05:34(82)
L4E2

# LECCIONES Y ENSAYOS

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

1990 LyE 54

LECCIONES Y ENSAYOS

## FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

*Decano*
Doctor Eduardo A. Pigretti

*Vicedecano*
Doctor Jaime L. Anaya

### DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

*Subdirector*
Profesor Consulto Doctor Carlos J. Colombo

*Consejo Asesor*
Prof. Héctor Alegría
Prof. Julio C. Cueto Rúa
Prof. Marcelo U. Salerno
Prof. Marcelo A. Sancinetti
Prof. Horacio Sanguinetti

*Consejo Directivo (1988-1990)*
*Director*: Ignacio Adrián Lerer
*Subdirector*: Eduardo A. Baistrocchi
*Secretaria de Redacción*: Gabriela Liliana Alonso
*Secretario de Redacción Adjunto*: Roberto Pablo Saba
*Secretario del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Estudiantiles (COLAPJE - Zona Sur)*: Alberto Bovino
*Redactores*: Cecilia Rossi
Javier Rodríguez Galli
María Laura Velazco
Ariel Edgardo Dulitzky
Mario Alberto Villar
Mariano Godachevich
Christian Courtis
Mary Beloff
Patricio Cabrera Filisoni
Miguel Alberto Sama
Rodolfo Gerardo Papa
Ana Di Iorio
Sergio Albornoz
Hernán Verly
Carlos Mitelman
Colaboradora *en el exterior*: Silvina Bacigalupo (España)

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

DONACION

# LECCIONES Y ENSAYOS

1990 LyE 54

EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1990

BIBLIOTECA

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

Correspondencia: Dirigirse a
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones

Figueroa Alcorta 2263 - CP-1425
Buenos Aires - Argentina

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.
Lavalle 1208 - (1048) Buenos Aires

ISSN: 0024-0079

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

# EDITORIAL

El pasado 5 de marzo, y mientras el presente número se encontraba en preparación, los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires tuvimos ocasión de presenciar un hecho de características tan significativas como infrecuentes.

Aquel día, y ante un escaso número de curiosos, los representantes de los tres claustros que dan cuerpo al Consejo Directivo de nuestra Facultad, concretaron la tarea de elegir un nuevo decano.

Una oportunidad más, entonces, para recordar que la elección democrática de las autoridades de la Facultad se encuentra inescindiblemente vinculada a la vigencia irrestricta de los principios que animaron a los reformistas de 1918 y constituyen el núcleo del Estatuto Universitario.

El clima de libertad amparado por aquellos principios constituyó el ámbito óptimo para el nacimiento y desarrollo de iniciativas que, como "Lecciones y Ensayos", fueron y son expresión de la libertad académica y el pluralismo ideológico que deben sostener a una Universidad democrática.

De insoslayable referencia, el nuevo plan de estudios aprobado por resolución 809/85 es, también, exteriorización viva de aquella axiología reformista.

Basado en una concepción del estudiante que lo ubica en núcleo y centro del sistema universitario, le impone el protagonismo de decidir la planificación de su formación personal, al tiempo que lo estimula a investigar y crear menos un nuevo "saber" que un nuevo "pensar" legal.

La función esencial de toda autoridad democráticamente elegida en el ámbito de la Universidad es, pues, el respeto y la reafirmación constantes de los valores, las pautas y los logros que aquí evocamos, que aquí reactualizamos.

Lo contrario importaría desandar sin razón ni justificación posibles el camino que, arduamente, viene intentando construirse desde hace más de setenta años.

# ÍNDICE

*Editorial* ..... 7

## LECCIONES

Marzorati, Osvaldo J., *Breves consideraciones sobre garantías en la financiación en el "common law"* ..... 13

Bidart Campos, Germán J., *Los derechos humanos en el derecho constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos* ..... 37

Jakobs, Günther, *Concurrencia de riesgos. Curso lesivo y curso hipotético en el derecho penal* ..... 53

Le Pera, Sergio, *Cicerón y el accionista controlante* .... 83

Mari, Enrique E., *El banquete de Platón. Su ley y elementos estructurantes: el vino, la palabra, el eros* .. 137

Resnik, Mario Héctor, *Sobre "teoría del Estado" y vías del conocimiento* ..... 159

Zago, Jorge Alberto, *La lesión subjetiva* ..... 179

## ENSAYOS

Martínez Vega, María L., *Homicidio con motivo u ocasión de robo* ..... 197

Martín, Patricio M. - Bertoni, Fernando R., *La sociedad en formación: ¿persona jurídica o ente inexistente?* ..... 209

Abramovich Cosarin, Víctor E. - Bovino, Alberto, *Al margen de la ley o la ley en los márgenes. El delito y las diferencias culturales. Un enfoque crítico* 233

El *sistema antártico*, prólogo por Hortensia D. T. Gutiérrez Posse ..... 253

I. Alonso, Gabriela Liliana, *El sistema antártico como régimen objetivo* ..... 256

II. Breier, Ingrid E., *Necesidad de su preservación para salvaguarda de la paz mundial* ..... 275

III. Cabrera Felisoni, Patricio O., *Conservación y protección del medio ambiente antártico* ..... 283

IV. González, Ariel Walter, *Los recursos minerales para el marco del sistema antártico. Algunas reflexiones* ..... 295

V. Jorquera, Mario, *Evolución de los presupuestos jurídicos del sistema antártico* ..... 309

VI. Rizzo Alonso, Hernán G., *Año 1991 y la soberanía en la Antártida, de condición a objetivo* 320

UNIVERSITARIAS

Lerer, Ignacio Adrián, *En busca del "uomo universitario"* ..... 331

COMENTARIO BIBLIOGRAFICO

Lerer, Ignacio Adrián, comentario a *Derecho procesal constitucional*, tomos 1 y 2: *Recurso extraordinario*, de Néstor Pedro Sagüés ..... 339

MISCELANEA

¿Teorema de Thomas? ..... 347

¿Lo sabía? ..... 348

# LECCIONES

# BREVES CONSIDERACIONES SOBRE GARANTÍAS EN LA FINANCIACIÓN EN EL "COMMON LAW"

OSVALDO J. MARZORATI*

## 1. GENERALIDADES

Si bien la garantía es una forma establecida de apuntalar la financiación interna de préstamos, el otorgamiento de la garantía ha desempeñado un papel menos importante en la protección de los intereses de prestamistas internacionales. En el pasado, la ausencia de garantía para préstamos internacionales era quizás atribuible principalmente al hecho de que se hacía difícil la verificación de los derechos de garantía en el contexto internacional. Otra razón es que los prestatarios internacionales generalmente tienen envergadura suficiente como para tomar préstamos sobre su propio crédito. Por lo que respecta a las emisiones de títulos, los inversores comunes no se encuentran preparados para evaluar los méritos de una garantía interna y contemplan con aprensión el riesgo, la demora y los gastos que involucra su cumplimiento en el exterior. La ausencia de garantía se perpetúa debido a los alcances de la llamada prenda negativa en préstamos internacionales no garantizados.

Sin embargo, la garantía es corriente en préstamos marítimos y de proyectos, y no es infrecuente en otros contextos, incluso a nivel gubernamental.

Desde luego, no sería práctico efectuar un análisis detallado del derecho internacional sobre garantías en este con-

* Profesor de Derecho de los Negocios Internacionales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

texto, y por lo tanto sólo se intentará un bosquejo de aspectos legales seleccionados de importancia práctica, y de algunas cuestiones de derecho internacional privado con fines de orientación general. Ex profeso se han omitido las consideraciones detalladas y resoluciones locales de los problemas planteados. Pues tales soluciones aparte de conocidas, en muchos casos, deben ser contestadas por los estudiantes al abordar el método comparativo.

## 2. Finalidades de la garantía en el comercio internacional

Generalmente la finalidad de la garantía es permitir al prestamista realizar la garantía en caso de incumplimiento y utilizar el producido para completar el pago del préstamo con prioridad a los otros acreedores. Sin embargo, la garantía puede obedecer a otros motivos.

### a) *Tratamiento "pari passu"*

En los países basados en el derecho consuetudinario, como Inglaterra, Australia y Canadá, la deuda interna de las sociedades es frecuentemente garantizada mediante una prenda flotante. De aquí que la única forma en que un prestamista internacional puede lograr una posición *pari passu* respecto de los prestamistas nacionales es que se le otorguen al prestamista internacional derechos *pari passu* en la garantía. Por cierto, las estructuras de garantía adoptadas en Canadá y Australia a menudo prevén específicamente la inclusión de deuda adicional; la prenda es otorgada a un fiduciario, el cual puede permitir la participación de una deuda adicional en beneficio de la garantía, si ciertos requisitos financieros se cumplen, por ejemplo, relaciones de cobertura entre activos e intereses.

### b) *Aislación*

Particularmente en el caso de préstamos gubernamentales, puede tomarse garantía sobre activos externos, como por ejemplo lingotes de oro, inversiones o reclamos sobre compradores extranjeros de mercaderías, a fin de garantizar la adecuación de los activos fuera de la jurisdicción a la cual se puede recurrir en caso de dificultades políticas.

c) *Control*

En la financiación de proyectos, la capacidad del prestamista de ejercer control operacional sobre los activos del proyecto puede ser más importante que la capacidad de realizar los activos por venta. Los activos de un proyecto a menudo son de difícil o imposible realización en la práctica debido a su naturaleza (p.ej., caminos o tuberías submarinas). En ese caso, con sujeción a la indulgencia del gobierno anfitrión, la garantía puede permitir al prestamista hacerse cargo del proyecto y operarlo para su propio beneficio, al menos en aquellos países que permiten al acreedor garantizado tomar posesión de la garantía colateral, ya sea por sí mismo o a través de un síndico.

d) *Protección contra otros acreedores*

Cuando un activo es esencial para el crédito del prestatario, como, por ejemplo, una planta o fábrica, la toma de la garantía puede ser puramente defensiva en el sentido de que la prenda previa inhibe la capacidad de otros acreedores de embargar dichos activos para ejercer presión sobre el prestamista. Éste es el caso especialmente en la llamada financiación de proyectos.

## 3. Cuestiones generales

La ley de garantías difiere tan sustancialmente de un país a otro que resulta impracticable catalogar incluso las normas básicas. Sin embargo puede ser útil, como preludio a un bosquejo de ciertos aspectos conflictivos, destacar cierto número de asuntos generales a manera de lista de verificación práctica de algunas de las preguntas que se pueden formular a abogados extranjeros, pero sin intentar necesariamente indicar soluciones.

Tradicionalmente, la teoría anglosajona, a diferencia de nuestro Código Civil, divide a los bienes en tres clases, a saber:

a) Bienes inmuebles, como la tierra y los edificios.

b) Bienes muebles tangibles, como, por ejemplo, embarcaciones, equipos, otras mercaderías y metales preciosos.

c) Bienes muebles intangibles, como contratos, deudas, valor llave, acciones y concesiones.

Los títulos de crédito son híbridos y se los trata en forma diversa como bienes muebles tangibles o intangibles, según el aspecto legal que deba determinarse: son como los bienes tangibles, porque el reclamo en su totalidad está representado por un documento físico, pero se asemejan a los intangibles ya que evidencian un reclamo de deuda.

Aunque las embarcaciones son bienes muebles tangibles, en algunos aspectos se asimilan a bienes inmuebles flotantes.

Cada clase de bien tiene sus propias normas pero las siguientes son algunas consideraciones prácticas usuales, algunas de ellas obvias, pero otras que quizá no lo son tanto:

1) ¿En qué medida es concluyente la investigación del *título* que detenta el prestatario sobre la garantía?

2) ¿Debería el prestamista controlar los otros contratos de préstamo del prestatario para ver si el derecho de garantía pudiera entrar en conflicto con la denominada prenda *negativa*?

3) ¿Tendrá el derecho de garantía prioridad sobre los reclamos de otros acreedores, especialmente: acreedores privilegiados tales como los del Fisco, titulares de derechos de retención anteriores o posteriores, beneficiarios de fideicomisos, compradores, acreedores hipotecarios, locatarios o fletadores, acreedores prendarios y embargantes; liquidador o síndico de quiebra?

4) ¿Debe el derecho de garantía estar *registrado*?

5) ¿La garantía cubrirá *bienes posteriormente adquiridos*? Ejemplos de bienes posteriormente adquiridos son: a) edificios y accesorios agregados a tierras hipotecadas; b) bonificaciones, dividendos, derechos y nuevas garantías atribuibles a acciones prendadas; c) accesorios a bienes muebles tales como un motor nuevo en una embarcación, y d) pagos acumulados subsiguientes en una cuenta colateral en efectivo. La garantía sobre bienes posteriormente adquiridos ¿es tratada como una nueva prenda que ha de ser perfeccionada separadamente, por ejemplo, mediante inscripción? ¿Se puede obtener el efecto "cruzado", es decir, puede el bien posteriormente adquirido garantizar adelantos previos? ¿Podrían los bienes posteriormente adquiridos a la garantía caer bajo el privilegio? En algunos países de derecho civil (p.ej., Grecia), la garantía sobre tierras abar-

ca no simplemente los aditamentos sino también los bienes accesorios o indispensables para el uso de la tierra hipotecada, como, por ejemplo, los equipos para ararla, situación común en algunos países civilistas respecto de la extensión de la hipoteca.

6) ¿Sería efectiva una *cláusula de mantenimiento del valor*? Los documentos de garantía respecto de tierras, inversiones, embarcaciones y otros bienes, a menudo contienen una disposición expresa de que si el valor de la garantía colateral cae por debajo de un monto estipulado (generalmente, un margen por encima del capital), el prestatario lo completará con una garantía adicional. Un punto débil de esta cláusula es que, si el bien destinado a completar la garantía no es identificado por adelantado, la obligación podría no ser específicamente ejecutable o, alternativamente, podría no haber ningún activo disponible en su momento, con el resultado de que la cláusula simplemente actúa como detonadora de un hecho de incumplimiento. Un segundo punto débil es que el subsiguiente otorgamiento de la garantía puede correr el riesgo de ser invalidada como preferencia dolosa sobre la base de que un acuerdo para otorgar una garantía en el futuro puede ser un acuerdo de preferencia.

7) ¿Sería la garantía cancelada por una *refinanciación* del préstamo, por ejemplo, a través de una conversión de divisas? En muchos países, el monto máximo garantizado por hipotecas sobre tierras y embarcaciones debe estar indicado: si el monto máximo es especificado como el monto original del préstamo, la garantía por dicho monto puede quedar cancelada por una *refinanciación* (prendas de embarcaciones liberianas) cuando la llamada refinanciación tiene el alcance de una novación. En tal caso, cuando la clarificación del lenguaje no resuelve la dificultad (como generalmente la resuelve), el riesgo puede ser evitado efectuando el préstamo a una subsidiaria especialmente constituida bajo la garantía de la parte que otorga la garantía: la garantía se mantiene firme sin perjuicio de una refinanciación implícita. En muchas jurisdicciones en las que se aplica el *common law*, una refinanciación podría cancelar la garantía en ciertas circunstancias salvo que ella esté expresada como una garantía continua. Este ejemplo pone de manifiesto las complicaciones que asaltan al abogado internacional al redactar o intentar aplicar sus conocimientos o mejor dicho los conocimientos y límites de una institución determinada más allá de sus fronteras. Las dudas deben

resolverse con el auxilio de abogados expertos en las jurisdicciones donde los instrumentos de deuda o de garantía deben cumplirse o tener efectos.

8) ¿Puede un *acreedor hipotecario de segundo grado* perjudicar la situación del *acreedor en primer grado*? Las dos desventajas posibles de permitir hipotecas secundarias sobre el mismo bien son:

a) El acreedor hipotecario puede tener un derecho independiente al hacer cumplir la garantía. En algunos países, la ejecución efectuada por el acreedor hipotecario de segundo grado liquida a ambas hipotecas. Sin embargo, aunque el acreedor hipotecario de segundo grado debe rendir cuenta al acreedor hipotecario de primer grado de cualquier producido antes de retirar su parte, el acreedor hipotecario de segundo grado puede acosar al acreedor hipotecario en primer grado para realizar el activo en un momento considerado como inoportuno desde el punto de vista del acreedor hipotecario de primer grado. En otros países, el efecto de la ejecución por parte del acreedor de segundo grado es el de transferir el bien al comprador sujeto al gravamen del acreedor en primer grado, de manera que de hecho el acreedor en primer grado tiene que tratar con un titular distinto. En Francia e Italia, una venta de tierras efectuada por un acreedor hipotecario secundario exonera a la totalidad del bien del gravamen, pero no ocurre así en Alemania. En Inglaterra un acreedor hipotecario de segundo grado vende la tierra sujeta a la primera hipoteca, pero puede acudir al tribunal para lograr que ambas hipotecas queden canceladas.

b) La presencia de un acreedor hipotecario de segundo grado puede impedir que un acreedor hipotecario en primer grado agregue una deuda adicional aun teniendo prioridad. Este podría ser un problema particularmente serio cuando el acreedor hipotecario en primer grado desea adelantar más fondos a fin de preservar el valor de la garantía o prevenir un incumplimiento. Donde la ley permite al acreedor hipotecario en primer grado agregar nuevos adelantos, según un compromiso previo de efectuar tales adelantos, pueden plantearse interrogantes respecto a si en este caso particular el compromiso estaba técnicamente en vigencia o si estaba viciado, por ejemplo, en razón de haber ocurrido un hecho de incumplimiento. El art. 94, inc. 1º, de la ley inglesa de bienes de 1925, permite el agregado de rango prioritario solamente si (entre otros casos) la hipoteca impone al acreedor en primer grado la obligación de adelantar el di-

nero. El art. 9-105 del Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos clarifica el punto disponiendo que "un adelanto es efectuado *según un compromiso previo* si la parte garantizada se ha obligado a efectuarlo, con prescindencia de que un hecho de incumplimiento u otro hecho fuera de su control lo haya liberado o pueda liberarlo de sus obligaciones".

9) ¿Debe la deuda hipotecaria ser expresada en *moneda local*, aun en caso de que el préstamo en sí esté denominado en moneda extranjera? Austria, Alemania, Francia, Italia y México así como nuestro país figuran entre los que requieren el registro en moneda local para ciertas clases de hipoteca. Si el valor de la moneda local disminuyera en relación con la moneda del préstamo, el prestamista podría encontrarse sin garantía por la diferencia. Una solución es garantizar que la suma asegurada sea lo suficientemente grande como para cubrir fluctuaciones previsibles en los tipos de cambio, o bien requerir al prestatario que provea una garantía adicional en caso de una disminución, es decir, una cláusula que asegure el mantenimiento del valor. Otra sería indexar el valor en moneda local de la garantía según el tipo de cambio de la moneda del préstamo. Esta técnica de revaluación es permitida en Francia. La validez de estos dispositivos depende de la jurisdicción.

*10*) ¿Puede el prestamista prohibir los *pagos por adelantado* o esto constituiría un impedimento inaceptable del derecho de rescatar la garantía? En tal caso, el prestamista no podría proteger su inversión. Otro riesgo análogo es el *derecho de liberación* que algunas jurisdicciones confieren a un comprador respecto del deudor hipotecario. En Francia, un comprador de tierras hipotecadas puede insistir en liberar todas las hipotecas ofreciendo el precio de compra y forzando así efectivamente un pago adelantado no deseado del préstamo (arts. 2187, 2181-92, Cód. Civil). Existe una norma similar en Italia. No existe ningún derecho de liberación en la legislación alemana sobre hipotecas de tierras.

*11*) ¿Puede la garantía ser otorgada a favor de un *fiduciario o agente bancario*? Cuando la jurisdicción local no reconoce el fideicomiso o convierte al fiduciario en un agente, si la garantía debe ser registrada o liberada, o, si la garantía sobre bienes posteriormente adquiridos requiere ser perfeccionada, entonces el "agente", a fin de satisfacer la autoridad de registro, puede tener que presentar prueba de sus facultades conferidas por sus mandantes, por ejemplo, una

resolución del tenedor de títulos. Esto podría ser impracticable en el caso de títulos al portador, e inconveniente en el caso de préstamos sindicados. Si, por otro lado, el Estado que niega el reconocimiento trata al fiduciario como tenedor absoluto de la garantía, existe la desventaja teórica de que los intereses de los tenedores de títulos, quienes están –por así decirlo– detrás de la cortina, corren mayor riesgo de ser relegados por acreedores del fiduciario. Cuando la ley de registro requiere la inscripción del "acreedor hipotecario" como tenedor de la garantía, el otorgamiento de la garantía a un agente bancario puede no satisfacer este requerimiento.

12) En caso de incumplimiento, ¿qué restricciones existen al derecho de *venta*? Y especialmente:

a) ¿Debe la garantía colateral ser vendida en subasta pública, quizá bajo control judicial, o se permite una venta privada? El propósito de la subasta pública es sin duda el loable objetivo de asegurar que se obtenga el mejor precio posible, y que la venta sea ampliamente publicitada. Sin embargo, la experiencia práctica demuestra que en el escenario comercial, a menudo se pueden obtener condiciones más ventajosas mediante el proceso de negociación privada antes que con la formalidad de una subasta pública, la cual, en el caso de bienes de magnitud sustancial, difícilmente sea la forma más conveniente o atractiva de efectuar una inversión nueva de gran envergadura.

Por el otro lado, una venta privada puede en efecto quedar descartada debido a la dificultad de otorgar título perfecto, por ejemplo, debido a derechos de retención no conocidos que pueden acompañar al bien hasta las manos del comprador (como es el caso de algunos derechos de retención marítimos en ausencia de venta judicial) o debido a que la compra es susceptible de ser dejada de lado por estar subvaluada.

b) ¿Tiene el acreedor hipotecario el deber de procurar el mejor precio posible, o la mera obligación menor de actuar de buena fe?

c) ¿Existen restricciones a la venta tales como prohibiciones a extranjeros en cuanto a disponer del bien (particularmente importantes en el caso de tierras, embarcaciones y otros bienes estratégicos)?

d) El control de cambio local ¿permite la repatriación del producido de la venta?

e) En una venta de acciones, ¿debe el acreedor hipotecario cumplir con requisitos onerosos sobre prospectos y registración de títulos?

13) El acreedor hipotecario ¿está autorizado a *tomar posesión* del bien y apropiárselo? Insistir en que la realización puede ser efectuada solamente por venta es de gran importancia en la financiación de proyectos en aquellos países cuyo Código Civil no permite al prestamista tomar posesión y operar los bienes del proyecto a raíz de un incumplimiento. La apropiación de bienes fue prohibida por una ley del emperador Constantino en el año 326 d.C., y deben existir pocos países que ahora permitan al acreedor garantizado apropiarse del bien, al menos sin una orden judicial, por la obvia razón de que el bien puede valer más que lo que la deuda garantiza. Así, el art. 2078 del Cód. Civil francés y el art. 2744 del Cód. Civil italiano prohíben las apropiaciones. Muchas veces se le permite al acreedor hipotecario presentarse a la venta en subasta pública y ofertar, como en nuestro país.

14) ¿Puede la parte garantizada, como alternativa a la venta, tomar *posesión* de la garantía en caso de incumplimiento y cobrar el producido derivado de la garantía (rentas en el caso de tierras, alquiler en el caso de fletes) hasta que el ingreso percibido sea suficiente para satisfacer el reclamo? En tal caso, ¿está obligado el acreedor hipotecario que posee la cosa a rendir cuenta al deudor hipotecario por el ingreso que hubiera debido percibir a no ser por su propia negligencia? ¿Puede el acreedor hipotecario evitar esta responsabilidad designando a un síndico y administrador del bien que sea agente del deudor hipotecario? En Inglaterra, un síndico es agente del deudor hipotecario salvo que la hipoteca disponga otra cosa: ley sobre bienes de 1925, sección 109, 2.

15) ¿Será reconocido el derecho real de garantía en otros países donde los bienes puedan estar o adonde puedan llegar, o donde se procura hacerlo cumplir? En este contexto, la distinción entre los efectos contractuales del acuerdo de garantía y sus efectos de propiedad debe ser tenida en cuenta. Un contrato de garantía puede estar regido por la legislación de su Constitución, como es lo normal (sujeto a numerosas excepciones), pero la capacidad de ese contrato para crear un derecho real de garantía, es decir, crear un derecho *in rem* en el bien, depende de normas separadas. Esta distinción es particularmente compleja en

los países que se rigen por el *common law* ya que un acuerdo para crear un gravamen puede ser tratado como un gravamen establecido por *equity* (en general, un gravamen que tenga una prioridad menos importante), que el tribunal puede hacer cumplir por aplicación específica o tratar como un gravamen válido aun cuando no lo sea tanto según la ley aplicable.

17) ¿Tendrán los tribunales extranjeros competencia para hacer cumplir el derecho de garantía?

18) ¿Se requieren *consentimientos gubernamentales* para el otorgamiento de la garantía a un extranjero? Los controles son particularmente evidentes en el caso de tierras, embarcaciones y aeronaves.

## 4. "Leasing" y otras formas de cuasigarantías

En muchas jurisdicciones se han desarrollado una variedad de transacciones, las cuales en lo comercial son muy similares al otorgamiento de la garantía a cambio de un préstamo, pero legalmente pueden ser tratadas de forma diferente. Principalmente explotan la dicotomía existente entre crédito-vendedor (o crédito-locador) y crédito-prestamista y son ampliamente utilizadas en jurisdicciones tanto de derecho consuetudinario como de derecho civil. En la mayoría de estas transacciones, el financista retiene o toma el título de dominio o propiedad de los bienes, pero otorga la posesión al deudor. En una transacción de garantía, el financista sólo obtiene un título de dominio limitado y, sujeto a esto, la titularidad y, por supuesto, la posesión le corresponden al deudor. Es interesante destacar que las transferencias fiduciarias del derecho romano e incluso las hipotecas inglesas se caracterizaron teóricamente como transferencias de título sujetas a una cláusula de retransferencia o rescate contra el pago de la deuda.

En todas las transacciones que se describen más adelante, podría haberse logrado un resultado comercial similar mediante una hipoteca del bien en cuestión en favor del financista. Sin embargo, la distinción a veces muy sutil entre una transferencia absoluta del título y una transferencia condicional del título persiste tenazmente en muchos Estados.

Algunas de esas transacciones de cuasigarantía pueden ser descriptas brevemente a continuación:

a) "*Leasing*"

En lugar de comprar un bien en términos de crédito diferido y luego volver a hipotecarlo a favor del vendedor a fin de garantizar las cuotas del crédito, el vendedor podría alquilar el equipo al comprador con la condición de que el título de dominio del equipo permanezca con el vendedor, pero el comprador tenga la posesión del equipo en virtud de un alquiler por el cual el precio de la locación es calculado de manera tal que incluya el costo de capital y el cargo de financiación. Alternativamente, el vendedor podría vender el equipo a una firma financiera y por ello recibir inmediatamente el pago del precio de compra, y la financiera arrendaría posteriormente el equipo al comprador. En cada caso el plazo primario de la locación es el suficiente como para permitir recobrar el capital (a menudo durante la vida útil del bien) y posteriormente el locatario podrá retener la posesión mediante una renta nominal. Estas locaciones financieras deben distinguirse de las locaciones "operativas" o "verdaderas". Otra variante desarrollada originalmente en los Estados Unidos a fin de financiar material rodante y otros equipos costosos, tales como las aeronaves, es la locación de equipos en fideicomiso. El equipo es comprado por un fiduciario quien es financiado por la venta de los certificados de fideicomiso del equipo a un grupo de bancos u otras instituciones financieras. El fiduciario entrega entonces en locación el equipo al comprador y retiene el beneficio de la locación así como el equipo mismo en fideicomiso a nombre de los tenedores de los certificados de fideicomiso del equipo.

Una locación puede incluir una opción por la cual se faculta al comprador a comprar los bienes al finalizar el período de la locación por un monto nominal, o con anterioridad contra el pago de las cuotas impagas. Éste es el clásico contrato de alquiler con opción a compra.

b) *Venta y nueva locación ("lease-back")*

El deudor vende un bien a una entidad financiera la cual lo alquila nuevamente al deudor por un período equivalente a la vida útil del bien. Las cuotas de la locación incluyen tanto el elemento capital como el interés.

c) *Venta y recompra*

El deudor vende el bien a una entidad financiera con la condición de que ésta lo venda nuevamente al deudor en forma obligatoria o a opción del deudor, después de un período especificado, a un precio que refleje el precio de venta originario más un margen para los intereses.

d) *Retención de título*

Esta transacción, conocida como venta condicional en muchas jurisdicciones, abarca la venta de un bien a un deudor con la condición de que el deudor no adquirirá el título de dominio del bien hasta que el bien haya sido abonado. En las transacciones normales de venta de bienes (en oposición a las ventas condicionales de grandes equipos), las formas de cláusulas de retención pueden incluir una cláusula de "cuenta corriente" que extiende la retención hasta cubrir toda la deuda del comprador hacia el vendedor, una cláusula de "producido de reventa" que extiende los derechos del vendedor al producido de la reventa, una cláusula de "retención continua" que continúa el título del vendedor contra subcompradores y una "cláusula de agregado" que extiende el título del vendedor a los productos en los que los bienes son incorporados durante la fabricación.

No todas estas cláusulas son exitosas en Inglaterra. La de retención de título ha alcanzado gran desarrollo en Alemania.

e) "*Factoring*"

Factoreo es un término utilizado para describir un método de financiación de cuentas a cobrar por el cual éstas, adeudadas a una empresa, son vendidas a una entidad financiera por una suma global de descuento. La venta puede efectuarse con carácter recurrible, con carácter recurrible limitado (p.ej., en cuanto al monto o el período dentro del cual los reclamos deben ser efectuados) o sin carácter recurrible, y con garantías (p.ej., respecto al cumplimiento legal del reclamo cedido y su liberación de compensaciones y otras defensas) o sin garantías (una cesión "con renuncia a reclamos"). A menudo la venta no es notificada a los deudores y el vendedor es designado como agente del comprador para percibir las cuentas a cobrar.

f) *Ventajas*

¿Cuáles son las principales razones legales (a diferencia de las ventajas de mercado y de costos) que llevan a la adopción de estas formas de cuasigarantías en lugar de préstamos directos garantizados por una hipoteca sobre el bien? En este breve bosquejo nos concentraremos primordialmente en la financiación de títulos de equipo, pero algunas de las consideraciones pueden aplicarse con similar fuerza a las tierras y otros bienes.

1) *Préstamos de dinero y usura.* Si la transacción no es tratada como un préstamo, puede eludir la legislación local sobre préstamos de dinero y usura.

2) *Objeciones a las prendas con registro.* En muchas jurisdicciones las prendas con registro son imposibles o impracticables a menos que la prenda implique la posesión real o simbólica sobre los bienes. Esto no resulta realista cuando el prestatario desea utilizar los bienes para sus fines operativos o para venderlos. El conferimiento de la posesión sin título puede evitar la dificultad.

En Inglaterra la técnica de la locación con opción a compra se desarrolló como resultado directo de la legislación del siglo XIX sobre contratos de compraventa que inhibe a los individuos de tomar prendas con registro, y para evitar el riesgo de pérdida de prioridad en favor de compradores de buena fe: en virtud de un contrato de locación con opción a compra o de locación, un locador generalmente no puede conferir un título válido a un comprador inadvertido, ya sea bajo la sección 9 de la ley de factores de 1889, o bajo la sección 25, 3, de la ley de venta de mercadería de 1979 (ver "Helby c/Matthews", 1895, AC 471). Lo contrario resulta si se trata de un acuerdo de venta condicional.

3) *Cumplimiento.* En algunas jurisdicciones es más fácil para el titular de los bienes retomar la posesión si él es el propietario que si es un acreedor hipotecario. Puede no serle necesario, por ejemplo, tener que afrontar los cansadores y costosos procedimientos de subasta pública que serían necesarios en el caso de una prenda. Los fideicomisos sobre equipos en los Estados Unidos se desarrollaron en parte como respuesta a los problemas de prioridad y cumplimiento relacionados con los bienes muebles.

4) *Tributación.* La transacción puede tener ventajas impositivas. Bajo las leyes impositivas locales el "prestata-

rio" puede estar habilitado para deducir los pagos de locación a los fines de calcular su responsabilidad tributaria, pero no los pagos de intereses. Alternativamente, la entidad financiera que tiene el título sobre el equipo puede estar habilitada para reclamar descuentos de capital que le permitan proteger el ingreso y transferir el beneficio al reducir el costo de la financiación.

5) *No registro.* La transacción puede no ser registrable como un derecho de garantía. Así, en Inglaterra, ninguna de las transacciones arriba descriptas sería registrable a menos que fuera planeada en forma simulada y convertida en un préstamo garantizado. Pero algunos Estados requieren el registro, como por ejemplo California, que exige la notificación pública de las ventas y relocaciones, y si esta notificación no se efectúa convierte a la transacción en presuntivamente fraudulenta contra acreedores subsiguientes que actúen sin real conocimiento.

6) *Superávit de reventa.* Un locador o comprador en virtud de un contrato de venta condicional no tiene derecho sobre un superávit de reventa en caso de incumplimiento. Si se trata de una hipoteca, el prestamista debe devolver todo superávit sobre la venta.

7) *Prendas flotantes.* En aquellas jurisdicciones donde los bancos tradicionalmente requieren prendas flotantes (p.ej., Inglaterra, Australia, Canadá, Nigeria), la retención de título o el conferimiento del título a la entidad financiera pueden en efecto otorgar "garantía" a dicha entidad, sin que ésta corra el riesgo de ser postergada en beneficio de la prioritaria prenda flotante. Debido a que el título sobre el bien no ha sido conferido a la compañía creadora de la prenda flotante, ésta no le afecta a ella.

## 5. Garantías flotantes en el "common law"

Durante el siglo XIX, la legislación inglesa desarrolló la prenda flotante como un método para crear una garantía sobre la totalidad de los bienes de una compañía. Lord Macnaghten describió a la prenda flotante en "Governments Stock and Other Securities Investment Co. Ltd. c/Manila Railway Co. Ltd.", 1897, AC 81, en la página 86 de la siguiente forma: "Una prenda flotante es un gravamen de 'equidad' aplicado en un momento dado sobre los bienes de una em-

presa en funcionamiento. Se relaciona con el sujeto en la condición variable en que se encuentra en la ocasión. Hace a la esencia de dicho cargo que permanezca en letargo hasta que el emprendimiento gravado deje de ser una empresa en marcha, o hasta que intervenga la persona a cuyo favor se crea el cargo".

En "Illingworth c/Houldsworth", 1904, AC 355, el tribunal describió gráficamente la prenda como "ambulatoria y cambiante en su naturaleza, que revolotea y por así decirlo flota sobre el bien que se intenta afectar, hasta que ocurre algún hecho o se ejecuta algún acto que le hace posarse y aferrarse al sujeto de la prenda, quedando dentro de su órbita y alcance".

a) *Ventajas*

La gran virtud de la prenda es la amplitud de su cobertura: puede cubrir inventarios, cuentas a cobrar, tierras, contratos, fondos de comercio, patentes y capital no amortizado. En caso de incumplimiento, un síndico y administrador designado por el tenedor de la garantía puede, en efecto, hacerse cargo de todos los bienes de la compañía y administrarlos para beneficio del debenturista con prioridad sobre todos los otros acreedores no garantizados (aparte de ciertos acreedores preferenciales, como, p.ej., autoridades impositivas y empleados hasta máximos establecidos). La prenda no es inválida, porque los bienes no son tomados en posesión o por la ausencia de cesiones específicas y de control de cada cuenta a cobrar. Los bienes posteriormente adquiridos pueden ser incluidos y pueden garantizar adelantos previos. Hasta que la prenda se manifieste, el prestatario puede manejar los bienes gravados en el curso normal de los negocios y no es necesario obtener una liberación específica del inventario en cada ocasión. Sin embargo, cuando la prenda se cristaliza (lo cual ocurre cuando la compañía entra en liquidación, o cuando se produce un hecho de incumplimiento y el tenedor toma medidas para hacer cumplir su garantía, p.ej., designando un síndico), la prenda flotante se convierte en una prenda fija y cesa el derecho del prestatario a operar los bienes prendados.

b) *Desventajas*

Por otra parte, existe un número de desventajas que deben tenerse en cuenta:

1) *Prioridad en liquidación.* En caso de liquidación de la compañía, los derechos de la persona titular de la garantía son pospuestos a los acreedores privilegiados, por ejemplo, los gastos de liquidación, ciertos impuestos y ciertos sueldos y salarios (ley de sociedades de 1948, sección 319).

2) *Acreedores de ejecución.* La prenda flotante se ubica después de las ejecuciones y embargos que son *efectuados* antes de la ejecución. Podría obtenerse cierta protección disponiendo que el inicio de los procesos por parte del acreedor constituye una manifestación automática [ver "Davey & Co. c/Williamson & Sons, Ltd." (1899), 2 QB 194].

Hasta que la prenda se manifiesta, la compañía puede negociar el bien gravado y por lo tanto un comprador de bienes, tierras, cuentas a cobrar o títulos estará exento del gravamen aun cuando sepa de su existencia.

Por supuesto es esencial que la compañía pueda operar hasta que ocurra un incumplimiento. El valor de la prenda está por lo tanto limitado a los bienes que existan cuando ella se manifiesta.

La prenda no afectará a los bienes entregados a la compañía, y cuyo título es retenido por el vendedor.

Sin embargo, la protección contra otros gravámenes es posible en Inglaterra si al prestatario le está expresamente prohibida la creación de otros gravámenes sobre los bienes en cuestión, y la notificación de la prohibición está incluida en el formulario de registro presentado en el Registro de Sociedades.

3) *Invalidación.* Una prenda flotante creada por una compañía inglesa es inválida si (hablando en términos generales) es constituida después que el dinero ha sido adelantado y sobreviene la liquidación dentro de los doce meses, salvo que el tenedor de la garantía pueda probar que la compañía era solvente en el momento en que la prenda fue otorgada (ley de sociedades 1948, sección 322). La política que sustenta esta norma de preferencia más amplia (en caso normal el período de peligro es de seis meses y la intención preferencial debe ser probada –ver sección 320–) es que un prestamista no debe estar habilitado para privilegiarse a sí mismo mediante una prenda tan amplia salvo que obtenga la garantía en el momento en que adelanta el dinero.

4) *Compañías solamente.* La titularidad de la prenda flotante está disponible solamente para compañías comerciales y no para individuos o asociaciones.

5) *No reconocimiento de prenda.* Otra desventaja significativa es que los países que no han legislado sobre la prenda flotante han sido reacios a reconocer su eficacia.

c) *Reconocimiento de prendas flotantes*

La prenda puede no ser reconocida por el Estado originario. Una prenda flotante creada por una compañía en un país en donde no es reconocida ¿será efectiva sobre bienes localizados en un país donde la prenda flotante es reconocida? El caso escocés "Carse c/Coppen", 1951, SC 233, es ilustrativo: "Una compañía inscripta en Escocia con bienes y una sucursal en Inglaterra creó una prenda flotante en la forma inglesa sobre todos sus bienes incluyendo aquellos ubicados en Escocia. En ese momento, la prenda flotante era totalmente repulsiva para las leyes escocesas (pero ahora ha sido legislada en Escocia). El liquidador aceptó que la prenda no se haría efectiva sobre el bien ubicado en Escocia pero intentó ser guiado por el tribunal respecto a si la prenda era efectiva sobre bienes de la compañía en Inglaterra. El tribunal entendió que el cargo era análogo para una cesión universal cuya validez está regida por las leyes del domicilio de la sociedad y se rehusó a mantenerlo".

Esta decisión ha sido criticada. Se cree que una prenda flotante no está adecuadamente caracterizada como una cesión universal: la prueba adecuada debería ser si la compañía tiene capacidad para crear una carga real. Si la tiene, la validez de la prenda debería ser probada de acuerdo con la ley aplicable a la validez, por ejemplo, el lugar de localización de los bienes en cuestión. Por supuesto, la caracterización incorrecta por referencia a los conceptos legales locales es un incumplimiento común del tribunal invocado para tratar con una institución no familiar: la actitud de los tribunales civiles respecto de los fiduciarios es otro ejemplo.

d) *Prenda no reconocida donde están situados los bienes*

La cuestión inversa es si una prenda flotante creada por una compañía en una jurisdicción donde es válida será reconocida con respecto a bienes situados en otros países que no admiten la prenda flotante. Por lo que se refiere al derecho inglés, una prenda flotante inglesa funciona como mínimo a la manera de un compromiso para gravar: esto en derecho inglés constituye una garantía válida en equity que afecta a los bienes que se busca cubrir tan pronto entra en vigor. Crea derechos *in rem* y no solamente *in personam* (conf.

"British South Africa Co. c/De Beers Consolidated Gold Mines Ltd."). A esta decisión le siguió el caso de "Anchor Line (Henderson Brothers) Ltd.", 1937, Ch. 483: Una compañía inglesa que poseía bienes en Escocia ejecutó allí una prenda sobre todos sus bienes a favor de un banco de Escocia. La prenda fue debidamente registrada en Inglaterra. Después que la compañía entró en liquidación, un tribunal inglés sostuvo que el producido de la venta de la propiedad situada en Escocia era pagadero al tenedor del *debenture* pese a que el derecho escocés no reconocía el gravamen.

Éstos fueron, desde luego, casos en que los tribunales ingleses estaban respaldando un mecanismo de garantía aprobado por ellos. Al destinatario de la prenda podría no irle tan bien si la acción se emprendiera en tribunales extranjeros donde se radican los bienes y que no están familiarizados con la prenda o son hostiles a ella. En particular, una prenda flotante puede sucumbir a los ojos de los jueces del lugar debido a la falta de registro local o porque, por ejemplo, una prenda con registro requiere la posesión, o una cesión de cuentas a cobrar debe ser perfeccionada mediante notificación al deudor.

Un ejemplo es el caso "Maudslay Sons & Field", 1900 1Ch. 602: Una compañía inglesa gravó todos sus activos a un tenedor de *debentures* inglés. Se designó un síndico por incumplimiento. Los acreedores ingleses cruzaron a Francia y embargaron deudas de un deudor francés con la compañía inglesa. En virtud del derecho francés, el gravamen era inválido porque las cesiones de deudas debían ser por escrito, estar registradas y ser notificadas formalmente al deudor. Sin embargo, los tribunales ingleses rehusaron restringir el embargo francés por parte de los acreedores ingleses. Hacer tal cosa hubiera dado a los acreedores franceses una ventaja sobre los acreedores ingleses.

e) *Reconocimiento del síndico*

Otra cuestión es si un tribunal extranjero reconocerá el derecho de un síndico y administrador a accionar en los tribunales extranjeros para recibir los bienes. Los tribunales de los Estados Unidos han sido reacios a conferir reconocimiento a un síndico y en particular al derecho del síndico de accionar en los tribunales norteamericanos, en parte porque han tendido a confundir al síndico inglés con los síndicos de quiebra estadounidenses (que son en realidad liquidadores), y en parte debido a una regla común en los Estados

Unidos, según la cual ni aun a los síndicos extranjeros designados por los tribunales se les permite llevar una acción legal en dicho país si ello perjudica a acreedores locales. Esta regla fue calificada como "extremadamente parroquial" por un tribunal de Ontario que se negó a seguirla en el caso "C.A. Kennedy & Co. Ltd.", 1976, 14 OR, 2nd, 439: Un deudor inglés dio a un banco inglés una prenda flotante sobre todos sus bienes incluyendo una deuda pendiente de una compañía de Ontario. Un acreedor canadiense no garantizado del deudor inglés procuró embargar la deuda canadiense anticipándose al síndico del banco inglés. La cuestión para el tribunal era si reconocería el derecho del síndico a accionar por la deuda canadiense. El tribunal aceptó que el efecto de la prenda flotante era crear una cesión de la deuda válida en *equity* y que las prioridades dependían del *lex situs* de la deuda. El tribunal decidió reconocer al síndico designado en la jurisdicción extranjera.

La caracterización adecuada de un síndico es la de un funcionario de la compañía y no la de un síndico de quiebra, de manera que sus poderes, de acuerdo con los principios del *common law*, deben depender de la legislación del lugar de constitución de la sociedad.

f) *Recepción de prenda flotante*

1) *Países de derecho consuetudinario.* La prenda flotante es ampliamente aceptada en otras jurisdicciones de derecho consuetudinario tales como Canadá, Nueva Zelanda y Australia, aunque existen importantes diferencias de detalle.

Al parecer el art. 9º del Cód. Uniforme de Comercio no hace objeciones al gravamen flotante. Por cierto que en el comentario oficial aparecen referencias al "derecho de retención flotante". Según el art. 9º un derecho de garantía puede cubrir el inventario y las cuentas a cobrar, e igualmente los bienes adquiridos con posterioridad, permitiéndose las sustituciones. De acuerdo con las reglas de prioridad, los compradores de mercaderías "en el curso normal de los negocios" pueden liberarse del derecho de garantía sobre el inventario aun cuando conocieran la existencia del derecho de garantía, a menos que supieran que la venta fue violatoria de dicho derecho (art. 9-307, inc. 1º). Las diferencias legales son complejas, pero dos de ellas son: una divergencia en las reglas de prioridad y la disponibilidad de la garantía del art. 9º para un deudor que no sea una compañía.

2) *Países civilistas.* Ciertos países latinoamericanos tienen algo muy similar a la prenda flotante, quizá debido a la presencia histórica allí de importantes inversiones británicas o estadounidenses, como es el caso de Honduras. Igual que en Escocia, la prenda flotante en estos países ha sido un desarrollo legal. Otros países, sin embargo, se han mostrado reacios a aceptar la garantía sobre la base de que es demasiado general y barre con todo en favor de un solo acreedor, desposeyendo así a otros acreedores y quizá permitiendo la monopolización por un único prestamista.

En Alemania los derechos de retención flotantes han sido desarrollados por la práctica contractual, sin legislación. Las prendas con registro y las cesiones de cuentas a cobrar no necesitan registro allí. En Holanda la transferencia del título sobre inventarios y bienes a cobrar está muy extendida y al parecer se admite en la liquidación de la compañía. En Francia una hipoteca general (*nantissement*) sobre la totalidad del negocio como empresa en marcha (*fonds de commerce*) es posible, pero esto no incluye el inventario ni las cuentas a cobrar. Si la hipoteca no es registrada en el término de quince días, resulta nula. En general, sin embargo, los modelos europeo y escandinavo están aún a cierta distancia de la prenda flotante del Reino Unido y pueden no servir más que para facilitar el reconocimiento por parte de países civilistas de los intereses de garantía no posesoria sobre bienes muebles.

3) *Gravámenes flotantes y financiación de proyectos.* El gravamen flotante muestra mejor sus bondades en el contexto de la financiación de proyectos. Para aquellos países que desean atraer al capital extranjero para grandes proyectos y que no pueden, aunque lo deseen, ofrecer garantías de proyecto adecuadas, la prenda flotante parece ser una respuesta. No deberían existir objeciones de política a la monopolización o a la reunión de la totalidad de los activos en favor de un solo acreedor porque los proyectos son generalmente financiados por un solo acreedor o conjunto de acreedores y, aun cuando hubiera muchas clases de acreedores, todos ellos pueden participar *pari passu* en la garantía por acuerdos fiduciarios. La ventaja de la prenda flotante sobre otras formas de garantía es que, en caso de incumplimiento, el prestamista tiene la facultad de intervenir a través de un síndico y manejar la totalidad del proyecto en su propio beneficio. En una garantía normal, el principal recurso disponible para un prestamista es vender la garantía

lo cual, como ya se ha dicho, es a menudo impracticable en el caso de garantía de proyecto. Más aún, las formas normales de garantía a menudo no pueden cubrir todos los bienes.

### 6. Cesión de crédito en garantía. Normas sobre conflictos

Se debe tener en cuenta especialmente la norma de origen francés por la cual una cesión es esencialmente inválida si no se notifica al deudor en la manera formal prescripta. Así, el art. 1690 del Cód. Civil francés requiere una aceptación formal por el cesionario, empleando a un *huissier* (el oficial que dará cumplimiento) o la aceptación de la cesión por el deudor en un *acte authentique*. En Bélgica y Dinamarca, la notificación al deudor es requerida para la validez contra acreedores del cedente. En muchos otros Estados, la notificación es deseable solamente para proteger la posición del cedente, por ejemplo, para garantizar que el deudor pague al cesionario y para proteger las prioridades. Ésta es la posición en Inglaterra y, al parecer, también en Austria, Alemania, los Países Bajos, Suiza y Yugoslavia.

Cuando se examinan los conflictos entre normas legales, virtualmente no se encuentra uniformidad alguna, ya sea en la jurisprudencia o entre los autores. Este desorden obliga al prestamista a asegurarse de que la cesión cumpla con todos los sistemas de derecho relacionados con la transacción. Generalmente estos sistemas serán la ley del domicilio (un término muy amplio) del deudor cuyo reclamo está siendo cedido, la del reclamo cedido, la del domicilio del cedente, la de la propia cesión y la del domicilio del prestamista. Entre éstos, la ley del reclamo cedido y la de la cesión son los sistemas dominantes para la mayoría de las cuestiones (además de la cambiante *lex fori*). Puede ser útil recordar que, a diferencia de los derechos reales de garantía sobre bienes o tierras, existen en el caso de bienes muebles intangibles, no dos sino tres personas cuyos derechos están involucrados: el deudor cuya obligación es cedida, el cedente y el cesionario.

Las cesiones deberían dividirse según sus componentes a los fines relacionados con los conflictos:

#### a) *Cesionabilidad*

La cuestión de si el contrato puede ser cedido por vía de garantía se determina de acuerdo con la debida legislación

del contrato que ha de ser cedido: ver, por ejemplo, "Vimont c/Chicago & NW. Ry. Co.", 1886, 69, Iowa 296, 22 NW. 908, confirmado 28 NW. 612 (cesión de acción por delitos y cuasidelitos civiles). Esta norma, por lo menos, parece gozar de un reconocimiento casi universal (Rabel, cap. 49, p. 415-416). La sección 208 de la llamada reformulación de conflictos de leyes estadounidenses, sin embargo, dice que la cesionabilidad es determinada por la ley local del Estado que posee la relación más significativa con el contrato y con las partes en relación con el tema de la cesionabilidad.

Por lo tanto, es esencial verificar que el contrato que se desea ceder no contenga ninguna prohibición a la cesión. Un comentario a la sección 208 de la reformulación de conflictos de leyes sugiere que a una prohibición válida en un contrato de cesión debería otorgársele efecto sobre la base de que esto no sería injusto para el cesionario dado que una revisación del contrato lo pondría en conocimiento de la prohibición. Sin embargo, en el caso de financiación de cuentas a cobrar, una revisación de cada contrato es difícilmente practicable: el art. 9-318, inc. 4°, del Cód. Uniforme de Comercio, reconoce esto al evitar que los contratos entre un deudor de cuenta y su acreedor contengan disposiciones que prohíban cesiones de la cuenta.

b) *Validez formal*

Los requerimientos formales de una cesión, por ejemplo, si debe ser efectuada ante un escribano público o en un idioma determinado o en escritura pública son, según las normas de conflictos inglesas, regidos por la ley del lugar donde se celebra la cesión ("República de Guatemala c/Nuñez", 1927, 1, KB 669, una causa en la que los cuatro jueces expusieron no menos de cinco teorías diferentes sobre la ley que determina la validez, y sobre la capacidad de efectuar las cesiones). Aunque no hay opinión inglesa autorizada sobre el tema, se considera que, como en los contratos, una cesión que cumple con las formalidades prescriptas por su pertinente ley también tendría que ser considerada como formalmente válida en los tribunales ingleses.

c) *Validez general*

La validez general de una cesión entre las partes de la misma debe estar regida por la ley pertinente de la cesión; es decir, que se aplicarán las normas sobre contratos. Esta

ley deberá determinar asuntos tales como el efecto de la cesión, la interpretación de sus términos, cuáles son las garantías que se otorgan y si la cesión es absoluta o por vía de garantía.

d) *Prioridades entre cesiones sucesivas*

Cuando existen cesiones sucesivas del mismo contrato, los autores ingleses apoyan el punto de vista de que la ley pertinente del contrato cedido es decisiva respecto a quién tiene prioridad (porque ésta es la única ley que dará el mismo resultado para todas las personas involucradas). Sin embargo, esta norma a menudo puede ser anulada por los requerimientos de registro que disponen su propio orden de prioridad.

# LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS *

GERMÁN J. BIDART CAMPOS **

Para no incurrir en repeticiones, retomo algo que ya dijo el doctor Daniel Zovatto, y que yo tenía pensado incluirlo a modo de introducción. Desde mi enfoque, hago una distinción entre la *universalización de los derechos humanos* y la *internacionalización de los derechos humanos*. La primera alude al fenómeno de mimetismo o de limitación cultural que se produce con el advenimiento del constitucionalismo moderno –a fines del siglo XVIII– a raíz del cual, en términos vulgares, diríamos que se pone de moda que las Constituciones formales –tomando como modelo la de Estados Unidos y sus diez primeras enmiendas, y las francesas– incluyan un catálogo o una declaración de derechos. Es decir, el derecho interno de los Estados empieza a recoger, en el orden de las normas constitucionales o legales, una declaración de derechos. Ése sería el fenómeno de la universalización. Pero estamos dentro del derecho interno de cada Estado, de muchos Estados.

La internacionalización –lo explicó bien Zovatto hace un momento– ya significa un paso de avanzada, mucho más adelante. Significa que el derecho internacional público

* Transcripción de la conferencia pronunciada en las "Jornadas sobre los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos", realizada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, dic. 1988.

** Profesor Titular de Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

asume y toma para sí el problema de los derechos humanos. Ya no es una cuestión propia del derecho interno de cada Estado. Lo sigue siendo; pero no únicamente del derecho interno de cada Estado, sino también del derecho internacional público en esa esfera que, por ejemplo, Dabin llamaba "el bien común internacional", a la que parece dar eco la Carta de San Francisco cuando hace mención de derechos y libertades fundamentales que los Estados miembros de la comunidad internacional tienen la obligación de respetar.

Es este fenómeno de la internacionalización el que yo quiero abordar con algunas reflexiones en la relación de derecho internacional de los derechos humanos y derecho constitucional. Voy a tratar de ceñirme a un esquema y a un tiempo limitados. Fundamentalmente, voy a prestarle atención a esta bifrontalidad de derecho internacional y derecho constitucional, desde el punto de vista del derecho constitucional argentino.

Primero, una cuestión de vocabulario. No sé si es demasiado importante, pero quiero traerla a colación porque, con todo el respeto que siempre tengo por la jurisprudencia de la Corte Suprema, encuentro a veces en el léxico de muchas de sus sentencias un uso para mí equivocado de la terminología.

