en contra del imperativo categórico. El suicida incurriría en una suerte de contradicción, en cuanto con el suicidio viene a negarse a sí mismo como sujeto moral, es decir, se trata como un instrumento, no como un fin. Atienza sostuvo que, en su opinión, pueda sostenerse una ética de impronta básicamente kantiana, pero que, sin embargo, no considere ilícito al suicidio, al menos en ciertas circunstancias<sup>4</sup>.

Luego de esta introducción, el profesor Atienza comienza a analizar el caso de un grupo terrorista, los GRAPO. Este comando había sido neutralizado, juzgado y condenado, e inició una huelga de hambre en protesta de la política del gobierno español que trataba de dispersarlos en distintos centros penitenciarios para facilitar así su posible reinserción social. Así, al mes y medio, los síntomas de debilitación se hicieron más graves, por lo que se puso a decisión de los jueces de Vigilancia si la Administración Penitenciaria podía alimentar a los huelguistas en contra de su voluntad. Las posturas al respecto fueron dos, a la que Atienza añadió una tercera, a saber: los jueces de tinte conservador resolvieron a favor de la obligación de alimentar si existe riesgo para su salud; los enrolados en el progresismo sostuvieron la necesidad de alimentar a los terroristas una vez que éstos hubieran perdido el conocimiento; y la postura de Atienza es la de no alimentar en ningún caso.

Los jueces que adoptaron la primera decisión se basaron en el Derecho natural, en argumentos abstractos y constitucionales. Algunos mencionaron que los GRAPO realizaron un "abuso de derecho fundamental", pues la huelga de hambre no buscaba el suicidio, sino el cambio de las políticas gubernamentales con respecto a ellos. Por lo tanto, no había un fin lícito en dicha huelga.

La postura progresista fundamentó su decisión en el hecho de que, en estado de inconciencia, no hay voluntad, por lo que no se presenta un conflicto entre la vida de los GRAPO y la autonomía de decidir de los mismos.

Finalmente, lo que propone Atienza se afirma en tres argumentos: a) el paternalismo injustificado que significa alimentar a individuos que fueron libres en el momento de deci-

<sup>4</sup> N. del R.: Tales circunstancias estarían dadas por el hecho de la "no necesidad" de la existencia del individuo en este mundo.

dir comenzar la huelga de hambre; b) el hecho de que nos enfrentamos a un derecho multifacético, que implica tanto el derecho a vivir, como el derecho a morir; y c) la idea, sostenida por Dworkin, de que "tener un derecho" significa algo así como tener un "tiempo" en la mano, de manera que en Derecho no puede limitarse simplemente porque su ejercicio frustre o dificulte la realización de objetivos gubernamentales.

Por último, el caso llegó al Tribunal Constitucional de España, que adoptó la primera de las posturas señaladas. Su fallo se basó en tres razones: la primera, que el derecho a la vida no implica el de morir; la segunda, que se perseguía un fin no lícito; y la tercera, la existencia de una relación especial de sujeción entre los reos y la Administración Penitenciaria.

La respuesta de Atienza a estos fundamentos es la siguiente: respecto del tercero, menciona que el hecho de que se encuentren privados de ciertos derechos, como el de la libertad de locomoción, no conlleva necesariamente al "descenso" de categoría del individuo.

Con referencia al segundo fundamento, el catedrático desecha la posibilidad de hablarse de "abuso de derecho fundamental", porque en su opinión, ello implica una concepción inaceptable de lo que significa "tener un derecho fundamental o básico".

Finalmente, respecto del primer argumento, Atienza realza diferencias. La primera, basándose en Hohfeld. En un abanico de tres posibilidades, considera que el derecho a la vida puede verse como una libertad positiva, como una libertad negativa, o como un simple privilegio. En su opinión, el derecho a la vida debería configurarse como una libertad positiva, lo que significa que el Estado debe poner los medios que permitan a los individuos mantener su vida, pero no puede obligarse a vivir. No consiente en tomarlo como una libertad negativa, ya que se plantearía como un deber jurídico que no puede ser incumplido. Asimismo, tampoco lo considera un simple privilegio, ya que sería una ventaja especial o peculiar.

Luego efectúa una segunda diferenciación en base a lo que puede significar inalienabilidad del derecho a la vida, aceptando que el mismo en cuanto tal sí que es inalienable, pero no así —no siempre— su ejercicio. Es decir, se puede sostener al mismo tiempo que se tiene derecho a morir, aunque uno no pueda, *v. gr.*, disponer de su vida a favor de terceros.

## IV. COMENTARIO A LAS CONFERENCIAS

El planteo de este comentario no será el de un detallado análisis de lo dicho por el conferencista, respecto de sus tesis (críticas o no a los casos que estudia e interpreta). Sólo me referiré a aspectos puntuales de las mismas en los momentos que crea necesario abundar en ellos.

El contenido de los dichos del profesor Manuel Atienza señalan, desde mi punto de vista, la influencia que ha tenido la teoría de Ronald Dworkin en el pensamiento de varios autores contemporáneos prestigiosos. Sólo he mencionado el vocablo "influencia", sin incorporarle un contenido valioso o disvalioso. Podría adelantar que considero que el conferencista estaría interesado en llegar a una meta distinta a la que arriba el autor de *Los Derechos en Serio* y *El Imperio de la Justicia*<sup>6</sup> partiendo de situaciones similares o idénticas.