No podemos decir, cuando el Congreso dicta una ley aprobando un tratado, que lo ha "ratificado". Es un uso indebido de vocablos. La Constitución, cuando deslinda las competencias del Congreso en materia de tratados internacionales, dice muy bien que el Congreso los aprueba o los desecha. Ésa es una etapa intermedia –el proceso de gestación del tratado no está concluido–, y en el ámbito internacional, donde el tratado opera como fuente, recién la ratificación internacional o la adhesión, como figura del derecho internacional y en sede internacional, permite hablar de que el tratado entra en vigor. Mal puede entrar en vigor en el derecho interno un tratado que es fuente del derecho internacional, cuando todavía en el derecho internacional no ha operado como fuente. De manera que, lo que el Congreso hace es cumplir una etapa intermedia en el proceso completo de gestación de los tratados: los aprueba o los desecha. Lo hace en forma de ley –como normalmente, por *praxis*, cumple el Congreso todas sus competencias–. Siguiendo vieja doctrina de José Arce, yo creo que no debería ser así. La aprobación de un tratado por el Congreso es un acto de naturaleza política, tan política como la firma del

tratado por el Ejecutivo y como la ratificación, también por el Ejecutivo; pero, de todas maneras, la formalidad del acto aprobatorio no es quizás acá lo que más nos interese. Sí me interesa para una reflexión, que no es esencial al tema, pero que quiero poner a consideración de ustedes: si después de la aprobación por el Congreso –que se hace en forma de ley– el Poder Ejecutivo ratifica el tratado y, con ello, lo incorpora al derecho interno argentino, esa ley "aprobatoria" del tratado yo creo que no podría ser derogada y que, si lo fuera, no surtiría efecto; porque –repito– el acto aprobatorio fue una etapa intermedia. Cuando se consuma el proceso completo con la ratificación, la marcha atrás para desvincularnos del tratado, para que el tratado deje de formar parte del derecho interno y para desobligarnos internacionalmente, requiere de otra figura internacional, o sea que el tratado se denuncie. De manera que, si acaso el Congreso derogara la ley aprobatoria, creo que ello como único efecto podría ser un indicio de la voluntad del Congreso para que el Poder Ejecutivo –así como primero con la aprobación, cumplió después la etapa ratificatoria– llegara por las vías internacionales previstas o pactadas en el tratado a la denuncia del mismo para desobligarse de la obligación internacional e interna que asumió cuándo lo ratificó.

Entonces, la ratificación de un tratado, en forma directa y automática (soy monista en esto) da recepción al tratado en el derecho interno: lo incorpora al derecho interno; ya está dentro de nuestro sistema, tal como lo establecen los arts. 35 y 100 de la Const. Nacional. El art. 31 dice, haciendo una trilogía: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados... son la ley suprema de la Nación". Claro, sí, los tratados son "ley suprema" de la Nación, como lo es la Constitución y como lo son las leyes del Congreso, en un bloque trinitario. Pero los tratados no son leyes: son tratados, y con esa naturaleza entran y subsisten en nuestro orden interno. Si nuestro constituyente pensara que el tratado se ha convertido en ley, similar a la del Congreso, sobraría mencionarlos en el art. 31 y en el art. 100 separadamente de las leyes. Por eso también soy monista: no comparto la idea de quienes dicen que después de ratificado un tratado, para que entre en el derecho interno, hace falta que una ley le dé recepción, o lo filtre o lo cuele, y lo coloque en el derecho interno. No. El tratado ya está dentro del derecho interno. Por otra parte –y sobre esto después voy a hacer alguna alusión discrepando de dos muy recientes sentencias

de la Corte en materia de derecho a réplica, con relación a ese tema, para decir que la ratificación de un tratado lo incorpora directa y automáticamente al derecho interno–, yo no me fijo si las normas del tratado son operativas o son programáticas porque, sean una cosa o sean la otra, ya están dentro del derecho interno. Esto no es una novedad para quienes saben y aceptan que la Constitución también tiene –o puede tener– normas programáticas, y éstas están dentro de la Constitución, y la Constitución está dentro de nuestro sistema normativo.

¿Qué nivel tiene el tratado dentro del derecho constitucional argentino? En mi opinión, dada la tipología de Constitución escrita, Constitución suprema y Constitución rígida, más el principio del art. 27, hay que decir que los tratados son infraconstitucionales; es decir, están en un nivel inferior al de la Constitución.

Daniel Zovatto recordaba hace un momento normas mucho más adelantadas –a las que yo adhiero– de dos Constituciones americanas: la de Perú y la de Guatemala; y el año pasado, cuando en agosto tuvimos el Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en el cual había un tema de derecho internacional y derecho constitucional, surgió de mi ponencia que, como mínimo, de reformarse la Constitución, se estableciera en ella una previsión, un principio que consignara que los tratados sobre derechos humanos en que Argentina fuera parte prevalecerían sobre la Constitución. Pero, por el momento, no es así, ni puede ser así. De todas maneras –y esto es un llamado de atención para quienes tienen que aplicar e interpretar tratados– como en el ámbito internacional el principio es otro, hay que extremar la precaución (si hay que extremarla siempre, en este caso –yo diría– mucho más) de no llegar a la declaración de inconstitucionalidad de una norma de un tratado internacional, porque de acuerdo con la Convención de Viena sobre derecho de los tratados –de la que es parte Argentina– salvo una hipótesis excepcional (hipótesis prevista en el art. 46) el principio inexorable del art. 27 establece que un Estado no puede invocar, alegar ni oponer su derecho interno para incumplir un tratado o para desobligarse de un tratado. De manera que tenemos que procurar una interpretación armonizante de los tratados con la Constitución para no llegar a esa desembocadura tan riesgosa; máxime en el caso de tratados como el Pacto de San José de Costa Rica, en el que el acatamiento que nuestro país ha hecho de la jurisdicción supraestatal puede originar queja o de-

nuncie –después de agotadas las vías jurisdiccionales internas– ante los órganos de esa jurisdicción supraestatal: primero la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, luego la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una declaración de inconstitucionalidad interna de una norma del Pacto de San José de Costa Rica podría costarnos un disgusto caro si luego el tema llegara a la instancia de la jurisdicción supraestatal.

Fíjense, yo acá estoy aconsejando algo sin una norma expresa de la Constitución, pero dando por cierto creer que es posible admitir la existencia implícita de un principio en nuestra Constitución al modo como explícitamente lo trae la Constitución española, cuando dice que los derechos y libertades fundamentales de ella deberán interpretarse de acuerdo o de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados sobre derechos humanos en los que España fuera parte.

Para el pequeño comentario que voy a hacer después de estas sentencias recientes de nuestra Corte en materia de derecho de réplica, tengo la certeza de que esta pauta que estoy aconsejando no ha sido tomada en cuenta; ha sido omitida, ha sido salteada y, hasta me atrevería a decir, ha sido transgredida. La infraconstitucionalidad de los tratados me suscita a mí, personalmente, de ahí en más, cuando sigo descendiendo en los niveles jerárquicos de nuestro derecho interno, otra discrepancia con una vieja y, yo diría, consolidada jurisprudencia de la Corte –que la Corte actual sigue reiterando–. Yo estoy seguro, segurísimo –no es una falta de modestia, es una convicción– de que en nuestro derecho constitucional los tratados, después de colocarse por debajo de la Constitución, prevalecen sobre todo el resto del orden jurídico interno; es decir, están por encima de las leyes. Me corrobora esto, haciendo interpretación dinámica como la que aconseja la Corte, el art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados. ¿Cómo voy a decir yo que los tratados están al mismo nivel que las leyes, o por debajo de las leyes cuando, de acuerdo con la Convención de Viena, es imposible oponer el derecho interno para incumplir un tratado? Además, ¿qué sentido tendría un tratado sobre derechos humanos –sobre todo en estos tratados cuya unilateralidad destacó tan bien hace un momento el doctor Zovatto–, ratificado por Argentina, incorporado al derecho interno, que pudiera quedar desbaratado porque dijéramos que hay una ley anterior o una ley posterior del mismo rango o de rango superior al tratado que prescribe lo contrario?

Entonces, ¿para qué nos hemos obligado con un tratado sobre derechos humanos? ¿Dónde van a ir a parar esos derechos humanos reconocidos en un tratado si luego le ponemos por delante una norma de rango legal (y mucho peor todavía si tuviera rango inferior a la ley) y le entorpecemos su vigencia y aplicación? Yo creo que eso rompe la idea de la buena fe internacional, que es otro principio de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados y que –me animaría a decir– son principios de *ius cogens* dentro del derecho internacional. Los tratados se celebran para ser cumplidos, igual que los contratos; y si internamente no los cumplimos porque los ponemos al mismo nivel –o por debajo– respecto de una ley, el principio de la buena fe en la concertación de los compromisos internacionales queda quebrado, los tratados no sirven para nada, y ése no puede ser el sentido de los tratados internacionales –mucho menos, muchísimo menos, de los tratados sobre derechos humanos–. ¿Por qué? Porque los tratados sobre derechos humanos –lo vengo diciendo hace mucho– guardan plena afinidad ideológica, filosófica, jurídica con la parte dogmática de nuestra Constitución: comparten la misma filosofía del humanismo personalista. Digo más (es una tesis atrevida, aventurada, la he pensado mucho): después de que Argentina se hace parte en un tratado internacional, lo ingresa al derecho interno, y asume una obligación internacional, si mañana se reforma la Constitución, el poder constituyente va a tener un límite heterónomo que no va a poder traspasar; no porque el tratado esté por encima de la Constitución, que con la Constitución actual –he dicho– no lo está, pero el poder constituyente tiene un límite heterónomo. Traigo como ejemplo la norma del Pacto de San José de Costa Rica que, cuando contempla el derecho a la vida, establece –no con una tesis abolicionista, pero tendiente al abolicionismo– que los Estados en donde no existe o donde se ha abolido la pena de muerte, no la pueden implantar o restablecer. No hay pena de muerte en nuestra legislación común –digo común porque en el derecho penal militar todavía subsiste la pena de muerte, pero la doy como no subsistente a los efectos del pacto desde el momento que el derecho penal común no la contiene–. Si mañana se reformara la Constitución y se quisiera habilitar al Congreso para establecer la pena de muerte con una cláusula expresa, creo que esa reforma de la Constitución no podría hacerse, porque ese poder constituyente tendría un límite heterónomo proveniente de un tratado anterior que impide a Argentina, después de

haber eliminado la pena de muerte, volver a incorporarla entre las sanciones penales del derecho común.

Esta afinidad entre nuestra Constitución en su parte dogmática, en su sistema de valores, en su plexo de derechos y libertades, con el derecho internacional de los derechos humanos se pone de relieve también con otra comparación: la Constitución, es suprema, está en el vértice kelseniano de la pirámide jurídica y, dentro de la Constitución están los derechos humanos. Pues paralelamente, en la internacionalización de los derechos humanos, en la valoración de los derechos humanos dentro del ámbito del derecho internacional, podemos descubrir el mismo encabezamiento del sistema jurídico internacional que encontramos en el del sistema jurídico constitucional argentino, es decir que hay un paralelismo, una sincronía, porque los derechos humanos hacen parte del *ius cogens* y de los principios generales del derecho internacional. Por eso –reitero– me parece criterioso el uso de una pauta –aun sin norma expresa en nuestra Constitución– similar a la que en forma expresa trae la Constitución de España, cual es la de interpretar las normas constitucionales sobre derechos humanos en concordancia, en armonía y de acuerdo con los tratados internacionales que Argentina haya ratificado o ratifique en el futuro.

Avanzando en esta panorámica de compatibilización, yo les propongo pensar si resulta muy aventurado sostener que los derechos, garantías y libertades contenidas en tratados sobre derechos humanos que, por ratificación, forman parte del derecho argentino, que a esos derechos internacionalmente reconocidos e ingresados por fuente internacional a nuestro derecho interno, se los repute dentro de los derechos implícitos de nuestro art. 33. Yo contestaría que sí, con una razón adicional: porque el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica, que contiene las reglas de su interpretación, consigna que ninguna disposición del Pacto podrá ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno. Entonces, en concordancia con esto, pienso si es demasiado aventurado incluir en los derechos implícitos de nuestro art. 33 todo el plexo de los contenidos en tratados que forman parte del derecho argentino; y contestaría que no es muy aventurado, que tratemos de decir que sí, y de interpretar y aplicar nuestra Constitución y los pactos sobre derechos humanos a tenor de esa pauta.

Vamos ahora a la operatividad y programaticidad de las normas de los pactos internacionales sobre derechos humanos que forman parte del derecho argentino. En la exposición del doctor Daniel Zovatto quedó bien en claro que el art. 2° del Pacto de San José de Costa Rica no puede, no debe ser tomado como una pauta indicativa de la programaticidad en bloque de todas las normas del Pacto. Desgraciadamente, en nuestro país hay doctrina, jurisprudencia y tendencia a afirmar e interpretar que las normas del Pacto de San José de Costa Rica –y lo que digo de éste es por similitud aplicable a los pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales–, son programáticas. ¿Por qué? Porque el art. 2° hace asumir a los Estados parte la obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones, a las normas, de este tratado internacional; pero Nikken lo aclaró muy bien. Entonces ¿para qué está el art. 1° del Pacto? Cuando los Estados primero asumen el compromiso de cumplirlo, de garantizar, de tutelar todo el sistema de derechos, libertades y garantías que el Pacto contiene, yo doy vuelta las cosas y hago la interpretación diametralmente opuesta: mientras una norma del Pacto no me convenza claramente por su formulación normativa, por su expresión lexical, de que es programática, voy a partir de la presunción de su operatividad. Aun cuando después de decir enfáticamente algún artículo: "Toda persona tiene derecho a..." añada al final "conforme a la ley" o "en las condiciones que establezca la ley", eso no es programaticidad. El derecho está formulado de manera operativa. La remisión a la ley interna significa solamente que la ley podrá reglamentar ciertos aspectos, como la ley interna puede reglamentar las normas de la Constitución, aun operativas, que reconocen o declaran derechos.

Voy a poner un ejemplo de programaticidad, donde no puedo menos que decir esta norma es programática: el art. 17.5 del Pacto de San José de Costa Rica dice: "La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos dentro del matrimonio como a los nacidos fuera del matrimonio". Claro, aquí no puedo decir que la norma es operativa porque la norma no me está diciendo que "tienen los mismos derechos" sino que está reenviando a la ley interna con obligación de que la ley iguale las filiaciones; y, felizmente, nuestro Congreso cumplió esa obligación en tiempo razonable. Esto dio lugar al famoso caso "E.F.E.", que fue objeto de sentencia de la Corte Suprema. Sobre esto no me voy a detener, es una sentencia muy interesante, yo compartí el

decisorio. Sé que hay algunas opiniones en el sentido de que la Corte, aun a lo mejor llegando a la misma conclusión, debió haber hecho interpretaciones valorativas más amplias. Pero, en definitiva, nuestro Congreso cumplió esa obligación en tiempo prudencialmente razonable. Pero, claro, ahí estoy frente a una norma programática diferente –y ahora la cito– a la que ha interpretado en otras sentencias recientes la Corte Suprema en torno al art. 14.1 sobre derecho de rectificación o respuesta, que nos dice: "Toda persona tiene derecho a" y luego al final agrega "en las condiciones que establezca la ley". Esa no es una norma programática, esa es operativa. Y si mal no recuerdo, la O.C.7 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que si acaso no hay ley interna en materia de derecho de rectificación o respuesta, hay que darle operatividad a la cláusula, porque ese art. 2° que carga a los Estados parte con el deber de reajustar su derecho interno a las normas del Pacto, nos está diciendo que los Estados parte harán ese reajuste, ese reacomodamiento adoptando medidas legislativas o de "otro carácter". Quiere decir que, si acaso las medidas legislativas no se adoptan ¿para qué están los tribunales judiciales? Para adoptar "medidas de otro carácter", que son las sentencias, que dentro del derecho interno tienen que hacerse cargo de los tratados, porque para algo los tratados están dentro del derecho interno: para cumplirse.

Con toda claridad, ya a mitad del siglo pasado, los arts. 31 y 100 de nuestra Constitución hablan de los tratados en mención separada y diferente de la Constitución y de las leyes del Congreso, formando ese bloque trinitario al que me refería, al que califica en común como ley suprema de la Nación. Si los tratados son ley suprema de la Nación, y si un tratado me está diciendo que hay que reacomodar el derecho interno mediante medidas legislativas o de otro carácter, yo, tribunal judicial o Corte Suprema, tengo el deber de tomar una medida de otro carácter en mis sentencias para que el tratado no quede frustrado, para que los derechos que el tratado contiene no se vulneren. De manera, entonces, que otra pauta interpretativa es la de partir de la presunción de operatividad, salvo que claramente una norma no me permita usar esa presunción porque me está poniendo en evidencia que tiene naturaleza programática. Pero ¿qué pasa si tiene naturaleza programática? Yo no puedo decir –como lo acaba de decir la Corte Suprema– que eso no es derecho positivo interno, porque entonces tendría que decir que tampoco es derecho positivo interno una norma

programática de la Constitución. La naturaleza de la norma programática no significa que no esté dentro del orden jurídico o que sea estéril o que no sirva para nada; significa que es programática, y de ahí en más veremos. Servirá de orientación y, por lo tanto, no se podrá dictar una norma que la contraríe; servirá para que el legislador cumpla con el deber de emitir una ley dando funcionamiento y completitud a la norma programática; servirá para que los tribunales la tomen en cuenta y la interpreten; servirá para que, a lo mejor (cito nuestra reciente Constitución de Río Negro) recoja la figura de la omisión inconstitucional, es decir, las violaciones a la Constitución cuando y porque no se hace lo que la Constitución manda que se haga, porque los órganos que tienen que dictar normas son remisos, son renuentes, son ociosos en dictarlas.

Supónganse que pasaran los años y la ley argentina no hubiera igualado o no igualara las filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales, y que alguien se presentara ante un tribunal judicial y alegara que por el art. 17.5 –aun de naturaleza programática– el Estado argentino, a través del Congreso, tiene el deber de dictar la ley y la ley no se ha dictado. ¿Sería muy extravagante que el tribunal dijera "acá hay una inconstitucionalidad por omisión", ya que por el largo tiempo transcurrido el Congreso ha incumplido este deber internacionalmente asumido? El tribunal no podría dictar con carácter general la norma sustitutiva, pero podría colmar el vacío para resolver el caso; no sólo podría, debería, en función de su jurisdicción constitucional de control constitucional. Entonces, hay que poner atención en estas medidas "de otro carácter" que, junto con las legislativas, vienen dentro de la obligación que los Estados parte asumen para reacomodar el derecho interno a las normas, las pautas y los *standards* del tratado internacional.

Se dice que el derecho internacional de los derechos humanos –los tratados sobre derechos humanos– son un derecho mínimo, es decir aquello que imprescindiblemente el derecho internacional exige que se respete, que se cumpla; pero no hay hermeticidad, eso no queda clausurado. Por el contrario, está abierto a una cantidad de espacios, por una serie de puertas, de rendijas. El art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica es muy elocuente: por ejemplo, el inc. c, que se refiere a derechos implícitos emergentes de la persona humana porque le son inherentes, o de la forma republicana representativa. Pero también dice que ninguna cláusula de la Convención se puede interpretar en sentido de

limitar mejores derechos que en cada Estado parte surjan de su derecho interno o de otras normas internacionales que vinculen a ese Estado. Y el último de los incisos del art. 29 dice que tampoco se debe interpretar ninguna norma del Pacto en el sentido de excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza, entre los cuales estaría la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la que hoy no se le puede negar carácter jurídico vinculante desde la Declaración de Teherán de 1968. El propio Pacto prevé en el art. 31 que por los procedimientos que él articula y habilita puede haber añadiduras. Claro, y acá está el carácter progresivo, dinámico, histórico de los derechos humanos: empezaron en aquella fase de la universalización en los comienzos del constitucionalismo moderno con los derechos de la primera generación: los clásicos derechos civiles y políticos, en el marco de un Estado liberal individualista, de *laissez faire*, de acuerdo con las valoraciones y la atmósfera de la época. Todo es histórico en la vida del hombre, hasta el propio ser del hombre es histórico, y la propia vida humana es histórica. Estamos transidos de historicidad. Y ya que estamos hablando de derechos humanos que se apoyan en un sistema de valores, cabe la frase de ese gran filósofo argentino que fue Francisco Romero en su *Teoría del hombre*: "Los valores no son históricos, pero sí es histórico el ingreso de los valores a una comunidad". ¡Vaya si no va a ser histórico! Si histórico es el conocimiento que adquirimos, con el que develamos el valor. Y es histórica, empírica, fenoménica y existencial la realización posible de los valores en las conductas humanas, como enseñaba Cossio: los valores son objetos culturales cuyo sustrato es lo que hace el hombre en sus comportamientos compartidos.

A estos derechos de la primera generación se les han sumado los de la segunda, desde la primera posguerra de este siglo, en el constitucionalismo social, expresión del cual, primeriza en América, fue la Constitución de México de 1917, anticipada en dos años a la de Weimar que, es verdad, tuvo más difusión universal en sus pautas, en su proyección. Hoy ya tenemos en el horizonte los derechos de la tercera generación: el derecho a la paz, al desarrollo, a la preservación del medio ambiente, al patrimonio común de la humanidad, etcétera. Es decir que los complejos culturales de nuestras sociedades, esos conjuntos culturales de los que habla Duverger en su *Sociología política*, se forman con

ideas, creencias, valoraciones, representaciones colectivas, en función de las circunstancias históricas, situacionales coexistenciales, temporales, ambientales y, en esa atmósfera cultural que respiramos, se va dando la progresividad, el crecimiento de los derechos humanos para abastecer las necesidades de la vida del hombre, para dar satisfacción a su dignidad de persona. Todo ser humano es persona, dice el Pacto de San José de Costa Rica, y por eso yo digo que hay sincronía con nuestra Constitución, que no ha dicho eso, pero que lo dice negativamente cuando en expresión lingüística de su tiempo dice que no hay esclavos en la República Argentina. Es decir, que todos los hombres son personas, sean nacionales o no, porque es importante el hombre para estos tratados sobre derechos humanos, el hombre en cuanto persona y no el hombre en cuanto nacional, porque es el hombre en cuanto persona el que titulariza derechos en el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra, aunque sea extranjero. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales admite algunas desigualdades razonables en sociedades en vías de desarrollo para los derechos sociales y económicos, en función de nacionalidad y extranjería, que habrá que ir superando, así como no se puede llegar al abolicionismo rotundo de la pena de muerte, y el Pacto de San José no ha llegado. Sobre la igualación en virtud de la calidad de ser humano sin distinción de nacionalidad o extranjería –y en eso ¡qué adelantada fue la Constitución argentina!– nuestra Corte Suprema acaba de dictar una brillante sentencia, muy compatible con el espíritu de estos Pactos, declarando inconstitucionales normas de la provincia de Buenos Aires que para ejercer la docencia privada exigían la nacionalidad argentina. Son diferentes los argumentos que usan los distintos jueces de la Corte, pero todos llegan a la misma conclusión. El voto del doctor Fayt tiene una coloración histórica estupenda, una valoración dentro del contexto histórico situacional muy bien hecha. La Corte decidió, en forma unánime, que para ejercer la docencia no es razonable, no es constitucional que se haga distinción en razón de nacionalidad y extranjería.

Quiero hacer un comentario respecto del reciente fallo de la Corte en que el actor fue un profesor de esta casa, el doctor Ekmekdjian, que planteó como pretensión que un canal de televisión le cediera el mismo espacio que había tenido el ex presidente Frondizi en una audición, porque él quería dar sus propias ideas en réplica a las que había expuesto y transmitido, a través de ese medio de comunica-

ción social, el doctor Frondizi. A mi querido colega y amigo, el doctor Ekmekdjian, yo le dije que, desde mi punto de vista, el llamado derecho a réplica, sobre todo si lo tomamos en el marco del art. 14.1 del Pacto de San José, no cubre la réplica de ideas; y la Corte concluye con esa afirmación. Pero los fundamentos me provocan una discrepancia absoluta, porque la Corte dice que la réplica no cubre opiniones de ideas en el cierre del último considerando en el voto del doctor Belluscio. Creo que ése era el argumento central y que todo lo demás está de sobra, con todo el respeto que me merece la Corte Suprema y sus sentencias. La Corte ha resuelto este caso "Ekmekdjian c/Neustadt y Grondona" por la decisión de tres de sus jueces –los doctores Petracchi, Bacqué y Belluscio–; no han votado los doctores Caballero y Fayt. Allí se dice que hace falta la ley reglamentaria del art. 14.1 sobre derecho de rectificación o respuesta, y de ahí se desprende que la norma es programática. Entonces, si es programática –dice– no forma parte del derecho positivo argentino; y después se omite, se saltea la interpretación de la norma de este tratado internacional a tenor de las pautas de interpretación que el propio tratado dice que deben ser usadas; y se interpreta el tratado a la luz de normas del derecho interno que, en realidad, están sirviendo para oponerse a la aplicación de una norma internacional por el derecho interno, en contraposición a la pauta del art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados. La Corte dice que la libertad de prensa –acá no era libertad de prensa, era libertad de expresión por un medio distinto de la prensa– tiene una trascendencia institucional importantísima, cosa sobre la que creo que no puede haber discrepancias; y que entonces, para que pueda haber una restricción, como sería el derecho de rectificación o respuesta, tiene que haber una ley del Congreso por el principio de legalidad del art. 19. Yo me pregunto ¿una norma internacional, por lo menos, no es tan importante como una ley del Congreso? Aun cuando no la pongamos por encima de las leyes ¿para qué la hemos incorporado al derecho interno? ¿Para que se quede escrita en el artículo? ¿Para qué nos hemos hecho parte de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados si le vamos a colocar en el curso de aplicación de un tratado el óbice de normas internas, sin aplicar las internacionales sobre interpretación del tratado que se invoca y que está en juego, indudablemente? Además, al principio de legalidad del art. 19 yo no lo tomo tan a la tremenda cuando dice que nadie puede ser obligado a hacer lo que la

ley no manda, ni privado de lo que ella no prohibe. Yo creo que "ley" ahí no está exclusivamente tomado en el sentido formal de ley del Congreso, porque cualquier norma emanada de un órgano de poder con contenido razonable y dentro de las competencias con que la Constitución lo habilita, puede mandar y puede prohibir, incluso fuera del ámbito del poder. En caso contrario, no podríamos vincularnos a través de los contratos, o de estatutos societarios, y las ordenanzas municipales no podrían existir si no pueden ordenar ni prohibir. Lo fundamental es que tengan un contenido razonable y que estén habilitadas por una norma superior, y creo que un tratado es una norma habilitada por la Constitución para mandar y para prohibir. Si no fuera así ¿para qué se mencionan los tratados en la Constitución y para qué se prevén las competencias? ¿Para firmarlo?, ¿para aprobarlo o desecharlo?, ¿para ratificarlo? Y ¿para qué se lo cita en el art. 31 y en el art. 100? De manera que, lamentablemente, aquí la conclusión me parece que ha sido correcta en cuanto a no aceptar el derecho de rectificación o respuesta para réplicas ideológicas, pero los fundamentos desde mi punto de vista han sido equivocados. Yo, personalmente, disiento rotundamente de ellos.

También observo con disgusto algunas sentencias de tribunales inferiores a la Corte que, ante la promoción de amparos, invocando normas de estos tratados sobre derechos humanos que son parte del derecho argentino, dicen que el amparo no es la vía idónea, que no es procedente porque el amparo es una vía de excepción sólo para tutelar derechos constitucionales; cuando el propio Pacto nos está hablando de un acceso y un recurso rápido y expeditivo de cobertura, etcétera. Y, cuando en definitiva, considero que ninguno de estos derechos y libertades falta en nuestra Constitución, estén enumerados o estén implícitos.

Voy a concluir expresando que si los tratados están para cumplirse, si los tratados sobre derechos humanos tienen como finalidad que rijan en el derecho interno (porque en definitiva los hombres seguimos viviendo dentro de un Estado, somos parte de un Estado y es allí –en ese ámbito de instalación– donde tenemos que gozar los derechos; no tenerlos escritos, sino disfrutarlos en la realidad de nuestra vida y de nuestra convivencia), entonces para darle impulso a este derecho internacional de los derechos humanos, para filtrarlos dentro de nuestro derecho constitucional, para retroalimentarlos, cabe aplicar algo que decía Bentham: "Los

buenos deseos de que haya derechos humanos no son los derechos humanos. Las necesidades no son los remedios, y el hambre no es el pan". Que éstos no sean buenos deseos sobre derechos humanos. Que estas normas no sean constancia de necesidades ni del hambre, sino que sean derechos humanos en la realidad de nuestras conductas. Que sean el remedio y que sean el pan.

# CONCURRENCIA DE RIESGOS. CURSO LESIVO Y CURSO HIPOTÉTICO EN EL DERECHO PENAL*

GÜNTHER JAKOBS

En el comentario de Lackner[1] se dice acerca de la causalidad: "La fórmula de la *condicio sine qua non* tan sólo constituye un medio auxiliar metódico. Facilita la prueba de la conexión lógica... de la acción humana con el resultado, pero carece de un valor cognitivo inmediato en relación con la existencia de aquella vinculación". En lo tocante a la imputación objetiva y, de modo más específico, en lo referente a la cuestión de cuándo un resultado halla "precisamente su fundamento en la infracción del deber de cuidado", Lackner[2] señala que la relación falta "cuando también se hubiera producido el resultado observando el cuidado debido". Después de exponer que esta relación de riesgo no constituye un problema causal (y tras optar por la teoría del incremento del riesgo), sin embargo, concluye: "La problemática general aún no ha sido objeto de clarificación definitiva". ¿Posee la fórmula hipotética, en el ámbito de la imputación objetiva, aquel "valor cognitivo" que se le niega en la causalidad o es, de nuevo, tan sólo un instrumento auxiliar metódico? Al comienzo del presente estudio, que

* Traducción del artículo *Risikokonkurrenz-Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht* (*Festschrift für Karl Lackner*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, p. 53-75) realizada por Carlos J. Suárez González (profesor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid) y Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid). Los traductores desean expresar su agradecimiento al profesor Enrique Bacigalupo por el interés que ha puesto para que esta traducción se llevase a cabo.

[1] *Strafgesetzbuch*, § 16 Auflage, 1985, anot. III la previa al § 13.

[2] *Strafgesetzbuch*, § 15, anot. III, 1b, aa, hasta cc.

pretende contribuir a reducir en algo la falta de claridad constatada por Lackner, se halla la distinción entre múltiples riesgos concurrentes y las condiciones de mera variación en el curso de un mismo riesgo (I). A continuación se aborda el tratamiento de riesgos concurrentes separables (II) y de riesgos no separables –en el momento de surtir efecto– (III); se demostrará que la fórmula hipotética, en este ámbito, no es más que un instrumento auxiliar metódico. A la configuración de este instrumento auxiliar se dedica la última parte (IV).

## I

a) Todo curso lesivo que no puede obviarse como *quantité négligeable*, desorienta mientras no sea explicado[3]. La explicación que el derecho penal puede presentar tiene lugar mediante la imputación del curso lesivo. En ella, el comportamiento de un autor o partícipe (o de varios partícipes) se define como causa determinante del curso lesivo. También la exclusión de la imputación jurídico-penal contribuye siempre, de manera positiva, a la explicación de un curso lesivo: ya que, de una u otra manera, todo curso lesivo debe ser explicado, la exclusión de un haz explicativo refuerza las probabilidades de intentarlo con éxito por otra vía.

Dado que es necesario hallar una explicación plausible a todo curso lesivo, ninguna afirmación relativa a la imputación jurídico-penal que haya sido obtenida sin tomar en consideración los demás modos explicativos, será válida. Si se lleva a cabo la imputación jurídico-penal ello siempre significa, al mismo tiempo, que no estamos en presencia de un acontecimiento fortuito ni la víctima es responsable, al menos de manera exclusiva, del curso lesivo, etcétera. Si no se imputa, ello sólo puede ser correcto si entre los demás modos explicativos hay, al menos, uno aplicable. Las ope-

[3] Explicar significa, por lo tanto: reconciliar el curso con la orientación; esto se produce mediante la designación de un escogido conjunto de condiciones de un riesgo que sea compatible con uno de los modos de mediación entre el curso lesivo y la orientación (modo explicativo; mejor sería modo de reorientación) (p.ej., culpabilidad del autor, autorresponsabilidad, accidente a causa de la propia predisposición o de incapacidad ajena). (N. del T.: sobre el sentido del término "orientación" –*Orientierung*– en Jakobs, cfr. su manual, *Strafrecht AT*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1983, p. 4-5, n m. 4.)

raciones de delimitación de la imputación jurídico-penal no se desarrollan, por lo tanto, en "tierra de nadie"; no constituyen una cuestión unilateral, interna de la imputación, sino que siempre constituyen, al mismo tiempo, variaciones recíprocas de los límites de otros modos explicativos. Lo que también es válido en la medida en que los modos explicativos se solapen. Un solapamiento debilita la fuerza explicativa de los modos concurrentes, y la desaparición del solapamiento sólo es posible si el modo subsistente es suficiente como explicación única.

*b*) No todos los detalles de un curso lesivo se hallan necesitados de explicación, sino tan sólo aquellos en los que la tendencia lesiva (*Schadensneigung*) se fundamenta. Los otros detalles, las meras circunstancias acompañantes, no constituyen objeto idóneo de expectativas jurídicas penalmente garantizables. La delimitación entre las circunstancias generadoras de la tendencia lesiva y las meras circunstancias acompañantes es tan incierta como indeterminado es el círculo de las mencionadas expectativas. En cualquier caso, en el valor causal de una circunstancia con relación al resultado no está determinado que aquella circunstancia no pueda constituir una circunstancia acompañante. Al contrario, es posible que en el devenir de un curso lesivo se modifiquen detalles del desarrollo sin que por ello la tendencia lesiva se vea influenciada. Cuando esto sucede, entonces el curso causal se ve modificado en el marco de un riesgo* que sigue siendo idéntico. En estos casos, se cau-

* Un riesgo es un conjunto de condiciones del resultado que pertenecen a un contexto explicativo; los límites del concepto, por lo tanto, se hallan determinados por su finalidad: la explicación de cursos lesivos (ver nota 3). No faltan intentos de desvincular el riesgo de las condiciones con efecto causal, partiendo en mayor medida, de una consideración *ex ante*. El intento más conocido es la teoría del incremento del riesgo, a la que el autor ya ha hecho referencia en otras ocasiones; por último en: *Strafrecht AT*, 1983, p. 7-98 y ss., con referencias. La bibliografía especializada aparecida desde comienzos de 1983, tanto a favor como en contra (Bindokat, *Jus*, 1985-32 y ss.; Arthur Kaufmann, *Jescheck-Festschrift*, 1985, p. 273 y ss.; Randt, *NJW*, 1984, p. 1425 y ss.; *GA*, 1985, p. 341 y ss.; respecto de Krümpelmann, ver esta nota; respecto de Puppe, ver nota 17; también las referencias en la nota 28) ha permitido precisar numerosos aspectos puntuales, pero no ha aportado nada fundamentalmente nuevo. Hasta el momento el último y más sutil intento es obra de Krümpelmann (*Jescheck-Festschrift*, 1985, p. 313 y ss.; *GA*, 1984, p. 491 y ss., 503 y ss.; ya en *Bockelmann-Festschrift*, 1979, p. 443 y ss., 447 y siguientes). De modo muy sintético: según Krümpelmann, *ex ante* debe determinarse el "deber" del autor y la "pre-

sa el resultado, pero no el riesgo del resultado. Por ejem-

---

tensión" de la víctima correspondiente a aquél (*Jescheck-Festschrift*, p. 318). La base fáctica de la *prognose* de "peligrosidad" (el riesgo del cual el autor es responsable) y de la "propia situación de peligro" (*Gefährdetheit*) (la subsidiariedad –¿determinada cómo?– de los riesgos aportados por la propia víctima) deben ser de obligada prueba en el proceso (p. 322). Respecto de la "propia situación de peligro" esto implica que debe ser probado el estado del paciente (p.ej., si ante un juicio de pronóstico en su conjunto dudoso pertenece al grupo de los pacientes de riesgo o de aquellos con buenas posibilidades –p. 322 y siguientes–). Una vez determinada la existencia del "deber" y la correspondiente "pretensión", no deben ser relevantes ni la magnitud de la posibilidad de salvamento ("una posibilidad cuantificable debe ser suficiente", p. 333) ni el curso hipotético en caso de alternativas de comportamiento no realizadas (p. 326-329). Esto, en los casos de omisión de auxilio médico, de los que fundamentalmente se ocupa Krümpelmann, implica: de darse el "deber" y la "pretensión" (no siendo por lo tanto el estado tan grave que elimine toda esperanza) sólo se valoran aquellas complicaciones que de hecho han tenido lugar (sin considerar cursos hipotéticos), aunque sí se computan los errores cometidos. Partiendo de estos presupuestos, Krümpelmann trata, por lo tanto, el curso lesivo que se habría desarrollado de no darse un comportamiento erróneo como un *aliud* no realizado con respecto al curso real en el que sí concurrió el comportamiento disfuncional. Con este punto de partida resulta irrelevante que el curso, de no ser disfuncional el comportamiento, también hubiera conducido a la lesión: las hipótesis no explican la realidad. El método de Krümpelmann, sin embargo, no garantiza que el comportamiento disfuncional influya (más que en meras circunstancias acompañantes) en el riesgo que se realiza, esto es, que con dicho comportamiento se realice un riesgo distinto del que se realizaría sin él. Si en el proceso no logra probarse la existencia de un "estado" que asegure la producción o la no producción de la lesión, dicho estado será entonces un estado general en el que nada se conoce acerca de los detalles. Simplemente por esta razón (¡nada se sabe!) no se puede garantizar que el comportamiento disfuncional modifique algo más que circunstancias acompañantes. Además, no es posible determinar de manera no arbitraria los parámetros por los que se delimita dicho estado (p.ej., antes de una operación: estado general de la salud o estado del corazón, estado de los pulmones, etcétera). Bien es cierto que, en contra, podría argumentarse diciendo que no es necesario determinar con criterios naturalistas la identidad de los riesgos basándose en el conjunto de condiciones con efecto causal, sino que también es posible, de ser adecuado, declarar como elemento identificador una específica situación de deberes. Esta objeción, sin embargo, a pesar de su visibilidad, no resulta compatible con un derecho penal que se configure en función de los delitos de resultado: éstos obligan, por la misma definición del resultado, a un mínimo de naturalismo. Krümpelmann tiene en cuenta esto en el juicio de pronóstico relativo al resultado, pero no en lo referente a la imputación del resultado producido: la búsqueda de la relación entre la infracción del deber y el resultado producido entrañaría según Krümpelmann una "confusión de categorías", p. 319; con respecto a esto, también Puppe, *ZStW*, 95, p. 287-290. La constatación de que la infracción de la norma ha tenido consecuencias no crea, sin embargo, confusión alguna. En realidad, a Krümpelmann le interesa otra cuestión (pues de no ser así, también

plo[1], si en el interior de una casa en llamas se cambia de posición, girándola, una pieza del mobiliario, este comportamiento condicionará el discurrir futuro de la destrucción y, por lo tanto, también el resultado. El hecho de que primero se queme el lado izquierdo y que el fuego avance desde allí hacia el derecho, es decir, lo que en realidad sucede, y no a la inversa, depende del cambio de ubicación del objeto. El que la pieza del mobiliario también se hubiera quemado, sólo que de otra manera, de no habérsele dado la vuelta constituye una mera hipótesis y, por lo tanto, no conforma una explicación de lo que en realidad ha sucedido. Este acontecer real, sin embargo, no está plenamente necesitado de explicación: cuál sea la vía, de entre las varias equivalentes, por la cual un riesgo idéntico discurra hasta el resultado, no constituye objeto idóneo de expectativa en el ámbito de las normas que deben estar dirigidas a evitar comportamientos arriesgados.

La exención de responsabilidad en casos de meras variaciones en el curso sólo puede ser fundamentada tomando en consideración el curso hipotético: la responsabilidad decae en atención, solamente, a que sin la variación se hubiese desarrollado un curso equivalente del mismo riesgo. Dada la necesidad, ya mencionada al principio, de explicar todos los cursos lesivos, cuando se toman en cuenta cursos hipotéticos, frecuentemente surge el siguiente dilema: el decurso real no es tenido en cuenta en la explicación, y el discurrir hipotético no puede ser considerado por ser irreal; la efectiva producción de la lesión (*Schadenseintritt*) ya no resulta, entonces, de ninguna manera explicable. Este dilema será analizado más detalladamente al tratar la concurrencia de riesgos distintos; aquí, sin embargo (en el caso de

---

deberia calificar de confusión de categorías la relación entre infracción de la norma y juicio de pronóstico del resultado): contrapone la tentativa a la consumación. La lógica del injusto de un delito de resultado, sin embargo, no admite limitación alguna de la consideración *ex post*; sólo en cierta medida resulta compatible con la lógica del injusto de la acción. En términos ejemplificativos: quien incrementa lo que es poco probable hasta convertirlo en seguro, no es en la práctica responsable del resultado mientras no se demuestre la realización del peligro específico del incremento, pero quien sustituye un riesgo por otro pequeño, pero reconocible como distinto, es en la práctica siempre responsable –a causa de la cognoscibilidad de la realización– del resultado: el naturalismo del delito de resultado se contrapone a las valoraciones de la situación de deberes.

[1] Siguiendo a Samson, *Hypothetische Kausalverläufe*, 1972, p. 88 y siguientes.

una variación en el curso), el dilema no se presenta, dado que la variación se desarrolla *dentro* de un riesgo idéntico que en todo caso se realiza (con o sin variación). Si en el ejemplo, el incendio es constitutivo de un delito de incendio, entonces al incendiario también debe imputársele la destrucción de la pieza mobiliaria, con independencia de que el curso haya sido o no modificado. Si el riesgo permanece idéntico, la consideración de hipótesis no elimina ninguna posibilidad de explicación[8]. La siguiente exposición debe poner de manifiesto que sólo es adecuado considerar hipótesis en el marco de *un mismo* riesgo, pero ello es incorrecto cuando concurren *varios* riesgos.

## II

a) La aplicación de este modelo, hasta ahora simple, para la explicación de cursos lesivos se torna en parte complicada cuando concurren varias posibilidades de explicación. Lo que puede ocurrir de distintas maneras. No necesitan de ulteriores explicaciones aquellos casos en los que varias personas son responsables de un *mismo* riesgo que se realiza: se trata de los supuestos habituales de participación de varias personas. Pero también la víctima puede ser corresponsable sin que por ello deba desaparecer la imputación al autor; la responsabilidad del autor y de la víctima pueden, por lo tanto, solaparse. Por ejemplo, quien caminando por la franja central de una carretera nacional resulta lesionado a causa de la falta de atención de un automovilista, debe también atribuirse la lesión a sí mismo –sin perjuicio de la responsabilidad del conductor por lesiones imprudentes– dada la vulneración de los deberes de autoprotección (*Obliegenheiten zum Selbschutz*).

Menos obvia resulta la imputación en aquella constelación de casos en los que concurren *varios* riesgos (de los que siempre, solamente uno puede realizarse; ver apartado III). En su acepción común, la fórmula hipotética conduce

[8] La cualidad de circunstancia acompañante no existe de manera absoluta, sino siempre en un determinado contexto de riesgo. Si bien en el ejemplo, el desplazamiento de la pieza de mobiliario constituye en el ámbito del delito de daños una circunstancia acompañante, sin embargo, en caso, p.ej., de un intento de obstaculización del salvamento de personas, llevado a cabo por los bomberos, puede constituir un escalón esencial del curso.

aquí a resultados defectuosos. Por ejemplo, en medio de una intensa niebla, el conductor de una motocicleta es golpeado por detrás por un vehículo, saliendo despedido por el aire y resultando lesionado a causa del impacto contra el suelo; la colisión, con las consecuencias descriptas, le salvó de chocar fracciones de segundo después contra un obstáculo y de fallecer inmediatamente (con mayor precisión: momentos antes de la efectiva producción de las lesiones causadas por la colisión). La aplicación de la fórmula hipotética lleva a la extraña conclusión de que el riesgo de la colisión no se ha realizado, dado que, también sin colisión, a fin de cuentas la integridad corporal del motociclista no hubiera permanecido incólume. Sin embargo, tampoco el riesgo de chocar contra el obstáculo –independientemente de que sin aquel riesgo todo habría ocurrido exactamente igual a como en realidad sucedió– brinda explicación alguna por la sencilla razón de que *de facto* aquella colisión no se ha producido. El resultado se torna completamente incomprensible cuando tanto el riesgo de la colisión ajena como el de una colisión propia eran evitables: en consecuencia, nadie sería responsable del curso lesivo, aunque todos se han comportado de manera incorrecta y a pesar de que un comportamiento correcto por parte de todos habría hecho desaparecer el resultado, no tratándose por lo tanto de un accidente inevitable. La razón de esta errónea conclusión es evidente: en el ámbito de la realización de riesgos –al igual que en el problema paralelo de la diferenciación entre condiciones efectivas y no efectivas[7]– no es relevante lo que ocurriría de faltar los factores de riesgos a examinar, sino los efectos que éstos han tenido[8]. Si se desconocen los

[7] Engisch, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 15; *Vom Weltbild des Juristen*, 2. Auflage, 1965, p. 130, n° 288; Weber-*Festschrift*, 1983, p. 247 y ss., 261; Lackner (nota 1), anot. III, 1c, aa, previo al § 13, con ulteriores referencias.

[8] También últimamente en esta línea, de modo particular, Ranft, *NJW*, 1984, p. 1425-1427 y ss.; Krümpelmann, *Jescheck-Festschrift*, 1985, p. 328 y ss., 329 y siguientes. Por lo general se reconoce que mediante la toma en consideración de hipótesis no debe privarse al bien de la garantía normativa, al menos, en lo referente a injustos hipotéticos (reconocimiento que no resulta tan claro en el caso de una hipotética infracción de los deberes de autotutela): BGH 30, p. 228-231; Kahrs, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die "conditio sine qua non" Formel im Strafrecht*, 1968, p. 75 y ss., 283; Nierwenhuis, *Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht*, 1984, p. 94 y ss.; Otto, *Maurach-Festschrift*, 1972, p. 91 y ss., 103; Roxin, *ZStW*, 74, p. 411 y 435; Samson (nota 5), p. 125 y ss., 141; Puppe, *JuS*, 1982,

efectos que han ocasionado, tampoco es posible contestar a la pregunta relativa a qué ocurriría de no existir éstos; de conocerse los efectos que han surtido, no es necesario hacerse la pregunta. Incluso en el caso de resolverse correctamente la cuestión acerca del curso hipotético, ello en nada contribuye a la solución, dado que la realidad no está condicionada por lo que ocurriría de ser distinto alguno de sus elementos. Por supuesto que partiendo del conocimiento de la configuración de un mundo hipotético y del conocimiento de cuáles son las variaciones de la realidad con las que se elabora la hipótesis, es posible deducir cuál es la configuración de la realidad, aunque en este procedimiento complicado y susceptible de inducir a error no se aprecia ventaja alguna.

La fórmula hipotética no siempre produce resultados defectuosos, sino tan sólo en aquellos casos en los que se halla presente un riesgo de reserva; la solución de los demás casos resulta, sin embargo, trivial. La amplia utilización de la fórmula hipotética hace sospechar si no desempeña, además, otra función que la de reproducir lo evidente en supuestos de hecho no complicados. Para confirmar esta sospecha se expondrá, sucintamente, cuál es el alcance de esta fórmula. Si en un sistema se pueden controlar todos los factores de entrada (y por lo tanto, también las eventuales condiciones de reserva) y todos los factores de salida, entonces es posible averiguar, mediante una variación de los factores de entrada y un control de los factores de salida, cuál de los *inputs* es condición para uno de los *outputs*. El resultado (en la simple configuración de una condición tanto necesaria como suficiente) es: siempre que y sólo cuando en el sistema "S" tuvo lugar el *input* "i" se produjo el *output* "o". Con ciertas cautelas que aquí carecen de mayor interés, de ello cabe deducir una relación que prácticamente ya no es susceptible de ser rebatida: en el sistema "S", "i" condiciona de manera necesaria y suficiente a "o". El experimentador debe plantear la hipótesis bajo la forma de una suposición para que tan siquiera sea posible iniciar el experimento (p.ej., en el sistema "S" el *input* "i" podría condicionar un *output* determinable). El contenido real de la supo-

660; Leipziger, *Kommentar-Jescheck*, 10. Auflage, t. 1, 1984, n. m. 53 previa al § 13; *Systematischer Kommentar-Rudolphi*, 3. Auflage, t. 1, 1984, n. m. 60 previa al § 1; Stratenwerth, *Strafrecht AT*, 3. Auflage, 1981, n. m. 227, con una solución probablemente abierta. Arthur Kaufmann (nota 4), p. 274.

sición es comprobado por el experimentador, configurando la realidad una vez con el factor "i" y otra vez sin el factor "i" y así sucesivamente. El experimentador aprende por lo tanto mediante la contraposición de alternativas, dato éste que, de modo exclusivo, debe constituir el objeto de referencia de las hipótesis jurídicas que se configuren en el ámbito de la concurrencia de condiciones. Para dejar claro cómo es posible aprehender la realización de ciertas condiciones o de un determinado riesgo, se formula una alternativa a lo realmente acaecido; esta alternativa, por supuesto –al contrario de las variantes que utiliza el experimentador– nunca llega a realizarse y por lo tanto es formulada en el *casus irrealis*. La frase: "un riesgo se ha realizado si el resultado no se hubiera producido en caso de darse una situación sin los factores de riesgo", sólo puede, por ello[9], ser entendida del siguiente modo: "los factores de riesgo enunciados han condicionado el resultado; si se debe demostrar este dato de la experiencia, entonces, en el ámbito del mismo sistema deberán eliminarse, del input controlado en su conjunto, los factores determinados", etcétera. Se trata, por lo tanto, de la cognoscibilidad por medio de la experiencia de las relaciones reales entre unas determinadas condiciones y un determinado resultado.

El núcleo básico de la información que puede ser obtenida mediante el uso de la fórmula hipotética no debe y probablemente no estribará en la mayoría de los casos en la aprehensión de la cognoscibilidad por medio de la experiencia de la relación afirmada, sino en la determinación de los factores que configuran el riesgo, y en la del sistema de cuyo output se trate. De modo especial cuando los factores deben ser cuantificados (50 km por hora en lugar de 70 km por hora), la determinación se lleva a cabo con mayor facilidad mediante una contraposición de diferentes configuraciones del supuesto de hecho, que mediante una descripción aislada de la diferencia existente entre estas variaciones. En todo caso, no se trata de la *comprobación* de la realización de un riesgo, sino de la *designación* de un efecto ya comprobado.

La habitual formulación –también utilizada por Lackner[10]– de que en el ámbito de la realización del riesgo no se trata

[9] Habiendo prescindido de la teoría basada en el balance, es decir, en la diferencia en el desarrollo de los hechos; a este respecto ver apartado II, b.

[10] (Nota 1) § 15, anot. III, 2b, aa y bb.

de un problema de causalidad, es correcta sólo en el sentido de que si se niega la realización del riesgo, no es necesario negar también el efecto causal de una acción para con el resultado, lo mismo que negar el efecto causal de una acción no implica negar el efecto causal de un espasmo o de la ubicación de un cuerpo humano. Pero de igual modo que la causalidad de una acción constituye una especificación de la circunstancia que una persona, de alguna manera, tuvo un efecto causal para con un resultado, también la realización del riesgo constituye una especificación de la causalidad: no son características cualesquiera de la acción antijurídica las que (entre otros factores) han condicionado el resultado, sino (entre otros factores) especialmente aquellas que fundamentan el juicio de antijuridicidad. Es cierto que en caso de faltar la realización del riesgo falta también la relevancia jurídica de la causalidad existente; sin embargo, esta relevancia no puede ser aportada a un sistema de imputación sin variar la causalidad. *Si falta la realización del riesgo entonces también falta la causalidad relevante.*

b) Las explicaciones dadas hasta el momento descansan en la creencia de que el curso dirigido hacia el concreto resultado conforma la perturbación (*Störung*) necesitada de explicación. Posiblemente también los riesgos de reserva se hallen, a su vez, necesitados de explicación como tentativas o como puestas en peligro, si bien esto nada aporta a la explicación de un curso lesivo real. El sentido de una distinción entre riesgos efectivos y riesgos de reserva es, sin embargo, negada, señalándose que no es la realización de un riesgo lo que defrauda las expectativas, hallándose por lo tanto necesitada de explicación, sino ya la misma creación de una situación en la que un bien ya no puede ser salvado. En este sentido, por lo tanto, lo decisivo sería el saldo de las posibilidades de supervivencia de un bien jurídico (*Rechtsgutschancensaldo*) y este saldo no se vería empeorado por un riesgo que desplazase a otro riesgo que habría desplegado de manera inevitable sus efectos[11]. Esta teo-

[11] Esta teoría frecuentemente aparece formulada de forma más tácita que expresa. En el ámbito de la solución de concurrencia de riesgos toda operación en la que se utilice la fórmula hipotética de manera tal que no constituya un mero medio heurístico de exposición del curso real, encuentra su base en esta teoría. La define expresamente Arthur Kaufmann, *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, p. 200 y ss., 229 (ver, sin embargo, el mismo, p. 273 y ss., nota 4); también es el criterio fundamental para Samson (nota 5), para quien lo decisivo es el "acortamiento" (del bien jurídico), p. 97 (el

ría, sin embargo, parece exponerse al dilema ya resaltado que se plantea al tomar en consideración hipótesis. Ya que no cabe responder por hechos hipotéticos, dado que desde todo punto resulta imposible explicar mediante hipótesis la realidad, las posibilidades de explicación parecen diluirse: uno de los riesgos se excluye porque el otro está en reserva y éste desaparece dado que no se ha realizado. Por supuesto que la teoría basada en el saldo de posibilidades del bien jurídico aún no queda, por ello, desvirtuada. Según esta teoría, en modo alguno se trataría de explicar el curso real dirigido al resultado, sino que sería la destrucción de la posibilidad de supervivencia del bien la que estaría necesitada de explicación; todo incremento del monto global de lesión se valora; todo lo que para ello es irrelevante no se toma en cuenta. En términos ejemplificativos: si un campo de trigo va a ser próximamente destruido por una tormenta que se avecina, resulta indiferente si un par de niños jugando en él, destruyen antes la cosecha.