La crítica que desliza Dworkin<sup>7</sup> en sus dos obras, está dirigida a lo que denomina el "positivismo legal". Esta tesis, dice Dworkin, es conservadora y se contenta con resolver cuestiones tales como conocer qué encierran conceptos como obligación, deber, derecho, y cuándo deben ser utilizados, ignorándolos simplemente, dado que esta corriente del positivismo los considera como mitos inventados por los abogados, "como resultado de una funesta mezcla de motivos conscientes y subconscientes"<sup>8</sup>.

Para ello, retoma la estrategia teórica de su predecesor, Herbert L. A. Hart, y, en especial, las tesis de este último sobre la existencia de "pautas o criterios de conducta separados" que trabaja en el capítulo 7 de *El Concepto de Derecho*, su distinción entre "verse obligado a..." y "tener una obligación de...", y, por último, la utilización de la regla de reconocimiento como alternativa a las posturas que entienden que una regla menor del sistema depende de su derivación de otra superior, incorporando el criterio subordinado para darle validez a prácticas que después serán cristalizadas en sentencias<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Dworkin, Ronald: *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, España, 1984 (*Taking Rights Seriously*, Londres, 1977, trad. Marta Guastavini); *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, España, 1988 (*Law's Empire*, Cambridge, 1986, trad. Claudia Ferrari).

<sup>7</sup> Dworkin, *Los Derechos...* cit., p. 82.

<sup>9</sup> Hart, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, trad. Genaro R. Carriz. (*The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961).

Estas tres estrategias son iteradas por su discípulo (Dworkin), de modo tal que, a la primera la llama estándares. De igual manera, a la segunda dice, respectivamente, "tener por norma..." y "tomar por norma o costumbre...", implicando la primera un hábito, y la segunda una regla. Finalmente, y respecto de la tercera tesis del profesor Hart, presenta su concepción sobre la discreción, donde elimina su sentido fuerte, sosteniendo que alguna dimensión de la moralidad es la pauta que el juez toma por norma (regla) para aplicar en los casos difíciles. (Todo este desarrollo se puede encontrar en "El modelo de las normas [I]"<sup>8</sup>).

Por lo tanto, para Dworkin, la existencia de estándares normativos que no son normas complementan el sistema jurídico sí, y sólo sí, no hay reglas sociales identificables por la regla de reconocimiento, que hagan a la decisión del caso en términos que no impliquen la clausura del caso o su decisión conservadora.

La incorporación de principios no reconocibles por la regla social compleja no les quita status normativo. Así, el paso de la existencia del principio moral incorporado al Derecho está garantizado, no por un tener por norma (hábito), sino por un tomar por norma o costumbre. Hace referencia a que el juez "debe", "tiene que" fallar de acuerdo al principio.

Por ende, según Dworkin, el concepto de Derecho hartiano es insuficiente para ofrecer una correcta descripción sistémica del Derecho. Por ello concluye que toda tesis positivista es tautológica, circular, no da cuenta de otra dimensión fundamentatoria del discurso jurídico, oscurece deliberadamente los derechos de los ciudadanos, es sociológica.

La solución que propone a este supuesto problema es la de incorporar dichos principios explicando el derecho como una unión de reglas primarias, secundarias (la regla de reconocimiento de Hart entre ellas) y principios jurídicos que no son normas. De este modo, la moralidad íntegra (siempre según Dworkin) el concepto de Derecho.

Por lo tanto, entre los estándares que no funcionan como normas encontramos a la directriz política (que propone un objetivo a ser alcanzado), y al principio propiamente dicho (en el sentido de exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad). A ambos tipos de principios los

<sup>8</sup> Dworkin, R., *Los Derechos...* cit., ps. 61 y sigs.

diferencia de las normas jurídicas, puesto que estas últimas son aplicables a la manera de disyuntivas. Es decir, son atinentes al caso, o no lo son. En cambio, los principios discurren en una sola dirección, sin exigir una decisión particular; no se establece cuándo deben ser aplicados. Dworkin, de este modo afirma que si se presenta un caso en el que es susceptible su aplicación, los jueces deben tenerlo en cuenta como criterio para decidir. Lo que distingue a los principios de las normas jurídicas es que éstas no poseen una dimensión que sí tienen los primeros: la dimensión del peso o importancia. Esto implica que, en los casos en que dos o más principios entren en conflicto, la resolución del caso deberá tomarse teniendo en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos. Y luego de la decisión, los principios que intervinieron en la disputa continúan existiendo.

Esto no ocurre en el ámbito de las normas jurídicas, ya que, ante un conflicto entre ellas, una deberá dejar de existir, puesto que no es válida. Pueden existir distintos niveles entre las normas, pero una controversia entre ellas significa instantáneamente la validez de sólo una de ellas.

Así, Dworkin llega a preguntarse qué postura toma el juez ante los casos difíciles: ¿decide tomando a los principios como considera a las normas?; ¿o falla aplicando principios extra-jurídicos? Esto lo lleva a la segunda tesis expresada anteriormente. Y de aquí parte su crítica a la discreción.