El ejemplo, sin embargo, es reversible: si los niños destruyen la cosecha, resulta irrelevante si se avecina una tormenta de granizo. Tratándose de riesgos concurrentes sería, por lo tanto, necesario determinar cuál es el riesgo anterior. La victoria en esta carrera de riesgos no puede hacerse depender del momento temporal de sus génesis; ya que para todos los riesgos ésta –teóricamente– puede ser anticipada de modo discrecional. Subsisten tres posibilidades: bien cabe declarar anterior aquel riesgo que causa la destrucción del bien. Esta opción puede ser fundamentada de manera plausible –el riesgo que se realiza se anticipa a todos los demás en la medida en que aquéllos ya no pueden realizarse–, pero abandona el saldo de posibilidades de supervivencia del bien y atiende de nuevo a cuál es el riesgo que se realiza en el resultado. También es factible consi-

---

"principio del acortamiento" se ve, sin embargo, modificado por mecanismos de seguridad dirigidos a conservar las garantías normativas del bien, p. 125 y ss.; *Peters-Festschrift*, 1974, p. 121 y ss., 132 y siguientes). Si lo que se persigue es una protección del bien jurídico en sentido naturalista, entonces este punto de partida resulta consecuente (Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, p. 24 y ss.; "Erfolgsrelevanz"). Esta concepción, sin embargo, deduce de manera demasiado unilateral el significado del comportamiento del balance de los efectos, descuidando la configuración de la acción. En lo referente al texto que sigue, cfr. además, Rödig, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, p. 110 y ss.; E. A. Wolff, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, p. 19 y siguientes

derar a todos los riesgos simultánea y cumulativamente relevantes; en este caso, sin embargo, tampoco será posible llegar a una solución sin tener en cuenta la realización del riesgo en el resultado, porque la mera disminución de posibilidades –aunque exprese de manera correcta la infracción de la norma– no supone la realización de tipo alguno. Finalmente es posible conceptuar a todos los riesgos como simultánea y conjuntamente irrelevantes, pero en este caso ya no sólo no sería posible explicar el curso lesivo sino tampoco el mal balance del saldo de posibilidades.

Cabe, sin embargo, utilizar la teoría del empeoramiento del saldo de posibilidades de manera que la crítica anteriormente formulada no haga mella en ella. Para ello es necesario liberarla del cometido de regular las relaciones entre todos los riesgos posibles para un bien, debiendo limitarse a fijar las relaciones entre los riesgos derivados de la infracción de normas y de los riesgos no influenciables mediante la observancia de la norma. La prioridad de los riesgos sería entonces fácilmente determinable: todo hecho que no sea ya influenciable mediante normas constituye la base –previa– sobre la cual –posteriormente– pueden desplegar sus efectos las normas. Si en el ejemplo mencionado los niños pisan la cosecha, este riesgo explicará su pérdida, pero no es contrario a la norma, a causa del riesgo de tormenta. Esta solución aún puede ser precisada: para que el bien conserve todas las garantías normativas potencialmente efectivas, todas las futuras infracciones de la norma se excluirán del saldo de posibilidades; un comportamiento antijurídico futuro (o una infracción del deber de cuidado por parte de la víctima) ya no impide entonces que el comportamiento arriesgado que se está llevando a cabo sea contrario a la norma. Por ello, en el ejemplo, los niños no podrían invocar en su descargo que un día después, seguramente otras personas habrían destruido la cosecha, aunque sí podrían invocar la circunstancia de que un granizo posterior habría demostrado que de todas maneras ya no era posible salvarla.

Una teoría en esta línea resulta viable, si bien con resultados poco plausibles en ciertos ámbitos, dado el derecho vigente. Si la causación del resultado en una situación en la que, a la vista de otro riesgo, ya no cabe salvación no conforma injusto alguno, entonces –si no se quiere debilitar la protección del bien–, la creación de una tal situación debe conformar un injusto pleno. Sin embargo, según el derecho vigente, esta causación –en cualquier caso, en la medida

en que los riesgos concurrentes existan de manera independiente[12]– solamente es captable como injusto de tentativa (y por lo tanto de ninguna manera en caso de imprudencia). De ahí que con este proceder se pierden parcelas de imputación: la exoneración de aquel que en una situación ya irreversible causa un resultado, no se ve correspondida por una agravación para el que es responsable de la situación. Por ejemplo, si se envenena el pienso de un rebaño y a continuación también el agua, y el rebaño perece a causa del envenenamiento del agua, se excluye toda responsabilidad por consumación (y en efecto, ello incluso si fuese un único autor el que hubiera generado ambos riesgos, en el caso de que, *después* del primer hecho, decidió llevar a cabo el segundo, ya que si no existiría una *actio libera in causa*).

En sus resultados, por lo tanto, una teoría que defina el injusto como empeoramiento del balance de posibilidades, armoniza mal con un derecho penal que configure delitos de lesión de resultado[13]. La teoría presenta otros inconvenientes. Grava al delito de resultado con más elementos accidentales de los que le son estructuralmente propios: aunque un riesgo se realice, falta la consumación si el balance en su conjunto no se ha visto empeorado (solución que no es casual sólo en aquellos casos en los cuales el autor ya conocía el riesgo anteriormente existente y tenía una razón plausible para actuar). Mayor peso tiene el que, según esta teoría, un comportamiento arriesgado (al margen de las situaciones justificadas) ya no se halla prohibido *per se*, sino sólo en aquellas situaciones en las que empeora el balance de posibilidades. Esto no sólo debilita la univocidad de la

[12] Si el comportamiento posterior es llevado a cabo para limitar el daño del peligro primario, es el peligro primario el que se realiza. Por ejemplo, si un agricultor le produce con un arma de fuego la muerte a su ganado porque no le es posible salvarlo de un incendio, queriendo así evitarle sufrimiento, ello constituye una realización del peligro del incendio, dando lugar, por lo tanto, en la medida en que el autor se represente, al menos, como posible la muerte del ganado a causa del fuego, a un delito doloso de daños.

[13] Estos delitos, por supuesto, no se justifican *per se*. Pero es posible hallar su justificación no sólo en la protección efectiva de bienes sino también en el hecho de convertir en tabúes comportamientos con determinadas consecuencias para un bien. Debe admitirse que esta última concepción *puede* aproximar el delito de resultado a los delitos de peligro abstracto (o, si el autor no conoce el riesgo hipotético, a la tentativa); esto deberá tener consecuencias en la medición de la pena: a este respecto, más detenidamente Jakobs (nota 4), p. 7/92 y siguientes.

prohibición; sugiere, además, que todos los bienes pueden ser ordenados cuantitativamente de una manera razonable. En el caso de un bien intercambiable esto podría ser admisible, pero tratándose de un bien personalísimo, el respeto hacia el bien probablemente se vería mermado si se pudiese destruir sin razón plausible alguna, simplemente por no ser ya posible salvarlo. Por ejemplo, si inexorablemente un barco naufraga con su tripulación, puede resultar dudoso si los boquetes que sin motivo alguien produce en el casco del barco siguen constituyendo un delito de daños; el carácter personalísimo de la vida, sustraído a cuantificaciones, no permitirá, sin embargo, que surjan este tipo de dudas en cuanto al homicidio en caso de disparos a la cabeza de los miembros de la tripulación[14]. Finalmente, esta teoría acarrea consigo, como un atavismo, su vinculación a un mismo bien. Ya que se pregunta por las posibilidades que un bien brinda a su titular, forma parte de una contestación plena la valoración del montante global de bienes del titular (y ni siquiera resulta claro que deba limitarse a esto; también podría hacerse un cálculo del daño o provecho global supraindividual). En términos ejemplificativos: si es posible destruir una cosa que de todas maneras está perdida, también debería entonces ser atípica la destrucción de una cosa asegurada, si de no ser así se perdiese una cosa más valiosa del mismo titular (además, ¿por qué sólo del mismo titular?) o, incluso, su vida o integridad corporal. El hecho de que el derecho vigente sólo tenga en cuenta este tipo de conflictos en el ámbito de la justificación (consentimiento presunto como subtipo del estado de necesidad justificante), muestra de nuevo que esta teoría no es adecuada.

## III

a) Varios riesgos no pueden realizarse conjuntamente dado que un resultado no puede ser condicionado más de una vez[15]. Por supuesto que de un riesgo pueden ser res-

[14] De manera paralela se diferencia en el ámbito del § 34 del StGB entre bienes comparables y no comparables entre sí.

[15] La postura divergente, cfr., Jakobs (nota 4), 7/84, parte de una definición demasiado limitada de los riesgos idénticos; utilizando una definición correcta, se trata de un riesgo fragmentado (de cuyas partes pueden ser responsables distintas personas) o de una responsabilidad múltiple por un riesgo. Cfr. el texto.

ponsables varias personas, y cuando esto ocurre en forma de una coautoría puede crearse la impresión de que se trata de varios riesgos. Esta impresión, sin embargo, engaña. Hablando en términos ejemplificativos[16]: el que un automóvil al adelantar a un ciclista deba guardar una distancia de seguridad se debe a varias razones. Por un lado una conducción completamente rectilínea de la bicicleta resulta imposible, por lo que ya se hace necesario respetar una distancia mínima, para cuyo cálculo también debe tenerse en cuenta que de un ciclista en condiciones de peligro de muerte no puede esperarse un comportamiento de precisión milimétrica. Además, y de ello se trata ahora, conforme a la experiencia incluso leves negligencias ubicuas (y otras causas) pueden llevar a importantes cambios de dirección, de ahí que la distancia mínima deba complementarse con un margen de seguridad. A su vez, los ciclistas deben procurar circular de la manera más rectilínea, no invadiendo, en cualquier caso, el espacio aquí definido como margen de seguridad, ya que, por diversas razones, es posible que los automovilistas invadan este margen. Ambos complejos de condiciones –el automóvil y también el ciclista invaden el margen– constituyen sólo partes de un mismo riesgo: sin la respectiva otra parte no existe peligro alguno de resultado. Un mismo riesgo puede ser dividido en varias partes, bien con base en una mayor claridad (dos tormentas que se aproximan desde direcciones distintas configuran un riesgo de tornado) o bien por tratarse –como es aquí el caso– de ámbitos de responsabilidad distintos; de esta manera, tanto el ciclista como el automovilista son respectivamente responsables de no invadir la zona del margen de seguridad.

También es posible que varias personas –sin cocausarlo– puedan ser responsables, respectivamente, de la totalidad del riesgo y ello, precisamente, cuando constituye el cometido de una persona conjurar los riesgos que han sido creados por otros. Por ejemplo, un padre debe evitar o repeler los ataques antijurídicos dirigidos contra su hijo. Tam-

[16] Con base en el BGH 11, p. 1 y ss.; para adoptar una decisión en concordancia con los principios que se desarrollarán en el texto, será determinante si en caso de mantenerse la distancia reglamentaria, la colisión hubiese sido evitable, mientras que resulta irrelevante si el ciclista hubiese aprovechado la posibilidad de evitación (en caso de evitabilidad, siempre habrá responsabilidad del conductor del camión); la motivación para ejercitar los deberes de autotutela debe presuponerse hasta que de hecho no suceda lo contrario, ver apartado IV, b.

bién en el caso de riesgos naturales puede existir una persona responsable de evitar bien su creación o bien su realización; así, en el caso que sirve de ejemplo, si es una fiera la que ataca. De nuevo no se trata de varios riesgos; más bien un único riesgo (la lesión mediante un ataque) es designado y explicado una vez de manera positiva (mediante un comportamiento antijurídico o fortuitamente) y otra vez de manera negativa (mediante la no evitación).

Especiales dificultades se suscitan si se hallan dadas múltiples condiciones de un riesgo, resultando imposible verificar, ya a nivel teórico, cuáles son las eficaces: se trata de aquellos casos en los que fuerzas físicas o psíquicas[17] unidireccionales o contrapuestas se entremezclan, dependiendo la causación del resultado únicamente de una cantidad mínima o máxima. Por ejemplo, un peatón invade velozmente y sin precauciones una calzada muy transitada,

[17] Así, probablemente, en el supuesto de hecho de la sentencia del BGH 13, p. 13 y ss.; a este respecto cfr. Lackner, *Leipziger Kommentar*, 10. Auflage 18 Lieferung 1979, § 263, n. m. 117 con amplias referencias; Puppe, ZStW 95, p. 287 y ss., 298 y siguientes. Las pretendidas características específicas de la habitualmente denominada causalidad psíquica han conducido a que se haya propuesto la sustitución de la explicación causal por una "explicación" con base en probabilidades y ello, además, con unas consecuencias que trascienden el ámbito de la causalidad psíquica; Puppe, p. 287 y ss. 293 y ss., 299 y ss.; la justificación resulta dudosa. Puppe trata, en primer término, supuestos de inducción, de proposición u otros tipos de instigación (p. 294 y siguientes). Para ello, sin embargo, no es relevante que el autor se encuentre "determinado" por la propuesta y la acepte; al contrario, basta con que una eventual aceptación se encuentre también condicionada por la propuesta (en la misma línea Puppe). Con esto, sin embargo, no es posible resolver aquellos casos en los que el autor no posibilita (p.ej., reteniendo una información) u obstaculiza (p.ej., obstruyendo una fuente de información) procesos psíquicos ajenos. Si en estos casos existe un deber jurídico del receptor de hacer uso de la información es necesario, para así mantenerle a la víctima la garantía normativa, partir de una motivación adecuada a la norma por parte de éste (en este sentido también, Puppe, p. 296). Restan aquellos supuestos en los que quien debe recibir la información no se halla vinculado ni por deberes (tampoco por aquellos derivados del § 323, c del StGB) ni por los deberes de autotutela. Puede, sin embargo, ser susceptible de verse influenciado por otros motivos racionales (por lo tanto un constatable déficit en la determinación, entendida en sentido científico-naturalista, no significa necesariamente que el discurrir tenga lugar de manera desorganizada); en la confianza cognitiva en este tipo de vinculaciones se basa la realización de comportamientos cotidianos. Si por el contrario resulta dudosa la disposición a ser influenciado, entonces no se ha expuesto razón alguna, hasta el momento, para hacer responsable al autor más que por una tentativa, si es que se pretende mantener la distinción entre tentativa y consumación.

resultando arrollado y lesionado por un coche que circula a una velocidad superior a la permitida. La aplicación (también) de la fórmula hipotética como regla de experiencia fracasa aquí, porque la cognoscibilidad por medio de la experiencia encuentra una barrera. Aceptemos que la siguiente regla de la experiencia (simplificada) fuese válida: los peatones que de modo rápido y sin precauciones invaden una calzada también resultan arrollados por el automóvil que circula respetando las normas. Esto parece excluir la realización del riesgo "infracción del límite de velocidad por parte del automovilista", pero no constituye una solución adecuada, sino una enorme reducción de la problemática a tratar. Imaginemos que el conductor exige del peatón una indemnización por los daños ocasionados en la carrocería de su automóvil. Debería cuestionarse si existe una regla de la experiencia en el siguiente sentido: coches que conducen con tanta velocidad como en el caso presente, también arrollan a los peatones que invaden la calzada despacio y de modo precavido. Esto puede afirmarse sin contradicción con las premisas hasta ahora expuestas, de manera que también el riesgo de invadir velozmente y sin precauciones la calzada[18] parece eliminarse. En la utilización aquí de la fórmula hipotética como regla de experiencia se presenta, por lo tanto, un dilema paralelo al que siempre se da en la fórmula hipotética en sentido habitual, de existir condiciones de reserva (ver apartados I *in fine* y II, a): a pesar del comportamiento incorrecto de todos y a pesar de la evitabilidad de la lesión de haberse comportado todos correctamente, no resulta posible describir las condiciones de realización del riesgo.

Si hiciéramos uso de una regla de la experiencia acerca de lo que hubiera acaecido de haberse comportado *ambos* participantes de manera correcta, la conclusión parece ser evidente: el resultado en este caso no se habría producido, de ahí que ambos riesgos deberían haberse realizado conjuntamente. Esta solución, sin embargo, sería incorrecta; no se trata de dos riesgos sino tan sólo de uno: un vehículo y un peatón confluyen de tal modo que ya no son posibles reacciones evasivas. La justificación de la unión de ambos

[18] Aunque en el texto alemán se dice que es el riesgo de infracción del límite de velocidad (*Geschwindigkeitsverstoß*) el que en este caso queda excluido, obviamente se refiere aquí el autor, como él mismo ha reconocido, al riesgo de invadir velozmente y sin precauciones la calzada. (N. del T.)

riesgos, "infracción del límite de velocidad" e "invasión descuidada de la calzada", en un riesgo general se halla, sin embargo, necesitado de explicación: los riesgos individuales no aparecen, en todo contexto, correctamente descriptos; al contrario, la descripción sólo es correcta si, por lo demás, las circunstancias no difieren de la situación adecuada a la norma. En el ejemplo, para aquellos peatones que invaden la calzada velozmente y sin las precauciones debidas de forma tal que ya no exista posibilidad de salvación, la infracción del límite de velocidad por parte de un automóvil no aporta riesgo alguno sino, a lo sumo, una variación de las circunstancias acompañantes, y para los automóviles que de todas maneras circulan de forma incontrolable a causa de su velocidad, tiene validez lo análogo en el caso en que peatones invadan de manera veloz y sin precauciones la calzada. Una situación en la que la confluencia del vehículo y del peatón, sin posibilidad de esquivarse, sea a todas luces inevitable reduce, alternativamente, a cada uno de los riesgos individuales mencionados a mera causa de variación de condiciones acompañantes. De ahí que, en el contexto del respectivo riesgo individual, ambos pierdan su fuerza explicativa. Como riesgo con fuerza explicativa subsiste el riesgo general configurado por ambos riesgos individuales: confluencia sin posibilidad de maniobra evasiva. Pero, ¿quién responde por ello?

Antes de intentar dar una respuesta debe mostrarse, basándose en un ulterior ejemplo, que la problemática puede suscitarse tanto sin la simultaneidad de los comportamientos generadores del riesgo como en caso de un comportamiento inevitable: al introducirse una carga en la cabina, el cable de un ascensor se rompe, desplomándose la cabina y lesionando a un hombre. Algunos cabos del cable estaban defectuosos; de ahí que solamente soportara una carga considerablemente inferior a la carga máxima autorizada. La carga introducida era, sin embargo, muy superior a la carga máxima autorizada. En relación con ambos defectos, diferentes personas pudieron, en momentos distintos, haberse comportado sin el cuidado debido (dañando el cable en trabajos de mantenimiento; habiendo asesorado de manera incorrecta a los encargados de su manejo); bien para uno o bien para ambos, la tendencia lesiva pudo no ser cognoscible. Por lo tanto, puede tratarse la concurrencia de dos cursos evitables o de dos cursos inevitablemente accidentales o de un curso evitable junto con uno accidental. Bien es cierto que, a primera vista, parece que la sobrecarga no

desempeña papel alguno en la realización de la lesión; el eventualmente responsable de la carga podría argumentar que cuando se introdujo el peso en la cabina, ésta, de acuerdo con la ley de la gravedad, tensó el cable, lo que sin embargo sólo sucedió hasta un nivel de peso inferior a la carga máxima autorizada (dado que en ese momento el cable se partió). La sobrecarga, por lo tanto, ha seguido siendo una condición de reserva. Sin embargo, esto configura un modo de explicación unilateral. En contra de esto, la persona eventualmente responsable del cable alegará que a él se le reprocha haber disminuido un curso salvífico dañando algunos cabos del cable. Aunque, debido a la sobrecarga, este curso salvífico no hubiera tenido posibilidad alguna de éxito. Por lo tanto, la sobrecarga ofrece la explicación del percance y el daño al cable ha seguido constituyendo una condición de reserva. En abstracto: un *plus* de fuerza destructiva constituye el reverso de un *minus* de fuerza salvadora. Ambas argumentaciones son correctas en la medida en que cada uno de los riesgos, en el contexto del otro riesgo concurrente, sólo modifica circunstancias acompañantes. Una superación del peso adecuado a la norma únicamente es arriesgado si se alcanza la capacidad de carga adecuada a la norma y a la inversa. Pero ambas son incompletas en la medida en que se realiza el riesgo más general que ambos configuran: carga superior a la capacidad de carga efectiva.

En esta situación la experiencia no puede ayudar. El curso lesivo en caso de resultados "sobrecondicionados" es cognoscible por medio de la experiencia sólo de modo ambiguo. Si en un experimento relativo al ejemplo mencionado se incrementa la capacidad efectiva de carga hasta el nivel normativamente prescripto, entonces se obtiene el mismo resultado que cuando se disminuye la carga hasta el máximo autorizado.

Una decisión sólo puede deducirse atendiendo a la finalidad de la imputación jurídico-penal. De acuerdo con ésta, la solución de no imputar a nadie se excluye en los supuestos de resultados "sobrecondicionados", ya que una tal solución privaría a los bienes de la garantía normativa respecto de aquellos riesgos que de todas maneras se hallan condicionados desde otro ámbito. En el ejemplo del ascensor que se precipita no respondería, en caso de una falta de cuidado, ni el responsable del cable ni el del peso, siempre que la otra parte también se haya comportado negligentemente. Pero tampoco la solución de hacer responsables a todos los participantes que se comportan imprudentemente

se muestra practicable. Esto resulta claro en aquellas constelaciones de casos en las que estando ya el riesgo perfectamente condicionado (el cable está dañado de modo irreparable) se añade, a mayores, otra cantidad suficiente de condiciones (la cabina sobrecargada). En estas situaciones, una norma no puede seguir protegiendo bien alguno, ni tampoco puede proteger ante un intercambio del riesgo un bien ya perdido, sino que tan sólo puede prohibir variaciones en el curso de un mismo riesgo –en los delitos de omisión, imponerlas–. Aunque es posible conceptuar el segundo complejo de condiciones, de igual modo que el primero, como aquél que causa[19], en todo caso éste tan sólo reemplaza lo ya producido[20]. Cuando ya no resulta posible una diferenciación entre condiciones efectivas y no efectivas, solamente resta una ordenación cuantitativa, y en ésta el único criterio de ordenación adecuado a la materia lo constituye el paso de una cantidad no suficiente a una cantidad suficiente[21]. De concurrir una cantidad suficiente, todo lo que a continuación se añada resulta irrelevante para la realización del riesgo. De acuerdo con esto, "sobrecondicionar" no es también equivalente a un condicionar en el sentido de la imputación objetiva o, en su formulación en los delitos de omisión como: la omisión de reducir, de una sobremedida a

[19] La situación difiere en el caso de suministros de sustancias (veneno, etc.); en estos supuestos, es posible que se produzca una mezcla y consecuentemente una realización conjunta, pero la influencia de los distintos factores en el curso lesivo sigue siendo –al menos en el plano teórico– siempre individualizable. Por ejemplo, si por varias personas, de forma autónoma entre sí, se contamina de la misma manera el agua de una fuente, es probable que, en caso de enfermar aquellos que hayan bebido de ella, no sea posible determinar en la práctica cuál de los autores es responsable por los agentes bacteriológicos que de forma concreta causan la enfermedad; teóricamente, sin embargo, la asignación de responsabilidad es siempre clara. No se postula que esta consideración vincula a una sustancia o a un tipo de sustancia necesaria; no obstante, aunque no indiscutida es habitual: en favor de la causalidad de todos los que administran sustancias, Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Auflage, 1969, p. 9, II; Tarnowski, *Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs*, 1927, p. 45 y siguientes. No se estudiará aquí la posibilidad de su sustitución (p.ej., por una concepción basada en la dirección del curso lesivo).

[20] Se refiere el autor al reemplazo en la "designación del riesgo" que explica lo acontecido. (N. del T.)

[21] En lo tocante al desistimiento, ello entraña: quien reduce la cantidad global de condiciones en la cuantía de su aportación, ha paralizado su contribución al hecho, y ello aunque la cantidad residual siga siendo suficiente.

una medida que aún continúe siendo suficiente, un complejo de condiciones que ya a nivel teórico resultan inseparables, no puede fundamentar imputación objetiva alguna de la realización del resultado. En el ejemplo implica lo siguiente: en un ascensor sobrecargado de modo perfecto[22] no responde quien, a mayores, daña los ya defectuosos cables o –en la omisión– quien no los refuerza hasta el nivel debido que de todas maneras sería insuficiente; de modo correlativo acaece siendo perfectamente insuficientes los cables y siendo incrementado o no reducido el peso.

b) Queda por determinar cuándo una cantidad de condición es perfecta. Ya que con la ayuda del mero análisis causal, los cortes efectuados en la red de las relaciones de génesis son arbitrarios, la solución debe de nuevo fundamentarse en la finalidad de la imputación jurídico-penal. Por lo tanto, afirmaciones con pleno sentido sólo pueden hacerse si un devenir es, al menos, imaginable de modo relevante a los efectos de la imputación, es decir, debe tratarse de un comportamiento evitable o de uno inevitable del tipo que pueda fundamentar una subsiguiente responsabilidad (injerencia). El que, por ejemplo, en un salto suicida de una persona, desde una torre de 25 m de altura a un suelo empedrado, sea el riesgo de la aceleración (que también con la mitad de altura hubiera conducido a una fractura craneal mortal) o el de la dureza del suelo (pero también un suelo de tierra blando, no hubiera impedido una lesión dada la altura) el que explica la fractura craneal mortal, resulta una pregunta que jurídica y penalmente no puede ser contestada con sentido.

Además, una solución atendiendo a la finalidad de la imputación significa que desde el momento en que el riesgo idéntico ya no es influenciable mediante la observancia de la norma, tampoco pueden existir deberes de evitación de ese riesgo (aunque sí deberes de evitación de peligros abstractos). Por ejemplo, quien corta el cable, que es demasiado fino para soportar el peso de aquel que se cae o quien le da un empujón a quien ya se está precipitando, no responde por el curso lesivo venidero. Tratándose de riesgos que nunca son influenciables mediante la observancia de la norma, queda excluida toda responsabilidad jurídico-penal. En consecuencia, ningún arquitecto responde por el hundi-

[22] "Perfecto" tiene para Jakobs el significado de "condición suficiente". (N. del T.)

miento, a causa de una sobrecarga extrema de nieve, de un tejado mal construido, sobrecarga que tampoco un tejado correctamente construido hubiera podido soportar. Comportamientos humanos inevitablemente arriesgados impiden, por las razones mencionadas, que se responda por el mismo bien si no surge una responsabilidad por injerencia. Por ejemplo, quien a un vehículo estacionado, que debido a un defecto imprevisible en los frenos se desliza de repente por una calle, le da un empujón de aceleración, en ningún caso responde por el curso lesivo venidero si la persona obligada a controlarlo tampoco hubiera podido detener el vehículo.

Un riesgo puede no sólo ser perfecto –como en los casos hasta ahora mencionados–, porque las fuerzas del hombre en la dominación de cursos arriesgados están limitadas por la naturaleza, sino que es posible que su causante le asigne el significado de ser perfecto. Éste es el caso cuando una persona hace salir, de manera inevitable, el riesgo de su círculo de organización sin organizar al mismo tiempo o sin haber hecho con anterioridad la revocación de dicho riesgo. Las peculiaridades, que no pueden desarrollarse aquí[33], pertenecen a la teoría de la terminación material de la tentativa. Con la salida de la organización se hace patente que el curso subsiguiente no debe ser tomado en cuenta. Si, por ejemplo, en el caso ya varias veces mencionado de un accidente con un ascensor de carga, el responsable del montaje de los cables de sujeción los monta defectuosamente y, subsiguientemente, autoriza el uso, el riesgo es perfecto aunque en cualquier momento pudiera y debiera cambiar de parecer deteniendo inmediatamente el uso; si, tras la autorización, el ascensor es sobrecargado, esto no constituye más que una variación de circunstancias acompañantes en el seno del riesgo ya perfecto[34]. Si, en última instancia, el pri-

[33] Ver Jakobs, ZStW 97, p. 751 y ss., 761 y siguientes.

[34] Esta solución también es válida en el ámbito de la causalidad que se manifiesta en la interrupción de cursos causales salvadores. Un curso es salvador sólo mientras su interrupción no se encuentre perfectamente condicionada. No resulta relevante que en algún momento se paralice de hecho un impulso o algo análogo, considerado salvador, pero sí lo es si las condiciones del salvamento o las condiciones de la interrupción del salvamento se dan de manera perfecta. Por ejemplo, quien –sin reservarse la revocación– tras un accidente de tránsito oculta de tal manera a un herido que el médico de la ambulancia no puede encontrarlo, crea un riesgo que no se realiza si de todas maneras el médico no podía hacer frente a la lesión

mero desistiera[45], el "sobrecondicionamiento" se transmuta en "condicionamiento" en el sentido de la teoría de la imputación. Esto no constituye ninguna particularidad de las concurrencias de riesgos aquí manejadas; también quien genera otro riesgo como riesgo de *reserva* a un riesgo ya

---

(en el momento de los hechos, el curso ya no era salvífico), pero sí se realiza si después del ocultamiento el médico es retenido antijurídicamente por un tercero (el tercero actúa cuando el curso ya ha dejado de ser salvador, por lo tanto la pérdida de posibilidades de salvamento tan sólo ha sido "sobrecondicionada"). Cursos salvadores que deben ser impulsados por personas que no son garantes (en todo caso están obligadas en virtud de los § 323 c. y 138. StGB) ocupan una posición equivalente a los cursos naturales: si el salvamento no va a ser culminado, entonces al curso tampoco podrá otorgársele el carácter de salvador en momento alguno anterior a su interrupción. Por ejemplo, quien retiene a una persona dispuesta a prestar ayuda, aunque normativamente no obligada a ello, que de todas maneras hubiese olvidado sus propósitos de ayuda en el primer bar, no interrumpe un curso salvador (la situación difiere tratándose de garantes, antes de que éstos hayan consumado la interrupción del salvamento). La interrupción perfecta, sólo explica el curso lesivo de no permanecer como riesgo de reserva, es decir, si basándose en las condiciones de interrupción: a) el hecho que se define como bloqueo de una posibilidad de salvamento o de modo similar, realmente tiene lugar; b) y en aquel momento el curso salvífico sigue siendo necesario para la conservación del bien; c) aunque de hecho ya haya sido detenido de otra manera en los estadios a, b o c. a) Si en el "agudo" ejemplo de Engisch (*Kausalität*, p. 15) el autor aparta violentamente al verdugo y uno octu hace descender la hoja de la guillotina interrumpiendo de esta manera la ¡salvadora! circulación sanguínea de la víctima, es posible que dicha interrupción ya estuviese perfectamente condicionada por el verdugo (si éste no podía detener su movimiento corporal), pero este complejo de condiciones se ve privado de la cualidad de poder interrumpir un curso salvador debido al empujón subsiguiente (no porque lo interrumpa realmente el autor, sino porque el impulso del verdugo ¡falla!). Si una persona ha sido envenenada de tal manera que ello entraña un condicionamiento que determina un próximo fallo funcional de los riñones (¡la función renal como curso salvador!), pero, a continuación, resulta muerto a golpes, el riesgo de la interrupción de la función renal no se realiza, y ello porque: o b) el veneno tras el golpe no es transportado a los riñones o en todo caso porque, c) en el momento de la destrucción del órgano la función renal ya no puede llevar a cabo el salvamento del bien. Si en el ámbito de los cursos salvíficos no se constatase si se realiza el riesgo de la interrupción, en la mayoría de los casos relevantes, se estaría subrepticiamente introduciendo en la práctica el criterio del saldo de posibilidades de supervivencia del bien jurídico: de modo particular cambios en los organismos siempre pueden conceptuarse como interrupciones de cursos salvadores (circulación sanguínea, metabolismo). Toda función orgánica amenazada por un riesgo podría ser anulada por cualquier otro riesgo sin que (s.c. debido a este N.T.) se produjese la imputación: la función, al estar su interrupción de todas formas condicionada, ya no sería salvífica.

[45] Respecto de los presupuestos del desistimiento en caso de resultados "sobrecondicionados", cfr. nota 22.

perfecto se convierte en el causante del curso lesivo, en el caso de que desista el responsable del primer riesgo perfecto.

La aplicación de las mencionadas reglas frecuentemente fracasará en la práctica dada la imposibilidad de una prueba exacta, especialmente en materia de tráfico rodado donde se dan comportamientos de distintas personas prácticamente coetáneos. Ello tampoco constituye una peculiaridad de estas constelaciones de casos, sino que se presenta en toda concurrencia de riesgos.

## IV

a) Debe aún explicitarse bajo qué presupuestos se elegirá la relación cognoscible por medio de la experiencia de una relación de riesgo para cuya concreción debe servir la hipótesis. Para probar si un movimiento corporal condiciona un resultado se sustituye en la hipótesis el movimiento corporal por la inactividad corporal (esto es así en el experimento ofrecido para la demostración de una relación real, ver apartado II, a). En la prueba de la realización del riesgo debe procederse de una manera más diferenciada. Si en la hipótesis se introdujese, en lugar del movimiento corporal, inactividad corporal —o en el delito de omisión en vez de inactividad corporal un determinado movimiento— se soslayaría, entonces, que habitualmente son imaginables un gran número de otros módulos de comportamiento que tampoco contradicen el ordenamiento jurídico y en los que, frecuentemente, movimiento corporal y omisión del dominio de la organización, esto es, comisión y omisión, están estrechamente entrelazados. La alternativa ajustada a derecho de una conducción excesivamente veloz en la entrada de una población con la consecuencia de un accidente, está constituida, en todo caso, por la omisión de ese comportamiento; en sentido positivo esto puede entrañar varias cosas[26]: frenar, dejar de acelerar el vehículo a tiempo; parar; permanecer inmóvil, etc.; incluso girar previamente, a pesar de estar prohibido, constituye un injusto, pero no aquel injusto de sobrepasar la velocidad dentro del casco urbano.

[26] Sobre el particular, Puppe (nota 8), p. 660-662 y ss.; (nota 17), p. 290 y ss.; Nieuwenhuis (nota 8), p. 57 y ss. y passim.

Ahora bien, cabría averiguar –al menos teóricamente– cuál o qué comportamiento habría sido realizado, esto es, hipotéticamente, en caso de una motivación dominante en favor de respetar la norma, y si en la hipótesis, el curso lesivo hubiera sido evitado. En el ejemplo citado, quizás un conductor veloz estuviera decidido, poco antes de la entrada en la población, a girar por una carretera de circunvalación; entonces, el accidente no se habría producido. Un procedimiento de este tipo puede procurar resultados útiles, pero obvia la finalidad de la norma que ha sido infringida: aunque las carreteras de circunvalación también sirven, en ocasiones, para facilitar la marcha rápida, y su construcción también tiene, entonces, la finalidad de evitar accidentes generados dentro de las poblaciones por automovilistas veloces, de todas maneras las limitaciones de velocidad de una población solamente sirven –mientras no se abuse de ellas– para reducir el peligro de una conducción rápida a un peligro de conducción moderada, pero no para eliminar por completo el peligro de conducción. De ahí que en la construcción de la hipótesis deba introducirse, sin consideración de alternativas de comportamiento próximas al autor, aquel que, de modo exclusivo, elimina el peligro contrario al fin de la norma. Por lo tanto, en la hipótesis, el comportamiento del autor se ve, en parte, modificado. Qué es exactamente lo que debe modificarse no puede ser descripto con carácter general, sino que se deriva de la finalidad de la correspondiente norma. Por ejemplo, si a través de una norma no pretende evitarse la ubicación en un determinado lugar, sino el sentido de un movimiento en ese lugar (en calles unidireccionales, en carriles de circulación al lado derecho o izquierdo, etc.), entonces, en la hipótesis, no debe imaginarse al autor como ausente sino como estático o como moviéndose en otra dirección[37]; si se trata de la cantidad de un elemento, entonces, en la hipótesis éste debe ser incrementado (ejerciendo una presión de 7 kg sobre un pedal de freno en lugar de 4 kg –delito de omisión– o mediante no desconexión de un sistema automático de freno –delito comisivo–) o disminuido hasta lo permitido (50 km por hora en vez de 70 km por hora, mediante una presión menor del acelerador –delito comisivo– o mediante frenado –delito omisivo–).

[37] De otra opinión, BGH 10, p. 369 y siguientes.

b) De ahí que no sea relevante si, en la situación concreta, el autor podía haber llevado a cabo un tal comportamiento, sino únicamente si ello le estaba permitido; pues constituye finalidad de las normas excluir de manera planificable los cursos lesivos. Las evitaciones fortuitas son tan irrelevantes como lo son, en el caso inverso, los accidentes fortuitos. La situación debe, por lo tanto, estandarizarse[39]. De este modo se priva a la víctima de una posibilidad de suerte: si una calle es tan estrecha que un camión ancho no podría adelantar observando la distancia reglamentaria (aunque no tan estrecha como para no contar, en ningún caso, con un camión), entonces, a la hora de efectuar la prueba de si se ha realizado el riesgo de un adelantamiento a una distancia demasiado corta, en la hipótesis, de todas maneras, se introduce un camión que adelanta observando la distancia reglamentaria. Por otro lado a la víctima también se le libra de

[39] La jurisprudencia con su fórmula: "La pregunta acerca de qué comportamiento... habría sido adecuado al tráfico debe... ser contestada con base en aquel comportamiento contrario al tráfico que pueda considerarse como la causa inmediata del accidente, mientras que por lo demás debe partirse del acontecer real de los hechos"; BGH 24, p. 32-34; p. 61-63, no es capaz de excluir soluciones fortuitas. En el "discurrir real de los hechos" pueden ocultarse los más extraños cursos lesivos y salvadores, que resultan liberados debido a la conversión de comportamientos contrarios al tráfico en comportamientos adecuados al tráfico, como por ejemplo ocurrió en el supuesto de hecho de la sentencia del BGH 33, p. 61 y ss.: aunque el conductor de un automóvil no hubiese circulado a una velocidad excesiva, la distancia necesaria para frenar tampoco hubiese sido suficiente, pero el efecto retardador de la frenada hubiese sido más eficaz, pudiendo la víctima abandonar el lugar del accidente –de manera fortuita, no aprovechando una posibilidad de salvamento planificable– cuando hubiese sido alcanzada por el autor; de la misma manera (modificando ligeramente la velocidad de la víctima o el punto de partida), es posible que en caso de velocidad excesiva, la víctima solamente hubiese sido rozada, resultando sin embargo atropellada de haberse observado la velocidad adecuada. Crítica acertadamente la sentencia Puppe, JZ 1985, p. 295 y ss.; Ebert, JR 1985, p. 356 y ss.; Streng, NJW 1985, p. 2808 y siguientes. Por supuesto que la jurisprudencia no puede mantener su fórmula de "por lo demás... discurrir real de los hechos" en caso de concurrir comportamientos disvaliosos de terceras personas, pues de lo contrario se perdería la garantía normativa del bien; BGH 30, p. 228 y ss.; al respecto ver nota 8. Sin embargo, el porqué de un tratamiento distinto en caso de concurrir un comportamiento disfuncional de la víctima (*op. cit.*, p. 231), no halla fundamento, resultando además de imposible fundamentación partiendo incluso de la teoría de la imputación del BGH. Mantiene una posición acertadamente crítica Ranft (nota 4), p. 1425-1426. Respecto de la inutilidad del principio de la jurisprudencia según el cual debe considerarse en la hipótesis, desde el punto de vista temporal, "la producción de una concreta situación en el tráfico" (loc. cit.), ver Puppe (nota 8), p. 662 y ss.; Nietenhuis (nota 8), p. 60 y siguientes.

la mala suerte: tampoco se tiene en cuenta el hecho que de haberse realmente observado la distancia mínima reglamentaria, en realidad una rama de un árbol de la avenida hubiese tirado una parte del cargamento del camión que hubiese alcanzado a la víctima, etcétera[28].

Si se pretenden eliminar los resultados fortuitos también debe entonces estandarizarse, en la hipótesis, el comportamiento de la víctima. Un comportamiento llevado a cabo por parte de la víctima que hubiese conducido al salvamento, sólo se tomará en consideración si hubiera conducido al salvamento de manera planificada[29]. En compensación tampoco se introducirá un comportamiento fortuitamente conducente a una lesión. Por ejemplo, un vehículo, circulando a velocidad superior a la permitida, pisa en una curva una mancha de aceite, pierde el control y lesiona a un ciclista; en la hipótesis de una velocidad adecuada a la norma, se reproduce el mismo caso pero con una pérdida de control más lenta del vehículo (o en otra dirección); en esta situación tan sólo será relevante que la colisión, a causa de la baja velocidad del movimiento descontrolado (o a causa de la distinta dirección en la que se dirige el vehículo descontrolado, etc.), no se hubiera producido si el tiempo ganado o el cambio de dirección hubiesen abierto posibilidades de salvamento por lo general utilizables de manera planificada. En compensación, la víctima se ve exenta del riesgo de que la colisión, de haberse observado la velocidad debida, hubiese podido tener consecuencias fortuitas peores.

A causa de la necesidad de una estandarización para evitar decisiones fortuitas, la existencia de capacidades especiales o –lo que es más importante– de especiales incapacidades de la víctima, tan sólo desempeñarán un papel cuando tratándose de capacidades exista por parte de la víctima la obligación de aportar unas especiales prestaciones (carreras profesionales de velocidad; cruzar despreocupado la calzada confiando en la propia capacidad de carrera en

[28] En caso de interrupción de cursos salvadores (ver, al respecto, nota 24) hay que tener en cuenta que quien lleva a cabo la interrupción, únicamente está vinculado con el curso lesivo por medio de la lesión del curso salvífico. Si de modo fortuito el curso no hubiese conducido al salvamento, faltaría la causación del resultado. Esto no debe superarse mediante estandarizaciones. Por ejemplo, quien detiene una ambulancia que a causa de extrañas y desgraciadas circunstancias no hubiese alcanzado el lugar del accidente, no interrumpe curso salvífico alguno.

[29] De modo distinto en BGH 33, p. 61 y ss.; ver al respecto, nota 25.

caso de llegar un automóvil) o en el supuesto de incapacidades, obligación por parte del autor de tenerlas en cuenta –ante colegios y residencias de tercera edad– con otras palabras, cuando codeterminan el riesgo permitido. Por ejemplo, ante una residencia de ancianos es necesario conducir muy despacio dado que las personas mayores carecen de buena capacidad de visión y movilidad, de ahí que en la hipótesis de un comportamiento correcto por parte del automovilista (esto es en la hipótesis de una conducción especialmente lenta) a la víctima de un accidente de circulación (aunque no se trate de una persona mayor) solamente debe ajudicársele una capacidad limitada de salvarse[31]. En el supuesto normal deben utilizarse capacidades normales: si la víctima, en el comportamiento hipotético ajustado a derecho del automovilista, solamente hubiera podido salvarse en virtud de una capacidad especial fortuitamente presente (esprinter profesional), ello no fundamenta realización alguna del riesgo, como a la inversa no impide ninguna realización el que una maniobra elusiva que habitualmente tiene éxito resulte inviable a causa de un calambre agudo.

Parece evidente que en el caso de capacidades especiales del autor que le permiten un comportamiento que de otra manera sería contrario a la norma, deba partirse del uso de las capacidades en la hipótesis. Especiales incapacidades sólo deben ser tenidas en cuenta cuando exista una posibilidad de comportarse con ellas dentro del riesgo permitido[32]. Ejemplo básico: ningún automovilista puede argumentar que, a causa de la borrachera, incluso de haber observado la velocidad reglamentaria, no se hubiese encontrado en condición de evitar el accidente.

Tratándose de especiales capacidades del autor que no condicionan el riesgo permitido, esto es, de capacidades

[31] Cuando se encuentra justificada la expectativa genérica de una "normalización del tráfico", sin que se haya comunicado o sea evidente la finalidad específica de la reducción de la velocidad permitida, debe modificarse la solución dado que el fin de la norma varía.

[32] Éste es siempre el caso cuando no se sobrepasa el riesgo general de la vida. Quien, por ejemplo, conduce un automóvil con los neumáticos desgastados, a velocidad de paseo, por un camino poco transitado, no incrementa el riesgo general de la vida en tanto en cuanto no esté prohibido guiar un carro con unas ruedas en equivalente estado... Quien, sin embargo, conduce un automóvil a velocidad de paseo estando muy ebrio, no respeta el riesgo general de la vida, si existe el peligro que mediante una reacción equivocada se realice el especial potencial de aceleración del automóvil. Jakobs, Anexo a la ZStW 1974, p. 8 y ss., 14-15 (nota 4), 7-42 y siguientes.

que *per se* rebasan lo debido (p.ej., un mecanismo especial para acortar la frenada de un vehículo) debe diferenciarse: si la *víctima es más responsable que el autor*, o a su mismo nivel, del curso lesivo, la especial capacidad no se considera en la hipótesis, ya que quien se autoexpone a un riesgo puede esperar una dominabilidad adecuada a las reglas del riesgo, pero de todo lo que de ello exceda es autorresponsable. Por ejemplo, si un ebrio irrumpe tambaleándose en una autopista, y allí resulta arrollado por un vehículo que circula demasiado rápido, para probar si el accidente tiene su causa en la excesiva velocidad no se introduce en la hipótesis el existente sistema auxiliar de reducción de frenada[33] (mientras que capacidades especiales de la víctima deben ser aquí introducidas). Si por el contrario el *autor es más responsable que la víctima*, imponiéndosele a ésta el riesgo, es responsabilidad del autor procurar los medios salvíficos; en la hipótesis, por lo tanto, debe introducirse lo que el autor puede alcanzar. Por ejemplo, si un automovilista invade la acera y lesiona a un peatón, en la prueba para ver si ello se debe a su falta de diligencia, o a una velocidad excesiva, etc., debe conformarse la hipótesis considerando todas sus capacidades especiales (mientras que aquí, las capacidades especiales de la víctima deben excluirse).

No es una coincidencia fortuita que el discurrir de la argumentación sea equivalente al de la fundamentación de una responsabilidad por injerencia (y también al desarrollo de la solución de algunas constelaciones de casos de colisión de deberes): quien impone a otro riesgos especiales, debe evitar las consecuencias lesivas, o revocarlas a sus expensas, de igual modo que terceras personas pueden llevar a cabo la evitación o la revocación a costa suya (v.gr., en el estado de necesidad defensivo o en la legítima defensa)[34]. Cual sea el comportamiento tanto del autor como de la víctima y también de terceros que debe ser introducido en la hipótesis es, por lo tanto, susceptible de contestarse de manera sucinta: aquel comportamiento del cual son garantes o del cual –en el caso de autolesión– les incumba[35]. Por lo

[33] Si realmente en una situación sin responsabilidad preferente del autor, se omite el uso de una capacidad especial, la responsabilidad se fundamentará en el § 323 c del StGB.

[34] Ver Jakobs (nota 4), 15/12, 29/14, 29 y siguientes.

[35] Respecto de la solución divergente –en el incumplimiento de los deberes de autotutela– de la jurisprudencia, ver nota 28; con respecto a las distintas soluciones doctrinales, ver nota 8.

tanto, tratándose de una persona que ha reaccionado de forma errónea frente a un comportamiento también erróneo, claramente el comportamiento erróneo de la otra persona no debe, entonces, ser eliminado mediante hipótesis. Por ejemplo, si un padre durante una agresión ilegítima prolongada en el tiempo, por parte de un tercero, sólo lleva a cabo un dudoso intento salvífico, para probar si otro comportamiento hubiese protegido mejor al hijo, en la hipótesis debe ser introducido el ataque en la forma en la que realmente tuvo lugar.

# CICERÓN Y EL ACCIONISTA CONTROLANTE

SERGIO LE PERA*

## I. INTRODUCCIÓN

Temprano en la mañana intentaba en el cuarto de hotel reunir mis pensamientos. Después de años de litigio, dentro de pocas horas llegaría el momento de alegar *in voce* en el arbitraje.

No era un alegato fácil. Por un "acuerdo de accionistas", una empresa del *civil law* y una empresa del *common law* habían sujetado sus relaciones a la ley de Nueva York. Estaban en juego deberes fiduciarios y de lealtad, las nociones de *joint venture*, de sociedad, de *close corporation*, de relaciones entre accionistas controlante y minoritario, el conflicto de una de las partes entre servir el interés de su controlante o el interés de su controlada. Por sobre todo, a mi juicio, estaban en cuestión los procedimientos y circunstancias en que una de las partes había ofrecido a la otra celebrar la asociación.

Mi caso era bueno y según mi apreciación, imbatible bajo el derecho de Nueva York. Pero no todos los árbitros habían sido formados en jurisdicciones del *common law*. Para peor, el caso que debía presentar no se apoyaba en ninguna frase del legislador sino en la exudación de una espiritualidad o ambiente cultural, en un mundo de ideas y valoraciones del que se participa o del que no se participa. Si no se participa, ningún inspirado alegato *in voce* podía zanjar la diferencia.

* Profesor Titular de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Ya había visto las dificultades al preparar el memorial. El arbitraje era bilingüe –español e inglés– y aunque creía saber qué es una *misrepresentation* en inglés, no encontraba una palabra en español que diera siquiera la pista de lo que simplemente es una *representation*. ¿Quién tomaría seriamente mis afirmaciones de que una de las partes debía ser condenada a pagar sumas millonarias porque había decepcionado a la otra?

Había discutido el tema con colegas del ambiente cultural al que pertenecían algunos de los árbitros y percibido su incredulidad. Si una de las partes, por su particular posición en el mercado, sus dimensiones, prestigio u otras circunstancias había conseguido hacer un buen negocio, bien hecho estaba. En todo caso se trataba de una negociación astuta y todos tienen derecho a recoger los frutos de su habilidad en los negocios y la carga de tomar las prevenciones adecuadas contra la astucia de los otros.

En el memorial había escrito la palabra "fraude", pero temía que pronunciarla en el alegato sería *shocking*. En el ambiente cultural a que me referí, "fraude" era, en los hechos, una palabra de la jerga policial que designa algunas tretas entre personas de menor cuantía. Si la treta es ingeniosa o ejecutada con arte, se la aprecia como divertida demostración de "picardía".

En realidad, reflexioné, ya había expuesto el derecho en el memorial; mi tarea esa mañana era lograr que ese derecho no pareciera tan extraño o tan lejano que no pudiera ser percibido como posible y real. Mientras me esforzaba por encontrar alguna manera de hacerlo, del modo más imprevisto se me presentó el recuerdo de unas lecturas casi juveniles de Cicerón. Ni siquiera recordaba de qué escrito de Cicerón se trataba, pero sí que el tema era la honestidad en los negocios y que uno de sus relatos tenía que ver con alguien que había comprado una casa frente al mar porque creía que en la zona había muchos peces y gran pesca, cuando en realidad no había peces, pesca ni pescadores.

Hubiera deseado encontrar alguna muestra más cercana pero no la encontré. Con sólo ese recuerdo, partí para mi exposición. Cuando llegó el momento apropiado hice el salto a Cicerón temiendo que en segundos la comunicación invisible que por conductos ignorados se establece con el auditorio me indicara que quienes me escuchaban –que normalmente se considerarían los herederos y portadores más directos de la cultura clásica– sentían a Cicerón mucho

más distante que al *common law*; que uno y otro eran excéntricos, poco sinceros e irreales, pero que mientras el derecho de Nueva York ofrecía el interés de una curiosidad técnica, Cicerón no tenía ni éste. Mostrar cuánto su lectura había influido en ese derecho estaba mucho más allá de lo que en esos momentos podía hacer. Lo que percibí fue alguna sorpresa, pero no una clara reacción adversa. De todos modos, y por precaución, con una frase apropiada abandoné esa línea y comencé a andar por otras que me parecieron más seguras.

En cuanto regresé a Buenos Aires corrí a mis libros y volví a Cicerón. Vi entonces mucho más claro el hilo que a través de tantos años iba de él hasta los repertorios de jurisprudencia que había estado hurgando mientras preparaba el memorial. Comprendí mejor la evolución que llevaba hacia cosas sobre las que yo había escrito: los deberes fiduciarios, la sociedad, la responsabilidad del accionista controlante. Constaté también que aunque por el uso, pareciera haberse olvidado sentidos que el diccionario conserva, una *representation* es una "representación" en español, si por "representar" se entiende "informar, declarar o referir". Y una "decepción" no es sólo el pesar causado por salir de un engaño o perder una ilusión, sino también el usar palabras, gestos o actos que inducen a otro a creer y tener por cierto lo que no lo es, o a formarse una ilusión, es decir, una imagen o representación sin verdadera realidad o a alentar esperanzas sin sustento.

Era claro para mí que, producida la codificación del derecho privado hacia fines del siglo pasado, habíamos sustituido el derecho canónico, asociado con la fe, por textos laicos a los cuales aplicábamos los mismos métodos que habían servido para aquél. Esta actitud viene de antiguo, probablemente desde el momento en que hacia el siglo XII o XIII reaparecen los estudios de los textos entonces redescubiertos de Justiniano que comenzaron a adquirir autoridad que algunos consideran similar a la que se atribuía a las Sagradas Escrituras. Sancionados entre nosotros los Códigos, tuvieron inicialmente muy poco prestigio; la generación siguiente, sin embargo, comenzó a tratarlos de la misma manera en que sus propios maestros habían tratado al derecho canónico, con la leve modernización que resultaba de aplicar el método exegético de los comentaristas del Código Civil francés.

No ayuda esto a la creación jurídica: "Las personas que valoran especialmente las estructuras, la autoridad y el

orden, se ven con frecuencia atraídas por las escuelas de derecho. La idea de normas en los libros y de principios dictados por sabios profesores cautiva a estos candidatos a abogados. Pero los estudios de derecho no ofrecen la certeza que estos estudiantes buscan. Es muy difícil que los profesores de derecho conozcan la respuesta y es aún más raro que, si la conocen, la den a sus alumnos. De allí que en un comienzo los estudiantes puedan sentirse inseguros y defraudados. Ellos quieren algo que los profesores no pueden darles: no hay soluciones simples para cuestiones jurídicas complejas. La mayor parte de los nuevos estudiantes esperan aprender el derecho con "D" mayúscula. Desgraciadamente, las escuelas de derecho no pueden enseñar el derecho. No es el objetivo de su enseñanza la memorización y el recitado de normas legales. Ellas enseñan conceptos y la manera de acercarse a cuestiones jurídicas y resolverlas, para que los futuros abogados puedan tratar problemas que hoy no podemos siquiera imaginar"[1].

Si el conjunto de los abogados influye de manera decisiva sobre la sociedad en que actúa, es porque el método del discurso jurídico y del debate judicial se expande a todas las relaciones de la vida social, incluyendo las grandes decisiones colectivas. En tiempos clásicos, ese método era llamado "retórica". Por una mutación de significado posterior, esta palabra fue usada para indicar el arte de persuadir. Una deformación final la convirtió en el nombre del discurso florido e inflado.