Piensa que el término discreción puede ser considerado desde tres perspectivas: dos débiles y una fuerte. Discreción en un primer sentido débil implica que la decisión debe ser tomada con discernimiento por parte del órgano decisor. El segundo sentido débil conlleva la facultad de que ese órgano sea el último en decidir, sin una nueva revisión posible. Estos dos sentidos se consideran débiles puesto que se encuentran limitados por normas. En cambio, cuando Dworkin plantea el sentido fuerte de la palabra discreción, dice que el juez no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. Es decir, ni hay normas que limitan a la discreción, ni hay autoridad superior que imponga los límites.

Para Dworkin, los positivistas, en algunos casos (dificiles) utilizan la discreción en sentido fuerte, y no sólo en el primer sentido débil (juicio), como argumentan éstos. De ello sigue que, en esas circunstancias, el juez estaría creando normas y aplicándolas retroactivamente. Por lo tanto, concluye

que la estrategia de Hart, para soslayar tal situación (sólo aplicable cuando el sistema contiene alguna regla que prohíba la retroactividad) es falsa por dos motivos: el primero, que los jueces no son el órgano competente para hacerlo y el segundo, que nada puede ser y no ser al mismo tiempo cuando se permite la retroactividad y se la prohíbe a la vez.

Tal cosa sólo puede soslayarse, si los positivistas reconocieran que en los casos difíciles aplican de algún modo los principios, considerados como estándares que no son normas y pertenecen a alguna dimensión de la moralidad.

De lo sintetizado hasta aquí, se sigue que para Dworkin no existe la distinción positivista entre el Derecho que es y el que debe ser o entre Derecho y Moral. Su visión es que es correcta la tesis de Hart, hasta tanto se aplique la norma sin que ello represente una solución conservadora o de clausura del caso, lo que resulta incompatible con una tesis de derechos<sup>9</sup>.

De ahora en más, me abocaré a cuestiones puntuales en cada uno de los fallos a los que el conferencista se refirió.

Partamos de la base de que Atienza critica dos de los tres fallos: los referidos al derecho de expresión y al derecho a la vida; y concuerda con la decisión del juez Calvo Cabello respecto a los insumisos. Mi postura con referencia a los mismos es que las tres decisiones judiciales analizadas por Atienza pueden ser mejor enfocadas desde otro punto de vista. Con esto quiero decir que coincido con el conferencista en criticar los dos fallos del Tribunal Constitucional español que presentó, pero tal vez no plenamente con el contenido de las críticas. Respecto al dilema de los jueces de fallar ante una cuestión moral, lo trataré luego de señalar las diferencias y similitudes que, humildemente, tengo con el profesor Atienza.

En el caso "Violeta Friedmann", considero que el Tribunal Constitucional encontró un conflicto de principios que no era tal. Con esto quiero significar que, lo que señala Dworkin en "El modelo de las normas (I)" no sucede. Esto es, no existen dos principios que compitan en peso e importancia, y que obligue al decisor a optar por uno de ellos. Las expresiones de Degrelle, en este caso, fueron negando la participación

<sup>9</sup> Dworkin, Ronald, "La justicia y los derechos", en *Los Derechos en Serie*, Capítulo VI.

de Mengele en ejecuciones masivas, y luego, la existencia misma de los campos de concentración donde se efectuaron las mismas. No hubo expresión alguna de xenofobia o discriminación. Y si la hubiera habido, ¿habría conflicto de dos principios (el de la libertad de expresión y el de derecho al honor)?, tampoco. La decisión, en este caso, sí habría sido la apropiada, dado que se habría configurado un daño, el que debería ser reparado.

Por lo tanto, haber dejado de lado la legislación que correspondía aplicar al caso, en el que no se produjo perjuicio alguno, y decidir en función de principios que informan normas que lo tienen como respuesta, hizo, como expresó Atienza: "trastocar la jurisprudencia" que, al respecto, existía en España. Considero que no sólo este caso implicaría un cambio en el modo de decidir, sino directamente uno en la regla misma.

El caso de los GRAPO señala otra crítica de Atienza a las decisiones del Tribunal Constitucional de España. Aquí, se dirige al contenido de la sentencia misma, el cual, sin duda alguna, es conservador. Pensar que el derecho a la vida no implica el de morir, significa encontrar un texto jurídico que prescriba, v. gr., "todo hombre tiene derecho a vivir, mientras el Estado o las propias condiciones naturales lo permitan". Como no existe una norma jurídica de este tipo, el derecho de vivir tiene ínsito el de morir. Sino, como indica W. N. Hohfeld<sup>10</sup>, todo derecho tiene como correlato un deber. Es decir, si uno se suicida, va en contra de la obligación, según Hohfeld, que es correlato del derecho de vivir.

Es por este motivo que este caso es uno en el que se plantea una postura paternalista del Estado. Atienza la califica de "injustificada", considerando justificado, v. gr., que el Estado obligue al conductor y acompañantes de un automóvil a utilizar el cinturón de seguridad. Para Atienza, el calificativo de "justificado" conlleva la obligación del Estado de permitir que los individuos ejerciten su derecho de vivir. Me inclino a pensar que la actitud del policía que multa a un conductor por no cumplir con esta obligación es también injustificada, ya que el individuo (adulto) que viaja en un automóvil conoce, o debería conocer, los riesgos de no ajustarse el cinturón de seguridad. Por consiguiente, si decide no ponérselo, la su-

<sup>10</sup> Hohfeld, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, 1962 (*Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*, Connecticut, 1913).

ya fue una decisión libre, e ir en contra de la misma castigándola, implica una postura paternalista injustificada, y podría llegar a considerarse una medida conservadora del mismo modo. Entonces, todas las medidas paternalistas, desde mi punto de vista, serían injustificadas.