Es cierto que en la exposición de un punto de vista se busca el persuadir. Pero si los asuntos judiciales o de política general se sujetan a debate es para que, de la colisión de opiniones y puntos de vista distintos o antagónicos, todos adquieran una mayor comprensión de la situación y de las consecuencias de las acciones disponibles. Es posible que quienes en el Senado romano abogaron por hacerle o no la guerra a Cartago tuvieran el propósito de persuadir a los demás. Pero se trataba de una decisión de la que dependía la vida de todos, y la de sus hijos. Lo que todos o la

[1] *Guía oficial para las escuelas de derecho en los USA*, publicación del "Consejo de Admisión a las Escuelas de Derecho/Servicio de Admisión a las Escuelas de Derecho", en cooperación con la American Bar Association y la "Asociación de Escuelas de Derecho estadounidenses". Cita de la edición 1986-1987.

gran mayoría quería era comprender mejor qué debía hacerse. Lo que esperaban de los expositorios era que ayudaran a ver, comprender y decidir.

Muchas controversias se producen entre intereses antagónicos, tanto si se trata de decisiones de política general como de conflictos individuales. En estos casos todas las exposiciones son parciales e interesadas pero también ayudan a comprender y decidir. No hay un método mejor.

Este método no llegó directamente hasta nosotros. Con la disgregación del Imperio Romano se perdió, por de pronto, el proceso judicial. La primera respuesta institucional que los pueblos bárbaros pudieron elaborar en sustitución de la venganza fueron los juramentos *compurgatorios*, en los que cada parte debía llevar un número de personas que juraran que la parte a la que adherían tenía razón. No es que se los interrogaran para conocer los fundamentos de su juramento: el hecho de que juraran era suficiente y lo único que importaba.

Si ambas partes conseguían igual número de *compurgatores*, el sistema entraba en crisis y no se sabía bien qué hacer. Una solución fue el duelo. Otra, la *ordalía*, ceremonia en la cual los contendientes debían someterse a alguna prueba tal como introducir el brazo en un caldero de agua hirviendo o llevar con la mano un hierro caliente. La creencia era que quien tenía razón no sufriría heridas o que éstas curarían rápidamente, feliz desenlace que no podía esperar su contrario. Es posible que este razonamiento fuera eficaz en la medida en que ambas partes creyeran en la magia del procedimiento, porque era de esperar que quien mentía evitaría la prueba. Algunas interpretaciones recientes sugieren que en muchos casos ciudadanos descreídos pudieron enfrentarla exitosamente después de asegurarse que la persona encargada de administrar el rito haría, por ejemplo, que el agua del caldero en el que habrían de sumergir su brazo no estuviera tan caliente como la de su contrario. Después de todo, por razones institucionales y para que no declinara la confianza general, era necesario que de tanto en tanto alguien saliera sin heridas.

En los negocios públicos la concentración del poder real eliminó el debate abierto y lo sustituyó por el susurro discreto de ministros, consejeros y favoritos. Sólo lentamente algunos países primero, otros después y otros aún no, fueron estableciendo un sistema parlamentario que a veces funciona como un foro para debatir, comprender y decidir.

Las colonias españolas, terminada la conquista, tuvieron un marco muy limitado dentro del que podían discutir y decidir sus propios asuntos. La paz del rey se imponía en silencio e imponía el silencio. En algún lugar, a veces tan alejado como Sevilla o Madrid, un funcionario vería cuál era el problema y amorosamente daría paternal y justa solución. La Inquisición, el instrumento principal de la Contrarreforma, también exigía procedimientos discretos y silenciosos.

La insuficiencia de los métodos de que se disponía obligaba a recurrir a la tortura para intentar obtener la verdad o algo que hiciera las veces de ésta. Cuando la tortura debió ser abandonada, nada hubo que ocupara su lugar.

Para comenzar, el examen y reexamen oral de los testigos por las partes nunca fue admitido, porque se sabe que las partes están interesadas y que si es necesario tratarán de confundir a los testigos y a quien debe decidir. En tiempo oportuno, ellas podrán exponer su punto de vista. Mientras tanto, si alguna pregunta debe hacerse, que la haga quien debe decidir. Persona experimentada e imparcial, sabrá si hay alguna pregunta que hacer y cómo hacerla. Tratados como *compurgatores*, lo importante es que los testigos presten juramento y digan quién tiene razón. Nada muy distinto ocurre con los expertos o peritos. Como es de prever que, aunque no se entienda bien por qué, habrán de concluir que sus partes respectivas tienen razón, será necesario nombrar otro perito, persona también imparcial, que dirá quién realmente tiene razón. Mientras esto último quede claro, no importa mucho el porqué. Se trata, después de todo, de cuestiones "técnicas" y no es de esperar que el no iniciado pueda hacer algo más que escuchar las conclusiones.

Si la abolición de la tortura dejó a ese primitivo sistema descuajaringado en cuestiones penales, la importación del principio de que la negativa a declarar no causará presunción en contra lo terminó de inhabilitar por ausencia de métodos eficaces para determinar los hechos. Además, fácilmente condujo a la conclusión de que si no dañaba negarse a declarar, menos dañaba decir que se elegía declarar y después mentir, pese a que el derecho constitucional a no hablar no implica un derecho constitucional a mentir. Muchos siglos de sujeción a sistemas políticos y legales en los que la declaración formal y a veces sincera de adherir a él se consideraba totalmente compatible con su total desobediencia, hacen de la mendacidad una falta venial, una sensata transacción ante regulaciones tontas, hipócritas o irreales.

Por la incapacidad para elaborar procedimientos más apropiados, cuando la ineficacia general del sistema se torna intolerable se añora la tortura como procedimiento de investigación y disuasión.

Como el debate de los asuntos públicos desde su comienzo estuvo sofocado, la disputa o puja entre distintos sectores de intereses tiende a librarse silenciosamente como tironeo a los funcionarios, muchos de los cuales encuentran motivos para regocijarse de ello. El gobernante, por su parte, lamenta que haya sectores de interés y establece como condición de éxito de su gestión el "consenso" de estos sectores y que "todos tiren para el mismo lado". En los hechos, esto significa que nada puede hacerse, porque esperar que "todos tiren para el mismo lado" es una ilusión en toda sociedad medianamente compleja, en la que el único consenso a que puede aspirarse es a que las divergencias se debatan en profundidad y organizadamente. Sólo queda entonces el recurso a un gobernante autoritario que hará que todos "tiren para el mismo lado" y prefieran "los intereses generales a sus intereses sectoriales". Él dirá, además, para qué lado todos deben tirar.

La situación de impotencia real del gobernante contribuye quizás a explicar la afanosa búsqueda compensatoria de "poder". Baste ver cómo los representantes de los partidos más democráticos usan esta expresión. Así, ganar una elección se considera "alcanzar el poder", lenguaje que sería escandaloso en muchos países, en los que nadie puede sugerir que ganar una elección dé otra cosa que las responsabilidades de gobierno. Paradójicamente, los gobernantes que alcanzan el "poder" tienen, salvo el de cometer arbitrariedades y satisfacer la vanagloria personal, menos "poder" real que los que sólo asumen las "responsabilidades del gobierno". En cuanto perciben la dificultad consideran que la solución consiste en alcanzar aún más "poder", pese a que la experiencia demuestra que ni la "suma del poder" alcanzó a los gobernantes que la tuvieron.

Si la sociedad de que se trata no tiene la cultura del debate, los campeones de cada posición sólo ofrecen polémicas superficiales, efectistas e insinceras, un diálogo trabado, voces fuertes y palabras gruesas. El público, a quien se ha educado para que tome griterío por debate, sin mayor orientación ni esperanza de obtenerla queda librado a su intuición. Los grupos dirigentes quedan con una visión tan parcial como la que tenían antes.

Que el modelo de controversia judicial diseña la manera de tratar y resolver los negocios públicos era bien comprendido en tiempos clásicos y de allí la importancia de la formación retórica. Cuando se considera una muestra de cinismo que en esos tiempos se hiciera a los estudiantes de derecho a defender alternativamente las partes contrarias de una causa y alegar el mismo caso, primero por las palabras y después por el espíritu de la ley, no se comprende que toda cuestión admite más de un enfoque y que hay razones de un lado y del otro. No era ésa una escuela de cinismo sino de tolerancia. Era y sigue siendo el mejor procedimiento para llegar a una decisión: "El rol del egresado de una escuela de derecho, en tanto abogado, es poder presentar un determinado punto de vista de manera tan vigorosa como sea posible. Nuestro sistema judicial y de formación de las decisiones políticas presume que de la colisión de intereses contrapuestos resultarán decisiones equilibradas. El éxito de este sistema de confrontación depende del talento y de la educación de quienes se desempeñen como abogados dentro de él"[2].

Estamos queriendo hoy modernizar nuestro derecho. Es necesario comprender que la tarea no consiste sólo en tocar los Códigos de fondo. No hay modernización final sin cambios importantes en nuestros procedimientos.

En primer lugar, ningún derecho en creación se expresa en normas precisas de carácter general, salvo que se trate de normas tan generales que sirvan sólo como guía u orientación para que el derecho de cada caso sea después especificado por los litigantes y los jueces.

En segundo lugar, un procedimiento en el que todos los documentos deban acompañarse con demanda y contestación, con testigos y peritos en posición próxima a la de *compurgatores* y no sujetos a la severidad de un examen y reexamen directo por las partes pudo servir en economías primitivas, pero no alcanza para un derecho que requiere la identificación y valoración de elementos tales como estados de la mente, intención, motivaciones y propósitos. El impuesto de sellos y la tasa de justicia, para seguir, son supervivencias feudales con las cuales ciertamente no puede aspirarse a entrar en un mundo moderno.

[2] *Guía Oficial para las Escuelas de Derecho en los USA*, p. 9.

Educados en el espíritu que aprecia la "paz del rey", muchos abogados son los primeros en considerar al litigio una desgracia social, un mal que debe ser evitado. Reproducen, sin advertirlo, el fundamento por el que el Cabildo de Buenos Aires negó autorización a los primeros abogados que quisieron radicarse en la ciudad. Para ese espíritu, no hay mejor argumento para oponerse a una propuesta que declarar que "aumentaría la litigiosidad". Después de lo cual quienes lo lanzan se dirigen entusiasmados a dictar o escuchar alguna conferencia sobre alguna nueva doctrina o teoría que apenas si reparan es pura creación judicial que resultó de los esfuerzos de los abogados para defender la causa de sus clientes. En particular de abogados que, como con intención sarcástica se dice, "saben hacer llorar a los jurados". Tampoco repararán que casi todo el derecho original de los últimos cien años tiene ese origen. Claro está que a partir de procesos distintos del inquisitorial. Generalmente, a partir de juicios con jurados que, en varias disposiciones a las que se considera que no debe prestarse mayor atención, nuestra Constitución prevé.

Debido en parte a la insinceridad de las fundamentaciones a que con frecuencia obliga el método exegético, muchos colegas desconfían de los jueces y exigen reglas exactas que no les dejen libertad alguna para decidir. Estiman que aunque esta libertad se les niegue, con recursos heurísticos que ocultan tras un tecnicismo aséptico las reales motivaciones y rehuyendo todo lo posible comprometerse abiertamente con cuestiones de política jurídica, los jueces casi siempre hacen lo que en realidad quieren hacer sin que la ley parezca causarles mayor impedimento; fácil es imaginar cuánta arbitrariedad y cuánta inseguridad habría si la ley le dijera que debe resolver según su criterio e intuiciones de justicia. Sin embargo, nunca se ata más a un juez que cuando se le dice que debe resolver según su criterio, porque es mucho más fácil esconder la arbitrariedad bajo la fachada de aplicar una ley dictada por otro que teniendo que presentar como "justo" lo que todos se dan cuenta que es "injusto".

Como en algún punto debo cortar el hilo de reflexiones que arrancó de Cicerón y un alegato, lo hago aquí. Introduje la invitación a desarrollar algunas de ellas en el programa de "Nuevas formas de contratación" del CPO. Lo mejor es que estas reflexiones sean publicadas por "Lecciones y Ensayos", porque los estudiantes son sus destinatarios finales.

## II. Un código práctico de conducta "del deber". Fragmentos. Marco Tulio Cicerón

### 1. Apostilla

El año 44 a.C. los acontecimientos políticos de Roma después de la muerte de Julio César obligaron a Cicerón a recluirse en su casa sobre la bahía de Nápoles. Alejado de sus actividades corrientes, de sus amigos y de su hijo Marcos, que se encontraba estudiando en Atenas, su producción pasó por un período de fecundidad de los que la historia puede mostrar pocos. Entre muchas otras cosas escribió sobre tópica o el modo de arribar a conclusiones en cuestiones argumentativas, una obra permanente del método jurídico.

Como no podía llegar hasta su hijo le escribió un ensayo, que sólo fue publicado después de la muerte de Cicerón, al que se conoce bajo el título de *Un código práctico de conducta*. Se trata en él de lo que es bueno y lo que es conveniente. La tesis es que lo conveniente o ventajoso siempre es bueno y que lo bueno siempre es conveniente y ventajoso. Ello exige, naturalmente, distinguir entre lo que es aparentemente ventajoso y lo que es realmente ventajoso, porque sólo esto último coincide con lo bueno.

La inteligencia permite determinar lo bueno y lo verdaderamente conveniente y ventajoso. La picardía o viveza, el gran azote de la humanidad, contrapone lo ventajoso a lo bueno y elige a lo primero. Pero las ventajas que de este modo se obtienen son efímeras y, en consecuencia, aparentes. Los pueblos que las cultivan terminan por perder la adhesión de sus aliados y el respeto de sus enemigos y los padecimientos que entonces sufrirán serán el precio inicialmente poco visible de su picardía. Los que, por el contrario, cultiven la fortaleza, la temperanza, la sabiduría y la justicia emergerán de entre los otros.

Es bueno decir la verdad y toda la verdad y cumplir las promesas; las pérdidas iniciales se verán después compensadas. No es bueno aumentar los tributos imprudentemente, preocupándose en exceso por las finanzas públicas: los funcionarios que lo hacen causan un daño social mayor que los beneficios efímeros que de este modo dicen aportar.

Ni siquiera en la guerra, procedimientos rápidos y oblicuos son permitidos. Muchos años atrás, en vísperas de una difícil batalla contra Pirro, alguien de las filas de éste se cruzó hasta el campo romano y ofreció envenenar al rey enemigo. El general romano declinó la invitación, que le aseguraba la victoria sin riesgo y sin bajas. Ganó la batalla con dificultad y sufrimiento, pero con las armas y no con veneno. El honor y el reconocimiento de todos los pueblos que de ese modo logró el ejército romano valió mucho más que el menosprecio y desconfianza que hubieran seguido a la pícara elección del camino fácil.

Lo que es cierto para los pueblos es también cierto para los individuos. Marco Atilio Regulo, que durante su segundo consulado mediante una estratagema había sido capturado en África por un general de Amílcar, fue enviado a Roma para que solicitara al Senado la liberación de ciertos prisioneros cartagineses bajo juramento de regresar a Cartago si no tenía éxito en su apelación. Ante el Senado, Marco Atilio hizo saber sus instrucciones, luego recomendó no entregar los prisioneros y después de ello regresó a Cartago para cumplir su juramento. Allí fue muerto de manera cruel. Ciertamente lo que parecía conveniente para él era no regresar a Cartago, evitar el suplicio y conservar la vida para disfrutar de sus hijos y sus nietos. ¿Pero qué placer puede encontrar un hombre de honor al mostrarse frente a sus hijos y sus nietos como alguien que salvó su vida incumpliendo un juramento?

Como ése hay muchos otros actos de fortaleza o heroísmo. Por ellos la nación es respetada y los enemigos muestran timidez, porque consideran que contra un pueblo de ese temple no es conveniente luchar.

Después de terminar este ensayo, Cicerón regresó a Roma, volvió a la vida pública y fue condenado a muerte. No había logrado volver a ver a su hijo Marcos, pero lo que para él escribió fue el manual de enseñanza y la moral aceptada de más de un imperio.

Las generaciones posteriores romanas admiraron los escritos de Cicerón y el Cristianismo lo encontró compatible con la religión, salvo momentos en que consideró que su lectura y popularidad distraía atención de las Sagradas Escrituras.

Su libro de retórica *La invención* está asociado con la reaparición de los estudios jurídicos en el siglo XI. A partir del Renacimiento italiano su prestigio y difusión crece y se

expande. Es incorporado por los movimientos protestantes. Los maestros de Isabel I de Inglaterra eran expertos en su obra y la misma Isabel I había estudiado casi todas ellas. También la habían estudiado quienes escribieron la Constitución de los Estados Unidos.

Su estilo influyó de manera poderosa en el modelo discursivo inglés y estadounidense y también en la manera de dirigirse a los jurados.

Es posible afirmar que durante los dos mil años que van desde su muerte hasta fines del siglo pasado ninguna lectura no religiosa había sobrepasado durante períodos prolongados a la de Cicerón ni contribuido más que ésta a establecer modelos de razonamiento discursivo o argumentativo en cuestiones políticas, morales y jurídicas, y de los modos de expresarlos.

Los pasajes de Cicerón que reproduzco son de aquella carta que escribió a su hijo, que hasta este siglo constituyó el libro de enseñanza de ética (una materia que se consideraba importante) en Inglaterra y Estados Unidos.

Estos pasajes se refieren al deber de decir la verdad en cuestiones comerciales. Son enseñanzas de valor permanente y de interés específico, porque dieron fundamento a decisiones judiciales que fijaron criterios para la celebración de los negocios que, partiendo de situaciones relativamente simples, se extendieron luego hasta constituir la base técnico-legal de situaciones tan modernas como el establecimiento de deberes para los accionistas controlantes de las sociedades anónimas.

La lectura de estas páginas de Cicerón no debería conducir a proponerse el ideal de una población de héroes o a desesperarse si no todos lo somos, pero sí a generalizar la aceptación social de ciertos valores y el repudio de su negación; a mostrar reverencia y dar estímulo a los primeros en lugar de admirar los segundos.

La experiencia del *common law* indica cómo la acción de jueces que habían pertenecido a la clase de los jóvenes a los que se hizo estudiar a Cicerón, y la imposición de elevados criterios de comportamiento a que tienden los jurados, pueden constituir elementos importantes para irradiar en una sociedad reglas de conducta de las que, según creía Cicerón, depende su éxito como nación.

Hubiera querido traducir los pasajes que siguen directamente del latín, pero el mío es muy pobre. Entre las traducciones que conozco utilicé más que otras la muy difun-

dida de Michael Grant[1], de cuya introducción tomo también algunas de las referencias que dejo señaladas.

Terminé el trabajo en la noche del 4 de junio de 1989. Un incidente de la madrugada siguiente me impidió revisarlo hasta ahora. Mientras me recuperaba del episodio, no podía alejar de mi pensamiento el contraste entre lo que había querido transmitir con las páginas que venía de seleccionar y traducir, y aquello con lo que me encontré esa madrugada. Recordaba el comienzo de la introducción de Cicerón, su referencia a la violencia armada y criminal, y me confortaba el saber que tenía con él por lo menos ese punto de contacto.

* * *

Plubio Cornelio Escipión, el primero de la familia que se dio en llamar Africana, acostumbraba decir que nunca estaba más ocupado que cuando no tenía nada que hacer y nunca se hallaba menos solo que cuando nadie había con él... Hoy, que la violencia armada y criminal me impide tanto la política como el ejercicio de mi profesión legal, yo tampoco tengo nada para hacer. Es por ello que dejé Roma, voy de un lugar a otro, y con frecuencia me encuentro solo.

Hijo. Todas las partes de la filosofía son útiles y fructíferas, ninguna es infecunda o desolada. Pero la más fértil es la que se ocupa de nuestros deberes morales, porque si los entendemos claramente habremos dominado las reglas para tener una vida buena y coherente. No dudo que estás atendiendo y entendiendo las enseñanzas que sobre esto te imparte mi amigo Cratipo, el mejor de los filósofos contemporáneos. Pero quiero que de todos lados llegue a tus oídos esta moral. Si fuese posible, desearía que no escucharan otra cosa.

Para todo el que se proponga una buena carrera la filosofía moral es necesaria, y creo que ello te es particularmente aplicable porque sobre tus hombros pesa una responsabilidad especial. Muchos esperan que tú seas tan laborioso como lo he sido yo, que tengas una carrera como la mía y quizá que tengas una reputación parecida a la mía. Atenas y Cratipo aumentan tus responsabilidades. Fuiste allí para traer un cargamento de enseñanza y dañará tu prestigio si

[1] Cicero, *Selected works*, London Penguin Books, 1971.

vienes sin ella, porque no habrás honrado ni a la ciudad en la que te encuentras ni a tu profesor. Haz, entonces, todos tus esfuerzos. Trabaja tanto como te sea posible (si es que estudiar debe ser considerado trabajo y no placer) y da lo mejor de ti. Te he brindado cuanto precisabas: no permitas que se diga que tú has fracasado.

Pero basta ya de esto. Te he hecho iguales exhortaciones muchas veces. Vayamos a lo que queremos tratar, y a sus subdivisiones...

## 2. Casos de negocios

Supongamos que hay escasez de alimentos y hambre en Rodas y que el precio de los granos es, por consiguiente, muy alto. Un comerciante, que llega a Rodas desde Alejandría con un cargamento de granos, durante el viaje vio a otros buques que están también por llegar con cargamentos importantes. ¿Debe decirle a los habitantes de Rodas que hay otras naves en camino, o puede callar y vender su carga al mejor precio que consiga? Presumamos que se trata de una persona honesta e inteligente que no permitiría que los habitantes de Rodas siguieran en su ignorancia si creyera que es deshonesto hacerlo. Lo que se pregunta es si realmente sería deshonesto.

En casos de este tipo el eminente y respetado estoico Diógenes de Babilonia por lo común toma un punto de vista y su inteligente discípulo Antipater (de Tarso) el opuesto. Hagamos sostener a Antipater que deben hacerse conocer todos los hechos y que el comprador debe estar tan informado como el vendedor. Diógenes, por su parte, dirá que el vendedor debe declarar los defectos de su mercancía como lo requiera la ley, pero mientras no afirme una falsedad tiene el derecho de vender sus bienes al mejor precio que pueda conseguir.

"Yo traje el cargamento. Vendo siempre al mismo precio que los demás y cuando debo desprenderme de excedentes vendo más barato que los demás. A nadie engaño –dice Diógenes–.

Claro que lo haces –contesta Antipater–. Te debes a tus semejantes y a servir los intereses de todos. Así naciste y ésos son los principios que debes obedecer, porque tus intereses son los de la comunidad, y los de ésta son los tuyos. ¿Cómo puedes ocultar que otros cargamentos importantes llegarán dentro de poco?

Ocultar es una cosa, pero no hacer saber es otra –responde Diógenes–. Si yo no te dijera qué es lo bueno, ni la naturaleza del bien supremo, no te estaría ocultando una información que seguramente es más valiosa que saber el precio del trigo. No estoy obligado a decirte todo lo que sería útil para ti conocer.

Lo estás –contestaría Antipater–, porque la naturaleza hizo que la humanidad se uniera en una comunidad.

Lo sé, pero en esta comunidad existe la propiedad privada. De lo contrario nada podría venderse y todo debería entregarse".

Observarán que en este debate ninguna de las partes propone una acción, aunque sea mala, por resultar ventajosa. Una dice que la acción es ventajosa sin ser mala, y la otra que la acción es mala y, por lo tanto, no debe ser hecha.

* * *

Supongamos ahora que una persona honesta quiere vender una casa que tiene defectos que sólo ella conoce. Todos piensan que el edificio es sano, pero no lo es y su dueño sabe que no lo es. O el edificio fue mal construido y amenaza ruina. Sólo su dueño lo sabe, pero no revela estos hechos al comprador y vende la casa por más de lo que él mismo esperaba que le pagaran. ¿Ha actuado de modo injusto y deshonesto?

"Sí, por supuesto –dice Antipater–. En Atenas, no decir a quien lo había perdido cuál era su camino era castigado con repudio general. ¿Acaso no es lo mismo permitir que el comprador se equivoque y se arruine? Esto es peor que no indicar el camino, porque deliberadamente se induce a error.

Pero no te forzó a comprar. En realidad, ni siquiera te pidió que compraras –contesta Diógenes–. Ofreció en venta algo que no quería y tú compraste algo que querías. Si no se reprocha anunciar que una casa mala y defectuosamente construida es buena y bien construida, no puede censurarse a quien simplemente se abstiene de alabarla. ¿Qué reproche puede hacerse al dueño mientras el comprador pueda utilizar su propio juicio? Si no estás obligado a garantizar todo lo que dices, ¿cómo puedes ser responsable por lo que no dices? Sería tonto que un vendedor enumerara los defectos de lo que vende, y es la suprema estupidez que en una subasta se proclame a pedido del dueño: 'Se vende una casa insalubre'".

* * *

Son éstos algunos de los casos dudosos en los que alguien toma una posición moral y otro sostiene que no sólo es bueno hacer lo que conviene, sino que es errado no ha-

cerlo. Estos conflictos entre lo que es bueno y el conseguir una ventaja aparente son frecuentes. Diré mi opinión. Creo que el comerciante de granos no debería callar los hechos y que el vendedor de la casa no debería silenciar sus defectos al comprador. Callar no siempre es ocultar, pero lo es cuando se calla en provecho propio para que otros permanezcan en la ignorancia de cosas que uno sabe y que sería útil para ellos conocer. Cualquiera advierte qué tipo de ocultamiento es éste y qué tipo de persona lo practica. Es lo opuesto a una persona abierta, directa, recta y honesta. Es una persona con dobleces, artera, inconfiable, mala, hipócrita, un pícaro vulgar. No hay ninguna ventaja real en merecer esos calificativos y otros más.

* * *

Si callar la verdad merece censura, mucha mayor censura merece el que miente. Gayo Canio, un culto e inteligente romano que cierta vez fue a Siracusa en viaje de placer nos cuenta la siguiente historia.

Muchas veces había indicado su deseo de comprar una pequeña propiedad en la que tuviera tranquilidad para descansar e invitar a sus amigos. Pitio, un banquero de Siracusa, le dijo que era dueño de una propiedad que se ajustaba a sus deseos; no tenía intención de venderla, pero Canio podría utilizarla como propia. Invitó a Canio a almorzar en ella el día siguiente y Canio aceptó: Pitio era banquero, por lo que mucha gente de todas las clases estaba dispuesta a complacerlo. Pitio llamó a varios pescadores, les pidió que el día siguiente pescaran frente a su propiedad y les dio otras instrucciones. Canio llegó puntualmente y la reunión fue muy placentera. Frente a ellos había muchos botes de pescadores que venían y depositaban su captura a los pies de Pitio.

"¿Qué son estos botes y estos peces, Pitio? –preguntó Canio–. Oh, nada especial –contestó Pitio–. Todos los peces de Siracusa están en este lugar y estos hombres dependen de mí".

Canio se entusiasmó y pidió a Pitio que le vendiera la propiedad. Pitio en un comienzo pareció resistirse pero finalmente aceptó. Canio era rico, quería la propiedad, pagó lo que Pitio le pedía y compró también todo su mobiliario. Pitio cerró el negocio y lo registró en sus libros. El día siguiente Canio llegó temprano a la casa e invitó a sus amigos. Pero de los botes, ni un remo se veía. Preguntó en-

tonces a su vecino si ese día se celebraba alguna festividad por la que los pescadores no habían salido al mar.

"No sé de ninguna festividad –dijo el vecino–. Ni tampoco sé por qué había pescadores ayer. Aquí nunca viene ninguno".

Canio se enfureció pero nada podía hacer, porque en aquel entonces mi amigo y colega Gayo Aquilio Gallo no había aún establecido las formas de acciones penales para el fraude. Cuando se le preguntó a Aquilio qué era fraude contestó:

"Aparentar una cosa y hacer otra".

Una buena respuesta de un jurista de mucha experiencia en formular definiciones. Pitio, y todos aquellos cuyas acciones contradicen sus palabras, son malintencionados, inconfiables y deshonestos. Nada ventajoso puede resultar de ello.

### 3. La picardía y el derecho

Si la definición de Aquilio es correcta, debemos excluir totalmente las falsas afirmaciones y el callar hechos. Ello significa que ninguna persona decente inventa hechos o los oculta para su propio beneficio cuando compra o cuando vende. Aun antes de Aquilio había penas para fraudes de este tipo. Las había en las Doce Tablas para la tutela y en la ley Pletoria para protección de los menores. En casos de equidad el mismo resultado se obtiene con la fórmula *buena fe*. Otras causas civiles dan importancia a expresiones tales como *lo más justo es lo mejor* (tratándose de los bienes de la esposa) o *negociación honesta entre personas honestas* (en relaciones fiduciarias). ¿Qué lugar hay para la deshonestidad bajo la fórmula de que *lo más justo es lo mejor*? La regla de negociación honesta entre personas honestas no deja huelgos para las acciones inescrupulosas o fraudulentas. Como bien dice Aquilio, la falsa afirmación es un fraude criminal y el engaño debe ser suprimido totalmente de los negocios. Así, por ejemplo, un vendedor no debe utilizar un falso comprador para aumentar el precio ni el comprador servirse de un agente para disminuirlo. Cuando llega el momento de decir el precio, el uno y el otro deben dar su precio final.

Cierta vez Quinto Mucio Scevola, hijo de Plubio, quería comprar una finca y le pidió al vendedor que le indicara su

precio final. Cuando éste lo hizo, Scevola le dijo que la finca valía más y le pagó cien mil sestercios por sobre la cantidad pedida. Probó la rectitud de su carácter, pero su acción fue criticada por poco juiciosa y comparada con el caso en que él quisiera vender un bien y se contentara con menos de lo que se le ofrecía. Es ésta una dañosa teoría, que niega que ser un hombre recto y ser un hombre juicioso es lo mismo. Como bien dice Ennio, si un hombre sabio no puede extraer beneficio de su sabiduría, ésta es inútil. Muy cierto. Siempre que Ennio y yo entendamos lo mismo por "extraer beneficio".

En otra ocasión los augures querían hacer observaciones del cielo, pero una parte elevada de una construcción obstruía la visión. Instruyeron por lo tanto a Tiberio Claudio Centumalo, su propietario, que debía derribarla. En lugar de ello Claudio ofreció la propiedad en venta y Plubio Calpurnio Lanario la compró. Cuando éste recibió las mismas instrucciones de los augures, demolió la parte elevada. Al saber que Claudio sólo había ofrecido la venta después de conocer la necesidad de esa demolición lo llevó ante los árbitros para que dedidieran qué indemnización éste estaba obligado, de buena fe, a pagar. El veredicto fue pronunciado por Marco Porcio Catón, padre de nuestro amigo Catón (otros hombres toman sus nombres de sus padres, pero éste parece tomarlo de su glorioso hijo) quién decidió que:

> "Dado que el vendedor sabía el hecho pero no lo divulgó, debía pagar la pérdida del comprador".

Es así que Catón estableció el principio de que la buena fe requiere que el vendedor haga saber al comprador todo defecto que conozca. Si esta decisión es correcta, el mercader de granos y el vendedor de la casa insalubre actuaron mal si callaron los hechos. Nuestras leyes civiles no pueden ocuparse del ocultamiento de los hechos en todas las formas que este ocultamiento puede tomar. Pero tratan con severidad a aquellos casos que caen bajo su alcance.

Mi pariente Marco Mario Gratidiano revendió a Gayo Sergio Orata una casa que había adquirido de él años atrás, pero no dijo en la venta que existía sobre ella un gravamen que se trasladaba a sus sucesivos propietarios. Sobrevino una disputa y la cuestión llegó a juicio. Lucio Licino Craso representó a Orata y Marco Antonio a Gratidiano. Craso sostuvo que la ley mandaba reparar los defectos conocidos pero no revelados. Antonio apeló a la equidad y alegó que Orata conocía el defecto (que ya existía cuando él había vendido

la casa a Gratidiano) y que no había sido, por lo tanto, víctima de ningún engaño.

* * *

Cuento estas historias para mostrar que nuestros antepasados no toleraban la picardía. La ley y la filosofía tienen distintas maneras de combatirla. La ley lo hace a través de la coerción y la filosofía mediante el razonamiento, que excluye todo engaño, ilusión o artimaña. Tender trampas para animales es engañar, aunque uno no se proponga cazar o conducir a la presa hacia ellas, porque aun en esos casos los animales caen con frecuencia. Anunciar que una casa está en venta no debe ser una trampa para víctimas inadvertidas. Los criterios no son hoy tan altos como en otros tiempos y encuentro que acciones de este tipo no son vistas como malas o penalizadas por la ley o el derecho. Pero las prohíbe la moral. Repito que existe un lazo de comunidad que vincula a los hombres del mundo. Aunque este vínculo es universal, es particularmente fuerte entre personas de la misma raza y es aún más fuerte entre compatriotas. Este vínculo de comunidad entre todos los individuos explica por qué nuestros antepasados hicieron una distinción entre el derecho de la ciudad y el derecho universal. El primero es parte del segundo, pero éste es más amplio.

No es que tengamos imágenes totalmente claras de la verdadera y auténtica justicia y derecho. Apenas si podemos percibir sus contornos, que nunca son totalmente satisfactorios. Pero por lo menos podemos partir de sus modelos mejores. Piensa en la nobleza de esta fórmula:

> "*Que no sea engañado y defraudado por causa tuya y porque confío en ti*".

Y en esta otra frase de oro:

> "*Entre personas honestas debe haber un trato honesto y ningún engaño*".

Ellas dejan algunas preguntas sin resolver: quiénes son personas honestas y qué es un trato honesto.

El sacerdote máximo Quinto Mucio Scevola daba mucha importancia a todos los casos de arbitraje que tenían que ver con la expresión *buena fe*, que aplicaba a las tutelas.

las asociaciones, los fideicomisos, las comisiones, la venta, la locación y, de hecho, a todas las relaciones de la vida cotidiana. Para él, determinar las obligaciones que resultan de la buena fe requiere un juez de grandes virtudes. Pero en ningún caso hay lugar para la picardía. También queda excluida toda triquiñuela disfrazada de inteligencia, dos cosas muy distintas y muy distantes la una de la otra. La función de la inteligencia es distinguir lo bueno de lo malo. La picardía se coloca entre ambos y por lo común se inclina por lo que es malo e incorrecto.

Los bienes inmuebles no son los únicos casos en los que nuestro derecho civil, siguiendo a la naturaleza, castiga a la picardía y al engaño.

En la venta de esclavos, por ejemplo, todo engaño del vendedor está prohibido. Los ediles han establecido que si una persona sabe que un esclavo es enfermo, tiende a escaparse o es ladrón, debe decirlo, a menos que lo haya recibido como herencia.

La conclusión es la siguiente. La picardía vestida de inteligencia es el gran azote de la humanidad y la causa de innúmeros conflictos aparentes entre lo que es correcto y lo que es ventajoso, porque no son tantos los que se abstienen de una mala acción si tienen la seguridad de que no serán descubiertos y castigados.

Este es, hijo, el presente que tu padre tiene para ti. Creo que es importante.

Todo dependerá de lo que hagas con él. Quisiera que sus tres partes fuesen tres huéspedes bienvenidos entre tus apuntes con las enseñanzas de Cratipo.

Habría ido a Atenas si mi país no me hubiera requerido cuando me encontraba en camino. Si hubiera llegado, sé que alguna vez me habrías escuchado. Debo en cambio hacer que mi voz llegue a ti en la forma de estos tres volúmenes.

Dale tanto tiempo como puedas, lo que en realidad significa que le des todo el tiempo que quieras darle. Cuando sepa que te encuentras disfrutando el estudio de estas materias desearé que podamos discutirlas juntos. Pero ahora estamos separados, y debemos comunicarnos a través de la distancia.

Adiós, hijo mío. Como sabes, mi afecto por ti es muy grande, y será aún mayor si recibes bien los consejos e instrucciones que te he dado.

## III. El engaño. El no hacer saber y los deberes fiduciarios. Fragmentos de un alegato

### 1. La afirmación errada ("misrepresentation") y la omisión de hacer saber ("nondisclosure") en el "common law"

Comenzaré diciendo lo que no son. Por de pronto no son parte del derecho de los contratos sino de los ilícitos civiles (*torts*) del que constituyen uno de sus capítulos más importantes. Aunque se relacionan con las palabras *fraude* y *engaño*, tienen poco que ver con los requerimientos de fraude o mentira, tal como se los entiende en muchos países del *civil law*. Es cierto que alguna vez en la historia, muchos siglos atrás, el *common law* los exigía, pero ya no es así.

Hay ahora responsabilidad, aun por error de buena fe, si hubo *negligencia en informarse*, y en muchos casos se considera que existe *responsabilidad objetiva* (*strict liability*) para aquel sobre quien pesa esta obligación aunque actuando con toda diligencia nada más haya podido hacer para informarse mejor y encontrarse así en condiciones de *hacer saber* a la otra parte.

No se trata de un deber de abstenerse de montar un escenario, una maquinación, un ardid o hasta de una simple mentira; lo que hay en muchos casos es un deber activo de *hacer saber*. No es que sea irrelevante si una de las partes a sabiendas mintió, montó cuidadosamente su escenografía o aprovechó deslealmente las convicciones o hasta las debilidades de la otra; todo ello tiene importancia para resolver, por ejemplo, si se deben o no *daños punitivos* o *ejemplificadores*, pero no para la mínima obligación de restituir lo recibido o indemnizar la pérdida sufrida por la otra.

No se trata tampoco de un derecho de avanzada o de nobles teorías de los profesores (aunque así pueda aparecer a muchos ojos de juristas del derecho continental) sino del derecho vivo de los delitos y cuasidelitos civiles, el que se enseña a los estudiantes en las escuelas de derecho y el que aplican sus jueces, incluidos los jueces de Nueva York. Cualquier tentativa de reducir este derecho a ciertas nociones corrientes en el derecho continental, defecto en percibir su evolución y tendencias predominantes y la conexión delibe-

rada que jueces y profesores establecen entre la continua recreación de este derecho y la imposición de pautas cada vez más elevadas de ética de los negocios y consideraciones de política jurídica no sería aplicación del derecho de Nueva York ni, de manera más general, de ningún derecho del *common law* del que hoy se hable.

## 2. Panorama

> "El último medio siglo ha visto un cambio marcado en las actitudes de los tribunales respecto de la cuestión de 'confianza justificada'. Viejos fallos, bajo influencia de la entonces predominante doctrina del *caveat emptor*, ponían un acento importante en el deber del actor de protegerse a sí mismo y desconfiar de su antagonista, y le negaban el derecho a creer hasta en las afirmaciones de aquel con quien estaba negociando. Se presumía que cualquiera, si podía, sacaría ventajas en la negociación y que sólo un tonto podía esperar común honestidad. El actor, en consecuencia, debía hacer una investigación razonable y formarse su propio juicio. La aceptación de un nuevo nivel de ética de negocios, que exige que la afirmación de un hecho sea por lo menos honesta y no negligente, y que en muchos casos deba considerársela garantizada como verdadera, ha conducido a un cambio casi total de ese punto de vista"[4].

Expondré el derecho sobre la "representación (manifestación) errada" o "engañosa" (en el sentido que conduce a error) y el "no hacer saber" conforme al Tratado más difundido en esta materia, que viene siendo usado desde hace muchas décadas en todas las buenas escuelas de derecho de los Estados Unidos, ha sido muchas veces citado en decisiones judiciales y del cual extraje el fragmento precedente. Usaré su capítulo denominado, justamente, *Misrepresentation and nondisclosure* de la edición abreviada antes citada. Dice, en síntesis, lo que sigue.

### a) *La "manifestación engañosa" y el "no hacer saber" en el derecho de los "torts"*

El formular una manifestación falsa o errada o simplemente el no informar son conductas tortuosas a las que por su desarrollo histórico o motivos de conveniencia se trata generalmente como una categoría separada. Muchas de las

[4] Prosser - Keeton, *Torts*, West Publishing Co., 1985.

más comunes y familiares formas de conducta negligente no son en definitiva más que una "manifestación engañosa", como la señal equívoca que hace el conductor de un automóvil que se dispone a girar, asegurar que no hay peligro, hacer una aseveración falsa acerca de un bien mueble que se vende o no revelar los defectos latentes de una cosa.

b) *"Manifestación engañosa", "no hacer saber" y "error"*

Al cerrar una negociación *ambas partes* pueden estar erradas sobre algún aspecto del acuerdo sin que ninguna de ellas sea responsable por el error de la otra: éste es un caso de *error recíproco*.

Puede ocurrir que *sólo una* de las partes esté errada. Su error pudo o no haber sido inducido por la otra parte o un tercero.

A su vez, la manifestación que lo condujo a error pudo haber sido:

deshonesta;
honesta pero negligente;
honesta y no negligente.

Aunque el error de una de las partes no haya sido inducido por la otra parte o un tercero, es posible que esta otra parte *supiera el error en que la primera se encontraba*. En estos casos el problema principal ha sido determinar en qué medida tenía la obligación de hacer saber ese error.

c) *La "acción por engaño" ("action of deceit")*

Este nombre es usado a veces para designar todos los tipos de acciones que hoy existen para cualquier caso de "manifestación engañosa" o de "no hacer saber". Otras, en cambio, se la usa en un sentido más restringido para referirse a un remedio del derecho de *torts* anterior a los desarrollos modernos. La razón por la cual esta acción ha tenido una evolución separada es que en la mayor parte de los casos juzgados las "manifestaciones engañosas" ocurrieron durante la negociación de un contrato entre las partes; otras doctrinas se ocuparon de las restantes situaciones. Es por esto que la "acción por engaño" refleja la cambiante concepción de la ética de los negocios. Pero el derecho de las "manifestaciones engañosas" y del "no hacer saber" es mucho más amplio que el alcance de la "acción por engaño". La responsabilidad que resulta de las primeras se ubica se-

gún los casos en alguna de las tres divisiones familiares de responsabilidad por *torts*:

intención,
negligencia, o
responsabilidad objetiva.

d) *La "acción por engaño". Evolución*

Conocida ya en el siglo XII, en un comienzo comprendió reclamos que hoy se consideran contractuales, tales como falsas *garantías* en la venta de cosas muebles corporales. La separación entre *engaño* y *garantía* quedó establecida en "Pasley vs. Freeman" (1789). El elemento subjetivo o psicológico (denominado *scienter*) era generalmente definido como el conocimiento de que la manifestación era falsa o (lo que se consideró que era lo mismo) el conocimiento de que *no se contaba con suficiente información para estar seguro de que era verdadera*.

Ante las limitaciones originarias de esta acción los tribunales de equidad (en aquel entonces separados de los del *common law*) comenzaron a atender reclamos por error y "manifestación engañosa". Los remedios más frecuentes fueron la anulación (rescisión) o la reformulación del contrato, con lo que se evitaba el enriquecimiento injusto de quien se había beneficiado con el error del otro. El propósito era regresar las cosas al *statu quo* anterior. Tal era la solución que se aplicaba al error recíproco.

Otras vías fueron abiertas por los jueces. Una de ellas fue el *estoppel in pais*, por el cual

> "una persona se ve impedida de invocar o negar un hecho por razón de sus previos actos, alegaciones o negativas contrarias".

En consecuencia, el autor de una manifestación falsa o errada no puede después negar su exactitud. Los jueces hicieron importantes aplicaciones de esta idea.

e) *Cómo se induce una impresión errada*

La manifestación que da lugar a la "acción por engaño" generalmente consiste en palabras, sean habladas o escritas, pero cualquier conducta que conduzca a una impresión errada es una "manifestación engañosa". Simplemente por el hecho de realizar un negocio se puede concluir que ciertas manifestaciones han sido hechas. Así, el banco que re-

cibe un depósito representa ser solvente. En estos casos "las acciones valen más que las palabras".

También es "manifestación engañosa" un ocultamiento activo de la verdad, cualquier palabra o acción que produzca una impresión que haga desistir a otro de investigar la verdad; no hay diferencia entre esto –se consideró– y afirmar una falsedad.

f) *El deber de "hacer saber"*

Como se dijo en palabras citadas en más de una sentencia:

"Un problema mucho más difícil es si el mero silencio o la simple omisión de hacer saber ciertos hechos que el demandado conoce puede ser base de la 'acción por engaño'. Ha sido afirmado con frecuencia, particularmente en viejos fallos, que no hay acción contra quien se abstuvo de hacer saber. Esta regla reflejaba, por supuesto, la dudosa ética de negocios de los primeros tiempos de la acción por engaño, y tenía algo de la vieja noción del derecho de *torts* de que no hay responsabilidad por no hacer.

Esta regla es aplicable en casos en los que el hecho es manifiesto, o cuando el actor tuvo las mismas oportunidades de obtener información y era de esperar que las usara, o cuando el demandado no tuvo motivos para pensar que la otra parte estaba actuando con error o desconocimiento.

Hay ocasionalmente algunos casos modernos que sostienen que en tanto uno de los adversarios no conduzca activamente a error al otro tiene todo el derecho de aprovecharse de su desconocimiento, no importa cuán injusto ello sea; que el dueño de una vivienda que está atacada por termitas puede pasársela impunemente a un comprador que lo ignora y alejarse regocijándose de la operación. Son éstos, en verdad, casos particularmente desagradables.

A esa regla general (si es que ella es tal) los tribunales han abierto una cantidad de excepciones todavía no bien definidas y de fronteras no totalmente determinadas.

La más obvia es que si el demandado habló, *sus palabras* no deben inducir a error... y si quien hizo la afirmación después adquiere nueva información que hace que su manifestación anterior resulte ahora falsa o engañosa, debe hacer saber esa nueva información a quien continúa actuando sobre la base de la información originaria; es el caso, por ejemplo, de una significativa declinación en las utilidades de un negocio mientras su venta está pendiente.

Otra excepción se encuentra cuando las partes están vinculadas por una *relación confidencial o fiduciaria*, como en la situación... de accionista mayoritario y minoritario... o muchas otras que requieren especial confianza.

Además, muchos contratos, tales como los de... sociedad y *joint venture*, crean una suerte de relación confidencial, y de allí que requieran absoluta buena fe y plena y clara exposición de todos los hechos relevantes.

Además de esto, existe una amorfa tendencia en años recientes en la mayor parte de los tribunales en encontrar un deber de hacer saber cuando las circunstancias son tales que el omitirlo violaría la obligación de ajustarse a lo que una persona de moralidad corriente hubiera hecho.

Cuando el actor busca un remedio de naturaleza equitativa, por ejemplo, si quiere rescindir la operación y recuperar lo que ha entregado, generalmente se aplica una regla más liberal. Un error recíproco sobre un hecho importante es por lo común base suficiente para la anulación (rescisión); cuando el actor actúa sobre la base de ese error la posición del demandado empeora si tuvo conocimiento de ese error, dejó de advertir a la otra parte o se aprovechó de la situación.

También, como se dijo, hay una clase de *estoppel in pais* que se basa en no haber hecho saber la verdad cuando un hombre razonable lo hubiera hecho.

La mayor liberalidad para conceder la *rescisión* se debe probablemente a que ésta se dirige a impedir que el demandado obtenga una ventaja injusta, mientras que la 'acción por engaño' requiere compensar al actor las pérdidas que sufrió"[3].

### g) *Intención, negligencia y responsabilidad objetiva*

Un fallo de la Cámara de los Lores de 1889 ("Derry vs. Peck") limitó la "acción por engaño" a los casos de manifestación engañosa intencional y dejó a otros recursos del *common law* las manifestaciones engañosas por negligencia o por responsabilidad objetiva. Aunque ciertos tribunales de los Estados Unidos dicen seguir ese criterio, en los hechos no lo hacen.

1) En primer lugar, incluyen como manifestación engañosa intencional los casos en que quien hizo la manifestación simplemente sabía que no tenía bases suficientes para hacerla.

2) Además, incluyen los casos en que el demandado debió haber sabido que no tenía información suficiente.

3) En otros, directamente incluyen situaciones que claramente son de negligencia.

[3] Prosser - Keeton, *Torts*, p. 737-740.

h) *Negligencia*

Una manifestación puede ser hecha con honesta convicción de que es verdadera pero ser negligente, sea por la manera en que su autor *determinó los hechos* o por la manera en que la *expresó* o por su *falta de* aptitud o *competencia* para formular esas afirmaciones.

No se distingue ésta de otras formas de negligencia, aunque hay ciertas limitaciones en cuanto a aquellos respecto de quienes se tiene responsabilidad, lo que parece reflejar el hecho de que antiguamente la moralidad que se esperaba en las negociaciones era menor y también lo era la honestidad que se exigía que los comerciantes pusieran en su elocuencia.

1) Algunos tribunales han extendido las consecuencias de las manifestaciones *negligentes* no sólo a aquel a quien fue dirigida sino a cualquier persona del público. Aunque no todas coinciden, en los hechos la diferencia entre sus soluciones no es significativa. Todas hoy reconocen o reconocerían que hay situaciones en que la *actividad de quien realiza la manifestación*, una *relación preexistente entre las partes* o ambos factores, establecen un deber particular de poner un *razonable cuidado* en ciertas manifestaciones.

2) En un importante número de casos los tribunales han establecido la obligación de reparar aun sin que hubiera culpa o negligencia de quien hizo la manifestación.

i) *Creencia justificada*

Un elemento es que el actor debe haber creído en la manifestación y que esa creencia (*reliance*) haya sido justificada. Los casos más difíciles son aquellos en que hubo *negligencia del actor en investigar los hechos por su cuenta*, negligencia que la mejor línea de fallos no considera una defensa eficaz para el demandado, por lo menos en los casos en que *sabía* o *debía saber* que sus manifestaciones no eran exactas o no tenía suficiente información para saber si lo eran o no.

Se ha decidido así que afirmaciones de hecho, como las que se refieren al *estado financiero* de una compañía, deben merecer confianza sin necesidad de una investigación propia, y ello no sólo en los casos en que esa investigación es engorrosa o difícil sino aunque pueda ser hecha con pequeño esfuerzo y con elementos al alcance de la mano.

La manifestación debe haber recaído sobre algún *aspecto importante* del negocio. Aunque para determinar qué es importante debe aplicarse en principio un criterio objetivo,

puede bastar que haya recaído sobre algún aspecto que era *considerado importante por una de las partes* por motivos propios, si eran conocidos por la otra.

j) *La mera opinión*

Una opinión es una afirmación que se formula señalando quien la emite que duda si ella es cierta o no o que contiene una simple apreciación, como decir: "Este cuadro es muy bonito".

Una *opinión* pretende reflejar un *estado psíquico del que habla* y como tal puede ser *verdadera* o *falsa* según que ese estado exista o no. Ese estado psíquico no es siempre relevante, pero puede serlo según las circunstancias. Si lo es, queda sujeta a la "acción por engaño".

Un caso especial es el de la elocuencia del vendedor que dice: "Este auto es un balazo" o (en el Río de la Plata): "Esta oferta es la pichincha del año".

Tradicionalmente, se permitió a los vendedores decir cuantos disparates quisieran (mientras no afirmaran nada específico), porque se consideraba que nadie les prestaba atención. Pero aun con ellos la tendencia actual es de mayor severidad.

En muchas situaciones los tribunales han atribuido responsabilidad por la expresión de simples opiniones; ellas pueden quizá resumirse diciendo que se trataba de casos en los que era probable que el actor aceptaría esa opinión, lo que ocurre frecuentemente cuando existe una relación de confianza como sucede entre familiares, socios o amigos.

Emitir una opinión, por otra parte, importa afirmar que no se conoce ningún hecho que la contraríe y que sí se conocen hechos que le dan fundamento.

Existe coincidencia generalizada en que la opinión de quien dice ser (o a quien se considera) experto en una materia significa para quienes no lo son una afirmación en la que su autor sintetiza su conocimiento, aunque se trate de la parte contraria en una negociación.

Finalmente se encuentran los casos en que quien emitió su opinión recurrió a algún procedimiento para que la otra parte no profundizara su investigación.

k) *Pronosticar el futuro*

Un caso de opinión es el pronóstico o predicción del futuro, que da lugar a responsabilidad si quien la emite cono-

ce algún hecho que impide la realización de esa predicción o si, por el superior conocimiento que se le atribuye de la materia sobre la que está hablando, se justifica que el otro confíe en su opinión.

l) *Afirmar una intención*

La intención es un estado de ánimo: afirmar una intención es, simplemente, afirmar un hecho. La mera suscripción de un contrato implica representar la intención de cumplirlo; los remedios por "manifestación engañosa" estarán disponibles si de la conducta posterior resulta que esa intención no existió.

m) *Rescisión (anulación) y restitución*

El remedio (en equidad) de anulación (rescisión) y restitución permite recuperar los daños en la medida del enriquecimiento de la otra parte.

n) *Los daños*

*1) Daños generales o directos.* La acción por "manifestación engañosa" o por "no hacer saber" permite, en primer lugar, recuperar los daños llamados generales o directos.

*2) Daños especiales, indirectos o "consequential".* Además de los daños generales o directos el actor tiene derecho a recuperar los daños especiales, indirectos o *consequential* que sean próximos.

*3) Daños punitivos o ejemplificadores.* Si la conducta del demandado fue intencional o moral o socialmente reprochable, puede condenarse al demandado a pagar, además de los daños compensatorios (denominación que comprende tanto a los generales o directos como a los especiales o indirectos) daños punitivos o ejemplificadores, que son aquellos que se imponen:

> "como castigo del demandado por el daño que ha hecho, para protección del público en casos similares, para disuadir al demandado a repetir su acción y para que sirvan de advertencia a otros.
>
> El grado de mal comportamiento necesario para que sean aplicados y confirmados los daños punitivos ha sido definido de distintas maneras, pero todas esas definiciones importan la comisión de un acto intencional, malicioso, querido o una omisión tan perversa y obstinada en cumplir los propios deberes

que permita presumir la total indiferencia por los derechos de otros, lo que equivale a un mal comportamiento intencional"[6].

### 3. El derecho de Nueva York

#### a) *Introducción*

Este ambiente y desarrollo del *common law* son parte del derecho de Nueva York. Éste hizo mucho más que reflejar lo que venía siendo elaborado en otras jurisdicciones; dio un impulso importante a esa evolución. Muchos de sus fallos constituyen momentos significativos que hoy se hacen leer y releer a los estudiantes de derecho. Éstos podrán olvidar algunos casos o no haber leído otros, pero difícilmente pasen por una escuela de derecho sin que queden en ellos fijados para siempre ciertos párrafos del justice Cardozo en "Meinhard vs. Salmon".

#### b) *Utilización del derecho de Nueva York en los negocios*

El saber que el derecho de Nueva York no tiene vocación para enredarse en supuestos tecnicismos cuando se discuten cuestiones significativas de ética de los negocios es uno de sus principales atractivos, y lo que hace que ese derecho sea más usado hoy que probablemente cualquier otro por empresas de distintos ambientes y culturas como ley de sus contratos y de sus relaciones. En reconocimiento de esa circunstancia es que en el curso de esta década la legislatura de Nueva York removió antiguas restricciones y resolvió que la elección del derecho de Nueva York como ley de un negocio es eficaz, de acuerdo con el derecho de Nueva York, aun cuando el negocio o las partes no tengan ninguna relación con Nueva York. Pocos son los tribunales de Nueva York que, cuando sienten la menor ocasión de hacerlo, dejan de ratificar el espíritu que constituye su tradición. Lo hizo también el juez Lang cuando dijo:

> "Si la inclusión de un reclamo sobre daños fue quizás un error táctico del actor al que se aferró después la demandada para negarle su derecho al arbitraje, una Corte no sirve a la justicia si se atiene a errores tácticos para resolver cuestiones importantes".