No obstante esta diferencia respecto de uno de los argumentos del conferencista respecto al derecho a morir de los GRAPO, con la respectiva obligación de no alimentarlos, no conlleva una diferencia referida a las críticas que esta sentencia despierta. Así, coincido de un modo completo con la distinción entre derecho moral (al que llamaría ventaja) y Derecho jurídico que se plantea como respuesta al segundo fundamento de la decisión del Tribunal Constitucional.

Ahora corresponde que exponga mi crítica a las decisiones del juez Calvo Cabello respecto al caso del insumiso, y también a los fundamentos que da Atienza para aprobarla. Pero antes voy a sintetizar lo que, a mi entender, traen implícitamente las críticas del conferencista a las dos sentencias anteriormente tratadas.

Como dije al comenzar esta tercera parte, creo que existe una influencia de Ronald Dworkin sobre valiosos autores actuales. Y pienso que el profesor Atienza la ha experimentado. Como consecuencia, y según lo que puedo verificar, el conferencista intenta dar solución a los problemas que plantea el norteamericano de modo diferente a éste. De esta forma escinde (o trata de hacerlo) los derechos morales de los jurídicos, como correspondientes a diversos órdenes normativos. Dworkin, en cambio, plantea su equivalencia en *Los Derechos en Serie*<sup>11</sup>.

Sin embargo, y mi crítica apunta hacia ese punto en este fallo, si bien (según propias palabras de Atienza) adopta un modelo diferenciador de reglas y principios jurídicos como el de Dworkin, creo que no logra demostrar las distintas posturas de los autores.

Yendo al fallo que Atienza aprueba, y al que considero equivocado, si se tiene presente la *ratio decidendi* del mismo que sostiene el conferencista, ésta consiste en la creación de una nueva regla. Por lo tanto, si se dice que el juez Calvo Cabello falló según las seis razones expuestas y el hecho de enfrentarse (el insumiso) ante un estado de necesidad, y por

<sup>11</sup> Dworkin, R., *op. cit.*, ps. 276 y sigs.

esos motivos lo absolvió —estando vigente una legislación que imponía penas de prisión— nos encontramos ante dos posibles soluciones, desde mi óptica personal. Considerar que el juez ha creado una nueva regla de aplicación retroactiva, lo que Dworkin critica al referirse a la discreción judicial en "El modelo de normas (I)", o sostener que Calvo Cabello decidió en función a principios.

Y aquí volvemos a la cuestión de si existía o no un conflicto entre principios. Considero como en el primer caso que no es así. Lo que Atienza señala es que en este caso particular, la regla jurídica iría en contra del principio de proporcionalidad de las penas, por lo que este último debería prevalecer. Pero si esto fuera así, implicaría otorgarle a la norma jurídica un contenido de verdad. Y no coincido con esta posibilidad.

Quizá, la decisión del juez Calvo Cabello, que consideró al insumiso en una situación de estado de necesidad, haya sido paternalista (e injustificada). El insumiso aceptaba la imposición de la pena, y era libre de hacerlo en ese momento, pues actuaba en consonancia con sus principios éticos. Puede pensarse que no quiso aplicar la norma jurídica vigente por no causar un daño. Pero si el que lo iba a sufrir, estaba de acuerdo con ello, ¿por qué debería dejar de aplicársele?

Llegado este punto se plantea una duda, cuyo análisis y respuesta tentativa exceden los límites del trabajo. Lo único posible es plantear el problema. El mismo estaría dado por la dicotomía que sigue: o el juez puede crear normas jurídicas retroactivas<sup>12</sup>, o considera que falló de acuerdo a principios (que en este caso no serían aplicables ni competirían entre sí, desde mi punto de vista).

Es por todo este desarrollo, y a modo de reflexión final de este comentario, que creo que el profesor Atienza, como dije al inicio, trata de llegar a objetivos distintos de los que plantea Dworkin, partiendo de un mismo punto. Así, creo observar que, por su formación (por él reconocida y señalada en la segunda parte de este trabajo), se situaría en una franja intermedia entre el positivismo de Hart y el neo-iusnaturalismo de Dworkin.

<sup>12</sup> N. del R.: En este caso no puede decirse que el juez convalidó una costumbre que se consideraba regla por el grueso de la población, por más que ésta apoyara la decisión en esta situación particular, y por cierto, muy especial.

Ya nada me queda por agregar, sino mi entera responsabilidad por lo que aquí queda expresado. Por ello, corresponde ahora que el lector conozca el pensamiento del profesor Manuel Atienza.

#### V. ENTREVISTA AL PROFESOR MANUEL ATIENZA

*LyE:* —Mencionó al comenzar su ciclo de conferencias que Argentina es la primera potencia en Filosofía del Derecho. ¿En qué fundamenta su afirmación, que nos enorgullece por otro lado?