[6] 36 NY Jurisprudence 2nd, p. 280 y 295 y fallos allí citados.

Pero no fue un error táctico del actor el haber colocado bajo el derecho de Nueva York un contrato hecho sobre la base de la confianza. "Fraude", "confianza" y "decepción" (deceit) son palabras sobre las que se construyó el derecho de Nueva York, tanto el de los *torts* como el de los contratos.

## 4. Las fuentes del derecho de Nueva York

Éste, como se sabe, consiste en un derecho de formación judicial y otro legislado. El de formación judicial tuvo dos fuentes: el *common law* y la equidad, administradas en un principio por tribunales distintos. La distinción hoy se ha suprimido y sus vestigios también tienden a borrarse. El *derecho legislado* es promulgado por su legislatura, pero se considera también parte del derecho de Nueva York cierta legislación del Congreso de los Estados Unidos (legislación *federal*). El derecho de Nueva York es normalmente aplicado, por supuesto, por los tribunales del Estado, pero hay ocasiones en que los tribunales federales también deben hacerlo.

## 5. El derecho judicial de Nueva York

Los casos relevantes del derecho judicial de Nueva York en materia de "manifestación engañosa" y "no hacer saber" son más de los que uno puede proponerse contar: la simple referencia a los que se consideran más significativos ocupan centenares de páginas en cualquier volumen que trate de ellos. Existen algunas publicaciones que reflejan la doctrina y las reglas que resultan de ese derecho judicial. La más utilizada es *New York Jurisprudence* 2nd, una colección que en forma de prosa y con la organización de una Enciclopedia expone en cada oración una doctrina o regla vigente formulada o confirmada por uno o más fallos de los tribunales de Nueva York. El volumen 60 de *New York Jurisprudence* 2nd destina más de cuatrocientas páginas a *fraude* y *decepción*. En las partes que más interesan para este caso, a las que anoto algunos fallos que considero ilustrativos, dice así:

### a) *Caracterización y clases*

El *fraude* ha sido definido de muchas maneras pero con frecuencia se niega la conveniencia de una exacta defini-

ción legal, porque el ingenio humano puede vestir al fraude de tantas maneras que es difícil dar una definición de fraude que *el fraude* no encuentre modos de evadir. Cualquier artificio empleado por una persona para decepcionar a otra ha sido definido como fraude. Fraude y decepción tienen más de un significado, dependiendo de las circunstancias y de las relaciones entre las partes. De una manera general el fraude es sinónimo de "pasar a otro" (*overreaching*), es decir, tomar una ventaja indebida. El fraude puede ser definido como la ganancia o ventaja obtenida en perjuicio de otro de modo decepcionante o *unfair*, una conducta incompatible con un *fair dealing* y una *good conscience*. El fraude y la falsedad son *mala in se* y constituyen uno de los capítulos más amplios del derecho.

En cuanto a sus *clases*, la distinción más general es entre fraude real y fraude presunto.

*1) Fraude real (fraude positivo).* Es aquel en el que hay intención de conducir a error o decepción. Incluye los casos de empleo intencional y exitoso de cualquier ingeniosidad, astucia, ilusión o artificio para circunvenir, engañar o decepcionar a otro.

*2) Fraude legal y fraude presunto.* Son los comportamientos tratados como un fraude por los tribunales por sus efectos dañosos para el interés público o la confianza pública o privada.

Se ha dicho que el fraude presunto es la violación de un deber que, independientemente de culpa o intención, es considerado fraudulento por su aptitud para engañar, vulnerar la confianza o dañar intereses públicos o privados merecedores de especial protección. Un caso de *fraude presunto* es la violación de un deber impuesto por una relación fiduciaria o contractual que exija particular buena fe.

En 1938 la Corte de Apelaciones declaró:

> "Una afirmación... de la que se certifica que es verdadera cuando no se sabe si lo es, una afirmación hecha con *negligencia* o una opinión basada en fundamentos tan débiles que hacen pensar que no había una genuina convicción de su verdad, son suficientes para generar responsabilidad... En otras palabras: una *desaprensión por las consecuencias* puede tomar el lugar de una acción deliberada" ("State Street Trust Co. vs. Ernst", 278 NY 112, 1938).

Se usa la expresión *fraude legal* para designar una "manifestación engañosa" hecha sin conocimiento de su falsedad.

b) *Error, engaño, negligencia y deber de hacer saber*

Si una manifestación engañosa es hecha con inocencia y convicción en su verdad, el caso puede ser tratado como *error recíproco*. Si la manifestación engañosa fue querida, el caso se gobierna por *las reglas* del fraude.

Aunque *fraude* y *negligencia* indican estados psíquicos distintos, hay circunstancias en las que quien con negligencia afirmó un hecho es responsable por los daños causados a quien actuó sobre la base de su manifestación y sufrió por ello una pérdida.

> "Quien tiene suficientes razones para *sospechar* [la verdad de sus propias creencias] o para *investigar* mejor si ellas son o no verdaderas, debe sospechar o averiguar, porque la ley pone a su cargo el conocimiento que una investigación apropiada hubiera arrojado" ("Low vs. State", 112 NY 2nd, 297, 1952).

Las manifestaciones engañosas hechas con *negligencia*, sin saber o sin preocuparse de si son verdaderas o no o sin convicción real de que son verdaderas, son suficientes para una "acción por engaño". Éste es equivalente al *scienter* llamado *indiferencia negligente*.

Ya en 1897, en un fallo muchas veces citado, la Corte de Apelaciones dijo:

> "Si una parte dice *tener conocimiento* de un *hecho relevante* cuando no sabe si es verdadero o falso, es culpable de falsedad aunque crea que es verdadero.
>
> Si la afirmación es hecha con la intención de inducir a otro a actuar y éste actúa y se perjudica, el resultado es un fraude [siguen citas]. *Sabiendo que no sabía lo que dijo saber y queriendo hacer creer que sí sabía, se hizo responsable de que su afirmación fuera verdad. La honestidad de su creencia de que lo que dijo saber era verdad no puede excusarlo de la imputación de falsedad y fraude.*
>
> Como dijo el juez Peckham en 'Rothschild vs. Mack':
>
> 'Él sabía o no sabía cuál era el estado financiero del librador. Si lo sabía, sabía entonces que el pagaré carecía de valor respecto del librador y los endosantes. *Si no sabía cuál era ese estado* [pero habló como si supiera], *se hizo responsable por la verdad de su afirmación*'.
>
> Las palabras del juez Andrews en 'Kountze vs. Kennedy' son también aplicables:
>
> 'Quien falsamente afirma un hecho relevante susceptible de conocimiento y dice que ese hecho es cierto según su conocimiento e induce a otro a actuar y perjudicarse, comete un fraude sujeto a una «acción por engaño». Esto no es una excep-

ción sino que confirma la regla que esa acción se basa en el fraude. El propósito de quien pretende tener conocimiento es inducir la creencia de que lo tiene, y si no lo tiene y el hecho es de aquellos que pueden ser conocidos, resulta naturalmente la presunción de una intención fraudulenta'.

La regla es la misma en otros Estados de la Unión y en Inglaterra" ("Hadcock vs. Osmer", 153 NY 604, 1897).

Hay ocasiones en las que existe el deber jurídico de hablar, entendiéndose por tal el de comunicar espontáneamente información aunque no sea pedida, y en las que no hacerlo equivale a un ocultamiento fraudulento.

Las bases fueron establecidas en 1894 por la Corte de Apelaciones, que dijo:

"Hay, por supuesto, ocasiones en que una persona tiene el deber legal de dar a otra información que ésta pidió y en las que no manifestar un hecho equivale a un ocultamiento fraudulento que anula el contrato igual que una falsedad afirmativa.

La cuestión es si en una determinada situación era el deber de una persona hablar bajo pena de ser culpable de fraude por razón de su silencio. Los tribunales han establecido ciertas reglas cuyo alcance varía según las distintas circunstancias... La gran máxima caveat emptor... es la regla para aquellos que negocian como adversarios si no hay una condición de especial confianza o una relación fiduciaria... pero no se aplica en toda su extensión a la venta de valores, tales como debentures o pagarés y otras obligaciones para el pago de dinero.

Así, en 'Brown vs. Montgomery' (20 NY 287) se sostuvo que había habido un silencio fraudulento que impedía la venta de un pagaré porque el vendedor de ese pagaré no había informado a su comprador que un cheque del librador había sido protestado, y ello aunque quien informó al vendedor el protesto de ese cheque le había también dicho que, en su opinión, el librador del pagaré era solvente.

Esta decisión se apoya en el principio que el vendedor garantiza... que no tiene conocimiento de ningún hecho que pruebe que el papel sea sin valor...

De la misma naturaleza es la decisión en 'Bruce vs. Ruler'... porque es muy deseable, en tanto sea posible, hacer que la gente sea honesta...

Bajo la ley de este Estado, el hecho silenciado puede ser importante pero su supresión no ser fraudulenta. Si hay una obligación legal de hablar, como en el caso de fiduciarios, de relaciones de confianza, de superior conocimiento o de superiores medios para obtenerlo, el caso es distinto" ("Rothmiller vs. Stein", 143 NY 581, 1894).

La misma idea aparece desde entonces en otros fallos:

"El fraude que justifica la rescisión puede ser hecho no sólo con *sugestio falsi* sino también mediante *suppresio veri*. En otras palabras. Que puede ser perpetrado no sólo con la sugerencia de una falsedad sino también por el callar u ocultar la verdad. La ley sobre este punto fue bien expuesta por Kerr en *Fraud and mistake*, 5ª ed., p. 62 y siguientes.

Para ser fraudulenta, no es necesario que una manifestación sea hecha en términos que afirmen la existencia de un estado de cosas que no existe. Si una afirmación es hecha en términos que *naturalmente conducen a aquel a quien se le dirige a suponer la existencia de un cierto estado de cosas* y esto es hecho de manera intencional y fraudulenta, es una «manifestación engañosa» tan fraudulenta como la afirmación de un hecho falso en términos expresos.

Quien realiza una manifestación no sólo es *responsable por lo que en su mente quiso decir* sino también por lo que *cualquiera puede razonablemente suponer* era el significado de las palabras que usó.

Una afirmación puede ser falsa no sólo por falsas afirmaciones positivas sino mediante *omisiones intencionales* por las que la información que proporciona toma un *falso color* o da lugar a una *falsa impresión*, que conduce necesariamente (o casi necesariamente) a una errada conclusión.

Hay «manifestación engañosa» si la afirmación es hecha de manera que *la agudeza o la actividad de la persona a quien se hace se adormezca* y ésta es llevada a creer lo contrario de lo que es el estado real de cosas.

En el mismo sentido y apoyando estas afirmaciones de derecho, véase 'Indianápolis, P. & C. R. Co. vs. Tyng'; 'Lomerson vs. Johnston'; 'Ottinger vs. Bennet'" ("Costello vs. Costello", 279 NYS 302).

Hay circunstancias en las que una de las partes tiene el *deber de hablar*, para que la otra parte se encuentre *en pie de igualdad con ella*. En tales casos, el no hablar significa la supresión de un hecho que debió haber sido comunicado y ello es considerado un fraude igual a la afirmación de una falsedad:

"Era el deber del banco hablar y corregir la *falsa impresión que el actor tenía y que el banco sabía que el actor tenía*. Si el demandado pudiera ahora beneficiarse con su silencio y exigir un contrato suscripto sin conocimiento de los verdaderos hechos, se premiaría el silenciar la verdad y la falta de franqueza, si es que no a un verdadero engaño.

El contrato de fianza es un contrato *uberrima fidei* [siguen citas]. Ello es particularmente cierto cuando se trata de contratos totalmente voluntarios, como la fianza.

*El fiador es un deudor favorecido. Sus derechos son celosamente protegidos en derecho como en equidad. La más pequeña forma de fraude por el acreedor que toque el contrato lo anula* (siguen citas). La fianza es un contrato por el cual 'el fiador tiene derecho a la *más completa exposición* de cualquier punto que podría afectar su disposición a celebrarlo'.

La ley coloca sobre el acreedor el deber de tratar la fianza con total buena fe en todo momento en que se otorga.

La honestidad y el *fair dealing* exigían que el banco *hablara* y corrigiera la errada impresión de la otra parte, de la que el banco, además, era en buena medida si es que no totalmente responsable.

Si en muchos casos el *mero silencio* no puede ser constituido en la base de un fraude, *hay circunstancias de tal naturaleza que imponen el deber de hablar*; si uno deliberadamente no lo hace, su omisión será considerada una *suppresión voluntaria de la verdad* y ello equivale a *fraude presunto* si es que no a *fraude real* [siguen citas]" ("First Citizens & T. Co. vs. Sherman's Estate", 294 NYS 131, 1937).

El constituir una negociación honesta en un deber legal aparece en otros fallos:

"El silencio puede, sin embargo, constituir fraude y engaño cuando el vendedor advierte que el comprador está actuando con una creencia equivocada respecto de un hecho relevante. Depende de las circunstancias del caso determinar si *el no hacer saber* es compatible con una negociación *honesta*. Si el no hacer saber un hecho relevante es calculado para inducir una falsa creencia, la diferencia entre el 'no hacer saber' y una 'manifestación engañosa' afirmativa es tenue. Ambas son fraudulentas" ("Donovan vs. Aeolian Co.", 270 NY 267, 1901).

En otros, la expresión es buena fe:

"Cuando las partes de un contrato ocultan hechos relevantes que de *buena fe* deberían revelar, ese silencio puede constituir una manifestación engañosa que da lugar a responsabilidad" ("Tahini Investments Ltd. vs. Bobrowsky", 470 NYS 2nd 431).

En síntesis:

"Una manifestación engañosa descuidada o *indiferente* puede constituir fraude. *Negligencia o ceguera ante lo obvio* puede dar fundamento a una acción de fraude. El *no hacer saber hechos que la honestidad manda revelar* tiene los mismos efectos y significado que una 'manifestación engañosa' activa" ("Low vs. State", 112 NYS 52nd 297, 1952).

c) *De los varios procedimientos para engañar*

El elemento esencial del engaño es la producción de una falsa impresión en la mente de otro, lo que puede lograrse

por el ocultamiento de un hecho importante, por falsas apariencias (*pretenses*) o por cualquier otro medio, esquema o astucia, aunque no se formulen afirmaciones falsas. Pueden usarse palabras, pero puede bastar la mera conducta.

> "Tan fácil es defraudar con actos como con palabras; *aquellos son generalmente más eficaces que éstas*. La ley no es tan ciega o absurda que juzgue a una acción por los modos en que se ejecuta y no preste atención a los motivos" ("Costello vs. Costello", 279 NYS 307, 1934).

En 1980 una persona compró un vehículo, parte de cuyo precio debía pagar a la entrega. Cuando fue a retirarlo omitió decir que, si bien lo había comprado, se había comprometido a pagar el saldo de su precio contra la entrega. Los empleados simplemente presumieron que tenía el derecho de retirar el auto y sin preguntas se lo entregaron. La Corte dijo:

> "[La acción del comprador] implica una 'manifestación engañosa'... Ésta es la única manera en que puede ser entendida [siguen citas]... [Su silencio] constituyó la *deliberada supresión de hechos necesaria para que su afirmación ambigua o parcial... condujera a error* [siguen citas].
>
> *Hay casos que consideran fraudulento el silencio de quienes no están ligados por una relación fiduciaria y poco o nada han hecho para inducir a error* [siguen citas]. Estos casos establecen el *deber de revelar hechos básicos del negocio si la otra parte se encuentra en un error*. Ellos se niegan a adherir a 'la dudosa ética de las negociaciones en las que el «engaño» fue en un comienzo desarrollado' (ver *Prosser on torts*, 4ª ed., p. 696). Cuando, como en este caso 'la ventaja sobre la ignorancia se obtiene *mediante el silencio*', la política no debe ser de menor severidad (ver *Restatement torts*, 2nd, S 551, com. 1).
>
> *Ya no es aceptable, si es que alguna vez lo fue*, concluir en silencio un negocio que daña a quien *está errado y podía razonablemente esperar que se le hiciera saber* (*Restatement torts*, 2nd S 551 (2) (e)" ("Gaines Service Leasing Corp. vs. Carmel Plastic", 432 NY 2nd 760, 1980).

d) *Casos especiales*

1) La mera opinión. Es a veces difícil precisar si una determinada afirmación lo es de un hecho o de una opinión. El asunto de que se trata, la forma en que se realiza la afirmación y la información que las partes tengan son relevantes para su caracterización.

> "Las *afirmaciones erradas*, las *omisiones* y las *circunstancias circundantes* deben ser consideradas en conjunto, porque he-

> chos de poca importancia cuando se los considera por separado pueden dar una clara prueba de fraude si se los considera en relación el uno con el otro.
>
> Si la expresión en la primera carta... puede haber sido dada sólo como una opinión, puede también haber tenido el propósito de distraer la atención y evitar una investigación. Lo mismo ocurre con una expresión similar en la segunda carta...
>
> Si por una regla general nadie es responsable por expresar una opinión, ello es cierto sólo si se trata de una opinión aislada, porque puede haber sido expresada de modo que deje obligado a quien la hace a que lo dicho sea verdadero, haya tomado o no la forma de una opinión ('Hickey vs. Morrell', 102 NY 454, 463).
>
> La opinión, que evidentemente quería inducir una acción por parte del actor, no está aislada en este caso porque debe ser *considerada junto con el silencio sobre los hechos arriba mencionados*" ("Gray vs. Richmond Bicycle Co", 167 NY 348, 1901).

Entre los varios casos en que la expresión de una simple opinión errada puede importar un fraude sobresalen aquellos en los que existe una relación *fiduciaria* o *de confianza* entre las partes. Pero no es necesario que se trate de una relación de confianza o fiduciaria en sentido técnico-legal sino que es suficiente la confianza que resulta del hecho de que quien emite la opinión tiene un *mayor conocimiento* o *permite que se crea que lo tiene* y haya sabido que la otra parte confiaba en su conocimiento y se guiaba por su opinión. En 1983 la Corte Suprema dijo:

> "Si una de las partes tiene mayor conocimiento o *dispone de medios para procurárselo que no están disponibles para la otra*, se encuentra bajo la obligación legal de hablar y su silencio constituye un fraude ('People vs. The Federated Radio Corp.', 1926; 'Rothmiller vs. Stein', 1894; 'Master of Lefkowitz vs. Bull Investment Group Inc.', 1974; 'State vs. Middletown Beef Co.', 1981; 'Noved Realty Corp. vs. AAP Co.', 1937; 'Matter of State vs. ITM, Inc.', 1966; 'Matter of State vs. Bevis Industries, Inc.', 1970)" ("State by Abrams vs. General Motors Corp.", 466 NYS 2nd, 124, 1983).

Una expresión que por su forma es una mera opinión o que sólo dice exponer las conclusiones del que habla puede significar la afirmación de que éste *conocía hechos que apoyaban* su conclusión y que *no sabía de hechos que podrían arrojar dudas* sobre ella. Y de esas afirmaciones puede resultar responsabilidad.

*2) La elocuencia de los vendedores.* Los meros elogios generales de la mercadería que se quiere vender, general-

mente llamados *dealer's talk*, *sales talk* o *puffing*, no dan lugar a acción mientras las partes estén negociando como adversarios, tengan los *mismos medios de información* y estén *igualmente calificadas para estimar el valor del bien*. Hasta aquí, se aplica la máxima *caveat emptor*. Pero los límites de la protección que ella ofrece se alcanzan fácilmente. En 1937 justice Untermyer dijo:

> "Estamos de acuerdo con el demandado que la relación entre las partes era la de comprador y vendedor *no vinculados por ninguna relación fiduciaria*. Aceptado esto, hay límites en el ocultamiento de hechos importantes que no se pueden traspasar. Creemos que esos límites han sido alcanzados y pasados.
>
> En cualquier caso, hubo una falsa impresión creada por la *afirmación de una verdad parcial y el silencio de hechos que podrían* condicionarla de manera importante.
>
> La regla a este respecto fue bien expuesta en 'Stewart vs. Wyoming Cattle Ranch Co.', 128 US 383:
>
> 'En una «acción por engaño», es cierto que el silencio no es necesariamente equivalente a una «manifestación engañosa». Pero *el mero silencio es distinto del ocultamiento. Aliud est tacere, aliud celare*. Silenciar la verdad puede ser igual a sugerir una falsedad. Y si con intención de conducir a error el vendedor oculta o silencia un hecho importante que de buena *fe* debería revelar, ello equivale a una falsa manifestación porque el *ocultamiento o supresión es una representación de que lo que dijo era toda la verdad*. La esencia de la acción es producir fraudulentamente una falsa impresión en la mente de otro. Si este resultado se obtiene, *no tiene importancia si los medios para ello son palabras o actos del demandado*'" ("Noved Realty Corp. vs. AAP Co.", 293 NYS 336, 1937; en igual sentido, "Castelli vs. Abramo", 176 NYS 525, 1958).

3) *Pronosticar el futuro*. La regla general es que el fraude no resulta de afirmaciones acerca de lo que puede ocurrir en el futuro. Pero si quien hace la afirmación tiene intención de conducir a error, puede ser considerada fraudulenta.

4) *Afirmar una intención*. Las intenciones (como las opiniones y las creencias acerca del futuro) de una persona constituyen un hecho psicológico; de allí que *afirmar que se tiene una intención de hacer algo cuando en realidad no se la tiene es la falsa afirmación de un hecho*. Afirmar, con el propósito de inducir a suscribir un contrato, una intención que no existe puede constituir la base para una "acción por engaño".

> "Quien en una negociación comercial representa fraudulentamente... una intención... para inducir *a otro a actuar o a no ac-*

tuar confiando en ella, es responsable por el daño que le cause (3 *Restatement torts*, S 525, p. 29).

La intención de una persona, *el estado de su mente*, ha sido aceptado desde hace tiempo que puede ser determinado. La afirmación de una intención presente es la afirmación de un hecho importante, suficiente para sostener una acción de fraude.

En este caso, como en 'Sabo vs. Delman', 3 NYS, p. 160-164 y en 'Ritzwoller vs. Lurie', 225 NY 468, las alegaciones describen un caso en el que el demandado de manera fraudulenta y con conocimiento *afirmó que algo sería hecho cuando todo el tiempo sabía que no sería hecho* y que sus afirmaciones eran falsas. No se trata de la profecía y predicción de algo que simplemente se tiene la esperanza o se espera que ocurra en el futuro"[7].

5) *Las promesas*. Cuando alguien promete una acción futura con el propósito de inducir a otra a suscribir un contrato y no cumple esa promesa, quien creyó en ella tiene derecho a indemnización si puede probar que al tiempo en que la promesa fue hecha el demandado no tenía intención de realizarla. *Aunque quien formula la promesa advierta que podrá realizarla o no, si sabe que en realidad no la cumplirá* está sujeto a una acción de fraude aunque no tenga obligación legal de cumplir su promesa.

6) *Medias verdades*. Decir media verdad, se ha declarado, equivale a ocultar la otra mitad. Aunque alguien no se encuentre obligado a hablar, si habla (sea espontáneamente o respondiendo a preguntas) está obligado no sólo a decir la verdad sino también a no suprimir u ocultar ningún hecho que pueda afectar de manera importante lo que ha dicho. Si dice algo, debe hacer una exposición total y completa.

7) *Cambio de las circunstancias*. Si durante la negociación de un contrato una de las partes ha representado a la otra hechos importantes y después ocurre un cambio en las circunstancias que la otra no conoce, debe hacer conocer este cambio a la otra parte.

[7] "*Channel Mast. Corp. vs. Aluminium Ltd. Sales*", 176 NYS 259, 1958. La opinión disidente sostuvo que el hecho de que se trataba (la provisión futura de cierta cantidad de aluminio) estaba sujeto a tantas contingencias (problemas imprevisibles de la logística del suministro y demanda, climáticas, laborales, requerimientos de clientes y gobierno) que constituía un pronóstico vinculado a un tiempo futuro desconocido, incierto e indefinido.

e) *Las relaciones fiduciarias*

El fraude con facilidad se presume si existe una *relación fiduciaria* o de *confianza* entre las partes. Ello comprende tanto relaciones que son fiduciarias desde el punto de vista técnico-legal como relaciones informales por las que una persona confía o se apoya en otra. En 1897 la Corte de Apelaciones estableció que un contrato de *partnership* que había sido inducido por fraude era anulable *ab initio* aunque no hubiera habido daño. Dijo:

> "La relación entre los *partners* implica *el más elevado nivel de recíproca confianza*. Como bien ha sido dicho, si el contrato de *partnership* fue iniciado con fraude debe ser anulado. Quien fue inducido fraudulentamente a celebrarlo tiene derecho a una sentencia que lo anule *ab initio*, sin perjuicio de su 'acción por engaño'" ("Harlow vs. La Brum", 151 NY 278).

Un siglo más tarde (1983) esta relación fiduciaria o de confianza fue extendida a la que se establece entre un agente de seguros y su cliente, lo que coloca los deberes pertinentes sobre el primero ("Estate of Wheaton vs. Metropolitan Life Ins. Co.", 463 NYS 2nd).

> "Cuando, por razón de la relación de *confianza* o *fiduciaria* de las partes, éstas no se encuentran en igual posición y una de ellas justificadamente cree en la promesa de cumplimiento futuro o en la profecía de resultados futuros hecha por otra que tiene mejor posición para saberlo, puede sostenerse una acción por fraude presunto (independientemente de cualquier intención de defraudar del demandado) si la promesa o la profecía no se cumplen" ("Brown vs. Lockwood", 422 NYS 2nd 186).

f) *Efectos del fraude*

El fraude vicia todo lo que toca y destruye aquello para lo que fue ingeniado: se ha dicho muchas veces que el derecho no contemporiza con astucias o duplicidades. El principio es frecuentemente formulado diciendo que el fraude destruye la validez de todo lo que penetra, incluyendo los contratos más solemnes, los documentos, los matrimonios y hasta las sentencias judiciales.

*1) La existencia de acciones penales no excluye las acciones civiles.*

*2) Acumulación de remedios.* Tres son los principales:

*a) Anular* (rescindir) el *negocio o contrato y recuperar lo que entregó.* Es el remedio de equidad más común.

La errada afirmación de hechos importantes puede servir de base para la rescisión aunque haya sido hecha con inocencia:

"El resultado es el mismo sea que el silencio del vendedor... fue inocente o tuvo intención de conducir a error. Una errada afirmación, aun inocente, da lugar a la rescisión del contrato" ("Junius Construction Corp. vs. Cohen", 257 NY 393, 1931).

b) *Interponer una acción de equidad para anular* (rescindir) *el negocio y en esa acción peticionar todos los remedios disponibles.*

c) Retener lo que se recibió e interponer una acción legal para *recuperar* los daños sufridos.

3) *Confirmación del contrato.* Ella no significa, por sí misma, renuncia a recuperar los daños causados por el fraude.

4) *Remedios del comprador.* Los tres remedios principales están disponibles para quien ha sido inducido por manifestaciones fraudulentas a adquirir algún bien. El hecho de que se tengan disponibles los remedios del Código de Comercio Uniforme no impide al comprador accionar en *torts* por fraude.

## 6. Fraude, confianza y decepción en el derecho legislado de Nueva York

Además de *common law* (y equidad) hay en Nueva York derecho legislado.

### a) *El Código de Comercio Uniforme*

Una pieza importante de ese derecho legislado es el Código de Comercio Uniforme. Pese a su denominación de "Código", no es éste un Código al estilo de los Códigos Civiles de los países de derecho continental. No se encuentran en él "principios generales del derecho" que se espera que sean aplicados a cualquier caso o situación sino la yuxtaposición de ciertas leyes uniformes especiales que [salvo el artículo (Capítulo) IX sobre "garantías"] se encontraban ya vigentes con anterioridad en buena parte de los Estados de la Unión. Ellas son precedidas por un artículo introductorio (el art. I) que contiene ciertas definiciones y reglas comunes

pero cuyo alcance no va más lejos que las específicas materias de que se ocupa ese Código. Una de esas materias es la venta de cosas muebles corporales, cuyas disposiciones se limitan a éstas y no comprenden la venta de acciones o de participación en empresas ni *partnerships* (sujetas a una ley uniforme distinta) o *joint ventures*.

Además, las disposiciones del Código de Comercio Uniforme solamente conciernen a las acciones resultantes del *contrato* de compraventa de una cosa mueble corporal (Sección 2.106).

b) *La ley general mercantil*

Además del Código de Comercio Uniforme, Nueva York ha promulgado la ley general mercantil (*Martin Act*) que convierte en ilícito penal:

> "Inducir o promover la emisión,... venta, negociación o compra... dentro o fuera de este Estado de todo tipo de títulos valores [por medio de] cualquier manifestación o afirmación inexacta, cuando la persona que la hizo: *1*) sabía la verdad; o *2*) pudo haberla sabido haciendo un esfuerzo razonable; o *3*) no hizo un esfuerzo razonable para determinar su exactitud; o 4) carecía de conocimientos respecto de dicha manifestación o afirmación" (Sección 352-C).

c) *Legislación federal*

Además, son parte del derecho de Nueva York distintas leyes federales que, tratándose de la venta de acciones u otros títulos, declaran la ilicitud de:

> "Cualquier manifestación inexacta de un hecho significativo o el callar un hecho significativo que era necesario para que la manifestación no indujera a error dentro de las circunstancias en que fue hecha" (*Securities Exchange Act* de 1934, Regla 10 b-5).

d) *Acumulación de los remedios*

Los remedios legales que establecen el derecho legislado y el derecho federal no lo son "en sustitución" de los aplicables por el *common law* sino en adición a ellos. Es decir, que la promulgación legislativa de un derecho no excluye los más amplios que puedan existir según el *common law*: simplemente da certeza a un área mínima de derechos que se considera consolidada.

### 7. Las defensas de la demandada

#### a) *Prueba indiciaria*

Es muy claro y hay suficientes fallos en Nueva York que establecen que cuanto puede esperarse en una acción por fraude es prueba indiciaria y de presunciones:

> "La ley no es tan irrazonable como para requerir lo imposible; no requiere que la prueba sea positiva o directa sino que [el fraude] puede ser establecido por prueba circunstancial.
>
> Hablando de la carga de la prueba sobre quien acciona por engaño fundado en 'manifestaciones engañosas' que lo habían inducido a actuar en su perjuicio, el juez Charles Andrews, en 'Taylor vs. Guest', 58 NY 262, p. 266, dijo:
>
> 'No hace falta una gran prueba para establecerlo. En la mayoría de los casos se puede inferir de las circunstancias de la operación' ('First Citizens Bank & T. Co. vs. Sherman's Estate', 284 NYS 131, 1937).
>
> El fraude es uno de los campos más amplios del derecho, porque es muy raro que pueda ser probado mediante evidencia directa sino que lo es por circunstancias que *separadamente pueden ser consideradas insignificantes* pero que combinadas no sólo son importantes sino que tienen gran fuerza persuasiva" ("Low vs. State", 112 NY 2nd 297, 1952).

Esta línea de fallos, que viene por lo menos desde principios de siglo, sigue afirmada hoy:

> "Los demandados [alegan] que el actor no cumplió su carga de probar el fraude de manera clara y con pruebas convincentes... y que no hay evidencia de fraude. Prueba clara y convincente no es, sin embargo, lo que se requiere... Cuando la acción es por engaño, *preponderancia es suficiente* ('Chemical Corn Exhange Bank vs. Wassung', 7 NY 2nd 337, 1960; 'Young vs. Hutchinson', 218 NY 2nd 113, 2nd Dept., 1961; ver 'Richardson on evidence', 10th ed., S 17)" ("Gaines Service Leasing Corp. vs. Carmel Plastic", 432 NY 2nd 761, 1980).

#### b) *El caso que cita la demandada*

Para mostrar el derecho, en su *Memorandum of Law*, la demandada muestra con fanfarria un caso que quiere hacer creer que es muy importante y del que dice que contiene prácticamente las mismas alegaciones de hechos que se invocan en este arbitraje, las que habrían sido rechazadas por la Corte Federal de Apelaciones del Segundo Circuito ("Decker vs. Massey-Ferguson Ltd.", 681 F 2nd 111, 1982). Afirma que ese caso "dice mucho".

Se trata de un caso que nunca llegó a ser tramitado por defectos procesales de la demanda y en el que ningún reclamo se fundaba en el derecho judicial de Nueva York. Vale la pena detenerse en él, no para entender el caso, que carece de importancia porque nunca llegó a sentencia, sino para comprender la actitud de la demandada.

1) El litigio federal en los Estados Unidos es serio. Los hechos se investigan y los argumentos se escuchan y debaten hasta que queden agotados. Es un litigio caro, no por la tasa de justicia sino por el esfuerzo que demanda. Importa derecho a *discovery*, que exige poner a disposición del adversario prácticamente toda la documentación de que se dispone (incluyendo la documentación interna) y los funcionarios, empleados, clientes, proveedores y otros testigos (ciertos o potenciales) para que sean examinados, revisados y vueltos a examinar por el contrario. El estar sujeto a un *discovery* de este tipo es, en sí, un daño.

2) Los juicios y su trámite son públicos e interesan al público y, por lo tanto, a los medios de difusión.

3) Para evitar el proceso de *discovery*, su costo, y a veces por razones de reputación, la promoción de una acción puede ser utilizada como instrumento para obtener, bajo la denominación de transacción, pagos indebidos. De allí que las leyes procesales permitan a los jueces no dar curso a ciertas demandas.

4) En el caso que cita la demandada, una persona que había comprado doscientas acciones de Massey-Ferguson se presentó planteando contra ésta una *class action* por fraude "en representación" de todos quienes pudieran haber comprado acciones de Massey-Ferguson entre el 1° de febrero de 1976 y el 14 de febrero de 1978, presumiblemente muchos millares de personas por muchos cientos de millones de dólares. El juez observó deficiencias en la demanda y dio la oportunidad de reformularla. El titular de esas doscientas acciones aparentemente no pudo hacerlo de manera convincente y el juez no le dio curso. La Corte de Apelaciones confirmó esa resolución y dejó claro de qué tipo de demanda a su juicio se trataba. Si se le daba curso, ello:

> "Daría a los abogados de la actora *carte blanche* en el área de las liberales reglas federales de *discovery*. Dado que el efecto *in terrorem* de tal irrestringido *discovery* sería, en el mejor de los casos, sustancial, es necesario desbrozar el trigo de la paja en la demanda... En su conjunto, la demanda es un paradig-

ma del tipo de demanda que... condujo a la promulgación de la Regla 9(b). Los demandados no están obligados a traer sus testigos de todo el mundo para defender una demanda a menos que el juez y los demandados perciban *suficiente base fáctica* en el reclamo para permitir que continúe la acción [siguen citas]".

5) Que el señor con doscientas acciones que quería representar a buena parte del resto del mundo pero no tenía "suficiente base fáctica" ni para que le corrieran traslado de la demanda hubiera invocado deficiencias tecnológicas de Massey-Ferguson y que sus activos eran obsoletos, no puede ser utilizado en este caso sino con intención de sorprender. Mas debiera la demandada haber prestado atención a que en este arbitraje ella se opuso exitosamente a todo *discovery*, a que los procedimientos son confidenciales y a que hasta ahora es el actor quien lleva la carga del costo del arbitraje.

## 8. El ingenio para decepcionar (la "viveza")

### a) "*No hay ni una sola frase falsa*"

La demandada muestra mucha confianza en el prospecto por el que ofreció la venta de sus acciones, al que considera un documento "modelo" respecto del cual no hay ni un asomo de prueba de falsas afirmaciones. Con triunfo dice:

> "El actor de hecho no puede transcribir una sola oración en todo su capítulo sobre fraude (que se extiende por treinta y seis páginas) de la que puede sostener que es fundamentalmente falsa, basado en lo que la demandada conocía en 1978".

Me permite recordar esto un fallo de la Corte de Apelaciones de Nueva York. No es uno de sus muchos casos. Es el más citado por *New York Jurisprudence* 2nd en sus más de cuatrocientas páginas de citas de casos sobre fraude.

### b) "*Downey vs. Finucane*"

Es un fallo si se quiere antiguo. Es de 1912, la época en que varias compañías se disputaban el entonces joven negocio telefónico de Nueva York. "The United States Independent Telephone Company" era una compañía *holding* organizada para adquirir el control de varias otras empresas que tenían determinadas franquicias o permisos telefónicos y así establecer un negocio de teléfonos en Nueva York y otras partes del país. Para obtener capital, con interven-

ción de un banco se preparó y utilizó un prospecto que "The United States Independent Telephone Company" no suscribió. Alguien que había recibido el prospecto y suscripto acciones demandó por fraude. La demandada alegó que el actor no podía probar que ni una sola de las afirmaciones del prospecto fuera falsa. La Corte de Apelaciones de Nueva York dijo:

> "Hablando de un equívoco prospecto que fue condenado por fraudulento por la Cámara de los Lores en 'Aaron's Reef vs. Twiss' (L.R., App. Cas. 1896, 273, 285) Lord Halsbury llama a ese lenguaje 'ambidiestro'. Esa expresión caracteriza bien a este caso.
>
> En aquél se alegaba, como se sugiere aquí, que no se podía identificar ningún hecho específico que fuera falso.
>
> El Lord Chancellor negó que ése fuera el verdadero *test* y declaró que la cuestión era saber si, tomando la cuestión en su totalidad, había una falsa representación:
>
> 'No me preocupa por qué medios se transmitió o con qué *astucias, procedimientos o ambigüedad de lenguaje: todos ellos son recursos con que las personas fraudulentas parecen creer que pueden eludir la real sustancia de la operación. Si mediante una cantidad de afirmaciones se da una falsa impresión y se induce a otros a que actúen por ella, no es menor la falsedad porque tomando cada afirmación por separado pueda haber dificultad en probar que alguna de sus individuales afirmaciones no es verdadera*'" (Corte Apel NY, "Downey vs. Finucane", 205 NY 264, 1912).

Es éste, para regresar a la expresión de la demandada, un caso que "dice mucho". Dijo mucho a los jueces que siguieron y dijo mucho al público acerca del habilidoso manejo de la ambigüedad del lenguaje. El derecho de Nueva York sabe cómo tratar con personas fraudulentas.

## 9. "Joint venture", "partnership", "close corporation" y el elemento fiduciario

### a) "Joint venture"

El acuerdo celebrado entre actor y demandado puede ser caracterizado como un *joint venture* en el sentido específico que esta expresión tiene en el derecho de Nueva York, es decir, como un acuerdo para compartir los esfuerzos y resultados de una empresa o proyecto determinados.

Es frecuente que para la ejecución de un *joint venture* las partes elijan utilizar una sociedad por acciones. Se habla en estos casos de un *incorporated joint venture*.

b) *"Joint venture" y "partnership"*

Si bien se considera que la expresión *joint venture* (o *joint adventure*) tiene un sentido jurídico distintivo en el derecho de Nueva York, el caso es que para la mayor parte de los fines se le aplican las reglas de las *partnerships*. De allí que sea frecuente referirse a los *joint ventures* como una *partnership* para un único proyecto o aventura.

c) *"Close corporation" y "joint venture corporation"*

El derecho de Nueva York es sensible a esta relación entre *joint ventures*, *partnerships* y *corporations*. Aparece así la noción de *joint venture corporation* paralela a la de *close corporation*.

1) Por lo común se refiere la primera a la sociedad por acciones constituida por dos o más (pero un número limitado) empresas para la ejecución de cierto proyecto, negocio o línea de negocios específicos y determinados.

2) La segunda considera a aquellas *corporations* con número limitado de socios o accionistas que se encuentran vinculados por relaciones familiares o de amistad; predomina en ellas el elemento "personal", por lo que se las considera de manera muy similar a una *partnership*.

3) Los elementos distintivos de ambas son coincidentes: reducido número de socios, limitaciones a la cesión de la participación e incorporación de nuevos socios, predominio del elemento personal y acentuada presencia del factor "confianza" y de los consiguientes deberes fiduciarios.

d) *La relación entre las partes, tal como era vista por ellas*

La combinación de estas nociones se percibe en la correspondencia entre las partes, que en ocasiones describen su relación como un *joint venture*, en otras se llaman recíprocamente *partners* y en los documentos legales accionista controlante y accionista minoritario. La demandada prefiere en este arbitraje usar esta última denominación, probablemente porque considera que ella permite atenuar el elemento fiduciario (que ciertamente no la beneficia) y diluir la

controversia en legalismos y enredos menores del derecho de las *corporations*. Pero no parece necesario detenerse en estas cuestiones de calificaciones o denominaciones jurídicas, porque los deberes fiduciarios que pesan sobre un accionista controlante (aunque no se hubiera tratado de una *joint venture corporation* o de una *close corporation*) son más que suficientes para el caso.

### 10. El elemento fiduciario

Desde comienzos de este siglo el derecho de Nueva York y sus tribunales han hecho una aplicación importante del elemento fiduciario en las relaciones societarias. De finales de la década del 20 son los primeros ensayos neoyorquinos que estudian la utilización de la forma corporativa como "instrumentalidad" y se dirigen a establecer las responsabilidades del accionista controlante, tanto respecto de los acreedores como de los socios minoritarios. Ellos condujeron a las nociones del *disregard of legal entity* y al establecimiento, para el accionista controlante, de deberes fiduciarios que concluyeron siendo no menores a los que tradicionalmente eran colocados sobre los *partners* y que, con elocuencia que recorrió todos los derechos, justice Cardozo, entonces todavía juez de Nueva York, confirmó en 1928 que pesaba también sobre los *joint venturers*:

> "Los *joint adventurers*, al igual que los *partners*, se deben uno al otro, mientras la empresa continúa, el deber de la más delicada lealtad.
>
> Muchas formas de conducta permisibles en el mundo cotidiano para aquellos que actúan sin ninguna especial vinculación entre sí están prohibidas para aquellos atados por lazos fiduciarios.
>
> No solamente honestidad sino el puntillo del honor más delicado es aquí una pauta de conducta.
>
> A este respecto se ha desarrollado una tradición que es continua e inveterada. Una rigidez sin compromiso ha sido la actitud de los Tribunales de Equidad cuando se le ha pedido que debilitaran la regla de lealtad total mediante la erosión desintegradora de excepciones particulares.
>
> Sólo así las pautas de conducta para los fiduciarios se han mantenido en un nivel más elevado que aquel por el que circulan las multitudes. Y ese nivel no será disminuido por ninguna decisión consciente de esta Corte.

* * *

> [El demandado] había dado a la empresa tiempo y trabajo, tanto como dinero. El había hecho que la empresa fuera un éxito. [El actor], que había dado a la empresa dinero pero no su tiempo ni su trabajo, se había visto ricamente pagado. Podría parecer que hay algo de codicia en su querer todavía más. Estas recriminaciones no son inusuales cuando los *co-adventurers* se separan. Ellas tendrían alguna fuerza si su conducta fuera juzgada como la de competidores. Pero ello no quiere decir que sean pertinentes aquí.
>
> El demandado se había colocado en una posición en la que cualquier pensamiento en sí mismo debía ser renunciado, no importa cuán dura pudiera ser esa abnegación. El era mucho más que un *co-adventurer*. Era un *managing co-adventurer* ("Clegg vs. Edmondson", 8 DM & G, 787, 807).
>
> Para él y para todos los demás como él, la regla de total lealtad es suprema y sin misericordia" ("Meinhard vs. Salmon", 249 NY 458, p. 463, 464 y 468; 164 NE 545).

### 11. Los deberes fiduciarios del accionista controlante

Menos de treinta años después de haber sido escritas, las palabras del juez Cardozo se habían irradiado de tal manera que sirvieron para fundar definitivamente en el derecho de Nueva York la *responsabilidad del accionista controlante respecto de los minoritarios*. Ello ocurrió en otro caso que recorrió la literatura jurídica universal. Me refiero, por supuesto, a "Perlman vs. Feldmann", decidido en 1955 por la Corte Federal de Apelaciones de Nueva York siguiendo la línea abierta respecto de la responsabilidad del accionista controlante en 1939 por justice Douglas en "Pepper vs. Litton" (308 US 295).

Feldmann controlaba, juntamente con familiares y amigos, el 37 % de las acciones de una antigua planta laminadora y esa tenencia era suficiente para controlar la sociedad. En una época de escasez de acero, Feldmann vendió sus acciones a un cliente de la empresa, que probablemente las adquirió para asegurarse los suministros que recibía de ella. Al resolver favorablemente la acción iniciada por los otros socios que no habían participado en la operación la Corte dijo:

> "No tenemos en este caso fraude, ni abuso de información confidencial, ni vaciamiento de una sociedad indefensa. Pero por el otro lado tampoco encontramos cumplimiento de las elevadas pautas que nosotros... y otras Cortes esperamos y exigimos de quienes se encuentran en relación fiduciaria con

una sociedad. En las frecuentemente citadas palabras del juez Cardozo:

Muchas formas de conducta permisibles en la vida cotidiana están prohibidas para quienes se encuentran ligados por vínculos fiduciarios" ("Perlman vs. Feldmann", 219 F2nd 173, 2nd Circuit).

## 12. Ley aplicable

Queriendo zafar de la aplicación de la ley de Nueva York, la demandada argumenta que no es ésta la ley aplicable a sus relaciones con el actor.

El caso es que contractualmente ambas acordaron que sus relaciones serían resueltas por el derecho de Nueva York y nada hay en ese derecho que se oponga a tal elección.

Además, el art. 13.3 de las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la International Chamber of Commerce dispone que:

"Las partes podrán determinar con libertad la ley que será aplicada por los árbitros para el fondo del asunto. Si no hubiera ninguna indicación de las partes sobre la ley aplicable, el árbitro aplicará la ley que resulte aplicable según las reglas de conflicto de leyes que estime apropiadas".

## 13. La responsabilidad de la demandada (asumiendo sólo ineptitud)

El caso más favorable para la demandada es que las desgracias de su subsidiaria sólo hayan sido debidas a su ineptitud. El caso peor es que de manera permanente la demandada haya servido a los intereses y objetivos de su propia controlante antes que a los de su subsidiaria.

### a) La *responsabilidad del director en el derecho de Nueva York*

La demandada desea que su conducta sea juzgada (dejando de lado el supuesto de deslealtad o mala fe por preferir intereses propios a la de su controlada) conforme una regla contenida en el art. 717 de la New York Business Corporation Act dirigida a directores y funcionarios. Según ella, estas personas deben actuar

"con el grado de cuidado que una prudente persona común podría usar en igual posición en circunstancias similares".

Por supuesto que la demandada no era director ni funcionario sino el accionista controlante y no era un individuo, ni menos aún un individuo común, sino una de las empresas y organizaciones de mayor experiencia y (según ella decía) conocimiento en el mundo en el negocio a que se refería la asociación. Entre los muchos *standards* que más o menos arbitrariamente la demandada pudo proponer difícilmente pudo elegir alguno que colocara menos responsabilidades sobre sus hombros: la pauta que es aplicable, por ejemplo, a los directores de la cafetería "Grace's", en la intersección del County Road 111 y la L.I. Expressway.

Sin aceptar que este criterio sea aplicable, el caso es que la demandada tampoco lo satisfizo.

b) *La responsabilidad de la demandada*

Pero nada tienen que ver con este caso la responsabilidad de los directores bajo la ley de Nueva York. La demandada había suscripto con el actor el acuerdo de accionistas y por él había retenido la administración y gestión del proyecto común. Sus responsabilidades eran, según la demandada prefiera:

1) Las de un *managing adventurer*, para los que el juez Cardozo declaró que la regla de total lealtad es suprema y sin misericordia.

2) Las de *managing partner* sujeto a las mismas reglas que los *managing adventurers*.

3) Las del accionista controlante, sujeto bajo el derecho de Nueva York (pero también bajo muchos derechos del *civil law*) a las mismas reglas.

c) *La teoría del "prudente hombre común"*

A la hora de ser juzgada la demandada quiere ser simplemente un prudente hombre común. Pero no es en esa calidad que le ofreció al actor la asociación, sino que se acercó a él invocando su condición de una de las más grandes y experimentadas multinacionales del mundo justamente en el negocio en que propuso al actor que participara. Esto marca el nivel de pericia que contractualmente estaba obligado a colocar en la operación.

En realidad, no es necesario detenerse a considerar el *standard* aplicable al demandado porque excluyendo (pero

sólo para fines de análisis) que su accionar haya sido desleal, su comportamiento no fue ni siquiera el de un prudente hombre común.

## 14. Conclusiones

No es que el actor, al aceptar la asociación, haya elegido un mal negocio. La demandada hizo que lo fuera porque no lo planeó sino para su propia conveniencia y sólo lo ejecutó para satisfacerla, al precio que fuera y sin detenerse ante ningún obstáculo.

Habrá quien piense que se trata de una gran maniobra de brillantes hombres de negocios. Eso no es lo que cree el derecho de Nueva York, tal como lo declaran e interpretan sus jueces. "Tonto", según la definición del derecho y los jueces de Nueva York, no es el que confía en otro. Toda persona tiene el derecho de hacerlo y por razones éticas y de política jurídica los jueces estimulan a que lo hagan. Para ello, en fallos ejemplares, aplican sin *misericordia* la regla de *lealtad total* y *cuantifican los daños* de modo que ningún avisado pueda creer que ha sacado provecho de su astucia. Tampoco es "tonto", según el derecho de Nueva York, quien espera que otro cumpla sus obligaciones legales. Sin esa confianza, el mundo moderno no es posible.

Un derecho de este tipo no es sólo, hoy en día, el de Nueva York, sino el de la cultura jurídica del mundo contemporáneo y de quien quiera participar de él. Es en esa cultura y ese espíritu que, en definitiva, se basa esta acción.

# EL BANQUETE DE PLATON. SU LEY Y ELEMENTOS ESTRUCTURANTES: EL VINO, LA PALABRA, EL EROS

ENRIQUE E. MARI*

## 1. INTRODUCCIÓN

Occidente cuenta con una historia *sobre* el amor que es el más formidable esfuerzo realizado para hacer manejables las historias *del* amor. Esta historia *sobre* el amor, es una historia producida en la filosofía y desde la filosofía por Platón, en *El banquete*, para control y disciplina racional del Eros.

La historia sobre el amor, desarrollada en *El banquete* por Sócrates-Diótima, se apoya en la Verdad por oposición a las historias *del* amor de Fedro, Pausanias, Erixímaco, Aristófanes y Agatón, para conducir a éstas desde el bajo mundo de las apariencias al mundo suprasensible de las esencias.

He aquí el esfuerzo más audaz e inventivo de la razón de Occidente: convertir al amor en un Eros-alpinista que guíe al amor físico, sensorial y sensitivo, desde las napas inferiores de las historias *del* amor –incluso la que brota por boca ebria de Alcibíades, despechado y subyugado, pero no conquistado por la filosofía–, a la alta planicie encantada del Saber.

Conocemos la "concepción aceptada" de *El banquete*, defendida por Léon Robin, Wilamowitz-Möllendorf, Gomperz, y otros destacados helenistas: *El Eros es amor a la filosofía*.

* Profesor titular de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

En el interior del *logos sympotikós* el discurso de Sócrates-Diótima es un discurso preferencial. Es algo más que los discursos del amor presocráticos, simples retóricas de encomio para el amor. El logos preferencial es un discurso cognoscitivo. Portador de la verdad del amor, acuerda a los discursos precedentes su dimensión racional, evacuando las dimensiones sensoriales. Como la belleza, la igualdad, la justicia y la triangularidad, el logos preferencial es creador de mundo. Modifica las inscripciones corporales, la semántica de retórica bastarda de los discursos del amor que lo preceden, anula los sentidos, garantiza su sumisión, logra que no sigan "sintiendo", o que no añoren "el haber sentido". El logos preferencial del amor tiene efectos normativos. Normativos por cuanto normaliza el amor que nace en los cuerpos, cambia su dirección hacia las almas, y guía a éstas en su marcha reguladora hacia la filosofía: el gran foco originario de la Razón. En el Eros platónico, hablar de logos preferencial del amor y de filosofía, es un pleonasmo. La sumisión del amor al Saber es una sujeción. La sujeción no es pesada, sino pensada. Para eso está el logos preferencial.

Este logos es un logos pedagógico y político. Vehiculiza la Verdad en un doble juego de pinzas, educando y manipulando el poder hasta que éste logre adecuar los sentidos al saber. Este pasaje es un cambio de formas a Forma. Una metamorfosis, no una transustanciación.

Para lograr esta hazaña de retrogradar los instintos y sustituir sus marcas corporales por una marca única y sublime, la de la filosofía, el logos tiene su ley. Esta ley es *ratio* en el doble sentido de razonabilidad, y de cálculo, medida y proporción, para que los sentidos y los deseos que brotan en los cuerpos sin proporción ni medida –Platón dirá sin templanza, sin *sophrosyne*– asuman la buena dirección que les propone el logos preferencial en el *dia-logos*.

Nuestra propuesta aquí, es analizar cómo se produce el montaje de esta ley, es decir cómo se estructura la ley del banquete, a fin de lograr la hazaña de la razón. (Muchos siglos habrá que esperar después del *Symposium* para que Freud desde el "territorio interior extranjero", devele lo sublimado de lo sublime del amor en la concepción aceptada del texto platónico.)

En la estructura de *El banquete*, propongo considerar tres elementos esenciales: *el vino*, *el amor* y *los discursos*. La tesis central que intento defender es que, el primer ele-

mento, en función de su uso reglamentado, constituye una llave esencial en el paso de las categorías empíricas a la razón. Es en función, precisamente, de este uso reglamentado, que el vino nos permitirá ofrecer un criterio de distinción entre *el banquete*, *la fiesta* y *el festín*, con sus correspondientes consecuencias políticas.

Nuestro análisis toma, asimismo, como punto de partida un episodio singular. El del hipo de Aristófanes, no sólo por su relación con el vino, sino porque encontramos en él algunas cuestiones esenciales para arrojar luz sobre la construcción del sentido estructural de *El banquete*.

Veamos este episodio significativo.

## 2. Groserías y disfunciones en los banquetes. El hipo de Aristófanes

En un banquete las groserías son graves. Esto no quiere decir que fuesen actos sociales extremadamente circunspectos, formales y mojigatos. Para descartarlo, basta recordar, por un lado, la falta de tacto, las descortesías de Antístenes y la tosquedad de Callías en *El banquete* de Jenofonte y, por el otro, la forma cargada de comicidad de Sócrates que, protegiéndose en la modestia y colocándose por detrás de Antístenes, hace el elogio zafado de las profesiones de proxeneta y corredor de prostitución (IV.60-64). Un Sócrates, muy a su gusto, bebiendo con alegres compañeros, y viendo espectáculos poco dignos de ser vistos por filósofos, al menos si nos atenemos a *El banquete* de Platón, 176 e, o al *Protágoras*, 347 d: "Cuando personas distinguidas y cultivadas están reunidas para beber no se ve cerca de ellas ni flautistas, ni danzarinas, ni citaristas".