*M.A.* —Primero, en un juicio personal. Mi visita a Argentina me permitió conocer a autores que me impresionaron mucho, que me parecen importantes, y que traté de incorporarlos a mi pensamiento. Dentro de la Filosofía Analítica había, y sigue habiendo, dos grupos. Uno era el de los partidarios del análisis formal, de la utilización de la Lógica. De ahí, los nombres más importantes son Alchourrón y Bulygin. Son autores clásicos del siglo xx en Filosofía del Derecho. Considero que Alchourrón es la máxima autoridad mundial en Lógica Deontica, pues se constata en congresos de la materia, en donde se ve que cuando habla, los demás callan. Verdaderamente se le reconoce autoridad.

Por lo que se refiere a la Analítica a partir del lenguaje, no debo dejar de mencionar a Genaro Carrió, autor de algunas obras, diría, realmente maestras de Teoría del Derecho en esa tendencia. Tiene un impecable estilo literario, mostrando una mayor sensibilidad hacia las cuestiones sociales, de derechos humanos, ética, entre otros temas. Otros autores que considero importantes son Vernengo y Ernesto Garzón Valdez, que vive en Alemania desde 1974, con el que mantengo frecuente contacto.

Y en los últimos quince años, Nino ha ido afirmándose. Me parece que su libro *Ética y Derechos Humanos* marca la dirección más interesante de ética jurídica. Este autor ha hecho algo que otros no han logrado en Filosofía del Derecho, que es elaborar tanto una teoría del Derecho, como una teoría ética y una teoría política. Por otro lado, ha evolucionado desde el paradigma analítico hacia una concepción que está próxima, según veo, a la de Habermas, pero la metodología es analítica, lo que le da mayor claridad. Hoy me siento particu-

larmente próximo a sus tesis. Lo único que, quizá, podría reprochársele es el hecho de no haber integrado la tradición marxista, en un sentido amplio.

Con todo, todos estos autores forman, en su conjunto, un cuerpo de Filosofía del Derecho que, creo, no tiene parangón en el ámbito internacional.

*LyE: —También se refirió a Hart como punto de inflexión entre un "antes de Hart", donde ubicó a Kelsen, y un "después de Hart", en donde se encuentran Alchourrón y Bulygin. ¿Por qué? ¿Qué opinión le merecen los desarrollos teóricos de los autores mencionados?*

*M.A. —*Como ya mencioné, las teorías más importantes de este siglo serían la de Kelsen, la de Ross, la de Hart, la de Bobbio, y luego, la de Alchourrón y Bulygin. Pero seguramente, si tuviera que elegir un libro del siglo XX, quizás *El Concepto de Derecho*, de Hart, me parece la obra más "redonda", el libro más clásico desde su estructura, la amplitud de los temas que trata. Lamentablemente, Hart ha fallecido en diciembre pasado<sup>13</sup>. A diferencia de *Normative Systems*, que desarrolla unilateralmente un tema, en Hart no hay sólo una teoría del Derecho (vista desde la óptica social), sino también una teoría de la Justicia.

Sobre Kelsen, recuerdo una frase de Juan Ramón Capella que escribió en un homenaje a este autor. Decía que "si los demás vemos más allá de Kelsen, es porque estamos montados sobre sus hombros". Es un autor clásico, es imprescindible en la Filosofía del Derecho. Por cierto, el hecho de que Gioja lo tomase como la referencia fundamental, y adoptase una obra de Kelsen como libro de texto durante muchos años para los estudiantes de Derecho en la Universidad de Buenos Aires, tiene muchísimo que ver con el desarrollo posterior y el esplendor de la Filosofía del Derecho en Argentina.

Diríamos que hoy nadie es kelseniano, o, por lo menos, nadie lo es en un sentido estricto. Pero no se puede prescindir de él. Esto es lo que define a un autor como clásico. Kelsen es interesante incluso cuando se equivoca. Diría que en todas —o en casi todas— las cuestiones del Derecho se equivocó. Pero aún así es un punto de referencia inevitable.

*LyE: —Reglas y principios no son lo mismo. ¿Cómo los diferenciaría?*

<sup>13</sup> N. del R.: El entrevistado se refiere a diciembre de 1993.

*M.A.* —Con Juan Ruiz Manero estamos empeñados con un proyecto de desarrollar una Teoría General del Derecho, donde uno de los capítulos concluidos se refiere a este tema. Proponemos una triple diferenciación entre reglas y principios, dentro del género común de las normas. Dentro de los principios manejamos la distinción dworkiana entre principios en sentido estricto, es decir, pautas de carácter fundamentalmente moral, y directrices, lo que él llama *polícías*, que son objetivos de tipo social, económico, etcétera.

La primera diferenciación está dada por un punto de vista estructural. Así, lo que caracteriza a los principios, en relación con las reglas, es que las condiciones de aplicación de aquellos están dados en forma abierta. Mientras que las reglas tienen condiciones cerradas. Esto significa que, por ejemplo, las condiciones de aplicación del principio de igualdad del artículo 10 de la Constitución española implica la posibilidad de utilizarlo en casos de discriminación, entre otros. En tanto que, a su vez, existen reglas que prohíben la discriminación en las que se detallan en qué situaciones el juez deberá aplicarlas.