Pero son graves en otro sentido. En primer lugar, porque eran indicadores de un rasgo disvalioso de la personalidad de un comensal que cuestionaba su pertenencia al círculo. En segundo término, y esto era esencial, porque de hecho los actos y dichos soeces perturbaban el enlace correcto y adecuado de la palabra con el resto de los elementos del banquete: la música, la comida, el vino, el disfrute de la amistad, "el saber" que cada comensal quería expresar sobre el tema que uniformaba la palabra, y las invocaciones religiosas que presidían la reunión. Los actos y dichos soeces se erigían, así, en obstáculos a la correcta y armónica combinación de los elementos, creando cesuras y disconti-

nuidades en la secuencia discursiva y terminando por descompaginar el interjuego de esos elementos entre sí y en su vinculación con el todo.

No es difícil imaginar el porqué de estas cesuras. En un conjunto donde la palabra ocupaba el lugar central, su uso nocivo y desafortunado ponía en peligro el funcionamiento global del banquete.

Por este mismo motivo, aunque no había justificación para asimilar dos cosas aparentemente heterogéneas, como el empleo voluntario y descalificado de la palabra con alguna de sus disfunciones involuntarias, orgánicas y contingentes, esta asimilación se producía de hecho.

El primer caso, era objeto de rechazo o de repudio. El segundo, de burla o escarnio, forma disimulada del rechazo. En esencia, lo que ocurría era esto: vulgaridades y disfunciones se igualaban, porque ambas trastornaban por igual el orden de la palabra.

Existe en este sentido un pasaje aparentemente irrelevante y que pasara inadvertido para la mayoría de los comentaristas, salvo para Léon Robin, donde Platón no deja de tomar en cuenta este fenómeno y su incidencia en la economía, en la clasificación interna del diálogo, y en su régimen de valoración de los encumbrados personajes de Atenas que se reúnen para hablar del amor. La primera parte de *El banquete* contiene cinco discursos de distinta extensión, donde cada uno de sus portadores muestra su individualidad, su contenido doctrinario, su profesión y ubicación en la sociedad ateniense y su estilo peculiar.

Platón es sensible a la disposición de los discursos, al principio interno en que deben instalarse, a la relación entre las ideas que han de exponer los oradores y a su enlace, ya que, el Eros-alpinista (como lo llamamos) tiene una marcha reglada hacia un fin, una marcha de lo bajo a lo alto, de lo sensible a lo racional, marcha a la que, por estrictas razones metódicas, no le resulta indiferente la articulación de esos discursos.

De acuerdo con los turnos fijados para el uso de la palabra, primero debía hablar Fedro, luego Pausanias y en tercer lugar, Aristófanes. Al llegar el momento de éste, se produjo el episodio de la disfunción fisiológica equivalente al trastorno involuntario al que aludimos: el hipo del autor de *Las nubes*, el comediógrafo y detestable calumniador de Sócrates.

Episodio a todas luces banal, anodino, que conforma un intermedio que Platón pareciera introducir para tomar un descanso en la secuencia narrativa, o bien, a fin de resaltar, con semejante impedimiento del habla de Aristófanes, la importancia del discurso del orador que lo precediera.

El pasaje 185 C de *El banquete* lo refiere de este modo: "Fue entonces, por cierto, la pausa de Pausanias; aprendí de los maestros a hablar así por isología! Pero oíd a Aristodemo: — Le tocaba, decía, a Aristófanes, tomar la palabra. Bien fuera por hartura o por alguna otra cosa, fue sacudido por un hipo que lo incapacitó para hablar. Entonces le dijo a Erixímaco, el médico, que ocupaba su lugar continuo en el lecho: — Harás bien Erixímaco en curarme este hipo o en hablar por mí hasta que se me pase.

— Y bien, replicó Erixímaco, haré lo uno y lo otro. Hablaré en tu turno y tú en el mío, después que pase tu hipo. Mientras yo hablo trata de contener la respiración por un buen rato. Al diablo, entonces, si el hipo no se decide a parar. Si no hay gárgaras con agua. Pero si al fin de cuentas fuese muy pertinaz, toma alguna cosa con la que puedas hacerte cosquillas y estornuda. Por muy violento que sea, si lo haces una o dos veces, cesará! . .

— Puedes empezar a hablar, expresó Aristófanes, yo seguiré tu receta".

Episodio del hipo, del *hoquet* inesperado de Aristófanes que estalla súbito, infiel, inoportuno, a la manera de baldón moral antes que de estigma físico.

Incidente que denuncia culpas: las de la borrachera del día anterior que Aristófanes reconoce en 176 a-b en el momento en que los comensales se ponen de acuerdo sobre el modo en que habrán de beber: "Después de esto, prosiguió Aristodemo, una vez que Sócrates se acomodó y terminó de comer él y los demás, hicieron libaciones; y después de entonar el canto en honor del dios y de cumplir con los demás ritos se dispusieron a beber. A continuación –añadió– Pausanias comenzó a hablar poco más o menos así: — Y bien, señores, ¿de qué modo beberemos más a gusto? Yo, por mi parte os digo que verdaderamente me encuentro muy mal por lo que bebimos ayer y necesito un respiro. Y creo que asimismo la mayoría de vosotros, puesto que estuvisteis también en la fiesta. Mirad, por tanto, de qué manera podríamos beber lo más a gusto posible.

Entonces, intervino Aristófanes: — Tienes, sin duda, razón, Pausanias, en lo que dices de preparar a toda costa, el

modo de beber soportable, pues también soy de aquellos a quienes ayer el vino se fue a la cabeza".

El vino no es indeseable en la fiesta, es indeseable en el banquete, si no se regula su medida. En caso contrario interfiere la palabra, desploma los cuerpos y el discurso, los ridiculiza, hace torpe el hablar. Se va a la cabeza.

Con el vino en la cabeza el banquete se transforma en fiesta y la fiesta en festín, donde los convidados hablan pero no dicen nada. El vino sin control deja el banquete sin su ley, porque el discurso es parte esencial de la ley del banquete. Controlado, se restablece el logos en el banquete, se recupera la relación entre el banquete y su ley.

En el festín no hay logos, ni ley. El festín es el banquete desarticulado, banquete sin discursos; palabra y platos mezclados, apremio de los placeres y los orines, donde lo que se libera es la vejiga y el vientre, no los discursos.

Aristófanes, empero, no es Trimalción, el presuntuoso liberto de Petronio en su comida-espectáculo del *Satiricón*, donde los odres de vino vaciados, se subían y vaciaban las cabezas, convirtiéndose en odres de pesadilla y viento. El vino-pesadilla en Aristófanes es sólo residual, temulencia del día anterior en la jerga medicinal de Erixímaco, para lo cual prescribe su receta. Receta para el hipo que tiene los mismos efectos disruptivos del vino-viento, pero también receta para ganar el tiempo necesario a fin de poner la cabeza de Aristófanes sobre sus pies y no fracturar su cuota en los discursos.

Platón, en efecto, no escoge el hipo como uno de los muchos recursos que tenía a su alcance para ridiculizar a Aristófanes. Lo escoge, fundamentalmente, en tanto disfunción en la palabra y ateniendo a que la génesis de esta disfunción es el vino, puesto que entre el vino (el placer), la palabra (el discurso) y el amor, se tejía en *El banquete* una red productora de sentido: la ley del banquete.

¿Qué otra cosa, entonces, podía resultar más grave y más cargada de peligros para la preservación de esta ley, para la conservación de la estructura de *El banquete*, que la disfunción en la palabra, o que su uso grosero, su uso para no decir nada, como en el festín?

Se conocen las diatribas de Aristófanes contra Sócrates: lo tildaba de charlatán, lo acusaba de usar mal "el arte de hacer fuerte el argumento débil", de incurrir en discusiones ociosas y justificarlo todo. Le imputaba adoctrinar a un adepto, Filipíades, enseñándole –por sugerencia de su padre

Estrepíades– a no pagar las deudas. Discípulo aventajado, este joven derrochador, que termina pegando a su padre y prendiendo fuego a la escuela de Sócrates.

¿Qué mejor venganza podía, pues, urdir Platón contra quien de esta manera se iba de boca contra Sócrates que hacerlo risible, que burlar al burlón, poniéndole precisamente con el hipo un candado en la boca?

De este modo Platón, valiéndose de lo grotesco y lo irrisorio, logra hacer caer a Aristófanes bajo la mirada censora de los comensales del banquete, la misma mirada reservada para quienes lo hubieran degradado con la mala palabra, el mal tono, los malos gestos, y los modales que desacoplaban al discurso de su ley.

Todo esto no quiere decir que la palabra, la buena palabra, la del buen tono, ligada a los buenos gestos y modales del banquete, no constituyera en los discursos no filosóficos del amor, una palabra turbulenta, en función de los referentes corporales y sensibles del Eros, un eros a ser pacificado más tarde mediante el logos sobre el amor.

### 3. El comer y el beber entre los griegos y los extranjeros

En Atenas el banquete se dividía en dos partes: el *deypnon* o *syndeipnon* (la comida) y el *potos* o *sympotos* (la bebida en común) que venía a continuación. En realidad, dice Robin al hablar de *El banquete*, el acto de beber en común había sido organizado con otro objeto que el de beber en sí. Los comensales se convierten en cobebedores, y ese "co", algo nos está queriendo decir además del placer de la bebida que, sin embargo, Robin no tematiza suficientemente.

La introducción del vino no es un acto trivial, ni displicente. Es en mucho, un acto formal solemne y controlado si se trata del banquete. Acto de apertura al placer y al placer de los discursos, placer y placer helénicos por la teoría.

El amor ata, pero el vino desata la voz del amor. En Jenofonte, lo mismo ocurrirá en Platón, el nexo entre el vino y el amor puede dirigirse hacia los cuerpos o hacia las almas. No tiene una sola dirección. Cuando se dirige al alma el vino es placer de la palabra que se derrama en una lluvia fina, que crece, florece y produce frutos. Orientado a los cuerpos, la palabra se esteriliza al hacerse indigna de los hombres libres. Decir que la palabra se esteriliza, decir que no se puede proferir, es el modo de representar la rela-

ción del amor con los cuerpos: relación indigna, relación de vasallaje, que une como mendigo al amante con el amado.

El vino medido, la palabra *medida*, el amor a los cuerpos medido, el amor a las almas, son segmentos fácticos de una categoría griega esencial, la templanza; y la templanza era una virtud del hombre libre y digno. Categoría filosófica y virtud moral, formando un par acoplado para la ideología del mundo social griego.

En la sociedad griega, en efecto, había clases y distinciones de clases, hombres libres y hombres esclavos, hombres dignos y hombres indignos, ciudadanos y extranjeros, pobres y ricos. Con estos repartos se correlacionaba la distribución de las virtudes, entre ellas la templanza, o *sophrosyne*. Los segmentos referidos por la templanza tenían un uso práctico, es decir, intervenían en el juego social para justificar o desacreditar, para aprobar o desaprobar, para aceptar o excluir. Así, para los hombres de la élite, estaban reservados los banquetes, y las medidas en el vino, el amor y los discursos. Para los otros, estaban reservados los festines, el vino y el amor sin temperancia, y el habla donde nada se dice. El Eros entre la élite enredaba a los hombres con los hombres, los hombres con las mujeres, los hombres con los dioses, los hombres con la verdad, pero también con la política. Representando a lo digno en la templanza y a lo indigno en la intemperancia, Eros y templanza, eran ideológicos.

No nuestro último autor, sino el falso Jenofonte lo dice con todas las letras en la *República de los atenienses*, I, 5-9: "En todo el mundo la élite privilegiada (*to beltiston*) es contraria a la democracia. Efectivamente, es entre los miembros de la élite donde se encuentra el mínimo de intemperancia y de injusticia, así como la máxima aplicación de todo aquello que corresponde a una persona honesta (*chresta*); en el pueblo ocurre todo lo contrario, predominan la ignorancia, el desorden y el vicio (ponería), ya que la pobreza conduce progresivamente a la vulgaridad, y también la incultura e ignorancia, que para algunos hombres es la consecuencia inmediata de su falta de recursos".

En el caso de la lluvia del vino, para el hombre digno, debía ser lluvia-fina y no lluvia-tormenta. Fina en el sentido de la templanza exigible a los convidados del banquete, y fina en el sentido del refinamiento en peligro de ser neutralizado por la lluvia-vino tormenta. Allá aquellos, a quienes el vino-tormenta les ahogaba las gargantas y la mente, les

paralizaba los cuerpos y la lengua a medida que, paradójicamente, aumentaba el vértigo del hablar sin decir. Cepas de agua cochina de los convidados a las fiestas terminadas en orgías, o en los festines. Nada que ver con el banquete, donde las cepas de agua de la lluvia-fina hacen que los convidados hablen y obren como conviene a los hombres dignos y no como conviene a los mendigos, a los esclavos, a los metecos y a los bárbaros extranjeros. Ese vino, esas cepas de agua sucia (moralmente sucia), era el que relajaba el vigor y la valentía de los persas, los cartagineses, los celtas y los íberos. Esas cepas y ese vino de los escitas y los tracios –como lo deja constar el Ateniense en *Las leyes*, 637– es tomado puro, por mujeres y hombres, ensuciando sus vestidos, en tanto se hacen a la idea de que observan una costumbre bella y beatificante.

Herodoto conocía los estragos de este vino-tormenta entre los extranjeros, y nos relata cómo llevó a la locura al hijo de Ciro, en *Talía III* de sus *Historias*.

En realidad, entre griegos, persas y escitas, se había generado una ronda de acusaciones recíprocas sobre el consumo frenético del vino; consumo sin temperancia.

Esta ronda de acusaciones era difícil de decidir, aunque la enervación podía provenir de otros elementos que el vino, como ocurría con los mismos *escythas* que cogían grano de cáñamo, lo metían bajo las capotas, lo arrojaban a las piedras encendidas de fuego, y ululaban complacidos con la evaporación. O sus mujeres, que derramaban agua en ásperas piedras machacando ciprés, cedro y palo de incienso, untándose todo el cuerpo y la cara con fragancia, para quedar limpias y brillantes en lugar del baño.

En cuanto a la ronda de acusaciones cruzadas, algo hay que acreditar, sin embargo, a la veracidad del pasaje de *Las leyes*, 637, que hace más confiable la frugalidad y educación de los griegos que la de los persas, al menos si no nos alejamos demasiado del modo de comer, beber y actuar en los banquetes, y no en los festines.

Los controles que caracterizan a los griegos sobre estas modalidades y comportamientos, no se registran, por cierto, en un banquete típico persa, donde la línea que lo separa de la fiesta y el festín, se evapora y se borra en alto grado, como lo ejemplifica el siguiente episodio, relatado esta vez por Clio I, 133: "De todos acostumbran a honrar más aquel día en que cada uno nació. Y en ése creen justo servirse más comida que en los demás; en el cual los ricos de entre

ellos se sirven un buey, y un caballo y un camello y un asno, asados enteros en hornos; y los pobres de entre ellos se sirven los pequeños de los animales domésticos. Y disponen de pocos alimentos sólidos y de muchos postres, y no juntos; y por esto les dicen que los griegos comiendo terminan sintiendo hambre, porque después de la comida no se les presenta nada digno de elogio y que, si algo se (les) presentara, no cesarían de comer. Pero son muy dados al vino y no les es permitido vomitar, ni orinar delante de otro. Ahora bien, eso así se observa, pero acostumbran estando ebrios, discutir los más serios problemas, y lo que deliberando les haya agradado, al día siguiente, estando sobrios, se lo propone el tendero, estando en cuya tienda, discuten; y si también estando sobrios les agrada, de eso disponen, pero si no (les) agrada (lo) rechazan; y los que hayan deliberado, estando sobrios, ebrios nuevamente lo discuten".

Esto hacen los ricos persas. Los griegos ricos, en cambio, no comen ni camellos, ni asnos, ni bueyes. Al tomar vino, desatan, en efecto, la palabra, pero no derraman el vino en las ropas, ni los orines delante de los otros, a quienes también sustraen y alivian de la presencia de sus náuseas, sus vómitos y otros actos reflejos. Tienen estilo. Saborean la comida que, como vimos, era la parte secundaria del banquete y hacen lo mismo con la bebida, en consonancia con lo que es, intrínsecamente, esa reunión: un acto de civilidad.

### 4. Distinción entre bebedores y comedores

En esta ceremonia de civilidad, el vino se controlaba por razones de temperancia y no por razones espurias como las que Ascilto, el joven licencioso del *Satiricón* –después de saquear su casa– atribuía a Licurgo, el más avaro de los mortales, roñoso indecente "que le pagaba sus complacencias con malos vinos y frugales comidas". Muy por el contrario en los banquetes de la juventud dorada ateniense, el vino no era malo, tenía que ser de calidad acorde, en realidad, con la buena palabra que desencadenaría. Su estatuto era el de un tesoro guardado en la bodega (*thalamos*), heredera de la habitación secreta del *oikos* del mundo homérico, aquel de comienzos de la época arcaica, en el siglo VIII, al final de la edad oscura, bodega a la que bajaba Telémaco antes de embarcarse en busca de Ulises: "Bajaba él, en tanto, a

las amplias bodegas de su padre, que el oro a montones guardaban y el bronce y vestidos sin cuento en las arcas y aceite aromoso. Unas grandes tinajas de vino exquisito y añejo en su seno encerraban, un mosto sin mezcla, una bebida de inmortales: en filas arrimadas al muro esperaban el regreso del dueño al hogar para calmarle las penas. Con su sólido ajuste cerradas halló las dos hojas de la puerta; quedábase dentro de noche y de día, vigilando el tesoro, una dueña discreta de mente, Euriclea, la de Ops, nacido a su vez de Piséñor. – Odisea II-337-347".

Es éste un pasaje en el que Homero parecía prever siglos antes, el régimen del vino en *El banquete* de Platón. Una bebida de inmortales. Vino para la filosofía. Conservado en tinajas añejas, vigilado día y noche por amas y perros guardianes.

El vino de los festines es vino de bebedores y mortales. Como ese que el petulante Trimalción ofrecía largamente en su mesa, servido con jabalíes, pájaros raros, ciervos y pescado, en cantidades más arrojadas al suelo "que las que guardan otros en sus bodegas", y que él, experto en roncar con la nariz vigilante junto a su copa, incitaba a beber, codos en la mesa, "hasta que el pescado que hemos comido pueda nadar en los estómagos".

Vino jactancioso, desparramado a lo fanfarrón en sus comidas de lujo monstruoso, a la manera de las que Juvenal condenaba en su *Sátiras I*, 4.

Licor antifilosófico, como él mismo lo proponía en epitafio para su tumba: "Aquí yace C. Pompeyo Trimalción, digno émulo de Mecenas. Pío, valeroso, fiel, nació pobre y alcanzó grandes riquezas... Dejó treinta millones de sestercios, y nunca concurrió a las lecciones de los filósofos. La misma suerte te deseo".

Vino y licor que en su abundancia y en sus mesas de pleta maciza y copas de arcilla dorada, Petronio representaba el complejo de inferioridad de este liberto presumido, pronto a beberlo no para olvidar penas, sino para levantar revanchas y resentimientos por antiguas jerarquías.

El vino de *El banquete*, en cambio, es vino de cobebedores e inmortales. Pero que también indicaba jerarquías, tales como las que Telémaco respeta al dirigirse a Euriclea: "Vamos ama, sácame de las tinajas sabroso vino, el más preciado después del que tú guardas pensando en aquel desdichado, por si viene algún día Odiseo de linaje divino después de evitar la muerte y las Keres" (II-350).

En su momento aseveramos que el "co" de los cobebedores tenía mucho para decirnos.

Uno de sus rasgos, al menos, tiene un sentido relevante que se pierde, no obstante, en los estudios de Robin. ¿Qué quiere expresar básicamente la palabra "cobebedores" o, más concreto, cuál es el sentido intrínseco que encierra la partícula "co", cuya aparición en los banquetes señala un hecho no trivial, en su doble referencia a la comida y la bebida: comensales-cobebedores?

En nuestra opinión, lo que nos está señalando en primer lugar, no es una simple coparticipación en una ceremonia común, sino un cambio profundo en la estructura de esa ceremonia. Este cambio se vincula con el enlace particular que el vino (en tanto placer) tiene con la palabra y el amor, al organizar la ley del banquete; en nuestro caso, la ley del *Symposium* platónico. ¿Pero en qué consiste esta ley? Dar respuesta a este punto no es otra cosa que penetrar analíticamente en la comprensión del modelo de estructura que pone en nexo lo empírico con lo racional, en este diálogo perdurable.

El vino en las *beuveries*, como alega Robin, hace locuaces a los comensales. Existen, sin embargo, muchos modos de locuacidad. Lo propio de la locuacidad del banquete es su carácter de "locuacidad programada" por el filósofo. Es decir, por Sócrates, el auténticamente inmortal, que arrastra los discursos de los otros hacia la inmortalidad del Eros, en su forma de amor al saber.

. . Cuando los vinos y los discursos son efecto de los cobebedores, todos ingresan y son absorbidos en su continuidad por el vino y el discurso de Sócrates sobre la Verdad. Todos, menos el vino de Alcibíades, el *enfant gâté* de la juventud dorada de Atenas, que interrumpe con rumor de juerga al final del *Symposium*. Bebedor que se resiste a convertirse en cobebedor pasando, en el fondo por alto lo que Erixímaco le dice con todas las letras, en sus preguntas de 214, b: "Qué hacemos Alcibíades: ¿con el vaso en la mano, no hablamos ni cantamos? ¿beberemos como los que tienen sed?"

Los cobebedores no tienen sed como el bebedor. La sed de los invitados es distinta de la sed de Alcibíades, y mucho más distinta lo es la sed de Sócrates. El vino de Alcibíades es vino de borracho, vino que, ante la presencia de Sócrates, le hace dar al corazón "más brincos que el de los Coribantes". Manía y delirio báquico. El vino de los invitados es en cambio el vino controlado, reglado y moderado

de quienes en todo participan tanto del Eros platónico si no se resisten a la verdad, como de la mesa y la bebida que facilita su ingreso: comensales-cobebedores.

Sócrates, por su lado, resiste todos los vinos. Toma mucho más que los demás y jamás está ebrio. Sus discursos –Alcibíades lo tiene en claro– son parecidos a los silenos que se abren. Parecen ser sumamente ridículos, envueltos por pieles de sátiros inocentes, pero cuando se penetra en su interior se descubre que son los únicos que tienen sentido.

Durante la noche, al entrar un inmenso tropel de juerguistas, la casa se hace tumulto, todos se ven obligados a beber no la lluvia fina sino la lluvia tormenta del vino. El banquete pierde, entonces, su orden y su ley. La mayoría de los comensales se retiran. Con el canto de los gallos, junto a Agatón y a Aristófanes, sólo Sócrates permanece despierto. Resistente, neutral, inmune a toda orgía. Sócrates, lo puede hacer: tiene otra manía y otro delirio báquico, los de la filosofía.

## 5. La ley del banquete. El festín. La fiesta

Ahora bien, el eje de la razón en relación con el vino –aunque conserve el placer– es indicador de la distinción que mencionamos entre el banquete, la fiesta y el festín, algunos de cuyos caracteres ya fueron insinuados.

El banquete con su ley, el festín con la falta de ley; la fiesta de contenido predominantemente religioso, con algunos segmentos en el banquete y otros en el festín.

La ley del banquete, esto quedó claro, no excluye el vino. Necesita de la presencia de Dionisos, su dios. Necesita del vino como manivela de arranque del habla de los comensales. A fin de que, en su espacio y en un tiempo liberados para el placer, se instale entre las musas y la danza, al lado de Eros, el hijo de Semele, el que escondía entre los pliegues de su manto la primera planta de vid: Aquel que, como ya lo percibimos, y se lee en Anacreonte frg. 2-4, "Somete los corazones a la resplandeciente Afrodita".

En *El placer de la ley*, texto escrito con penetración no exenta de belleza, Florence Dupont habla de la función de estos dioses en *El banquete*: Dionisos, Eros, Afrodita, las musas. Son los que harán reinar sus respectivos valores, que obran siempre imantados: el vino, el amor, la poesía.

"Venir al banquete y rehusar los placeres en nombre de las leyes que le son extranjeras, no es hacer prueba ni de moralidad, ni de austeridad grave, no es oponer el orden al desorden, es cometer una falta contra la institución, cometer una impiedad. Esta ley del banquete que va a permitir el placer, obra de dos maneras: sirve para evitar el exceso que conduce al desagrado y, sobre todo, permite la construcción de un goce cultural y la superación del placer por simple acumulación".

En *El banquete*, en efecto, no hay placer por acumulación, hay medida impuesta según su ley. Esta ley protege al cobebedor contra sí mismo, lo preserva de la náusea a que podría llevarlo el vino. Evita que sus placeres se conviertan en displacer. Dupont, lo dice con convicción: "la asociación de la ley y del placer va más lejos, como en la democracia va más lejos la unión de la ley y la libertad. Ella no tiene una función exclusiva de cuida locos. Es ella que permite el verdadero placer del banquete, ese placer complejo que asocia el vino, el amor y la palabra, es ella quien lo construye, le da su forma, lo estructura y lo ordena en el tiempo. Allí se esconde el verdadero escándalo y la insoportable paradoja de lo que es, quizás, un banquete utópico, como la democracia perfecta es utópica, pero cuya elegía ha enunciado el principio: la ley puede ser mediación entre el hombre y el mundo en una relación de goce. El placer se concibe en el interior de la cultura y al cuerpo del hombre no le bastan sus muchos deseos para conectarse con el mundo, si no pasa por el cuerpo social para tomar allí forma".

El placer y el placer del vino, tienen pues un nexo con la ley, en el interior del banquete. Lo que nos quiere indicar Dupont, en este pasaje de claras influencias freudianas, es que el lugar de trámite del placer en el universo de la cultura, es la ley. *La ley asigna al placer el modelo del goce.* El placer sin ley, nos retrotrae al mundo de la naturaleza, un mundo poblado de impulsos y energías sin censuras, sin *quantum* regulado.

La ley, en cuanto prohibición originaria, en cuanto transformación del dominio del *sein* (lo natural) en dominio del *sollen* (el deber), representa la llave de paso del universo asocial al universo controlado de la cultura, sobre cuyo malestar mucho habrá de decirnos Freud, siglos después de Platón. La relación directa del hombre con la naturaleza se sustituye a partir de la ley, o sea, de la socialización del hombre, por una relación mediada que califica o convierte al placer en placer complejo. Cuando la ley (la prohibición,

el derecho, la moral), se inscribe en los cuerpos, el cuerpo natural, los pedazos de carne que somos, pasamos a ser sujetos y el goce se erige en una nueva y distinta forma del placer instintivo y animal, por medio de esos mecanismos de inscripción de los cuerpos individuales en el metafórico cuerpo social.

Es por eso que en *El banquete*, reino de la razón platónica, en ese "banquete de los banquetes" como puede describirse al *Symposium* en tanto paradigma de un acto de civilización, el vino de los cinco comensales está controlado y, el de Sócrates, opera también –cualquiera que fuese su cantidad– bajo la inspección de esa razón y verdad que propone, en su rol de militante filosófico más que de delirante báquico.

Lo esencial del banquete es su estructura de reglamentación del placer y organización de la palabra. A través de esta doble estrategia de límite y organización, se produce un cambio de referente del banquete. Límite y organización funcionan como condición de paso de la nurtura a la cultura. Si entendemos esta estrategia, este doble juego, ya no podremos decir con Veyne que el banquete es un acto privado. Diremos, más bien, que es el acto de enlace entre lo privado y lo público. El camino es de doble calzada.

En efecto; qué otra cosa hace Sócrates, bajo la pluma de Platón, sino expropiar los placeres del vino y del amor, placeres exclusivos y excluyentes de la vida privada, para armonizarlos, basándose en su control, con la vida pública, la vida cívica de la ciudad. Los placeres son privados; el goce de la ley y en la ley la felicidad, la dicha, es pública.

La perspectiva política de este lazo, es fácil de percibir.

Por lo demás, es precisamente el modo de concebir la relación entre lo público y lo privado, lo que separaba a Atenas de Esparta y sus respectivos banquetes. En Atenas el vino se controla. En Esparta no se lo bebe. La vida entera del ciudadano está aquí sometida a la austeridad y la rigidez del régimen aristocrático militar. La libertad, no es el fin de la ley, ni la liberación el fin de los banquetes espartanos. En Esparta toda la vida, incluso la de los banquetes, es pública.

En Atenas, no hay vida pública sin nexo con la dicha privada. Por eso hay que ver al banquete "como el lugar y el medio para el hombre-ciudadano privado, de acceder al placer y al goce, paralelamente a la asamblea, que será el lugar y el medio para el hombre ciudadano-público, de acceder a la libertad y al poder".

Lo que instaura la ley del banquete en Atenas es un vínculo entre el placer privado puertas adentro, y la dicha pública puertas afuera. Los ciudadanos cultivados de *El banquete* comen, beben, se entretienen con la música, realizan un acto de sociabilidad, como ejercicio de placer privado, pero al someter a prueba su templanza con el control del vino, transforman el lugar y el medio para acceder a la libertad y a la administración del poder en la ciudad, es decir, funcionando como ciudadanos públicos. Esta migración, esta metamorfosis entre lo privado y lo público está cargada de sentido.

Lo que entra en juego es la libertad, que no se lograría con una brutal transformación de sustancia de lo privado en lo público. De la misma manera que en el ascenso del Eros cada peldaño no desaparecía con el peldaño superior, tampoco aquí desaparece lo privado en la tensión a lo público por la administración reglamentada del vino. El placer físico no desaparece con el espiritual, el placer privado no se disuelve en la mutación a lo público, a menos que se renuncie a la libertad. La relación placer físico-placer espiritual se corresponde biunívocamente con la relación de tipo político, acto privado-acto público. Es éste el sentido íntimo político del control privado del vino en *El banquete*. Es ésta su ley.

Este vínculo es tomado en cuenta por Platón en *Las leyes*, 637 *a*, al criticar el Ateniense la legislación de Esparta por haber desterrado el vino en los banquetes y decretado su abstinencia total. Extranjero de Lacedemonia, le responde a Megilo que viene de elogiar esa legislación: "todo esto es loable en la medida que se conserve su fuerza de resistencia; una vez que esta fuerza se ha desalojado, es el desorden".

Por eso el estatuto del vino como placer privado, su reglamentación, en Atenas, en el caso especial del *Symposium*, no tiene equivalentes en el mundo antiguo. No puede compararse ni con su prohibición en Esparta, ni con su uso licencioso, ya visto, entre los persas, los escythas y otros pueblos extranjeros.

Pero tampoco puede equipararse con su uso en las fiestas y los festines. Decir esto, es otro modo de enunciar las diferencias que median entre la ley del banquete, la ley de las fiestas y la falta de ley en el festín. Respecto de este último caso, ya nos sirvió de polo de referencia el *Satiricón* de Petronio.

Aquí no hay ningún medio para franquear el ingreso a la ley. Los estudiosos de estos géneros literarios, como H. Bolkestein (*Adversaria critica et exegetica ad Plutarchi quaestionum convivalium*, librum I y II), J. Martin (*Symposion, die Geschichte einer litterarischen Form*), Florence Dupont (*Le plaisir et la loi*), no encuentran ninguna continuidad histórica y retórica entre el banquete de Platón y el festín del *Satiricón*, aunque señalen muy lateralmente el germen de los festines en los *symposia géloia* cuyo germen estaba en la ebriedad de Alcibíades, y el hipo de Aristófanes. La relación entre uno, el banquete, y otro, el festín es una relación de exclusión, de ruptura. El vino sin control, el habla sin decir, y el amor sin su norma, deja al festín sin ley, sin estructura de correspondencia con el banquete. Ninguna línea se extiende entre éste y la cena Trimalchionis, o la cena Cypriani. Dupont es terminante: en el festín no hay *logos sympotikos*. No es como el banquete un acontecimiento de la palabra. Es un acontecimiento de las cosas. Los convidados articulan pero no hablan verdaderamente. Para hablar tiene que existir una relación entre la palabra y la ley, y esa relación se ha perdido.

Para enunciarlo con el sarcasmo de Dupont: mientras en el banquete el zigzagueo del vino es entre lo público y lo privado (el placer), en el festín –conviene añadir por nuestra parte– no hay estrictamente nada privado, ni público. No hay formación de regla para la política. Lo privado desemboca en náuseas y lo público sin lo previo de lo privado se desploma, o ni siquiera ha tenido oportunidad de erigirse. La ebriedad del festín es colindante con un estado paradójico de naturaleza. Este estado de naturaleza animal es, en efecto, antinatural, ya que los animales no se emborrachan. Si no tuviera resonancias rousseaunianas diríamos que, a diferencia del banquete, la ebriedad del festín es un acto de insociable socialidad.

En *El banquete*, la norma es la igualdad entre el anfitrión y los demás invitados. Ciudadanos de Atenas, su régimen político de pertenencia a la ciudad, la garantiza. El festín está armado como un artificio de curiosidad y asombro para los invitados, pero éstos actúan como claque en el teatro montado, como alabarderos pagados. El Tula y su bombo, pero en un acto remunerado y de despolitización. Parásitos y bufones de los grandes. En rigor, el festín en sí mismo, es el bufón del banquete.

En *El banquete*, las palabras se hacen discurso y, uno de ellos, el *logos sympotikos* de Sócrates es preferencial. En el

festín no bien pronunciadas se evaporan. No dan tiempo para el decir. Más que dichas, esas palabras –simples ruidos fónicos–, son proferidas. Ruidos de bocas melosas, o de bocas sucias. Palabras jeroglíficas, masa de charlatanería polisémica y ambigua. O se emiten insulsas, o con el propósito bastardo de asombrar. Nunca para debatir, o ilustrar.

Trimalción no busca el ascenso social a través de sus méritos, la elegancia de sus modales, o el refinamiento de un *savoir vivre*. Lo apoya en su fortuna material que –cree– lo protegerá de sus máscaras y mascaradas. Transforma su hablar en esos discursos travesti, en la acertada expresión de Dupont, quien resalta el vínculo fallido del liberto con la filosofía, –el mismo que ya identificamos en su epitafio– de este modo: "Y Agamenón, el profesor, dirá de Trimalción por irrisión o por lisonja, sin saber que también dice una verdad, qu'il *met tous les philosophes en chomage*". Los deja sin trabajo.

Las carencias de Trimalción, reflejan especularmente las carencias del festín, pese a toda la movilización de riquezas que hace para maravillar. Ninguna carencia, sin embargo, resulta imaginable sin la representación de un impulso, por frustrado que fuese, para llenarla o satisfacerla.

Estos impulsos son indicadores, de algo más profundo: "La ficción de un liberto sirio, esclavo sin dueño, liberado sin patrón, es la historia mítica del primer hombre libre buscando la ley. Que hayan existido o no Trimalciones, Trimalción permanece socialmente imposible, porque él es enteramente privado. Ni rey ni bufón, no sabe qué decir. La cena, ni banquete ni parodia de banquete, está hecha a imagen del anfitrión, y su lenguaje laminado, es la traducción tartamudeante de sus esfuerzos para devenir sujeto".

La imposibilidad de Trimalción de devenir sujeto, es la misma que la del festín en darse su ley. Sin ley no hay sujeto, ni textos portadores de sentido; hay hombres librados de las neurosis y destinados a las psicosis. Hay hombres con vocabularios desperdigados y sin gramática. Manipuladores de oraciones míticas que quiebran las reglas sintácticas de formación, las de transformación y las de referencia veritativa. Hombres, en fin, sin sistema de comunicación social, única vía de acceso a la ley. Vedados de ella, remedan al habitante del mundo de Kafka que envejece irremediablemente *von dem Gesetzt, ante las puertas de la ley*, sin que el guardián, el *Hüter*, le permita ingresar. Un hom-

bre que por falta de control se esconde constantemente, en algún lugar, más allá de sus límites (*Cuaderno de octava*, Carta de Lenz, 1º febrero).

Depositemos ahora nuestra mirada en las fiestas. El Platón maduro de *Las leyes* dice que fueron instauradas por los dioses mismos como tiempo de pausa y solaz, para remediar o aliviar las dificultades de la vida humana. A diferencia del festín y a semejanza del banquete, las fiestas tienen su ley. Pero esta ley no es básicamente de contenido político, sino de contenido religioso, dominios, sin embargo, que no marchan sin conexión.

Aunque no siempre se asiste a ellas para celebrar por sentimiento de piedad, un bello fasto religioso, ya sea en acontecimientos anuales o aun diarios, según los cultos. En este contexto, las fiestas eran ceremonias donde se realizaban ofrendas, sacrificios y ritos iniciáticos, se introducían y coronaban imágenes divinas. No estaban excluidas las comidas, el beber, la música, la danza, ni tampoco la discusión.

Al referirse a las *Siracusianas* de Teócrito, A. - J. Festugière, pone de resalto que la atmósfera de las fiestas, es una atmósfera de gozo y alegría, que podría ser seguida o precedida por un día de luto. El texto describe una ceremonia de honor a Adonis. "¿En qué consiste la alegría de los fieles? Consiste en el espectáculo de una comida de fiesta dedicada a Adonis, y si los fieles participan en algo, es en esta comida, o más exactamente, ellos también tras el espectáculo, organizan una comida festiva... (que la poetisa describe así): 'Pues he aquí, cerca de él todo lo que dan en su estación los árboles frutales; he aquí los frágiles jardines (los jardines de Adonis) conservados en cestos de plata, y alabastros de oro llenos de perfumes de Siria; y pasteles, todos los que las mujeres amasaran mezclando flores variadas con la blanca harina, y los que hacen con miel azucarada o cocinan en el fluido aceite; todo ello en forma de pájaros o de animales terrestres, se encuentra aquí, cerca de Adonis'".

En las fiestas, no estaba excluido el vino, como tampoco lo estaba en los honores fúnebres, refiriéndose este hecho al culto de las almas, extensamente descripto por la obra clásica de Erwin Rohde, *Psique* (1894), que influyera profundamente en los trabajos de Hans Kelsen dedicados al universo griego. El ejemplo paradigmático del empleo del vino en estas ceremonias está contenido, sin duda alguna, en el relato de la *Ilíada* del entierro de Patroclo. En el banquete

funerario, se degüellan bueyes, ovejas, cabras y cerdos, corriendo la sangre, en torno al cadáver, con "tanta abundancia, que podía recogerse con las copas". Por la noche, se le presentó a Aquiles el alma de su amigo urgiéndole para acelerar la ceremonia. En el alba desfila el ejército de los mirmidones con sus armas, con el cadáver en el centro. Los griegos depositan sus cabellos cortados y, al levantarse la pira, se degüellan bueyes y carneros para envolver con su grasa los despojos, junto a jarros llenos de aceite y miel. Se sacrifican caballos, dos perros pertenecientes a Patroclo y doce jóvenes troyanos prisioneros. "Toda la noche se la pasa Aquiles vertiendo sobre la tierra vino oscuro y tratando de conjurar la *psique* de Patroclo. Al amanecer se extingue con vino el fuego, se juntan los huesos del muerto y, después de encerrados en una urna de oro, se les levanta el túmulo funerario en que reciben sepultura".

Que el derramamiento de sangre caliente, las ofrendas de vino y la combustión de cadáveres y animales, aplacaban la psique del recién muerto, he aquí la idea que inspira el relato.

La libación para aplacar las almas de los muertos, tenía una función religiosa, propia de este tipo de culto, que nada exhibe en común con el consumo del vino en *El banquete*, más ligado con lo político y social que con lo religioso.

Vino de venganza, de odio, o de miedo, la relación de él con esta pasión negativa tenía que tener su trámite institucional.

En una palabra: ni los banquetes de Hécate, ni los de los dioses y los héroes, contaban con el mismo régimen de pertenencia del banquete. Existían, desde luego, elementos comunes; algunos de ellos estaban más cerca de lo privado y otros de lo público, por su condición de fiestas colectivas. Pero no hay que confundir este sentido de la palabra público, con el sentido que tiene cuando la empleamos en el contexto de *El banquete*: dispositivo de ingreso de los comensales a la ley, comunicación social vincular con la administración de la ciudad.

Esto no descarta, dada la relación entre lo político y lo religioso, que en ambos casos la comida y la bebida refuercen la cohesión entre los participantes y se instaure una solidaridad, una amalgama, casi una identidad, aunque operantes cada una en su propia esfera: la de la ley civil y la de la ley religiosa. La solidaridad de los comensales del banquete y la de las fiestas sólo es pensable con el entrecruce de las categorías teóricas relativas a lo político y lo religioso.

De acuerdo con todo lo expresado, la distinción sustancial entre los banquetes (en el sentido de Platón), las fiestas y los festines, pasa por la estructura de cada uno de estos actos sociales y su ley. Los banquetes y las fiestas tienen su ley. Conducta reglada, con fines de cohesión que se proyectan predominantemente en el campo sociopolítico y en el religioso, respectivamente. Lo específico de los festines, es la ausencia de ley. Sin *logos sympotikos*, el festín se encuentra destruido desde el interior, porque no se puede sostener en él la palabra. El beber funciona como una máquina de aumento y acumulación que desarticula el logos, y anula todo régimen tanto de inmanencia como de trascendencia. Mientras en el banquete la cocina, la bebida y las costumbres de mesa asimilan los invitados al anfitrión en una misma cultura homogeneizadora, en el festín, a la manera de la cena Trimalchionis, los invitados son arlequines de un anfitrión que no deja de imponer sus jerarquías, por ridículas que éstas fueran.

La ausencia de ley en el festín, quiebra al mismo tiempo la relación estructural entre la palabra y el amor. En efecto; mientras en los banquetes socráticos, dice Dupont, Callias mira a Autolycós, Pausanias suspira por Agatón, y Sócrates se acerca a Alcibíades, en la cena Trimalchionis, Encolpio no parece ver a Gitón, y el amor sólo está presente bajo las formas horrorosas de Creso, "las delicias del patrón": la casa de Trimalchion es tan inhospitalaria para los amores románticos como para los amores socráticos, porque ella no puede acoger ni la historia, ni el mito. Los corazones tiernos no entran en lo de Trimalchion. Ni Ascilto, ni Encolpio, ni Gitón, ni Creso, podrán constituirse, en efecto, en portadores de un amor escalonado hacia el amor espiritual. Sus cuerpos acumulan ebriedad del vino y ebriedad de los deseos, lascivia y corrupción de origen servil. La concepción platónica del amor no entra en su registro. Para Dupont, pensarlo, "es insultar al dios Eros, pues el deseo es asunto de alma y de iniciación".

Es –lo sabemos desde el comienzo– trabar la más formidable pretensión de la filosofía en la máquina platónica del racionalismo occidental: hacer todo manejable, hasta el amor.

# SOBRE "TEORÍA DEL ESTADO" Y VÍAS DEL CONOCIMIENTO

MARIO HÉCTOR RESNIK*

## 1. INTRODUCCIÓN

La "lección" es una sobrevivencia de concepciones tradicionales de la educación. La "lección" era correlativa de una especial actitud docente, aquella que ostentaban los llamados "maestros", esas personas que se distinguían no sólo por la especial calidad y dimensión de su saber, sino también, pero muy especialmente, por la calidad de su trabajo didáctico y la riqueza fecundante de sus enseñanzas. De más está decir que las calidades de "lección" y "maestros" quedaban reservadas a unos pocos profesores, que alcanzaban en el ámbito académico y aun cívico, aquella categoría eminente. Y de un maestro sólo cabe esperar "lecciones", por definición.

De ahí que la expresión "Lecciones", reservada en esta publicación a los trabajos producidos por profesores de esta casa de estudios, resulte algo presuntuosa, en muchos casos. Pero fundamentalmente, con seguridad no se trata de una lección en el caso de las páginas que van a leerse.

El modelo de lección, pues, que en general tenemos en mente no será satisfecho por esta nota aproximativa, en la cual se ha pretendido enhebrar algunas reflexiones acerca de la llamada "teoría del Estado", así como otras referidas a las diferentes maneras por las cuales puede abordarse una rama cualquiera del conocimiento humano, incluida la conocida como "teoría del Estado".

* Profesor Adjunto de Teoría del Estado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

En el apartado 2 de este trabajo hemos querido referirnos a ciertas generalizaciones –y generalidades– de una concepción del conocimiento humano, mientras que el apartado 3 se dedica a algunas aproximaciones de la teoría del Estado.

## 2. Las vías del conocimiento

Partimos de la idea de que no existe una clase única de conocimiento; de que sólo existen conocimientos parciales del universo y únicamente que una mente omnicomprensiva podría integrar en un conjunto de proposiciones todos los elementos del universo, o agotar, en relación con algunos de ellos, todas sus perspectivas posibles.

Así como no existe una clase única de conocimiento, del mismo modo no existe una vía exclusiva que nos conduzca hacia él.

Estas afirmaciones se derivan de una comprobación: en el mundo espiritual –utilizamos la palabra "espiritual" por carecer de otra mejor– que habitamos los argentinos confluyen, en materia de conocimiento, dos tradiciones, originariamente disímiles, pero que, sin embargo, entraron en contacto, sin que hasta el presente ninguna de ellas se haya disuelto en la otra.

Una es la tradición bíblica, de raíz judeo-cristiana. La otra es de matriz greco-romana. La primera se nutre de elementos religiosos, y reivindica un saber intuitivo, de presentación paradójica, cuya captación depende más de los sentimientos y de las emociones que de la percepción racional. No desdeña los elementos racionales, pero no los deifica.

La segunda, en cambio, eleva la razón, el razonamiento y lo intelectual a la altura de la suprema instancia del saber. Tampoco desconoce la presencia de elementos de índole irracional en la formación del saber humano, pero los relega a un plano de secundaria importancia[1].

[1] Estas ideas han sido expuestas por Jaime Barylko, en *El aprendizaje de la libertad*, Bs. As., Eudeba, 1987, p. 119 y siguientes.

Desde otro punto de vista, se trataría de la contraposición de enfoques que se plantea entre el positivismo, por un lado, y la fenomenología, el existencialismo y el pragmatismo norteamericano, por el otro. Presenta y trata de explicar esta dicotomía Hannah Fenichel Pitkin (*Wittgenstein: el lenguaje, la política y la justicia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 457, 458, 480 y 486).

Se trata, en definitiva, de la contraposición razón-sentimientos, que convive en todo individuo humano, que ha dado tantos motivos de reflexión a psicólogos y sociólogos, y tantas oportunidades dramáticas y cómicas a novelistas, poetas y dramaturgos.

1) En las sociedades más desarrolladas de occidente se han realizado ingentes esfuerzos en favor de una equilibrada integración entre ambas formas de considerar el saber humano.

Pero, sea que se las trate de integrar, sea que se intente privilegiar una en detrimento u olvido de la otra, nos resulta difícil concebir la adopción de una perspectiva o la inclinación por una vía hacia el conocimiento, que no haga suya, que no presuponga, alguna imagen del hombre. O, en otras palabras, que no implique una antropología, expresa o implícitamente adoptada.

2) Muchos autores de las ciencias sociales contemporáneas han mostrado su insatisfacción con las vertientes de esas disciplinas que han manifestado apego a las formas racional-objetivistas de concebir el saber en materia social.

Paralelamente al apogeo de las ciencias físico-naturales que se produjo a finales del siglo XIX y principios del XX, pareció que el único modelo respetable para una ciencia social era el que se derivaba de las ciencias exactas y naturales, las cuales exhibían el más formidable aparato experimental y lógico de toda la historia occidental.

Mas, paulatinamente, ese modelo fue presentando fisuras y generando insatisfacción en muchos cultores de las ciencias sociales. No poco influyó para estos desarrollos, la carga doctrinaria y teórica del aporte que significó para las ciencias sociales el pensamiento de Karl Marx.

No resulta posible dejar de lado su contribución al plantear el objetivo de la integración del conocimiento, el ingreso de las ciencias de la conducta dentro del cuadro de las ciencias sociales o humanas, según se prefiera.

A título de ejemplo de la penetración de nuevos conceptos en las ciencias sociales a favor del aporte realizado por las escuelas vagamente denominadas "humanistas", habría que citar a Carl R. Rogers, psicoterapeuta norteamericano contemporáneo y pensador de relieve, quien incorporó a su concepción científica elementos elaborados por el filósofo Martin Buber, filósofo de raíz y sustancia judías, bíblicas, receptor, a su vez, del influjo de las corrientes existenciales

de nuestro siglo. Buber, por añadidura, en el campo político, adhería a las concepciones del socialismo crítico, no ortodoxamente marxista, y ciertamente cercano a actitudes del anarquismo humanista[3].

Otro autor que muestra de modo flagrante la interpenetración de las dos culturas a que nos referimos en el apartado 2, es Erich Fromm, miembro de la llamada Escuela de Frankfort, cuyo pensamiento tiene tres raíces perceptibles, algunas análogas a las de Martin Buber: judeo-bíblicas, freudinas y marxistas. En los últimos años de su vida, enriqueció parte de sus concepciones al fusionarlas con el budismo Zen.

3) Creemos que las formas habituales del pensamiento occidental de raíz greco-romana han sufrido el fuerte impacto de formas de pensamiento y de aproximación no científicas. Un impacto simétrico ha recibido la cultura oriental, la cual ha terminado por adoptar como modelo de desarrollo deseable las formas que el occidente capitalista generó y ofrece al mundo como estilo de vida deseable.

4) Esta penetración de concepciones afectivistas o irracionales, según se prefiera, no ha carecido de contradictores entre los epistemólogos y metodólogos contemporáneos.

Un buen ejemplo de esas dificultades lo proporciona la polémica entre Karl R. Popper y Thomas Kühn.

Resulta claro que mientras Popper es un epítome de la postura racionalista, Kühn representa una cierta apertura,

[3] Las concepciones de Carl Rogers fueron explicadas por él mismo en muchos lugares. Citamos a título de ejemplo *Grupos de encuentro*. Bs. As., Amorrortu, 1974. Otras obras importantes de Rogers son *El proceso de convertirse en persona*. Bs. As., Paidós, 1977, *El poder de la persona*, México, El Manual Moderno, 1980. El último libro que conocemos de Rogers –ya fallecido– es *El camino del ser*, Barcelona, Kairós, 1987, en el cual se acentúa aún más la influencia del pensamiento oriental sobre su obra. La interfluencia entre pensamiento oriental, occidental, utópico y socialista es bien perceptible en Buber, del cual citamos, a título de ejemplo: *Caminos de utopía*. Bs. As., México, Fondo de Cultura Económica, 1955, en el cual expone sus concepciones político-sociales, incluidas las que basan o fundamentan la existencia de los *moshav* y los *kibutz*, formas típicas de organización social del moderno estado de Israel. Tampoco resulta posible olvidar el clásico *Yo y tú* (Bs. As., Nueva Visión, 1984), la obra donde se expone la significativa idea del encuentro, de fecundidad incalculable para la consideración de cualquier fenómeno de la interacción humana. En Buber confluye la tradición bíblica con el pensamiento existencial más el pensamiento del progresismo social, de matriz marxista y anarquista, como dijimos.

desde una perspectiva científica, de la ancha puerta de la subjetividad en el ámbito de la investigación científica.

Lo curioso es que Popper no desconoce el papel que cabe asignar a la subjetividad de los pensadores en la elección de los temas, en el enfoque con el que se los analiza y en las soluciones a que se arriba. Pero admitida esa presencia subjetiva, privilegia los datos objetivos, aquellos que puedan refutarse por un científico, utilizando también el método científico[3].

La conmoción producida por las ideas de Kühn fue mayor a lo previsible en razón de que su marco de referencia es exclusivamente el de las ciencias físico-naturales, ámbito en el cual –nos parece– se hace un culto (se considera un mérito), de la despersonalización de la actividad científica.

El aporte de Kühn repercutió de modo distinto en el campo de las ciencias sociales. En éstas, de un modo o de otro, las cuestiones subjetivas siempre se encuentran planteadas como un problema vital.

No otra cosa es el recurrente tema de los valores en ciencias sociales, una de esas polémicas que se presentan como inagotables, en la cual pone en juego los aspectos más íntimos y por ello más secretos de la personalidad de los investigadores[4].

5) La cuestión es el papel que se le puede asignar a los elementos subjetivos en la investigación científica, incluyendo en esos elementos subjetivos a los valores del investigador y a los de las personas cuyas conductas se convierten en el motivo de la investigación.

[3] Una buena y accesible explicación de esas concepciones de Popper puede verse en *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Bs. As., Paidós, 1967, p. 258 y siguientes.

La presentación clásica de las ideas de Kühn se encuentra en *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

Una sorprendente intuición del pensamiento de Kühn surge de José Ortega y Gasset (*En torno a Galileo*, Madrid, Revista de Occidente, 1956). En general, los autores que se refieren a la idea de "paradigma" (aporte de Kühn), dejan de lado la anticipación de Ortega, quien resulta desmerecido en sus logros como consecuencia del modo inorgánico en que presenta sus ideas.

[4] Para apreciar una visión de conjunto del tema de los valores en su relación con la investigación científica, con especial referencia a la cuestión en ciencia política, la obra de referencia obligada es Arnold Brecht (*Teoría política*, Barcelona, Ariel, 1963, p. 231 y siguientes).

En ese orden de ideas, nos planteamos varios interrogantes:

*a*) Si importa –si resulta valioso, pertinente, interesante– atender al momento subjetivo de la investigación –cualquier investigación–, en todos los tipos de ciencias, pero especialmente en las ciencias sociales.

*b*) Si atender al momento referido en *a*, contribuye a configurar una explicación más acabada del tema de que se trate.

*c*) Si existe algún modo de someter a escrutinio más o menos indubitable aquel hallazgo, teñido por elementos subjetivos del investigador.

*d*) Si lo investigado –momento digamos objetivo del proceso–, puede disociarse del momento subjetivo del investigador.

Tenemos la impresión de que no resulta útil –ni posible– desdeñar el momento subjetivo, que representa el estadio inicial de toda indagación acerca del mundo. Hasta el propio ascético Popper reconoce, ya lo dijimos, la existencia y la significación de ese momento subjetivo, incluso en la disciplina filosófica. Admitimos que se trata de una variable –siempre presente en la labor científica–, pero de difícil contralor.

Sólo podría controlarse de modo mediato, a través del análisis lógico de los resultados.