La segunda perspectiva es de tipo funcional, donde se ve a las normas como razones para la acción. Vistas así, consideramos que las reglas son razones perentorias e independientes de contenido, lo que quiere decir que dan una razón de primer orden para hacer algo (lo que establece la regla), y además una de segundo orden, para no introducir en el balance de razones otro tipo de consideraciones. Es decir, esta clase de razones es, como dice Raz, excluyente. Mientras que los principios son sencillamente razones de primer orden, dan una razón en favor de una decisión, pero esa decisión debe ser ponderada en favor de otras provenientes de otros principios.

Finalmente, desde el punto de vista de las conexiones sociales y con el poder, la diferencia estaría en que las reglas acotan espacios de poder, intereses para los individuos. Nos permiten que desarrollemos nuestros planes de vida, sin considerar los de los demás. Por lo que se refiere a las directrices, estas marcan la deseabilidad de conseguir intereses sociales; y los principios son, básicamente, restricciones a la persecución de los mismos.

*LyE.* —*En las dos primeras conferencias, Ud. deslizó la idea de que las sentencias dictadas partiendo de principios, eran apoyadas por la mayoría lega de la sociedad española, y criticadas por los juristas. ¿Qué motivo justificaría tal situación?*

**M.A.** —No necesariamente, pero a veces ocurre: en los casos difíciles, los principios juegan un papel muy importante. Sin embargo, la decisión de un caso no puede hacerse únicamente de acuerdo a ellos, sino que su utilización da lugar a reglas. Cuando se tiene la *ratio decidendi*, se tiene la regla. En ese momento, tendríamos la operación última de subeunción. Pero, en el caso de los principios, la situación se amplía en cuanto a que hay dos pasos. No sólo está el problema de la subeunción, sino que previamente está el de la configuración de la regla, que luego va a funcionar como premisa mayor, a partir de los principios.

Apoyarse en consideraciones de tipo moral, a través de los principios, pone generalmente en riesgo al principio de seguridad jurídica. Eso hace que muchas veces los juristas prefieran decisiones, digamos, injustas o menos correctas, con tal de no poner en riesgo este principio. Probablemente, los legos son más libres en cuanto se sienten menos vinculados por ese aspecto. No quiero decir que sea mejor siempre tomar decisiones más libres o poner en riesgo la seguridad jurídica. Digo que este principio, como todos en el Derecho, no tiene un carácter absoluto, por lo que debe ponderarse en relación con otros valores o principios en presencia, y a veces puede estar justificada una cierta merma de la seguridad jurídica, si a cambio se logran valores importantes, como la autonomía, la igualdad, etcétera.

**LyE:** —*Cuando se refirió al caso del insumiso, proporcionó una clasificación ampliada de los tipos de casos, agregando a los "fáciles" y "difíciles", la categoría de "trágicos". ¿Cómo son estas categorías? ¿Existe algún dilema para el juez en estos casos? ¿En cuáles? ¿Qué debe realizar entonces?*

**M.A.** —Una de las discusiones de la Teoría del Derecho actual es, precisamente, la cuestión que planteó Dworkin, de si existe una única respuesta correcta para cada caso jurídico. Este autor sostiene que así es, que un juez Hércules sería capaz de hallar esa decisión correcta, o debería hacerlo. En cambio, otros autores, diría la mayoría, piensan lo contrario; que habría, para un mismo problema jurídico, diversas decisiones acertadas. Esto es, fallos justificables en términos de ordenamiento jurídico. Pero queda fuera de esta discusión la posibilidad de que existan otros casos en donde no haya ninguna respuesta correcta.

Quiero decir que la distinción habitual entre casos "fáciles", en donde hay una única respuesta correcta, y casos "difí-

ciles", donde hay más de una respuesta correcta, debería enriquecerse añadiendo un nuevo miembro. En mi opinión, en el Derecho, al menos de vez en cuando, nos encontramos con situaciones en donde no hay ninguna respuesta correcta, en el sentido de que, cualquiera sea la decisión a tomar, el juez está sacrificando principios o valores fundamentales del sistema jurídico, y a eso es a lo que llamo caso "trágico".

El caso de los insumisos en España pone a los jueces en un dilema. No ante una simple alternativa, en donde se trata simplemente de optar, sino ante un dilema en donde los dos cuernos (absolver o condenar) plantean problemas morales. Concretamente, implica vulnerar algún principio básico del ordenamiento jurídico español.

No quiero decir que sean frecuentes estas situaciones. Si lo fuesen, significaría que el sistema está en una situación absolutamente inestable, caótica, que va a dejar de existir, o que va a cambiar. Considero que en estos casos no sirven ya las pautas de racionalidad jurídico-formal en sentido estricto, y hay que utilizar otras pautas, que llamaría, de razonabilidad, en donde juegue un papel el razonamiento de tipo ético y la noción de consenso.