En tanto y en cuanto no estemos en condiciones de desarrollar un instrumental de contralor y de evaluación, confiable y público, sólo estaremos habilitados para reconocer la existencia de ese factor subjetivo y estar alerta ante la posibilidad de que ese elemento subjetivo tiña –afecte–, de modo indeleble nuestro conocimiento pretendidamente objetivo.

Habría que tener en cuenta que, en verdad, no existe la posibilidad cierta de que el conocimiento se pueda dividir, de modo tan simple y límpido, entre dos categorías, "objetivo" y "subjetivo", como si entre ambas se pudiese abrir un abismo insalvable. Tal pureza de categorías no pertenece, en apariencia, a nuestro mundo, incluidos los individuos humanos y sus producciones científicas[5].

[5] Este tema también se presenta en el campo de los objetivos de la educación, en los cuales se distingue entre objetivos cognoscitivos y objetivos afectivos. Pero los autores que utilizan esa taxonomía reconocen que ambos grupos de objetivos se presentan intervinculados recíprocamente y

6) De lo precedentemente esbozado esperamos que resulte advertible lo dificultoso que implica exponer una metodología para las ciencias sociales, que permita distinguir, en el discurso científico, lo fáctico de lo valorativo. Y esto no sólo por dificultades que pueda plantear el lenguaje humano. Esto también –esta dificultad– se deriva de que el hacer humano –y el lenguaje también es un hacer– es sustancialmente ambivalente. El lenguaje es un hacer que expresa pensamientos y los valora, que describe procesos y suscita sentimientos, que norma acciones y que contribuye a sancionar las violaciones a esas propias normas.

¿Cómo habría de extrañar, entonces, que para los científicos sociales todavía resulte un enigma sin resolución a la vista la cuestión de los valores en la formulación de enunciados científicos? Ésa es una cuestión insoluble para los partidarios de la unificación de las ciencias, las exactas y naturales y las sociales; lo es también para quienes sigan a Max Weber y su célebre teoría de la *comprensión*.

Y esto es así porque el científico también valoriza y valora al momento de encarar su tarea científica. Es una misión imposible pretender que alguien, por mejor dispuesto que esté o se crea, se encuentre en condiciones de escindir de modo total y definitivo su ser científico de su ser valorativo.

Si todas esas dificultades son ciertas, si han sido vividas por los científicos sociales de muchas épocas, resulta factible pensar que ello ha sido así por razones muy profundas, que se vinculan con aspectos definitorios de las personas. No es éste el momento de ampliar las referencias al tema de los valores en las ciencias sociales.

Pero sí señalamos que, habida cuenta de esa enorme dificultad que representan los valores en las ciencias sociales –junto con la cuestión de la predictibilidad y la formulación de leyes–, cabe indicar lo arduo que debe resultar en ellas distinguir la *doxa* (mera opinión) de la *episteme* (la verdad).

A este tema –la distinción entre *doxa* y *episteme*– también se refiere Popper en la obra citada anteriormente.

Si aceptáramos los pensamientos que podrían inferirse a partir de los escritos de Wittgenstein, o los desarrollos de

---

dependen unos de los otros. Más todavía: consideran unos objetivos condición para la existencia de los otros. En realidad, la distinción es meramente analítica, y la expone Benjamín Bloom, *Taxonomía de los objetivos de la educación*. Bs. As., El Ateneo, 1973.

la moderna ciencia de la comunicación humana, deberíamos aceptar que casi todos los enunciados lingüísticos son una mezcla de *doxa* y *episteme*. Aun los enunciados que en una primera aproximación podrían calificarse como enunciados fácticos, también reflejan opiniones, valores, creencias, enunciados que no podrían verificarse concluyentemente en ninguna instancia. Todas estas afirmaciones se apoyan en desarrollos teóricos serios, que reconocen su punto de partida en el antropólogo Gregory Bateson, recogidos posteriormente por Paul Watzlawick, Don Jackson y otros. Más todavía, de acuerdo con los avances de las teorías llamadas "constructivistas", el concepto de "realidad" se adjunta al calificativo de "inventada". En verdad, de acuerdo con esa doctrina, ninguna "realidad" sería "natural". Siempre, aquello que denominamos "realidad" es un conjunto de percepciones "construidas" sobre un soporte que aporta el individuo que "la construye"[6].

Si se aceptaran las conclusiones de la teoría de la comunicación humana, tal como quedó expuesta en los textos que se mencionaron más arriba, *doxa* y *episteme* serían categorías que deberían reservarse para su utilización dentro de una concepción meramente excluyente, intelectualista del conocimiento, al estilo del saber que privilegiaron los sabios griegos.

7) Si lo expuesto hasta estas líneas tiene visos de verosimilitud, podemos concluir que la concepción de la ciencia social que parte de Saint-Simon, continúa con Comte y se perfecciona con Durkheim, para presentar manifestaciones más desarrolladas, sobre todo desde el punto de vista metodológico en el Círculo de Viena, con su idea consecuente, de la unidad de las ciencias, tanto las exacto-naturales cuanto las sociales y humanas, no resulta satisfactorio. O, para decirlo en términos más humildes, no nos resulta satisfactoria. En una palabra, no es convincente una actitud que resuelve todo el conocimiento social en una aproximación que intenta ser puramente intelectual y objetivista.

Como tampoco nos resultaría plausible una concepción totalmente opuesta, en la cual sólo emergería, casi exclusi-

[6] Para estos conceptos, puede verse: Ruesch, Jürgen - Bateson, Gregory, *Comunicación. Matriz social de la psiquiatría*, Bs. As., Paidós, 1985; Watzlawick, Paul, y otros, *Teoría de la comunicación humana*, Barcelona, Herder, 1983; Watzlawick, Paul, *¿Es real la realidad?*, Barcelona, Herder, 1981; Watzlawick, Paul, y otros, *La construcción de la realidad*, Madrid, Gedisa, 1988.

vamente, el aspecto subjetivo, por lo cual llegaríamos a lo panfletario o lo puramente personal, sin repercusiones para la comunidad, sea la restringida científica o la social general.

8) Cabe plantear, ante ese cuadro de oposiciones metodológicas, cuál puede ser el papel que, a nuestro juicio, sería deseable que desempeñara el docente de una disciplina social, en nuestro caso, Teoría del Estado o Ciencia Política.

9) La dificultad inicial es advertida por el propio alumno y se traduce en la práctica imposibilidad de intercambiar textos con cátedras. Y ésta es una cuestión que no necesitamos plantear ante eventuales lectores que también son alumnos de esta Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Quede en claro que no se trata de una dificultad que sólo deben arrostrar los alumnos de esta Facultad; idénticas circunstancias padecen los discípulos de otras Facultades de Derecho de todo el país (¿de todo el mundo, quizás?).

Dicho de otra manera, si en la cátedra "A" se utiliza el texto "A", este manual o tratado no podrá utilizarse en la cátedra "B", pues ésta se sirve –con práctica exclusividad– del texto "B", y así sucesivamente[7].

10) Ya el lector de esta publicación conoce por su propia experiencia que cualquier disciplina que haya abordado en este ámbito le ofrece múltiples oportunidades de discrepancias, ya sea de los docentes entre sí y con los alumnos y de los textos entre sí.

Por añadidura, las discrepancias que se presentan entre las diversas presentaciones de cada materia se agravan en razón de que, en una primera lectura, parecen ser incompatibles entre sí. Pero ello no es así, por cuanto en el libro que los profesores recomiendan, esas discrepancias finalmente se superan –es una manera de decir– cuando el libro expone la única posición "verdadera", aquella que es sostenida por el autor, la cátedra y varios de sus colaboradores.

[7] Resulta notable recordar que el Estatuto Universitario que regía en 1968 garantizaba, al menos de manera normativa, el derecho del estudiante a no someterse a las ideas del profesor y, por ende, no quedar sumido en la obligación de atarse a ningún texto "canónico". En el Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires esa garantía podía leerse en una de sus paredes. Sin embargo, dudo que el profesor que había dispuesto la exhibición de ese texto admitiese mansamente la utilización de textos de la materia debidos a otros profesores.

Lo expuesto es una descripción de hecho, aunque con una carga valorativa implícita negativa para ese estado de cosas.

*11)* En síntesis, ante esa situación, uno de los papeles de los docentes consistiría en:

a) Explicar un tema, de acuerdo con su leal saber y entender.

b) Exponer las opiniones de autores importantes que existan sobre el tema.

c) Tratar de crear un clima de convivencia en el cual resulte posible fácticamente y altamente deseable en lo psicológico-grupal, motivar la activa participación creativa de los alumnos, tratando de que desarrollen alguna forma del pensamiento crítico, etcétera.

Estos aspectos del papel docente han preocupando a las autoridades, docentes y alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales desde la década de 1960, por lo menos, con un pico de interés en la década de 1970 y recurrentemente hasta hoy. Los intentos han sido muchos y los resultados no han sido profundos hasta nuestros días. De cualquier modo, vale la pena persistir en el intento, partiendo de la concepción de que el trabajo docente es una verdadera tarea de Sísifo, en la cual se debe "sembrar como mil para cosechar como uno" (Nicolás Repetto)[4].

[4] Comentamos, al pasar, que muchos intentos postulados de renovación educativa en la Facultad de Derecho desoyen casi todos los aportes de la moderna psicología, individual, grupal y pedagógica, y pretenden, en realidad, encubrir su ideología autoritaria con apelaciones al método socrático. De cualquier modo, aun ese método arcaico es un avance en relación con las formas más tradicionales de concebir la tarea pedagógica para los alumnos de derecho (ver, a este respecto, de Miller, Jonathan M., *El método de casos y la educación legal en la Argentina*, en "Saber abierto", Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1988, nº 1, p. 98 y siguientes).

Creemos que vale la pena aclarar que el método de casos no se encuentra reñido con la pedagogía humanista que defendemos. Y que el método socrático que propone el profesor Miller se contrapone con la idea de la participación discipular en la elaboración de la clase. El método socrático que se propone se asemeja más a un corsé que a una ética y técnica de la comunicación. Lo que en realidad hace el profesor que trata de imitar el método socrático es guiar al alumno por una senda ya prefijada, con escaso espacio para la creatividad. Si se lleva el razonamiento un poco más lejos, quizá se concluya en las dificultades que se presentan para difundir un método humanista en una Facultad de Derecho, en la cual, en el fondo, se trata de que los alumnos adopten las formas de pensamiento y las

*12)* También resulta factible considerar que, en verdad, el papel del docente en la educación superior sea multimodal, de tal manera que por momentos sea a, b o c, según las circunstancias de tiempo, lugar u otras que se le presentan en el curso de su ministerio.

*13)* Dentro de ese marco conceptual apenas esquematizado incompletamente, referido a nuestra concepción de la función docente, esbozaremos algunos puntos de vista vinculados con la teoría del Estado, con la intención de que sirva de expresión de ideas acerca de ellos, en un momento puntual del tiempo –junio-julio, 1989–, para allegar algunas pautas informativas, pero por sobre todo, para incitar a la reflexiva discusión, crítica y, si así correspondiere, a la demolición de lo expuesto.

### 3. Teoría del Estado y perspectivas metodológicas

Desde nuestro punto de vista, las ciencias sociales se encuentran afectadas por tres problemas recurrentes, a saber: a) el lenguaje; b) los valores; c) la metodología de investigación.

Los tres capítulos se encuentran íntimamente entrelazados y parece altamente probable que el punto de vista que se adopte para encarar uno cualquiera de ellos haya de definir los puntos de vista que configuren el análisis de los restantes.

Los aportes de Max Weber, Ludwig Wittgenstein y Gregory Bateson constituyen tres buenos ejemplos de lo dicho en el apartado precedente.

Max Weber se preocupó por las cuestiones metodológicas, pero al hacerlo debió incursionar resueltamente en el ámbito del lenguaje sociológico y político[8].

---

valoraciones de sus mayores, en sentido cronológico y psicológico, esto es, sus padres, profesores y jueces. Cualquier creación en el campo de las normas es considerada, más que como creación como desviación. Queda para otra ocasión analizar si resulta posible aplicar un método humanista y creador en una escuela de derecho cuya orientación se dedica a la "formación" o "entrenamiento" de individuos destinados a litigar dentro del marco de un orden normativo (coactivo), dado heterónomamente. Pese a todo, ya utilizar el método socrático (versión Miller) representa una pequeña ventaja, desde el punto de vista comunicacional en el trabajo de aprendizaje.

[8] Fenichel Pitkin, en su obra ya citada, se refirió a la tarea redefinido-

Ludwig Wittgenstein, uno de los padres de la escuela lingüística de la filosofía contribuyó a la reflexión y al esclarecimiento de problemas filosóficos y éticos de primera magnitud a través de la lente del estudio del lenguaje [10].

Gregory Bateson, por su parte, no pudo desconocer el papel de los valores en las ciencias sociales, cuando comenzó a elaborar su teoría comunicacional sistémica [11].

Insistimos desde hace varios años en distinguir conceptos básicos en torno a los temas centrales, a nuestro juicio, de una teoría del lenguaje aplicada al conocimiento político.

Para el análisis del universo político reviste primordial importancia reconocer que el lenguaje no cumple exclusivamente una función, llamémosla indicativa, la de nombrar objetos.

Además de señalar objetos, el lenguaje es el nombre que recibe una actividad humana, que excede la de denominar objetos o la de expresar sentimientos o la de suscitarlos o la de recomendar definiciones persuasivas.

Muchas actividades humanas consisten, precisamente, en "hablar" o "escribir". Piénsese en actos tales como "legar", "testar", "prestar juramento de Presidente de la Nación Argentina", "cometer perjurio", "promulgar una ley", "condenar a un reo", etcétera.

Esas aclaraciones elementales sobre el lenguaje –tema que no constituye el meollo de este trabajo– son algunas de las que pueden emitirse a partir de los desarrollos debidos al Círculo de Viena, la escuela oxoniana del lenguaje y Ludwig Wittgenstein [12].

---

ra efectuada por Weber, especialmente con la palabra "legitimidad". La autora es crítica del resultado de esa labor de Weber.

[10] Respecto de este tema también resulta esclarecedor, al menos como planteo, la obra de Fenichel Pitkin.

[11] Vale la pena apuntar que Bateson también concretó aportes a la ciencia política, aunque los autores que de la especialidad conocemos no parecen haberse percatado de ello. La excepción la constituye Karl Deutsch, quien se refiere a Bateson cuando explica el aporte sistémico a la teoría política (Bateson, Ruesch, Comunicación, p. 129 y ss.) donde los autores se refieren específicamente a los partidos políticos como "sistemas de regulación y equilibrio internos".

[12] Entre nosotros abordó la temática del lenguaje, dentro de esos lineamientos, Genaro Carrió, en una obra notable, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1965. Otra obra interesante de Carrió, específicamente sobre el lenguaje jurídico y el de la política es *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Bs. As., Astrea, 1973.

Las consideraciones filosófico-lingüísticas acerca del lenguaje humano no concluyen dentro de aquellas disciplinas. También se registran repercusiones de esos mismos desarrollos en la teoría de la comunicación humana, materia a la cual ya tuvimos ocasión de referirnos anteriormente. Junto con la teoría de la comunicación humana se incorpora a las ciencias sociales la teoría de los sistemas generales, creada por Ludwig von Bertalanffy (*General system theory. Foundations. Development. Applications*, Londres, Penguin Books, 1973).

*1)* Dentro de un enfoque lingüístico de análisis uno de los rasgos más salientes de los lenguajes humanos naturales es el de la ambigüedad de muchas palabras, junto con la vaguedad de todas las palabras de ese tipo de lenguaje.

Si fuese necesaria una palabra para ilustrar acabadamente esa característica de la ambigüedad, "estado" sería uno de los vocablos más adecuados.

Creemos desde el punto de vista de una ciencia empírica, que no existe nada en el mundo sensible que pueda ser llamado "Estado". Así lo insinúa Ernst Cassirer en *El mito del Estado*. Así lo diría un representante de la escuela realista escandinava, tal como Alf Ross. Así lo sostendría también cualquier afiliado al positivismo lógico. Así lo mantuvo Margaret Mac Donald, en *Essays on logic and language. First series*, citado por Carrió, "Sobre los límites", p. 91 y siguientes.

Si bien creemos que no existe en el mundo empírico una cosa llamada "Estado", tal como lo probaría una lectura atenta de los clásicos de la teoría política o bien los autores de la teoría general del Estado de raíz germánica, podríamos intentar un esfuerzo de traducción del ruido "estado" –ruido o mancha en el papel en el riguroso sentido utilizado por Rudolf Carnap, en *Meaning and necessity*, entre otros– a términos de la teoría de los sistemas generales.

Aventuramos ensayar la siguiente traducción en términos de la teoría sistémica: dentro de ella "estado" designaría un subsistema de interacciones humanas que operarían dentro del más amplio sistema social. Esta traducción sistémica se conjugaría parcialmente con la concepción normativa kelseniana, que identifica, en cuanto sistemas normativos a "estado" con "derecho". Además, es perceptible que tampoco "derecho" designa cosas empíricamente advertibles del universo sensible. Pero se alejaría de la concepción kelseniana en la medida en que en la definición sis-

témica tienen cabida otros elementos, además de los puramente normativos, por ejemplo, los psicosociológicos, los culturales, los económicos, etcétera.

En verdad, si se rechaza la perspectiva metafísica, "estado" es una abreviatura, al estilo de una fórmula taquigráfica, mediante la cual nos referimos, de modo lingüísticamente simplificado, a un conjunto de fenómenos de diversa naturaleza e índole. Resulta más cómodo –y, en ocasiones, más eficaz– para la comunicación rotularlos, a todos esos fenómenos, con la breve y conocida palabra "estado", que elaborar una larga y quizá sinuosa explicación para referirse al mismo fenómeno o conjunto de hechos.

Pero el equívoco no se agota en la palabra "estado". No sólo hay dificultades para percibir el referente de la palabra. También se perciben diversas concepciones acerca del rango o alcance que debería tener una disciplina que se dedicara al estudio de esa cosa –sea lo que fuere– llamada "estado". Incluso aunque tal cosa no existiera.

Con lo cual se presenta la extraña situación en la que no sólo se duda acerca de la significación de la palabra central –"estado"–, sino que también se vacila en el carácter que se le debe asignar al estudio de la disciplina: "teoría general", "teoría", "doctrina", todas, eso sí, del Estado.

Así nos encontramos con Georg Jellinek, quien escribe una voluminosa *Teoría general del Estado*, pero también con Hermann Heller, para quien sólo cabe referirse a una *Teoría* (no general) *del Estado*.

Tras la diferencia que en apariencia es sólo de terminología, se esconde una distinción conceptual, una variante en el significado que cada uno de esos autores atribuye a "estado".

Mientras que para Jellinek bajo el rótulo "estado" se pueden englobar muchas de las formas de organización jurídico-política que han conocido pueblos cuya existencia se remonta hasta un pasado muy remoto, para Heller la denominación "estado" debe reservarse a una forma concreta de organización jurídico-política, aquella que se conoce específicamente como "Estado (moderno)", desarrollada en Europa occidental e Inglaterra, y cuya antigüedad oscila en los cuatro o cinco siglos.

A esa discrepancia conceptual y terminológica se le puede sumar aun la que aporta Jean Dabin, quien titula su obra acerca del Estado con el nombre de *Doctrina del Estado*. Con todas las implicancias y dificultades que el térmi-

no "doctrina" conlleva en el terreno de las ciencias sociales, especialmente en la ciencia política[13].

Si es verdad, como dice Bloom, que dominar una terminología es el primer y necesario paso para el dominio de una disciplina científica, ya quedaría planteado un escollo insalvable para que dominar la teoría del Estado sea una empresa factible de emprender.

2) Si grande es la dificultad lingüística que suscita la teoría del Estado, no menos importante es la cuestión relativa a su indefinición metodológica; una indefinición metodológica que no es patrimonio exclusivo de la teoría del Estado. Resulta palpable que mucha y buena parte de las disciplinas jurídicas y de la ciencia política adolecen de idéntica imperfección.

Esa imperfección adopta varias facetas. Los juristas y científicos de la política a menudo no son conscientes de la mera existencia de dichas cuestiones y, por añadidura, en el desconocimiento, dan por supuestos conceptos metodológicos de variada laya, que condicionan el conocimiento y que conducen, en ocasiones, a la labor de investigación por senderos de difícil acceso, a veces tortuosos, o inciertos e inseguros.

Dentro de la generalizada confusión o ausencia de claridad metodológica, resaltan, entre las más difundidas, las siguientes aproximaciones:

a) La tradicional aproximación mixta que predomina en la disciplina relativa al Estado, que no alcanza a ser, en esta aproximación, ni puramente jurídica ni puramente histórica ni tampoco social. Un ejemplo de esta perspectiva lo

[13] Para este tema, puede verse, con grandes reservas, la conocida Ciencia política, de Marcel Prélot, donde se define estipulativamente "teoría" y "doctrina" políticas. El concepto allí expuesto choca con el significado de "teoría" política en la literatura especializada norteamericana sobre la materia. Este concepto de "teoría" en la ciencia política norteamericana se puede advertir en George Sabine, *Historia de la teoría política* –en verdad, una obra sobre historia de las ideas políticas– o en Sheldon Wolin, Político y perspectiva. De la lectura de estos dos autores se pueden inferir las divergencias que separan a Prélot de los conceptos prevalecientes en la literatura de análisis político norteamericano.

Una forma viable de encarar las diferencias entre doctrina y teoría, desde el punto de vista de una teoría lingüística, sería la de considerar doctrina a los enunciados políticos en los cuales predominen las formas emotivas o persuasivas, en tanto que en los enunciados teóricos predominarían las formas descriptivas. Pero esta sugestión dista de resultar satisfactoria.

ofrece Jellinek en su obra clásica, ya citada. Esta posición está muy difundida en la Argentina, a partir de la introducción en nuestros planes de estudio –en las Facultades de Derecho– de la materia denominada "Derecho Político". También se la utiliza todavía hoy en parte del resto de América. Aún se la enseña; conserva, pues, una difusión muy importante [14].

b) Otro enfoque posible para el tratamiento del tema de la teoría del Estado estaría constituido por la llamada escuela del realismo jurídico, sea en su vertiente anglosajona o en su presentación escandinava.

Para los anglosajones, la preocupación por el Estado –más propia de las mentes de formación germánica o latina– es reemplazada por el intento de comprender el mecanismo del gobierno, ese mecanismo que puede ser reducido a ciertas interacciones humanas.

Los realistas escandinavos, reducirían el Estado de nuestra mentalidad latina, a un conjunto de conductas observables, con apartamiento de todo recurso, para la explicación, al concepto de normas.

Más allá de los cuestionamientos metodológicos que fuera posible inferirle a esas concepciones, nos parece que el realismo no resulta una presentación convincente de los fenómenos estatales, sobre todo para las mentalidades latinas.

Sea por esa razón o por alguna otra, la escuela realista no se encuentra lo suficientemente difundida en nuestro universo de creencias y, en consecuencia, no puede pretender una extendida difusión.

Podríamos decir, con inspiración en Kuhn, que no alcanza a convertirse en un paradigma del pensamiento en la materia de Estado.

c) Esas –y otras– dificultades, provocaron un enriquecimiento en la presentación del tema del Estado y del derecho, debido esta vez al pensamiento de Hart. El autor in-

[14] Para mostrar la actualidad que conserva el enfoque de Jellinek se podría recordar que cuando Mario Justo López en sus difundidos y bien informados libros explica el tema del Estado, recurre al esquema de Jellinek (*Introducción a los estudios políticos*, Bs. As., Kapelusz, 1969, t. I, p. 322 y sgtes.; *Manual de derecho político*, Bs. As., Kapelusz, 1973, p. 223 y siguientes). Un autor de la generación siguiente a la del doctor Mario Justo López también explica al Estado dentro del esquema de Jellinek (Natale, Alberto, *Derecho político*, Bs. As., Depalma, 1979, p. 290 y siguientes).

glés combinó elementos de la presentación del Estado y del mundo normativo aportados por la tradicional dogmática jurídica –con la forma peculiar que le dio Hans Kelsen–, con otros elementos originados en la escuela del realismo, en sus dos vertientes.

La interesante e inteligente interpretación de Hart tampoco se difundió adecuadamente entre los expositores argentinos de teoría del Estado. Su difusión quedó limitada a la enseñanza en cursos de filosofía del derecho o de teoría general del derecho.

Y ello fue así pese a que Hart brinda la oportunidad metodológica de apreciar el orden jurídico desde la perspectiva de los sujetos a ese orden –como conjunto de mandatos– y también desde la de un observador externo de ese orden, quien apreciaría un orden jurídico como un conjunto o sistema de conductas recurrentes, en general.

Pese a la identidad que postuló Kelsen desde un punto de vista normativo entre "derecho" y "Estado", parece ser que la disociación entre los dos conceptos es una convicción fuertemente arraigada entre nuestros juristas.

De otro modo, resultaría difícil de explicar que a una "teoría general del derecho" se le superponga una "teoría del Estado". En la adopción de esa dicotomía debe subyacer la creencia de que "estado" tiene un significado diametralmente opuesto al de "derecho"[18].

Curiosamente, la ratificación de la duplicidad "teoría general del derecho"-"teoría del Estado" quedó consagrada académicamente durante una administración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a cargo de un grupo de docentes, varios de los cuales –sino todos– enseñaban las teorías del Estado y del derecho de Hans Kelsen, máximo exponente de la posición que, normativamente, enseñaba la identidad entre "derecho" y "Estado".

La pregunta que puede formularse es la siguiente: ¿no habrá aproximaciones más novedosas que permitan aunque sea entrever otros caminos para el desarrollo de la teoría del Estado?

[18] Esa es una creencia sostenida por el liberalismo político y filosófico. Recuérdese que Jellinek explica y acepta la tesis de la autolimitación del Estado, como si pudiese existir un orden jurídico sin un Estado, al menos en la experiencia moderna. O viceversa, si pudiese existir un Estado en ausencia de derecho

d) En este punto de nuestro interrogarnos aparece el pensamiento de Thomas Kuhn, a quien ya nos referimos, y quien, con sus obras de historia de las ciencias contribuyó a sacudir, en ocasiones, a romper y reemplazar, ciertos esquemas mentales, arraigados en las mentalidades científicas, especialmente entre las dedicadas a los ámbitos físico y naturales.

Aportes como el de Kuhn y otros análogos han permitido superar la brecha existente entre el dogmatismo esquemático y la vitalidad –no el vitalismo irracional propugnado por ciertos filósofos de nuestro tiempo–. Y todo ello pese a las protestas de Popper y de quienes siguen su pensamiento en la materia, enrolados todos éstos en concepciones restrictivas de la ciencia. Llamamos "concepciones restrictivas de la ciencia" a aquellas que reservan el nombre de científicos a los conocimientos cuantificables, que se pueden traducir en leyes predictivas y cuyo potencial predictivo es sumamente alto[16].

Como decíamos en "Las vías del conocimiento", los caminos de acceso al saber son múltiples. Y ello sucede, también, en teoría del Estado. La racionalidad pura no es la única vía para acceder al conocimiento del Estado.

e) En ese orden de ideas, puede señalarse que deben tenerse en cuenta, en una primera instancia de aproximación, a las lingüísticas. Desde esta perspectiva debería recordarse, en primer lugar, que el lenguaje no sólo informa. El lenguaje humano, el que se expresa con palabras, también es una forma de hacer; es una de las múltiples facetas que asume el quehacer humano en la sociedad.

Tampoco resulta dable desconocer la interrelación que puede descubrirse entre las valoraciones y las descripciones, interrelación tan ineluctable e insoslayable como la que existe entre derecho, sociedad, cultura y naturaleza[17].

[16] Un ejemplo argentino de esta posición lo ofrece Alejandro Korn en *La libertad creadora*, de 1920.

[17] Esta segunda agrupación de interrelaciones fue sagazmente advertida por Hermann Heller en su *Teoría del Estado*. La concepción también puede encontrarse en el pensamiento de Karl Marx y tiene una aproximación contemporánea en la teoría de los sistemas generales.

Si nos remontáramos aún más al pasado también habría que recordar al Montesquieu del *Espíritu de las leyes*, otro ejemplo de un esfuerzo monumental por explicar al Estado y el universo político sobre bases que no se confinan al mundo de la cultura ni de la sociedad, lo que convierte a

*f*) Creo que los teóricos del Estado no han prestado demasiada atención a dos enfoques que, a nuestro juicio, podrían echar nueva y poderosa luz sobre los fenómenos que analizan la ciencia política y la teoría del Estado.

Esas ideas nuevas y aparentemente fructíferas son, como lo hemos anticipado, las que aportan las teorías sistémica y la de la comunicación humana.

Creemos que a partir de los aportes de esas dos teorías se podría describir y comprender mejor la compleja y vasta trama de relaciones que se engloban con los nombres o rótulos de "política" o "Estado".

Resulta llamativo que un aporte como el de Gregory Bateson, en el campo de la comunicación humana, no haya tenido, que sepamos, más que un mínimo eco en el ámbito de las disciplinas a las que nos venimos refiriendo. Y no hablamos de un simple aporte o sugerencia a los que podríamos recurrir, adaptándolo. No nos referimos a desarrollos que ha efectuado Bateson en la teoría de la comunicación humana, recurriendo, de modo directo, no elíptico ni figurado ni por medio de la inventiva, a ejemplos obtenidos de la práctica política, específica y concretamente a la tipología de los partidos políticos.

Con el aporte de Bateson a la tipología de los partidos políticos, tema clásico de la ciencia política contemporánea, el principio clasificador se desplaza de todos los parámetros conocidos hacia el modelo de las redes de comunicación que configuran ese grupo humano que actúa en el ámbito de la política, denominado usualmente "partido político".

A partir del esquema propuesto por Bateson para los partidos políticos, resulta factible inferir una posibilidad, una oportunidad análoga para el tema de la conceptualización de los regímenes políticos y de las formas de los Estados. Tema que dejamos propuesto para una próxima oportunidad.

3) El sentido de estas páginas es simple. Trata de constituir una propuesta que conjeturamos fecunda para un mejor conocimiento de esa estructura llamada "Estado". Va de suyo que consideraciones muy semejantes podrían efectuarse en relación con muchos –acaso, con todos– de los

---

Montesquieu es un precursor de las teorías sistémicas contemporáneas. Recuérdeselo, si no, las ideas de Montesquieu de la relación existente entre clima y régimen político.

temas constitutivos de la ciencia política. Y ello por no extender el campo de las posibles aplicaciones de lo que venimos diciendo al ámbito entero de las ciencias sociales (en algunas de las cuales ya se viene aplicando el enfoque sistémico y comunicacional con aparente excelente resultado).

Pero estos aportes de las teorías sistémica y comunicacional presentan ventajas adicionales: colocan a las ciencias sociales y jurídicas preocupadas por el conocimiento de la política y del Estado, a la altura de las restantes ciencias sociales; permite la intercomunicación de las ciencias política y jurídica con las demás ciencias sociales; no amputa el conocimiento de las ciencias sociales del resto del universo social; permite intentar captar el mundo del Estado en su dinamismo y en su interrelación con otros aspectos conectados del mundo. Permite desembarazarse del concepto de causalidad; antes de preguntarse por el "porqué" (pregunta ambigua, si las hay), intenta responder al interrogante de "cómo" se suceden los fenómenos. Permite, de tal manera, por añadidura, ofrecer al político práctico una serie de alternativas y de diferentes cursos de acción. En otras palabras, permite convertir ciertos conceptos de la ciencia política y de la teoría política en auténticamente operativos.

En su obra sobre ciencia política, Giovanni Sartori se queja de la escasa, probablemente nula, utilización que hacen los políticos prácticos de los conocimientos teóricos que proporcionan los científicos políticos. Creemos que en lo dicho anteriormente se podría encontrar la insinuación de una explicación para el desdén de los políticos practicantes con relación a la ciencia política: conocer los porqués –muy hipotéticos y dubitativos– ayuda poco a los políticos prácticos. Consideramos que los políticos prácticos no recurren a la ciencia política convencional porque no la encuentran, no tanto inútil, cuanto escasamente significativa. Cosa que no sucedería con una ciencia política sistémica, que echara luz sobre el "cómo" de los procesos políticos.

Por supuesto, como apuntación final, un enfoque sistémico del Estado y de la política no disocia esos estudios de los elementos históricos, políticos, sociales, culturales y hasta naturales que le dan sustento fáctico, doctrinario y filosófico. En este sentido podría interpretarse a las aproximaciones sistémica y comunicacional como una enriquecida y enriquecedora continuación superadora del enfoque dialéctico de Hermann Heller.

# LA LESIÓN SUBJETIVA

JORGE ALBERTO ZAGO*

## 1. INTRODUCCIÓN

El instituto de la lesión, que será el tema a tratar, presenta particularidades que han permitido decir a Millán[1] que se muestra como un singular fenómeno que aparece con ímpetu, luego conoce largos períodos de oscuridad y que cuando ya nadie apostaba a su supervivencia, como el Ave Fénix resurge briosa volviendo a acaparar la atención de estudiosos y legisladores. En nuestro país debemos agregar que se incorpora al Código Civil con la reforma de la ley 17.711, en el nuevo texto del art. 954.

Por ello es que resulta necesario hacer una recopilación retrospectiva de él con carácter histórico puntualizando que en Grecia es de destacar la opinión de Aristóteles, quien admite que resulta equitativo y justo que un joven espartano que adquirió un fundo a vil precio, fuese por ello mutilado, ya que el Estado griego al proceder así, castigando al adquirente, corregía un acto ofensivo de la justicia conmutativa, cuya regla consistía en devolver aquello que se hubiera percibido de más.

En Roma debemos recordar que en la célebre Ley Segunda, Libro IV, Título XLIV, 2, del Código Diocleciano y Maximiliano, se autorizaba el aniquilamiento del contrato de compraventa, cuando no se hubiera pagado ni siquiera la

* Profesor Titular de Contratos Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

[1] Millán, Gustavo M., *Contribución al estudio de la lesión*, en "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", nº 32, ene.-jul. 1974.

mitad del precio verdadero. Éste será el punto de partida que seguirán aquellas legislaciones que con mayor o menor amplitud regulan la lesión con características objetivas, es decir teniendo en cuenta la desproporción de las prestaciones, sin indagar, ni considerar la actitud subjetiva del beneficiado. La norma fue incorporada al *Corpus Iuris* de Justiniano.

En la Edad Media los autores hacen diferencia con el derecho vigente entre los pueblos bárbaros en que el instituto es rechazado prevaleciendo el llamado derecho del más fuerte en el que por supuesto no cabe admitir la figura. Por su parte, teniendo su basamento en una raíz ética, el principio lesionario es retomado en el derecho canónico y la Patrística, por la filosofía tomista, donde los presupuestos de necesidad e inequivalencia son enjuiciados severamente desde el ángulo de la caridad, que resulta ser el grado piadoso de la solidaridad.

Entrando en la época de la codificación debemos marcar que en los tres primeros proyectos del Código francés no figuraba el instituto y que sólo en el cuarto tuvo cabida, admitiendo la lesión, conforme postura de Napoleón, respecto de la compraventa y cuando la desproporción superase las siete doceavas partes del precio.

Resulta necesario destacar la posición existente en el Código alemán que fuera sancionado en 1896 y que entrara en vigencia en 1900, cuyo art. 138 referido a los actos jurídicos dispone: "En particular es nulo el acto jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia del otro obtiene para él o para un tercero que, a cambio de una prestación, le prometan o entreguen ventajas patrimoniales que excedan de tal forma el valor de la prestación que teniendo en cuenta las circunstancias exista una desproporción chocante con ella". El antecedente viene del derecho penal donde nació como norma para combatir la usura.

El Código suizo receptó también el instituto pero en lugar de actos nulos habló de actos anulables.

Por su parte el art. 33 del Código ruso dispuso: "Cuando bajo la influencia de extrema necesidad, una persona ha efectuado un acto jurídico que le es manifiestamente perjudicial, el tribunal, a petición de la parte damnificada, o de los organismos del Estado o de las organizaciones sociales competentes, puede declarar nulo el acto, o hacer cesar sus efectos en lo sucesivo". Remarcamos que la acción puede

ser ejercida por el lesionado, por un organismo del Estado o por las organizaciones sociales competentes.

El Código mexicano nos habla, en el art. 17 de sus disposiciones preliminares de que "cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser ello imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año". Marcamos destacando el calificativo de la situación disvaliosa del lesionado ya que se dice: *suma* ignorancia, *notoria* inexperiencia o *extrema* miseria, puntualizando de este modo que son situaciones extremas o límites las que padece el perjudicado.

El Código español, en principio, no acepta el presupuesto de la lesión, haciendo una excepción en aquellos contratos mencionados en los incs. 1° y 2° del art. 1291, que son los celebrados por los tutores sin autorización del consejo de familia, siempre que las personas que representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de tales contratos y los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el inciso anterior, ya que el art. 1293 dispone: "Ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los n° 1° y 2° del art. 1291".

Por su parte resulta trascendente la postura del Código italiano que distingue el estado de necesidad, contemplado en el art. 1447 y el *bisogno* a que se alude en la parte 1ª del art. 1448 que norma la lesión y que dispone que si hubiese desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra, y la proporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas de la que se ha aprovechado la otra para obtener ventaja la parte damnificada podrá demandar la rescisión del contrato. La acción no será admisible si la lesión no excediera la mitad del valor que la prestación ejecutada o prometida por la parte damnificada tenía en el momento del contrato. La lesión debe perdurar hasta el momento en que se interponga la demanda. No podrán ser rescindidos por causa de lesión los contratos aleatorios. Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la división.

La diferencia entre la necesidad y el bisogno, ha motivado un cuidadoso estudio por parte de la doctrina, pudiendo establecerse que ella estribaría en que en el primer supues-

to o concepto (necesidad) el sujeto se encuentra ante un grave daño que debe salvar, como, por ejemplo, el precio exorbitante abonado al cirujano ante el peligro cierto de muerte. La situación, aunque similar, tiene otra connotación cuando el precio razonable que exige el cirujano motiva que el paciente para obtenerlo deba vender un objeto a un tercero, a un precio ridículo, y en este caso en que con la prestación no se obtendría la directa satisfacción perseguida estaríamos en el supuesto del bisogno.

El nuevo Código Civil paraguayo, cuya entrada en vigencia se produjo el 1 de enero de 1987, al hablar de los contratos en general dispuso en su art. 671: "Si uno de los contratantes obtiene ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o inexperiencia de éste, podrá el lesionado, dentro de dos años, demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario. El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación que será judicialmente establecida tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y su modificación".

## 2. Nuestro Código Civil. Postura de Vélez Sársfield. La nota del artículo 943

Congruente en postura negativa la opinión de Vélez Sársfield ha quedado explicitada en la nota del art. 58, en la larga mención del art. 943 y en las consecuencias que se desprenden del texto del art. 4049, respecto de los actos que hubiesen sido celebrados con anterioridad a la sanción del Código, ya que con posterioridad a él el instituto no ha sido receptado.

En la nota al art. 58, dice Vélez Sársfield: "Por otra parte, en la época actual, las lesiones no pueden admitirse como vicios de los contratos, según veremos más adelante" y es en la nota al art. 943 que se explaya sobre el instituto y lo rechaza por entender no satisfactoria su recepción. Resaltamos, porque entendemos que en este párrafo podríamos encontrar la síntesis apretada del pensamiento del codificador, la frase que dice: "Finalmente, dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras impru-

dencias. El consentimiento libre prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, deben hacer irrevocables los contratos".

En la interpretación doctrinaria y jurisprudencial del Código se admitió en concreto que el instituto había sido rechazado por el codificador y que las situaciones disvaliosas que no encuadraban en los precitados vicios de error, dolo o violencia encontrarían en el trascendente art. 953 su posibilidad fáctica para que fueran enmendados.

Este criterio admitido por nuestros tribunales y por nuestros tratadistas iba a sufrir el influjo y el embate de nuevas posturas que en el correr de la tercera década del siglo, admitirían el instituto y tratarían en alguna importante medida de independizarlo del remedio excepcional previsto por la aplicación del art. 953.

### 3. Los proyectos de reforma

Bibiloni en su Anteproyecto no receptó el instituto, por cuanto sostuvo que una interpretación inteligente del art. 953 de Vélez Sársfield, que reiteraba en integridad, era suficiente para combatir la usura o la explotación de la necesidad de otro.

El Proyecto de 1936, por el contrario, estableció en su art. 158: "Se juzgará especialmente contrario a las buenas costumbres, el acto jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia ajena, se hiciere prometer u otorgar para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, ventajas de orden patrimonial evidentemente desproporcionadas". Es decir, el Proyecto de 1936 contenía disposición análoga en el tema que el texto actual del art. 954 introducido por la ley 17.711.

A su vez el Proyecto de 1954, adoptaba una postura dual en que receptaba la lesión subjetiva, pero también como el Código italiano independientemente la objetiva, ya que establecía en el art. 159: "Si mediare desproporción evidente entre una de las partes y la contraprestación correspondiente, el acto podría anularse cuando la lesión, hubiere sido determinada por la explotación de la desgracia, ligereza o inexperiencia del lesionado. También podrá anularse el acto cuando el daño resultante de la inequivalencia de la prestación excediera la mitad del valor prometido o entregado por el lesionado, salvo que éste hubiere tenido la in-

tención de beneficiar a la otra parte. La lesión se computará al tiempo de la celebración del acto y deberá perdurar al promoverse la demanda. No podrán anularse por lesión los contratos aleatorios".

### 4. La doctrina

A una primera etapa en la que nuestros doctrinarios Machado, Segovia, Llerena, siguieron la postura del codificador, y con posterioridad a la sanción del Código alemán que como hemos visto receptaba el instituto en su art. 138, la doctrina nacional comienza a propugnar el valor de la lesión y su necesidad de que sea norma vigente que permita su aplicación con independencia del art. 953. Colmo, Lafaille, Salvat y principalmente un exhaustivo trabajo de Horacio Morixe, publicado en 1929 (*Contribución al estudio de la lesión*), muestran la nueva tónica. Esta corriente se vio reforzada con el apoyo de Spota y Borda, quienes, desde la cátedra y el último desde su cargo de magistrado, propugnaron la independencia del concepto y su necesidad de que se convirtiese en norma vigente penetrando en el texto del Código.

En el III Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba en 1961, como recomendación nº 14 se propugnó la incorporación de un precepto alusivo a la lesión en los siguientes términos: "Podrá demandarse la nulidad o la modificación de todo acto jurídico bilateral oneroso, en el cual alguien aprovechando la necesidad, penuria o inexperiencia extremas de otro, se hiciera prometer u otorgar para sí o para un tercero, ventajas patrimoniales en evidente desproporción a su prestación. La lesión deberá subsistir al momento de deducirse la acción, cuyo plazo de caducidad será de un año, contado desde la fecha en que deba ser cumplida la prestación a cargo del lesionado. La acción será irrenunciable al momento de la celebración del acto. La parte contra la cual se pida la nulidad, podrá evitarla si ofrece modificar el acto de modo tal que el juez considere equitativo por haber desaparecido la notoria desproporción entre las prestaciones".

Concluimos la cita doctrinaria recordando el importante trabajo, la tesis doctoral de Luis Moisset de Espanés, referido al tema, *La lesión en los actos jurídicos*.

### 5. Jurisprudencia

Con anterioridad a la reforma, ya nuestros tribunales habían aplicado el instituto, pudiendo tal vez indicarse que el doctor Borda, integrante de la Sala Civil, se mostraba reincidente en la postura de separar la lesión de los supuestos comprendidos en el art. 953, siendo recomendable la lectura del fallo "Peralta c/Trepal" (*ED*, 15-442). Allí el voto emitido en su Sala, perfila la importancia de la separación de la lesión y su correcta aplicación independientemente de problemas formales, que eran los que habían sido receptados en primera instancia.

### 6. Reforma de la ley 17.711. El nuevo artículo 954 del Código Civil.

Con estos antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales podemos admitir que la reforma de la ley 17.711, corporizó legislativamente una institución yà receptada en la práctica. Dispuso el nuevo art. 954, luego de modificar el texto originario de Vélez Sársfield, en cuanto al párr. 1º, en el sentido de establecer: "Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación" (es decir no serán nulos sino anulables, y se ha suprimido el fraude, en postura que coincidimos). Estableció a continuación: "También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transfomará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda".

Del texto transcripto se deriva que la reforma de la ley 17.711 ha introducido el art. 954, la lesión subjetiva, pero

con connotaciones objetivas en cuanto será necesaria una ventaja patrimonial *evidentemente desproporcionada* para que el aprovechamiento de la situación disvaliosa del lesionado por la otra parte motive la aplicación del instituto.

¿Cuál resulta ser la naturaleza jurídica de la lesión? Para Carranza[2] la lesión es un vicio de la causa final en sentido objetivo, del acto jurídico bilateral; conmutativo oneroso, porque al producirse la inequivalencia de las prestaciones queda sin causa eficiente la restante contraprestación, afectándose el equilibrio contractual, que es de la esencia de aquel linaje de convenciones.

Para Bueres[3] la causa abstracta es el equivalente querido –en los negocios doblemente atributivos– mayor o menor, igual o desigual. Y en la medida en que exista una inequivalencia no querida es evidente que a pesar de que no haya una supresión definitiva o total de la causa, genéticamente hablando, dicho elemento se ve magullado, disminuido, deteriorado. La prestación pierde sentido para el acreedor, no alcanza para satisfacer su interés.

Para Zannoni[4], en la lesión, el vicio tiene su origen en circunstancias subjetivas concomitantes con el nacimiento del negocio. A diferencia de la excesiva onerosidad sobreviniente que, por definición, acaece durante la vida del negocio, alterando el sinalagma funcional por hechos imprevisibles, la lesión se infiere a una de las partes inicialmente, por encontrarse en situación de inferioridad respecto de la parte que aprovecha o explota esa situación de inferioridad. Así pues mientras la excesiva onerosidad sobreviniente puede explicarse en virtud de un fundamento objetivo, la lesión sintetiza también un fundamento que late en lo subjetivo de las partes del acto. Ese fundamento es la preservación y tutela de la buena fe negocial. La conducta lesiva es una conducta que excede los límites internos impuestos por el derecho al comportamiento negocial, y por exceder-los, configura un vicio originario, constitutivo del acto.

Para Molina en la concepción subjetiva de la teoría de la lesión, ésta constituye un vicio del consentimiento. Sólo

[2] Carranza, Jorge A., *El vicio de la lesión en la reforma del Código Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1969, p. 44.

[3] Bueres, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Bs. As., Hammurabi, 1988, p. 201.

[4] Zannoni, Eduardo A., *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1982, t. 4, p. 379.

atribuyéndole esa naturaleza puede originar los efectos que se le asignan: nulidad del acto, reajuste de las prestaciones, daños y perjuicios[5].

Coincidimos con esta postura y hemos afirmado[6] que participamos del criterio de que se trata de un vicio del consentimiento, aunque lo diferenciamos de los tradicionales provenientes de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. Éstos están contenidos en el párr. 1° y pensamos que el legislador ha separado acertadamente el vicio derivado de la lesión de los enunciados en el comienzo del artículo. Existe un aprovechamiento pero que no resulta derivado del dolo propiamente dicho, que aclaramos viciaría el acto independientemente de la lesión, sino que por el contrario se alcanza no por una aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación, sino a consecuencia del personal conocimiento y de aprovecharse de un estado deficitario no patológico de la contraria.

## 7. Caracteres y elementos

Conforme el texto del art. 954, se ha incorporado al Código la llamada lesión subjetiva-objetiva, teniendo tal vez preponderancia el aspecto subjetivo, por cuanto sin el aprovechamiento y la situación disvaliosa del lesionado no jugaría la institución a pesar de la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada.

Siguiendo el orden impuesto por el artículo nosotros encontramos:

a) Un sujeto que aprovecha, conociendo la ligereza, impericia o necesidad de la contraria.

b) Un sujeto que no está en condiciones normales para prestar su consentimiento, ya que actúa presionado para ello por un estado de inferioridad, derivado de las circunstancias señaladas.

c) La relación o negocio jurídico es causa, por las razones subjetivas indicadas, de que una de las partes obtenga

[5] Molina, Juan C., *Abuso del derecho, lesión e imprevisión*, Bs. As., Astrea, 1969, p. 127.

[6] Ver Zago, Jorge A., *Lesión*, en Cifuentes, Santos. "Negocio jurídico", Bs. As., Astrea, 1986, p. 473.

una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Ello importaría los elementos estructurales básicos que permitirán la anulación o el reacomodamiento del negocio jurídico, según sean las actitudes adoptadas por los celebrantes, ya que en primer lugar el lesionado podrá demandar la nulidad o la modificación de las prestaciones convenidas y también el beneficiado demandado por nulidad podrá optar válidamente por la continuación del negocio concertado, pero previo ofrecimiento de repotenciar sus prestaciones, que en el inicio no resultaban equivalentes.

a) *Primer presupuesto subjetivo*

La norma habla de que una de las partes explotando logre obtener la ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación. Nuestra primera pregunta es en qué consistirá este aprovechamiento y cuál sería la consecuencia de que el acto produjera el mismo resultado a pesar del desconocimiento que el beneficiado hubiera tenido de la situación deficitaria de la contraria, presumiendo que haya obrado de buena fe.

Ese aprovechamiento deberá ser pasivo, es decir, sin realizar acto que pueda implicar dolo, que daría lugar a la nulidad pero por un presupuesto jurídico distinto del de la lesión. Para Molina sin este supuesto no quedaría configurado el vicio de la lesión, no siendo de aplicación la mecánica dispuesta por el art. 954. Coincide Zannoni, quien señala que resulta ser un elemento indispensable para que el acto tenga el vicio de la lesión, y también Moisset de Espanés que expresa que el aprovechamiento es quizás el elemento más característico de la figura, ya que nos permite determinar la verdadera naturaleza jurídica de la lesión, y su ausencia tornaría incompleta cualquier fórmula legislativa que pretendiera reprimirla.

Es participar del deber de buena fe que pregona el art. 1198, párr. 1°, después de la reforma. Si el deber de obrar de buena fe es sustituido por el beneficiario por el aprovechamiento de la situación disvaliosa que conoce en la otra parte, ello generará, de darse por supuesto la enorme desproporción injustificada de las prestaciones, la probabilidad de que el perjudicado invoque el vicio de la lesión respecto del acto jurídico celebrado con relación a la presunción de que se habla en el párr. 3°, cuando se dice que "se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en

caso de notable desproporción de las prestaciones" (volveremos sobre el tema cuando analicemos en concreto tal presunción).

Resulta en consecuencia necesaria la acreditación de la existencia de este elemento, aunque admitimos la presunción legal, en el supuesto de la notable desproporción y una vez acreditado el otro elemento subjetivo.

b) *Segundo presupuesto subjetivo*

El art. 954 menciona que el aprovechamiento debe producirse por la explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la parte lesionada, para obtener una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Los tres términos han ofrecido dificultades en la conceptualización clara para considerar que cualquiera de ellos se encuentra cumplido dando posibilidad de que se anule o se modifiquen las prestaciones originariamente convenidas.

Necesidad es vocablo omnicomprensivo de un estado carencial, que puede ser de orden material o también de orden espiritual, pero que se debe traducir en una situación verdaderamente agobiante o angustiosa. El sujeto está presionado, debilitado en su discrecionalidad de obrar, porque no puede superar ese estado deficitario que tiene relación con la carencia material o espiritual que padece. Y existe necesidad tanto cuando la ventaja que se busca a costa de un sacrificio desproporcionado es directamente útil para satisfacer una necesidad, como cuando lo es indirectamente. Dentro de nuestro ordenamiento no resulta necesario hacer la diferenciación que hemos comentado, pues surge del texto del articulado del Código italiano entre la necesidad y el bisogno.

Por ligereza debemos entender una situación casi patológica, que disminuye el posible razonamiento del lesionado, que le impide el discernimiento necesario para poder medir las consecuencias disvaliosas. Falta un adecuado examen, debido a la irreflexión con que se obra. Puede concurrir juntamente con la necesidad, pero la diferenciación se hace para su individualización en el supuesto en que se puedan presentar en estado puro, ya que la ligereza puede darse sin que haya ningún estado de necesidad.

La inexperiencia, por su parte, debe traducir una falta de conocimiento que tiene el sujeto en el momento de la celebración del acto y con relación al mismo acto.

Se admite la posibilidad de que el lesionado tenga experiencia en otros aspectos, pero no la correspondiente al acto jurídico de que se trata para meritar sus consecuencias. Es independiente de los otros dos estados ya mencionados y resulta ser lo contrario de la experiencia, denotando la ausencia de los conocimientos que da la vida, y en particular, la de los negocios.

Se trata de la falta de conocimientos que se adquieren con el uso y la práctica. La situación de inexperiencia es proclive al aprovechamiento por el más fuerte, capaz o conocedor, en detrimento del más débil o inexperimentado, sin que se alcance a configurar error ni dolo, ya que promedia voluntad y no hay maquinación.

c) *Presupuesto objetivo*

El legislador ha puntualizado que se debe tratar de una ventaja evidentemente desproporcionada, referida al *quantum* de las prestaciones que no posean entre ellas la correspondiente equivalencia, y además que esa situación no equivalente no tenga justificativo alguno, es decir que quien ha recibido la ventaja no pueda justificarla. Son en consecuencia dos aspectos: la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y su falta de justificación creíble. Se trata de un desequilibrio de las prestaciones indudable, incuestionable, que no necesita ser probado, acreditado, porque se evidencia, se conoce, resalta sin indagación previa alguna.

Y a esa situación inequivalente deberemos agregarle la falta de justificación. La desproporción no está encuadrada en pautas rígidas, dejando la ley el tema librado a la prudente apreciación judicial, pero como hemos dicho deberá ser evidente, notoria, indiscutible, manifiesta, inmediatamente apreciable sin margen alguno de duda.

La ley además puntualiza que la desproporción debe existir en el momento de la celebración del acto, como presupuesto fáctico imprescindible, pero debe además subsistir hasta el momento en que se inicia la acción ante la justicia, para pedir, o bien la nulidad del acto o el reacomodamiento de las prestaciones.

La situación fáctica jurídica existente en el momento de la celebración del acto debe continuar existiendo en el momento en que el lesionado o sus herederos ponen en marcha la acción judicial.

### 8. Ámbito de aplicación

La fórmula de la ley y su inserción material dentro del capítulo dedicado a los actos jurídicos da una enorme amplitud al instituto; sin embargo, nosotros podemos puntualizar que en el párr. último del art. 954, se habla de la nulidad o de un reajuste equitativo del *convenio*, lo que nos hace admitir compartiendo autorizada doctrina nacional, que debe tratarse de un contrato, acto jurídico bilateral y patrimonial, para que el instituto pueda ser aplicado.