*LyE: —Por último. En la última conferencia surgió una polémica: ¿se puede hablar de derechos morales y derechos jurídicos? ¿Se puede tomar una postura positivista si se afirma la existencia de los primeros?*

*M.A. —* Mi respuesta es que sí a las dos. Se puede hablar de "derechos morales", y creo que no entraña ningún tipo de dificultad ni de confusión. Si uno es cuidadoso en mostrar, como trato de hacer, que cuando uno habla de derechos morales, la noción de Derecho está referida a un sistema moral, con principios y normas morales, sin confundirse con el Derecho positivo. Por ejemplo, en una dictadura, los ciudadanos tienen el Derecho moral a expresarse libremente. No quiero decir, naturalmente, que esos ciudadanos puedan ir a un juez y hacer valer su pretensión. Lo único que quiero decir es que esta conducta está justificada desde el punto de vista de las normas y principios. En este sentido, como la distinción permite seguir separando el Derecho de la Moral, y se supone que ésta es la característica fundamental del positivismo jurídico, creo que no hay ninguna dificultad para ser positivista jurídico y hablar también de derechos morales. Claro, siempre y cuando sea un positivista metodológico, y no uno ideológico.

## MISCELANEAS



## JOYITAS DEL "COMMON LAW"

DANIEL CARLOS VARACALLI\*

Las siguientes citas han sido extraídas de textos legales británicos y norteamericanos que son actualmente utilizados para el estudio y difusión del Derecho anglosajón. No son libros históricos o arcaicos —justo es aclararlo— sino perfectamente vigentes, como se inferirá de las citas bibliográficas. El objetivo de la presente compilación es, de alguna manera, desmitificar esa asociación tan común entre un país desarrollado y un Derecho desarrollado. Sin embargo, también es conveniente aclarar que los párrafos siguientes —con excepción del que ha sido extraído de un periódico argentino y que va en primer lugar— no dicen mucho acerca de la práctica del Derecho en Inglaterra o los Estados Unidos, pero sí sugieren bastante acerca de su desarrollo teórico y de los valores que le sirven de guía. Lo que tampoco debe dejarnos conformes con nuestra teoría jurídica (demás está decirlo), sino servirnos como ayuda para valorar modelos posibles para una nueva generación de juristas.

### I. "PERDÓN O MUERTE PARA TARO"

"Desde hace cinco años —la mitad de su vida— camina incesantemente por su celda esperando la pena capital. Esperar la ejecución es morir en vida, antes de que un tiro piadoso, una pastilla de cianuro o simplemente una inyección

\* Traductor y recopilador de estos trabajos.

letal ponga fin a sus días. No, no estamos refiriéndonos a una persona: se trata de un perro condenado a muerte. (...) Taro, el perro japonés que fue el compañero inseparable de esos guerreros nipones que recibieron el nombre de samurais, fue hallado culpable de morder a una nenita de 10 años. Su error le valió la máxima sentencia, de acuerdo con una ley del lugar (Hackensack, Nueva Jersey) 'diseñada para infundir temor en los propietarios de canes violentos' (...) Hasta el momento, varios tribunales han fallado en contra de Taro. Coinciden en que debe morir. Brigitte Bardot, ex sex-symbol que se convirtió en una enconada defensora de los animales, ha hecho varios pedidos públicos de indulgencia. 'Me parece —dijo— que quien ha purgado tantos años de cárcel ha pagado ya su deuda con la sociedad'. Pero ¿qué hizo Taro para merecer tanto rigor? Presuntamente mordió a una niña en un labio. La herida no fue severa, pero esto no significó atenuante. El costo de su encierro y defensa legal ha superado ya los 100.000 dólares (...). El gobernador del estado de Nueva Jersey, James Florio, enfrenta presiones para que conceda un indulto, pero se encuentra en la mitad de una campaña electoral en la que podría perder votos si actúa en favor de uno u otro bando. (...) El alcalde John de Rienzo consideró que el asunto es ridículo, pero 'las leyes, por absurdas que sean, han sido hechas para cumplirse'.

*La Nación*, 26-X-93

"Ciertos delitos son tan insidiosos que la ley no requiere intención para punirlos. Estos delitos se encuentran especificados por ley escrita y suelen denominarse 'de responsabilidad objetiva' (*strict liability*). Por ejemplo, las leyes que regulan la posesión de estupefacientes no exigen habitualmente intención por parte del poseedor. Aquellos que toman una valija equivocada que contiene estupefacientes en un aeropuerto pueden perfectamente ser condenados.

"Los delitos sexuales abarcan desde la desviación sexual (incluyendo relaciones sexuales con un animal o con un cadáver) hasta violación o sodomía o ambos delitos combinados, así como el abuso de menores.

"El asesinato (*murder*) es la forma más severa de homicidio. El asesinato es la muerte voluntaria, deliberada, intencional, maliciosa y premeditada de una persona, como así también la muerte provocada por negligencia o la que se produce mientras se está cometiendo otro delito. Por ejemplo, si

un ladrón está atracando un banco, y en el curso del atraco su revólver se dispara accidentalmente matando a un empleado, un policía o cualquier otro circunstante, aunque no haya habido intención alguna de su parte, será condenado con la pena del asesinato.

"La defensa más importante contra la imputación de responsabilidad penal es la inocencia. También se podrá alegar la prescripción, la que será admisible para todos los delitos, menos para el homicidio, siempre que se alegue en el momento oportuno de la defensa. Las demás defensas son parte del procedimiento penal".

Rothemberg-Blumenkrantz, *Personal Law*,  
Capítulo 2, *passim*.

## II. "NATURALEZA DEL DELITO"

"Puesto que los delitos son actos contra el Estado, éste tiene la iniciativa de la persecución criminal; la Corona es en teoría, aunque no generalmente en la práctica, responsable de dirigir las acusaciones, y todo procedimiento criminal se inicia en nombre de la Reina.

"El *common law* siempre ha puesto especial énfasis en que no habrá condena a menos que el acusado tenga una 'mente culpable' (*mens rea*). Esta exigencia suele resumirse en la máxima latina 'actus non facit reum nisi mens sit rea' (la realización del acto prohibido no hace presumir la culpa a menos que haya una mente culpable). El término 'mente culpable' o 'intención culpable', usado en este contexto, no puede definirse con precisión. Por ello los tribunales, desde tiempos remotos, han aplicado el sentido común para determinar cuándo existe un estado mental como el descripto.

"La *Criminal Law Act*, 1977, artículo 5<sup>º</sup>, garantiza que una persona condenada por un delito en grado de tentativa para el cual se prevé una pena máxima, no será condenada a una pena mayor que aquélla prevista para el delito consumado".

James, *Introduction to the English Law*, ps. 174-175.

"Son ejemplos de contratos de objeto ilícito, los celebrados en día domingo, o los que se vayan a ejecutar en dicho día. Las leyes de varios estados los declaran nulos.

"No existen títulos de crédito verbales. Un título negociable debe ser susceptible de ser materialmente transmitido de persona en persona. Debe ser escrito con tinta, lápiz, crayón o bien labrado en madera o piedra. La escritura debe ser indeleble. Cheques escritos sobre el exterior de un barril o sobre una cáscara de sandía suelen ser aceptados en los programas de televisión, pero esta práctica, como resulta obvio, no sería normalmente aceptada en el tráfico comercial".

Anderson, *Outline of Business Law*, ps. 179-180.

"Para que la costumbre obtenga el reconocimiento de los jueces, ésta debe, en teoría, haber estado en vigencia desde tiempo inmemorial, entendiéndose por tal al año 1189 en que finaliza su reinado Enrique II. Pero en la práctica basta con mostrar que la costumbre ha existido más allá de lo que cualquier persona viva pueda recordar. Si esto se prueba, el tribunal presumirá que la costumbre ha estado en vigor desde el año 1189. Esta presunción puede rebatirse si se prueba que por alguna razón fue imposible que la costumbre se practicara en 1189. Por ejemplo, se reclama una servidumbre de paso en un terreno que ha estado inundado en la época de Enrique II.

"Aunque el gobierno y sus funcionarios están básicamente sujetos a la ley como cualquier ciudadano, el soberano, en tanto es considerado 'la fuente de la justicia', no puede estar sometido a la jurisdicción de los tribunales, que existen pura y exclusivamente por voluntad del mismo soberano. Este es un principio elemental dictado por la lógica en cualquier sistema monárquico. La máxima 'la Reina no puede causar daño' ahora sólo se aplica a la persona del soberano, por lo cual la Reina no puede ser demandada en ningún tribunal británico. Anteriormente esto también se hacía extensivo a los demás funcionarios de la Corona".

P.W.D. Redmond, *General Principles of English Law*, Macdonald and Evans, 5th. ed., ps. 17-76.

"En caso de no pago de la renta, el locador debe requerir del locatario, personalmente o por mandatario, la suma exacta debida en el preciso día en que venza el plazo, y a una hora tal que el sol todavía no se haya puesto, de modo que haya luz para contar el dinero.

"Toda la tierra inglesa es —técnicamente— propiedad de la Corona. Este principio data del año 1066, en que Guillermo el Conquistador afirmó su soberanía sobre la totalidad del territorio inglés por medio de la conquista. Así se estableció la doctrina de que toda la tierra es, directa o indirectamente, propiedad de la Corona. Por tal razón resulta inapropiado describir al poseedor individual de un bien inmueble como 'propietario'. (...) Por ello la doctrina de los derechos reales (*estates*) se ocupa del plazo durante el cual la tierra es poseída, a diferencia de la doctrina de los *tenures* que se ocupaba de las condiciones de la posesión de inmuebles en la Edad Media. (...) Un *estate* es un interés en un inmueble de duración definida, una entidad abstracta que representa la extensión del derecho de posesión de una persona (*seisin*). (...) Así, el derecho real de dominio (*freehold estate*) es aquel cuya duración es indefinida".

### III. "HALLAZGOS DE TESOROS"

"Pertencen a la Corona según las reglas del *common law*. La definición de tesoro se apoya en los siguientes caracteres:

"1) debe contener oro o plata;

"2) debe estar oculto bajo tierra deliberadamente, y no meramente perdido;

"3) debe consistir en bienes muebles o propietarios".

"En '*Att. Gen. of Duchy of Lancaster versus Overton Ltd.*' (1982), un conjunto de monedas romanas no fue considerado constitutivo de tesoro por contener sólo una escasa cantidad de plata".

William Howarth, *Land Law in a Nutshell*, Sweet and Maxwell, London, 1987, ps. 32, 2, 5, 6, 8, 9.

Se terminó de imprimir el día 10 de febrero  
de 1995, en ARTES GRÁFICAS CANDIL S.R.L.,  
sito en la calle Nicaragua 4462, Buenos Aires,  
República Argentina