Dentro del esquema contractual vamos a excluir los llamados contratos gratuitos, pero resaltando que a diferencia del Código italiano que expresamente lo prohíbe será aplicable la lesión a los contratos aleatorios. En consecuencia, menos los gratuitos, es de aplicación a los contratos onerosos unilaterales o bilaterales, conmutativos y aleatorios. Dondequiera pueda darse la situación prevista por el art. 954, funciona el instituto de la lesión.

### 9. La presunción del artículo 954, párrafo 3°

Ella se establece al determinar dicho párrafo que "se presume salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones", y ello ha motivado que su interpretación divida a los comentaristas ya que ¿basta la existencia de la notable desproporción para que se entiendan cumplidos los requisitos que pide el artículo para declarar procedente la anulación o el reacomodamiento de las prestaciones? Tomando partido en uno de los sentidos fijados por la doctrina, nosotros entendemos que la presunción no exime al lesionado de acreditar o probar su situación disvaliosa de necesidad, ligereza o inexperiencia existente al momento de la celebración del acto y que fuera motivo causal de que acordase el negocio jurídico viciado de lesión. Una vez probado este presupuesto subjetivo, la ley autoriza al juzgador a tener por acreditado el otro presupuesto subjetivo, es decir el aprovechamiento de ese estado por quien ha celebrado el acuerdo y obtenido la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Por el contrario, el doctor Cifuentes, con criterio diferente, sigue la opinión según la cual la presunción de "la no-

table desproporción" se proyecta sobre los dos elementos subjetivos de la lesión y no resulta necesario acreditar tales extremos subjetivos, estando la prueba de su inexistencia a cargo de quien resulta demandado por el lesionado.

Fortalece esta corriente doctrinaria el texto del art. 954, que dice "que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones", por lo cual se establece que la fórmula de la ley, conduce a que la existencia misma de los estados sea presumida, pues no habla de "la" explotación, sino de "tal" explotación, en la forma que es descripta en el párr. 2º del art. 954, que abarca en una sola frase ("explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra") tanto la actitud subjetiva del beneficiado, como la posición del perjudicado.

### 10. Acciones a que da lugar la lesión

Del texto del art. 954 surge que el lesionado o sus herederos tienen dos acciones para hacer valer en justicia: a) podrá demandar la nulidad del acto, o b) la modificación de las prestaciones resultantes, o sea un reajuste equitativo del convenio. Esta segunda opción también está en cabeza del que ha sido beneficiado o ha aprovechado la situación deficitaria del lesionado, ya que en el párr. último del artículo la ley consagra que la demanda de nulidad se transformará en acción de reajuste, si así lo pide el demandado al contestar la acción.

Nosotros compartimos la opinión de que la ineficacia del acto debe catalogarse como nulidad y no como rescisión, fundando nuestra postura coincidentemente con Zannoni, en que la rescisión en nuestro derecho positivo (art. 1202) se da cuando las partes extinguen las obligaciones aún no cumplidas de un contrato existente y válido, por un nuevo acuerdo entre ellas o cuando la ley expresamente lo autoriza. En tales supuestos se trata siempre de efectos hacia el futuro, no teniendo carácter retroactivo.

### 11. Carácter de la nulidad

Resulta necesario admitir que la lesión ha salido en nuestro derecho, de la genérica norma del art. 953 (lo cual sin duda conlleva su nulidad absoluta), para provocar la

anulabilidad del acto lesivo (conf. art. 1046), pero tratándose de una nulidad relativa: prescriptible, convalidable, restringida en cuanto a los titulares de la acción, etcétera.

Se ha admitido que esta nulidad podría ser parcial, toda vez que la ley prevé la posibilidad de que subsista el acto como válido, cuando se modifican las prestaciones para restablecer su equilibrio. La nulidad puede ser total abarcando a todo el negocio jurídico celebrado, por ejemplo, cuando cuestionamos la venta por el vicio de la lesión y pedimos la nulidad del contrato, o parcial, cuando sólo controvertimos una cláusula o los intereses usurarios fijados, pero dejando subsistente el negocio celebrado.

La nulidad no puede ser declarada de oficio, sino sólo a requerimiento del lesionado o de sus herederos.

### 12. Momento en que debe estimarse la desproporción

La lesión obliga a que los cálculos sean hechos teniendo en cuenta los valores existentes al tiempo del acto, pero agregando el artículo que tal desproporción deberá subsistir en el momento de iniciarse la pertinente acción por nulidad o por reacomodamiento de las prestaciones. El hecho de que deban tenerse presentes los valores al momento de la celebración del acto y su posterior subsistencia separa, estableciendo un matiz diferencial concreto, a la lesión de la figura de la imprevisión, también introducida en nuestro derecho civil positivo por la reforma de la ley 17.711.

### 13. Plazo de prescripción

Dice el art. 954, párr. 4º *in fine*: "Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto". Con ello no es posible admitir dudas de que estamos frente a un largo plazo de prescripción y no de caducidad. Hemos puntualizado que de acuerdo con doctrina mayoritaria el plazo es excesivo, ya que crea una inseguridad jurídica prolongada no recomendable. Este largo plazo no encuentra justificativos, ya que aun en los antecedentes nacionales siempre se consideró que debía estar dentro del año y no en el fijado por la reforma.

### 14. Irrenunciabilidad del derecho

Entendemos que el derecho es irrenunciable y no puede hacerse manifestación anticipada en tal sentido. Dicha prohibición la relacionamos con la etapa previa a la celebración del acto, ya que nada puede impedir que el lesionado o sus herederos no ejerciten la acción que les ha sido conferida por el instituto de la lesión, ya que existiendo un plazo de prescripción, ellos, con su inactividad prolongada, podrían hacer caer los posibles derechos no ejecutados.

Esta irrenunciabilidad fue sostenida en el III Congreso Nacional de Derecho Civil, que en la recomendación nº 14, preveía expresamente la irrenunciabilidad de la acción al tiempo de la celebración del acto. Lamentamos que el texto del artículo no haya expresamente dispuesto esta irrenunciabilidad que es congruente con toda la doctrina y los antecedentes nacionales de los congresos científicos.

### 15. Conclusiones

Consideramos importante el avance legislativo que significó la introducción del instituto en el texto expreso del art. 954 del Cód. Civil, y aunque reconocemos la necesidad de que los jueces sean cautos y prolijos en el análisis concreto de los supuestos de la lesión que se les planteen por ante su juzgado, aplaudimos la inserción material de la lesión para que no sea necesario recurrir al tradicional art. 953 para superar los supuestos del aprovechamiento de la parte lesionada, por la actitud disvaliosa de quien, en conocimiento del estado de inferioridad, logre obtener una ventaja desproporcionada, evidente y sin justificación alguna.

# ENSAYOS

# HOMICIDIO CON MOTIVO U OCASIÓN DE ROBO

María L. Martínez Vega

## 1. Planteo del problema

El presente trabajo no persigue un objetivo original. Varios han sido los ensayos, comentarios y sentencias que han intentado diferenciar, con la mayor claridad posible, el art. 165 del Cód. Penal del inc. 7º del art. 80 cuando este último conecte el homicidio con un robo.

El art. 80, inc. 7º, dice que se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, al que matare: "Para preparar, facilitar, consumar y ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito". El art. 165 dice: "Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio".

No surgiría, en apariencia, ningún problema, si pudiéramos interpretar al art. 165 como un delito "mixto de dolo y culpa", es decir, si nos resultara satisfactoria la teoría que prevé un robo doloso más un homicidio culposo. Si ello fuera así, siempre que de la ocasión o motivo del robo resultara una muerte culposa se aplicaría este artículo y, si la muerte fuera dolosa, el art. 80, inc. 7º. En realidad, no habría vallas interpretativas en cuanto a la redacción del art. 165, indiciaría de por sí de una muerte culposa. El real obstáculo surge con el monto de la pena, sumamente alto y alejado de un concurso entre robo y homicidio negligente, tomando éste como parámetro de referencia.

Las dificultades sí aparecen con fuerza a partir de considerar al delito del art. 165 como "complejo de dolo y dolo"; ya que esta relación no sólo sería coherente con el monto de

la pena previsto, sino con el origen histórico "aparente" del artículo.

Pero si adherimos a esta última teoría, ¿qué criterio selectivo utilizamos para aplicar el art. 165 o el art. 80 cuando éste también conecte al homicidio con el robo?

Tratar de encontrar la respuesta requiere, indefectiblemente, una retrospección histórica de la cuestión.

## 2. Evolución histórico-jurisprudencial de los artículos 80, inciso 7°, y 165

En la llamada fase material u objetiva del derecho penal, propia de los derechos primitivos, el individuo que de alguna manera participaba en un hecho ilícito se convertía en causa del resultado no deseado socialmente, respondiendo por el mismo aun cuando su producción se hubiera debido a la casualidad.

En este punto el derecho canónico también adhirió a la responsabilidad objetiva, al igual que la primera etapa del derecho penal alemán con la ley sálica. Así, no se hacía especial consideración de la voluntad, sino que lo realmente importante y antijurídico era el *resultado*, manteniéndose, por ello, la tentativa impune.

Llevando esta responsabilidad objetiva al caso que nos ocupa, el autor de un robo respondería por el homicidio resultante si lo hubiera causado con dolo, culpa, o, incluso, si no lo hubiera previsto y se debiera a la mera casualidad.

Diversos doctrinarios han señalado que la teoría de la responsabilidad objetiva habría sido el origen histórico de los delitos cuyos resultados no fueran directamente correlativos con la intencionalidad del autor.

A medida que fueron avanzando los estudios sobre la responsabilidad penal de los individuos, se morigera la doctrina anterior y se llega a la responsabilidad, al menos culposa, del resultado.

Surge, entonces, históricamente, el llamado *delito preterintencional*, cuando tendiendo el autor de un hecho ilícito a la causación de un determinado daño, en realidad, por su negligencia, obtiene un resultado más grave no previsto. Como dice Carrara: "El efecto ha superado el afecto".

En ciertas legislaciones, el límite de la culpa para imputar a una persona determinado hecho, aparece plasmado en la parte general de los Códigos Penales, convirtiéndose, por

lo tanto, en principio ineludible para la aplicación de sanciones. Tal es el caso del Código Penal alemán, cuyo art. 18 hace la siguiente referencia: "Si la ley vinculare una pena más grave a especiales consecuencias del hecho, se aplicará dicha pena al autor o al partícipe, siempre que esa consecuencia pueda imputársele a título de culpa por lo menos".

Nuestro Código Penal no prevé expresamente una norma así, pero ella surge con claridad de la interpretación de nuestros principios constitucionales que impiden penar salvo en la medida de la acción *punible*, entendida ésta como la conducción consciente de la conducta a la afectación de un bien jurídico protegido normativamente.

Dadas así las cosas y enfrentados con el art. 165 nos encontramos con la solución primariamente no criticable de imputar la muerte negligente a quien la haya ocasionado con motivo de un robo. La oposición esperada es, entonces, el alto monto de pena previsto para este concurso resuelto por la ley.

Ahora bien, si la crítica quedara solamente en ello, no deberían hacerse demasiados problemas lógicos quienes sustentan la teoría del art. 165 como delito preterintencional, ya que una pena mayor o menor puede responder, y de hecho en la mayoría de los casos así es, a cuestiones de política criminal que en nada influyen en los fundamentos dogmáticos.

Pero es que, en realidad, los inconvenientes de esta teoría no se refieren sólo a ello. Históricamente, la previsión conjunta del robo con el homicidio surge como delito complejo de dolo y dolo, teniendo al Código español de 1850 como fuente directa del nuestro, y en el cual el porcentaje de delitos complejos era muy alto, manteniendo esta técnica legislativa incluso hasta hoy (cfr. Groizard, *Código Penal comentado y concordado*). En el art. 425, inc. 1°, de ese Código se preveía para este delito la pena de cadena perpetua o muerte.

El Código Penal argentino, al regular en 1903 simultáneamente el homicidio *criminis causa* y el robo agravado por el homicidio, ha tomado elementos de corrientes legislativas diferentes: por un lado la francesa, que regula sólo el homicidio conexo con otro delito y, por otro lado, la española, que no cuenta con un artículo de homicidio *criminis causa*, pero sí de robo agravado por homicidio.

Es lamentable que los legisladores nacionales no hayan reparado en la inconveniencia de legislar ambas figuras

conjuntamente y, si bien históricamente hubo intentos de suprimir el art. 165, éstos quedaron simplemente en eso.

En un antiguo fallo de nuestros tribunales, se puede leer una detallada exposición y evolución histórica de los preceptos en estudio, de la mano del voto del juez Pedro Alegre ("Ruiz y Ayala, Mario", *JA*, 73-65), quien divide tal exposición en las siguientes etapas, las cuales sintetizaré a continuación:

*1*) El Código Penal argentino sancionado en 1886 contaba con el art. 187 redactado de la siguiente manera: "El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con presidio por tiempo indeterminado o por diez a quince años: *1°*) si con motivo u ocasión del robo, resultare un homicidio". Él había sido copiado casi con exactitud de una de las fuentes más importantes como el Código Penal español de 1850, cuyo art. 425, inc. 1°, decía: "El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de cadena perpetua o muerte: *1°*) cuando con motivo u ocasión del robo resultare homicidio".

En ambos Códigos este homicidio se consideraba en cuanto a la penalidad, más grave que el homicidio simple.

2) El Proyecto de Código Penal argentino de 1891 no varió la redacción del artículo, pero le disminuyó considerablemente el mínimo de pena a tres años y conservando quince como máximo. Son los autores de este proyecto quienes apoyarán la postura de la muerte culposa, cuando en la Exposición de motivos hacen alusión a la "accidentalidad" de la muerte que configuraría el delito.

3) La reforma de 1903 deroga la disposición del art. 187 sin sustituirla por otra, pero en cambio redacta el actual inc. 7° del art. 80, con lo cual adquiere coherencia el sistema.

4) El Proyecto de 1906 vuelve a incluir el homicidio en ocasión o con motivo del robo, y le da una pena igual a la del homicidio simple, de diez a veinticinco años.

5) Finalmente el Proyecto de 1916 agrava la penalidad en forma comparativa, ya que deja para el homicidio en ocasión o con motivo del robo la pena del Proyecto de 1906, pero disminuye el homicidio simple a ocho años de mínimo y veinticinco de máximo.

Actualmente, más allá de las lógicas críticas que podrían hacerse, ambos artículos conviven y dan cuenta de discusiones interminables entre jueces y doctrinarios que tratan infructuosamente de delimitar con precisión el cam-

po de aplicación propio de cada uno, cuando, en realidad, las diferencias esgrimidas son verdaderas "exquisiteces" de la dialéctica jurídica.

A poco de leer antecedentes jurisprudenciales sobre la relación de los arts. 80, inc. 7°, y 165, surgen distintas maneras de encuadrar la aplicación de ambos.

Podría pensarse que –como sucede en la mayoría de las situaciones dudosas o técnicamente complejas– el tema que nos ocupa puede haber sido objeto de una "natural evolución jurisprudencial", pero no es así. El desorden en esta materia no ha admitido interrupciones históricas, y asiste la razón a cada teórico cuando alega que su solución es avalada por diversos fallos.

En verdad, cada una de las teorías que sintéticamente expondré, cuenta con la adhesión de doctrina y jurisprudencia, no admitiendo prácticamente intervalos históricos.

### 3. Soluciones posibles

*Teoría 1: Artículo 80 como homicidio premeditado, artículo 165 como homicidio doloso*

Ambos artículos hacen alusión a un homicidio doloso. La diferencia radica en que para satisfacerse el art. 80, inc. 7°, la muerte tiene que haber sido premeditada, en cambio, en el art. 165 la muerte es ocasional.

Así, el doctor Alegre en el fallo "Ruiz y Ayala, Mario" ya mencionado, expresa: "Pienso, por ello, que la rigurosísima sanción del art. 80, inc. 3° (actual 7°), debe reservarse exclusivamente para los casos de extrema peligrosidad: para aquellos en que el agente, revelando un profundo desprecio por la vida humana, decide por anticipado, fría y reflexivamente, la eliminación de un semejante con miras a la realización de otra delincuencia futura, porque esa 'premeditación' del homicidio constituye un claro índice de la extrema temibilidad del agente. Pero, es muy diversa la situación cuando el homicidio aunque vinculado o conexo a un robo, se produce ocasionalmente durante el curso de éste, como un resultado eventual e instantáneo que no entraba en los planes primitivos del autor".

*Teoría 2: Artículo 80 como dolo directo, artículo 165 como dolo eventual*

El doctor Malbrán, en la sentencia de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital, en el fallo "Mitolo, José y

otro" (*LL*, 50-1), parece encarar el problema de la siguiente manera: penando con el art. 80, inc. 7°, los casos de dolo directo de muerte y con el art. 165 los de dolo eventual.

Dice el nombrado: "si el homicidio es preordenado al robo y se comete como medio del evento lucro, con el mayor desprecio por la vida humana, corresponde claramente al tipo del art. 80, inc. 3° (actual 7°), y si la muerte es un resultado previsible pero eventual que no ha entrado en los planes primitivos del autor del robo, debe reprimirse conforme al art. 165. Cuando el delincuente obra movido en realidad por un dolo indeterminado la acción homicida no está excluida del pensamiento inicial no obstante tratarse de un evento previsible, pero tampoco se trata de un acto premeditado sancionado expresamente por el art. 80 y, en todo caso, la extensión de la pena del art. 165 permite una adecuada represión".

*Teoría 3: Artículo 80 como homicidio doloso, artículo 165 como preterintencional o culposo*

El art. 80, inc. 7°, se aplica cuando hay dolo directo o eventual de matar, mientras que el art. 165, cuando el homicidio es culposo o preterintencional.

Sebastián Soler, uno de los expositores más conocidos de esta teoría en el ámbito nacional, nos dice que en el art. 80 se daría un desdoblamiento psíquico, el autor tiende a otro delito como fin, contando a la muerte entre los medios. En cambio, la misma redacción del art. 165 da la pauta de una muerte culposa o preterintencional cuando dice "resultare" en ocasión o con motivo de un robo. Leemos: "El art. 165, además de referirse tan sólo a la conexión ocasional y no a la final, funda su agravación en el hecho de que resultare un homicidio, expresión propia de las figuras calificadas por el resultado y preterintencionales, según sabemos" (Soler, Sebastián, *Derecho penal. Parte especial*, p. 237).

*Teoría 4: Artículo 80 como homicidio doloso, artículo 165 como homicidio circunstancial del robo (doloso o culposo)*

Uno de los expositores de esta teoría, Blasco Fernández de Morea, establece una diferencia mucho más sutil que los anteriores autores.

Para él, el art. 80 no tiene como elemento necesario la premeditación salvo para la hipótesis de un homicidio cometido para "preparar" otro delito. La muerte puede pre-

sentarse en cualquier momento de la preparación o ejecución del delito, en la mente del autor. Cuando la muerte de una persona aparezca como finalidad o causa conectándose con otro delito se aplicará el art. 80, inc. 7°; cuando, en cambio, la muerte se presente como conexión objetiva de tiempo y lugar y no se relacione subjetivamente con el robo, se aplicará el art. 165, sea "que el autor haya tenido dolo de matar, la muerte haya sido un producto de la negligencia o se dibuje una figura preterintencional".

*Teoría 5: La solución por la especialidad*

Sustentada por Ricardo Levene (h.) en su obra *El delito de homicidio*, en la que hace alusión a una actitud objetiva estricta y en la cual acudiría, para solucionar este punto, a la teoría de la especialidad (*lex specialis derogat generalis*) que rige supuestos del denominado "concurso aparente de leyes". Así, la disposición del art. 165 del Cód. Penal se valoraría como específica, por referirse únicamente al robo con homicidio, mientras que la del inc. 7° del art. 80 sería genérica, en cuanto se refiere a cualquier delito conexo con el homicidio. En su virtud, ante toda hipótesis de concurso entre éste y un robo, se habría de aplicar el art. 165 del Cód. Penal como *lex specialis*.

*Teoría 6: Artículo 165 como supuesto de falta de prueba sobre la autoría*

En esta corta exposición de teorías no podemos dejar de mencionar la opinión de un importante penalista español como Pacheco, quien hace aplicación de este tipo de delito sólo para el caso en que el homicida particular sea desconocido pero conocidos los ladrones que causaron el robo y, entre los cuales, con seguridad, se encuentra el autor de la muerte. Es decir, que el robo agravado por el homicidio sólo se aplicaría en el caso en que exista más de un autor y no pueda, entre ellos, identificarse al homicida.

## 4. Conclusiones

Analizaremos, entonces, las dos opciones más concretas.

a) *La muerte prevista en el artículo 165 es dolosa*

En este caso se hace imprescindible encontrar qué ámbito propio y distinguible le corresponde al art. 165 evitando la superposición con el homicidio *criminis causa*.

Para ello comenzaremos con un análisis personal de cada una de las hipótesis del inc. 7º del art. 80, con sus respectivos ejemplos.

Esta tarea no tiende a definir los contornos concretos y prolijos de cada supuesto. No escapan a nuestro conocimiento las dificultades lingüísticas e interpretativas que ponen de manifiesto la relatividad del significado que cada uno de nosotros puede dar a iguales palabras. Simplemente trataré de resaltar cómo la variedad de situaciones de este conflictivo inciso *prácticamente* no permite la existencia de un campo residual para otros supuestos de dolo y dolo.

1) *Para preparar otro delito.* La muerte es para el autor uno de los pasos a seguir para poder dar comienzo a la perpetración del otro delito. Se cuenta como acto preparatorio "premeditado" por el individuo para quien la vida de una persona es una de las cosas que debe suprimir en vista a su objetivo final.

Por ejemplo, *A* planifica el robo a un colectivo y mata a uno de los inspectores que, supuestamente, debería controlar al vehículo en alguna de las paradas en la que él estaría concretando el delito.

2) *Facilitar.* Se diferencia de la hipótesis anterior en que para aquélla la muerte constituye un elemento necesario e indispensable para lograr su objetivo; en cambio, cuando se realiza para facilitar, el objetivo *podría* alcanzarse sin matar a otro, pero esto último hace más probable el éxito de la actividad delictiva.

Ejemplo: *A* ingresa al colectivo para robar y, viendo sumamente alterado al conductor, si bien podría quizá robar igual, facilita su tarea eliminándolo.

3) *Consumar.* Habiendo dado comienzo al principio de ejecución, la muerte se presenta como un paso necesario e indispensable (para el autor) de obtener lo deseado. Al igual que en la hipótesis de preparar otro delito, el homicidio es indispensable para alcanzar la consumación; no hay para el autor probabilidad alguna de éxito sin la muerte en cuestión, pero a diferencia de aquélla: a) la muerte no necesariamente debe ser premeditada, y b) se produce una vez que se ha comenzado a tentar el otro delito.

Ejemplo: *A* pide al colectivero que le entregue la caja de caudales, pero éste, hombre alto y de gran contextura física, se pone frente a la caja sin intención de dársela. *A* lo mata.

4) *Ocultar.* Para el autor, la actividad delictiva ha finalizado, con o sin éxito, pero debe matar para ocultar las pruebas de ella.

Ejemplo: *A* ha robado en el colectivo y huye con el dinero y joyas de los pasajeros. Como se da cuenta de que lo siguen, trata de ingresar en una vivienda para ocultar las pruebas, pero como su dueño se resiste, lo mata.

5) *Para asegurar sus resultados.* Aquí el otro delito se ha consumado con éxito según el autor, quien, para evitar la posible pérdida de lo obtenido con su acción, se asegura matando a otro. En este caso las diferencias con *consumar* pueden llegar a ser muy sutiles.

Ejemplo: *A*, se ha apoderado del dinero y obliga al conductor a que lo traslade hasta un lugar alejado para abandonar el colectivo. Pero nota que el conductor está indeciso ante sus requerimientos, y si bien está guiando correctamente el colectivo, *A* se asegura matándolo y haciendo conducir a otro pasajero o a un cómplice.

6) *Procurar la impunidad para sí o para otro.* Esta hipótesis tiene un parecido importante con la de matar para ocultar otro delito. Aquí hay un individuo que representa peligro para el autor; no necesariamente la víctima, sino también terceros ajenos al otro delito, que, por determinadas circunstancias, pueden incriminarlo a él o a otra persona. El autor del homicidio no tiene por qué ser el mismo que el del otro delito.

Ejemplo: *A* ha consumado el robo sin darse cuenta de que uno de los pasajeros era amigo de su padre. Días después, este hombre va a ver al padre de *A* y lo chantajea, amenazándolo con contar a la policía todo sobre el hijo. El padre de *A* lo mata.

7) *Por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.* Aquí la venganza personal es el móvil del homicida, su ira y decepción pueden más que la vida de otra persona, la que no necesariamente debe ser la víctima del otro delito.

Ejemplo: *A* asciende al colectivo para robar, pero en él no había pasajeros ni dinero, entonces mata al conductor.

Varios autores han dicho acertadamente que lo que no debe darse en el art. 165 del Cód. Penal para su aplicación, es la conexión ideológica con el otro delito, y creemos que así es. Pero, cuando tratan de explicar esto en los casos concretos, determinar la inexistencia de esta relación se hace prácticamente imposible. Luego de desmenuzar deta-

lladamente el inc. 7º vemos que cuando un homicidio doloso se comete en ocasión o con motivo de un robo, la situación, casi indefectiblemente, cae en alguna de las hipótesis señaladas.

El intento por diferenciar los artículos que pone como elemento distintivo a la "preordenación" es en vano. El conocimiento de las situaciones del inc. 7º nos demuestra que no es así. El homicidio no se agrava porque ha sido "fría y reflexivamente pensado", sino porque se ha convertido en *medio* de obtener algo o en acción de venganza. Lo contrario querría decir que si el homicidio no ha sido premeditado en el caso en que se conecte con otros delitos, no podría aplicarse el art. 80. Ejemplo: un hombre pretende violar a una mujer pero no matarla; si la mujer se resiste firmemente y él la mata, habría que aplicar el concurso entre el homicidio simple y tentativa de violación, cuando en realidad es claro que se trata de alguna de las hipótesis del art. 80. ¿Por qué sería distinto en el caso del robo? ¿Por qué en un caso parece ilógico pretender la preordenación y en otro indispensable?

Quedan de esta manera señalados los inconvenientes profundos que surgen en este intento de delimitación de campos propios de aplicación de cada artículo en el marco de la teoría que configura al art. 165 como "mixto de dolo y dolo".

b) *La muerte prevista en el artículo 165 del Código Penal es culposa, aun cuando la pena sea alta*

En este caso una pena tan grave podría obedecer a lo censurable que resulta no ser cuidadoso con la vida de otra persona por el solo hecho de querer apoderarse de un objeto material. Es decir, se daría una especie de calificante de la negligencia por la tendencia codiciosa del autor.

Esta solución no es descartable, y su adopción o desecho podrá obedecer a la postura con la que enfrentemos la posibilidad de mensurar con la pena, las motivaciones disvaliosas del autor.

## 5. Propuesta de solución

Si decidimos que en la práctica es fundamental evitar la aplicación desproporcionada de penas, sobre todo en el caso de las que son privativas de la libertad, resultará, a

nuestro juicio, productiva, la búsqueda de soluciones que salven las incoherencias técnico-legislativas.

No intentaremos con nuestra propuesta poner fin a discusión alguna, ni es el objetivo perseguido clarificar el "espíritu de la ley", simplemente plantearemos una situación en la que valdría la pena la distinción entre el art. 165 y el inc. 7° del art. 80 en su aplicación a casos concretos.

Habría, a nuestro entender, una posibilidad de plantear la ausencia real de conexión subjetiva entre los artículos mencionados cuando por la inexistencia de uno de los elementos objetivos de la legítima defensa como es la falta de agresión de quien se defiende, tal causa de justificación no puede ser alegada por el autor del hecho.

Es decir, cuando el autor mate para defender su vida de una agresión que, aunque legítima, implica un *concreto peligro de muerte para él*.

Por ejemplo, *A* intenta el robo en un colectivo y porta un arma sólo con el objetivo de atemorizar a las víctimas. De repente ve que un pasajero, también armado, va a dispararle directamente. *A*, lo mata primero.

De ninguna manera la muerte se produce para preparar, facilitar, ocultar, etc., sino como reacción del autor para defender su vida, sin que en ese momento importe el resultado del robo.

Para ello, será necesario que concurran todos los otros elementos objetivos y subjetivos de la defensa necesaria, siempre y únicamente referidos a la defensa de la vida.

Entonces: La agresión debe ser actual.

"La acción de defensa tiene que ser la requerida para la defensa. Esta calidad se determina por la intensidad real de la agresión y de acuerdo con los medios que estaban a disposición del agredido. La defensa puede llegar hasta donde sea requerida para la defensa efectiva inmediata, pero no debe llegar más allá de lo estrictamente necesario para el fin expuesto. Es por eso que el agredido ha de emplear el medio más leve que, sin embargo puede llegar, según el caso, hasta la muerte del agresor, siempre que éste sea el último medio de defensa. Esta calidad debe ser juzgada *ex ante*, es decir, retrotrayéndose al momento de la ejecución de la acción" (Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, p. 125).

Pero lo más importante es que, subjetivamente, el autor haya tenido la intención de defender su vida, y de ninguna manera su acción se conecte con el robo.

Así, sí se justificaría la aplicación del art. 165 del Cód. Penal, porque sería el único caso real en que la conexión ideológica está ausente, aunque no la motivación, entendida ésta como situación originante.

La mención del robo como situación-origen-motivo, viene a raíz del planteamiento del siguiente caso: Si *A* asciende al colectivo con el deseo de robar, pero encuentra en él al amante de su esposa y lo mata, aquí tampoco hay conexión subjetiva con el robo, pero tal muerte se hubiera producido durante cualquier encuentro entre *A* y la víctima, y el art. 165 necesariamente prevé la existencia de relación entre ambos delitos.

* * *

¿Qué camino debe seguir el juez ante la inminente necesidad de resolver? Definitivamente realizar una evaluación seria y detallada de las situaciones, tendiendo a la equidad en las soluciones y a la coherencia en el tratamiento de casos similares. Encontrar en el desorden legislativo la forma más inteligente de relacionar los preceptos jurídicos.

Dios Guarde a V.S. en esta tarea fundamental de hacer justicia.

## *BIBLIOGRAFÍA*


Blasco Fernández de Moreo, Francisco, *Homicidio "criminis causa" y robo con homicidio. Autoría. Participación y comunicabilidad de las circunstancias fácticas del delito*. LL, 130-335.

Eftón, José V., *El robo con homicidio*, en "Lecciones y Ensayos", 1956, p. 43.

Finzi, Marcello, *El delito preterintencional*.

Groizard, *Código Penal comentado y concordado*, t. 6, p. 64.

Gómez Bolado, Jorge, *Los homicidios calificados*.

Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de derecho penal. Parte especial*.

Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. VI.

Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, t. II.

Núñez, Ricardo, *Calificación del homicidio por el hurto*, LL, 50-1.

Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*.

Rivarola, Rodolfo, *Exposición y crítica al Proyecto de 1891*.

Zaffaroni, Eugenio, *Teoría del delito*.

# LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN: ¿PERSONA JURÍDICA O ENTE INEXISTENTE?

PATRICIO M. MARTIN*
FERNANDO R. BERTONI*

## PRÓLOGO

Mis destacados alumnos, Patricio Alberto Martín y Fernando Raúl Bertoni, han presentado este trabajo a mi consideración, el que he recibido no sin la emoción de quien siente que la semilla de la investigación, del complejo campo del derecho, ha germinado.

Afortunadamente, en estos muchos años de docencia, han sido múltiples las muestras que me permiten asegurar un gran futuro a la juventud argentina, que no se deja vencer ni aun frente a las enormes dificultades que provienen de la realidad actual.

El tema elegido toca sensiblemente aspectos a los que dediqué más de un año de estudio al preparar mi tesis doctoral. No importa si yo coincido o no con las opiniones o conclusiones vertidas. Lo valioso es la tarea realizada, el trabajo hecho y el coraje de proponer soluciones.

Ya Vivante en sus *Instituciones* traducidas en el año 1928 de la 3ª edición italiana al español señalaba que en defecto de las formalidades en la constitución de una sociedad, ésta existe igual, pero irregularmente, es decir, los socios no encuentran en la ley aquella tutela que es concedida sólo a los socios de las sociedades regulares.

Este multifacético tema, el de la irregularidad societaria, que la gran reforma de 1942 no pudo totalmente vencer, aún hoy es causa de abundante jurisprudencia.

* Alumnos de 6º año de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Y cuando la hay, es señal que el tema se discute, se controvierte y merece la opinión dirimente judicial.

El fallo de la Corte citado por los jóvenes y talentosos autores, dada su importancia, puede tener otra interpretación, a la que he llegado luego de estudiarlo y meditarlo mucho.

Y no es para menos. Como decía Hart en *El concepto del derecho*, un tribunal supremo tiene la última palabra al establecer *qué es el derecho*.

De ahí que lo que la Corte diga, *es derecho* y por ello sea tan relevante una interpretación estricta de la sentencia de última instancia.

Las últimas palabras sean para felicitar, además de a los autores, al valioso equipo de jóvenes que hace "Lecciones y Ensayos" por su meritoria labor.

RAÚL A. ETCHEVERRY

## 1. INTRODUCCIÓN

Todas las sociedades cumplen una etapa o período de formación que comienza, en el ámbito jurídico, a través de dos caminos alternativos:

a) La firma de un contrato o acuerdo social para llegar a ser, al inscribirse, una sociedad regular.

b) El comienzo de los negocios en común[1].

## 2. ETAPAS PARA ALCANZAR LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD REGULAR

Toda sociedad que desea alcanzar su regularidad, necesita invariablemente un período, durante el cual debe realizar una serie de actos, que la ley impone como obligatorios.

La ley 19.550 prescribe las siguientes etapas:

a) Suscripción del contrato constitutivo (art. 4º).

b) Examen por la autoridad de contralor del cumplimiento de los requisitos legales de constitución (art. 6º).

c) Publicación de edictos o avisos de constitución del ente (art. 10).

[1] Etcheverry, Raúl A., *Formas jurídicas de organización de la empresa*, Bs. As., Astrea, 1989, p. 154.

d) Inscripción en el Registro Público de Comercio. Acto que le confiere regularidad al ente (arts. 5° y 7°).

El requisito exigido en el apartado c, es sólo para las sociedades por acciones y para las sociedades de responsabilidad limitada. Actualmente, en jurisdicción nacional, es la Inspección General de Justicia –que ha absorbido las funciones del Registro Público de Comercio– la que realiza el control legal y fiscal, y la posterior inscripción.

### 3. Planteo del problema: ¿cuál es la naturaleza del ente durante el período de formación?

El objeto central del presente trabajo, consiste en determinar qué clase de ente existe durante la etapa constitutiva de la sociedad. Hay al respecto diversas posiciones doctrinarias, que podríamos clasificar en:

a) Aquellas que sostienen que estamos frente a una sociedad irregular; o en forma aun más extrema, le niegan existencia.

b) Las que consideran que el acto constitutivo genera una sociedad (y a la persona de derecho) si sus elementos están constituidos.

La respuesta a este complejo problema nos conduce a investigar algunas controversias atinentes a él: ¿cuál es el efecto de la inscripción en el Registro Público de Comercio? La inscripción realizada en la forma establecida en los arts. 36 y 39 del Cód. de Comercio, ¿tiene efecto retroactivo? Y, finalmente, al análisis de las modificaciones en el régimen legal de las sociedades en formación, introducidas por la ley 22.903.

Creemos conveniente realizar un estudio comparativo con la legislación extranjera y su interpretación doctrinaria para analizar las semejanzas y diferencias con nuestro régimen legal.

Es necesario aclarar que no analizaremos la naturaleza y efectos de las relaciones anteriores a la formalización del contrato societario, ya que hasta ese momento sólo existe la intención de formar sociedad y no sociedad en formación[1].

[1] Verón distingue el iter de la sociedad en formación del constitutivo. El primero comprende la integridad de la trayectoria preexistente a la

### 4. Soluciones en el derecho nacional

En nuestro derecho, la doctrina no ha tenido una posición unánime, por el contrario, se presentan dos grandes corrientes:

a) *Teorías negatorias de la personalidad de la sociedad durante el iter constitutivo*

Los fundamentos centrales, en los que se basan quienes sustentan esta postura, son los siguientes:

1) La inscripción en el Registro Público de Comercio tiene efecto constitutivo de la sociedad.

Zaldívar entiende que la ley otorga a la inscripción registral el mencionado efecto, y que la relación societaria en estado o trámite de inscripción constituye una hipótesis particular de irregularidad[3].

2) La inscripción no tiene efecto retroactivo al día en que se celebró el contrato plurilateral de organización.

Halperin enseñaba que en nuestro derecho no existe una etapa previa a la inscripción, porque ésta es constitutiva de personalidad y carece de cualquier efecto retroactivo. La sociedad no existe mientras no finalice el procedimiento de constitución[4].

---

"sociedad regular", mientras que el segundo se limita al período formativo que va desde los actos formales preconstitutivos hasta su "constitución definitiva" mediante la inscripción registral. Considera que el iter de la sociedad en formación abarca tres etapas:

a) Período de la concepción: este período preformativo, se inicia con la concepción de la empresa y es necesario atender a las circunstancias fácticas para determinar el momento en que se exterioriza el primer vestigio cierto de organizar una unidad económica.

b) Período de gestación: abarca los actos necesarios conducentes no a su estructuración jurídica sino a la organización de aquélla (p.ej., composición de los integrantes de la sociedad, necesidades de capital).

c) Período formal preconstitutivo: es la etapa del procedimiento formativo de la sociedad que culmina con la constitución formal definitiva (Verón, Alberto V., *Sociedades comerciales*, Bs. As., Astrea, t. I, p. 134).

[3] Zaldívar, Enrique - Manóvil, Rafael - Ragazzi, Guillermo - Rovira, Alfredo - San Millán, Carlos, *Cuadernos de derecho societario*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1973-1978, t. 1, p. 124 y siguientes.

[4] "Finalización, que no tiene eficacia retroactiva", Halperin, Isaac, *Curso de derecho comercial*, Bs. As., Depalma, 1972, vol. II, p. 208.

3) La sociedad, hasta su inscripción en el Registro Público de Comercio, es una sociedad irregular. Por lo tanto se somete a la sociedad mencionada al régimen del art. 21 y ss. de la LSC. Verón realiza el siguiente razonamiento: se pregunta qué se entiende por "sociedades de los tipos autorizados que no se constituyen legalmente", a lo cual responde, que son aquellas que instrumentadas conforme a uno de los tipos regulados por la ley, no se encuentran inscriptas en el Registro Público de Comercio. Y luego agrega que sociedad en formación es aquella que llegó –después de un iter de formación– a instrumentarse conforme a uno de los tipos regulados por la ley, pero que no se encuentra regularmente constituida, esto es, inscripta en el Registro Público de Comercio; por lo tanto no queda más alternativa que reputarla "irregular"[6].

4) La ley 22.903, que reforma a la ley de sociedades comerciales, consagra normas especiales para una situación particular.

De este modo, Villegas sostiene que en el intervalo que va desde la "formación del contrato" hasta la inscripción registral, la sociedad en formación no es persona jurídica, ni sujeto de derecho. El autor mencionado entiende que durante la etapa constitutiva, existe una situación de sociedad irregular, ya que bien podría ocurrir que nunca obtenga su inscripción[8].

Para Romero, los arts. 182 y 183 de la LSC (reforma introducida por ley 22.903) han estructurado un sistema especial de irregularidad para las sociedades anónimas y otros tipos a ellas asimilables[7].

Conclusión: este sector de la doctrina entiende que la sociedad en formación no tiene personalidad jurídica, y que sólo existen normas específicas que van a reglar la relación jurídica creada, por la actuación (durante ese período) de ciertos individuos (promotores, directivos y fundadores).

[6] Verón, no obstante asimilar la sociedad en formación a la sociedad irregular, reconoce la personalidad de la sociedad en formación sujeta a la siguiente graduación: efímera al concebirla, precaria durante su gestación, semiplena durante su preconstitución y plena una vez inscripta (Verón, op. cit.).

[8] Villegas, Carlos G., *Manual de derecho societario*, Bs. As., Ghersi-Carozzo, 1987, p. 17.

[7] Romero, José, *Las sociedades irregulares y la ley 22.903*, RDCO, 1984-130.

b) *Teorías que reconocen la personalidad jurídica de la sociedad en formación*

Para esta corriente doctrinaria, lo que existe durante la etapa constitutiva es: "La sociedad en formación"[8]. Dicha sociedad no es una sociedad irregular, ni de hecho, ni regular, y lo que está en formación es, precisamente su regularidad; vale decir, el camino formal hacia un tipo regular, a partir de un acto constitutivo (escrito o no) originario, el cual crea a la sociedad (y a la persona de derecho) si sus elementos constitutivos aparecen configurándola. Al ser el contrato de sociedad, consensual, art. 1° de la LSC[9], la sociedad nace con el consentimiento expreso o tácito de sus miembros.

La atribución de personalidad jurídica a la sociedad en formación implica su reconocimiento como "centro de imputación de normas", diferenciándose de esta forma de los individuos que integran el ente[10].

Manóvil[11], al tratar de desvirtuar el concepto según el cual "la sociedad anónima en formación es una sociedad irregular"; establece algunas diferencias entre la sociedad irregular y la sociedad en formación. Analicemos las siguientes:

*1)* Para que exista cualquier clase de sociedad uno de los requisitos esenciales es el "consentimiento", libre y sin ningún otro vicio, de cada uno de los socios. Tengamos debidamente en cuenta que, el consentimiento para ser socio de una sociedad formada de acuerdo con uno de los tipos regulares no implica prestar consentimiento para ser socio de una sociedad irregular. Por lo tanto debemos advertir que falta uno de los elementos esenciales para la existencia de una sociedad irregular; esto es, el consentimiento de los socios.

[8] Conf. Etcheverry, op. cit., p. 157.

[9] Art. 1°, LSC: "Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando en los beneficios y soportando las pérdidas".

[10] Entendemos el concepto de persona jurídica, tal cual está expresado por el art. 30 del Cód. Civil: es persona jurídica todo ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones.

[11] Manóvil, Rafael M., ponencia en "Primer Congreso de Derecho Societario", Bs. As., Depalma.

2) La sociedad irregular puede ser disuelta por voluntad de cualquiera de los socios (art. 22, LSC). La sociedad en formación no puede serlo en los primeros quince días, desde la fecha del otorgamiento del acto constitutivo (conf. arts. 5º, LSC y 39, Cód. de Comercio). Tampoco puede exigirse su disolución después de ese lapso, si el contrato constitutivo fue presentado a la autoridad del Registro. Suárez Anzorena señala que el socio no puede solicitar la disolución del ente "mientras el proceso legal de inscripción sea razonable en su marcha"[12].

3) El art. 183 de la LSC establece la responsabilidad ilimitada de los fundadores y directores por:

a) Las obligaciones relativas a los actos de constitución.

b) Las demás obligaciones que hayan contraído en el ejercicio de la actividad que corresponda al objeto social.

La responsabilidad ilimitada mencionada es transitoria, ya que inscripta la sociedad, ésta se hace cargo de las obligaciones y se libera a los directores y fundadores; a diferencia de lo que ocurre en las sociedades irregulares, en las cuales los socios no pueden liberarse de ninguna de sus responsabilidades.

4) Por último, no es de aplicación a las sociedades en formación el principio del art. 24 de la LSC, según el cual "cualquiera de los socios representa a la sociedad".

De igual manera, tampoco cabe la excepción del art. 26 de la LSC, ya que la sociedad en formación debe efectuar la inscripción preventiva (conf. art. 38, párr. 3º, LSC) de los bienes registrables que recibe como aportes.

Pensamos que es de vital importancia establecer la diferencia esencial entre ambos tipos societarios. Según Etcheverry, la sociedad irregular es aquella que nace con los atributos de una sociedad regular, pero cuyo *iter* constitutivo se interrumpe voluntariamente y de manera definitiva, antes de arribar a la etapa final (esto es, la inscripción registral)[13].

La sociedad en formación es un ente formalmente complejo, cuya existencia temporal va desde la suscripción del contrato plurilateral de organización, hasta la inscripción en

[12] Suárez Anzorena, citado por Manóvil, *op. cit.*, p. 449.

[13] Etcheverry, *Formas jurídicas de organización de la empresa*, p. 159.

el Registro Público de Comercio; esto significa, sin más, que el hecho de que la sociedad en formación comience a operar no altera su esencia y, por lo tanto, no deviene en irregular.

1) *Régimen legal de las sociedades en formación.* La ley de sociedades comerciales no prevé una disciplina integral del *iter* constitutivo de las sociedades.

Los nuevos arts. 183 y 184 (según ley 22.903) están específicamente referidos a la sociedad anónima, pero por vía analógica no existe inconveniente en incorporarlos a la aplicación de los restantes tipos societarios. El sistema que constituyen los artículos mencionados no es de irregularidad. Por el contrario, conforman una estructura imputativa de responsabilidad en cuanto a la realización de actos de constitución y actos de gestión empresaria [14].

Ahora bien, con respecto al art. 182 de la LSC, Farina [15] entiende que esta norma [16] le reconoce a la sociedad que actúa durante el período fundacional una entidad propia, que no es la de las sociedades irregulares, que encuentran reglamentación específica en los arts. 21 a 28 de la ley 19.550.

Con respecto a los actos cumplidos durante el período fundacional el art. 183 establece: "Los directores sólo tienen facultades para obligar a la sociedad respecto de los actos necesarios para su constitución y los relativos al objeto social cuya ejecución durante el período fundacional haya sido expresamente autorizada en el acto constitutivo. Los directores, los fundadores y la sociedad en formación son

[14] En contra, Romero: "Los arts. 183 y 184 de la LSC son la regulación del sistema de irregularidad de la sociedad anónima. No se puede decir que a la fecha se haya regulado el *iter* constitutivo de las sociedades comerciales. La modificación del art. 183, que solamente atañe a las sociedades por acciones, lejos de haber regulado el *iter* constitutivo se limita a establecer algunas pautas normativas que desestiman el sistema atributivo de responsabilidad en la concepción original de la ley 19.550" (*Las sociedades irregulares y la ley 22.903*, *RDCO*, 1984-130).

[15] Farina, Juan M., *Tratado de sociedades comerciales*, Rosario, Zeus, 1988, t. IV, p. 42 y siguientes.

[16] Art. 182, LSC: "En la constitución sucesiva los promotores responden ilimitada y solidariamente por las obligaciones contraídas para la constitución de la sociedad, inclusive para los gastos y comisiones del banco interviniente.

Una vez inscripta, la sociedad asumirá las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y les reembolsará los gastos realizados, si su gestión ha sido aprobada por la asamblea constitutiva o si los gastos han sido necesarios para la constitución".

solidaria e ilimitadamente responsables por estos actos mientras la sociedad no esté inscripta.

Por los demás actos cumplidos antes de la inscripción serán responsables ilimitada y solidariamente, las personas que los hubieren realizado y los directores y fundadores que los hubieren consentido".

2) *Actos realizados durante el iter constitutivo.* Del análisis de los arts. 183 y 184 de la LSC, resulta que durante el período previo a la inscripción, los fundadores y directores de la sociedad anónima pueden contraer obligaciones relativas a:

a) Actos necesarios para su constitución.

b) Actos relativos al objeto social, cuya ejecución durante este período haya sido expresamente autorizada en el acto constitutivo.

c) Otros actos cumplidos antes de la inscripción.

Con respecto a los actos enunciados en los apartados a y b, debemos distinguir si la sociedad está o no inscripta. Si no lo está, se le aplica el art. 183, párr. 1°, parte última, de la LSC[17]. Caso contrario es de aplicación lo normado en el art. 184: "Inscripto el contrato constitutivo, los actos necesarios para la constitución y los realizados en virtud de expresa facultad conferida en el acto constitutivo, se tendrán como originariamente cumplidos por la sociedad. Los promotores, fundadores y directores quedan liberados frente a terceros de las obligaciones emergentes de estos actos".

Al respecto, Farina entiende que se produce una asunción de deuda *ipso iure* y una automática liberación de los directores y fundadores, frente a quienes serían acreedores de tales obligaciones; esto, a su vez, nos enfrenta con la posibilidad de que los acreedores no hayan hecho garantizar sus créditos en forma personal a fundadores y directores y se produzca luego (al asumir la sociedad las obligaciones) una sustitución del sujeto obligado en la relación, sin el consentimiento de los acreedores. Se encontrarán, así, frente a un "nuevo" sujeto deudor: la sociedad anónima inscripta.

La registración de la sociedad actúa, para Nissen[18], como

[17] Art. 183, párr. 1°, parte última, LSC: "Los directores, los fundadores y la sociedad en formación son solidaria e ilimitadamente responsables por estos actos".

[18] Nissen, Ricardo A., *Consideraciones sobre la ley 22.903 de reformas a la ley 19.550*, LL, 1988-D-998.

una condición suspensiva (art. 545, Cód. Civil)[19] y de conformidad con lo dispuesto por el art. 543[20]. La sociedad, una vez inscripta, deberá responder frente a terceros exclusivamente por las obligaciones contraídas por su representante legal.

Atinente al apartado *c*, es de aplicación lo preceptuado en el art. 183, párr. 2°, de la LSC[21]. Farina incluye dentro de esta disposición las obligaciones por los daños causados a terceros, por lo cual no resultaría aplicable el art. 43 del Cód. Civil[22] a la sociedad durante el período fundacional.

En este sentido, la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, sostuvo que la sociedad en formación no es equiparable ni asimilable a la sociedad irregular, pues la etapa formativa constituye un período necesario para obtener el tipo regular seleccionado en el instrumento constitutivo. En ese lapso, los socios no deben –continuaba expresando la Cámara– apartarse de las reglas del contrato social, ni quedan sujetos indefinidamente a responsabilidad solidaria e ilimitada por los actos sociales, ni les cabe provocar la disolución de la sociedad cuando les parezca, como sucedería si se aplicara la disciplina normativa de la sociedad irregular[23].

### 5. Respuestas en el derecho comparado

En la doctrina italiana, Giuseppe Ferri, en su *Trattato di diritto civile italiano* enseña que: "La constitución de la sociedad de capitales es el resultado de una *fattispecie* compeza, más precisamente de una *fattispecie*, de procedimiento, ya que al lado de la actividad privada (la estipulación del

[19] Art. 545, Cód. Civil: "La obligación bajo condición suspensiva es la que debe existir o no existir, según que un acontecimiento futuro e incierto suceda o no suceda".

[20] Art. 543, Cód. Civil: "Cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo".

[21] Art. 183, párr. 2°, LSC: "Por los demás actos cumplidos antes de la inscripción serán responsables ilimitada y solidariamente, las personas que los hubieren realizado y los directores y los fundadores que los hubiesen consentido...".

[22] Art. 43, Cód. Civil: "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas".

[23] CNCom, Sala C, 5/6/86, "López c/Mariscal".

acto constitutivo), hay una actividad pública (la homologación y la inscripción), y está claro que hasta que todos los elementos de la *fattispecie* constituida no se produzcan, no hay por tanto sociedad por acciones. Por otra parte, es claro que cuando alguno de los elementos de la *fattispecie* no se hayan constituido... en realidad se ha creado una situación jurídicamente 'relevante', que provoca efectos jurídicos".

Para Ferri, no existe la sociedad todavía como persona jurídica, por lo tanto, tampoco los órganos sociales capaces de expresar la voluntad de la sociedad y de responder en su nombre. No hay un patrimonio de la sociedad.

La consecuencia de este razonamiento es que, "no existiendo antes de la inscripción una sociedad de capitales no se concibe una actividad imputable a la sociedad como tal, ni una responsabilidad de la sociedad por las obligaciones asumidas, eventualmente en su nombre"[34].

El modelo italiano es esencialmente distinto del nuestro, ya que en aquel ordenamiento existe una "sociedad simple", sin personalidad, que no requiere publicidad ni inscripción.

En el derecho comparado no se han seguido caminos uniformes en la regulación de las sociedades en formación.

Analizando las diferentes legislaciones, Anaya[35] realiza las siguientes clasificaciones:

a) De acuerdo con los tipos societarios respecto de los cuales se regulan las consecuencias de los actos cumplidos durante el *iter* constitutivo:

1) Legislaciones que fijan reglas generales para el período formativo (además de disposiciones específicas para sociedades anónimas), entre las que encontramos a: la legislación francesa, la ley peruana de sociedades mercantiles y el Código de Comercio de Colombia.

El art. 5º de la ley francesa 66-537 establece: "Las sociedades comerciales gozan de personalidad moral desde su matriculación en el Registro de Comercio". A continuación expresa: "Las personas que actuaron en nombre de una sociedad en formación antes que haya adquirido el goce de la personalidad moral están obligadas solidaria e ilimi-

[34] Ferri, Giuseppe, *Le società*, en Vasalli, Filippo (dir.), "Trattato di diritto civile italiano", Torino, Utet, 1972, vol. X, t. 3, p. 70, nº 22.

[35] Anaya, Jaime L., *Las sociedades en formación ante el decreto ley 19.550*, RDCO, 1976-257.

tadamente por los actos así cumplidos, a menos que la sociedad, después de haber sido regularmente constituida y matriculada, asuma las obligaciones contraídas. Esas obligaciones se consideran que fueron suscriptas desde sus orígenes por la sociedad".

La ley peruana de sociedades mercantiles (ley 16.123 de 1966), en su art. 4º, ap. 2º, expresa lo siguiente: "La validez de los contratos suscriptos en nombre de la sociedad antes de ser inscripta ésta en el Registro Mercantil, quedará subordinada a este requisito y la aceptación por la sociedad dentro del plazo de tres meses contados desde dicha inscripción. No constituyéndose la sociedad o no aceptándose los actos y contratos mencionados, aquellos que hubieren contraído obligaciones en nombre de la sociedad, serán ilimitada y solidariamente responsables ante los terceros con quienes hubiesen contratado".

Dentro de este sistema, el Código de Comercio de Colombia (de 1971) en su art. 116 establece una regla genérica prohibitiva, con respecto a la iniciación de actividades, antes de la escritura de constitución y de su registración; y, en su caso, el permiso de funcionamiento de la Superintendencia de Sociedades.

2) Legislaciones que solamente regulan el iter constitutivo de las sociedades anónimas en particular, o el de éstas y el de las sociedades de responsabilidad limitada. Y para los demás tipos sólo establecen algunas normas especiales de responsabilidad.

Ésta es la solución adoptada, entre otras, por la legislación de la República Federal de Alemania, por la ley italiana y por el Código suizo de las Obligaciones. Veamos qué sucede en cada una de ellas: la ley de sociedades por acciones de la República de Alemania (de 1965), expresa en su art. 45: a) que la sociedad no existe antes de ser inscripta en el Registro Mercantil. Quien opere en nombre de ella con anterioridad queda obligado personalmente; si los que operan son varios, su responsabilidad es solidaria; b) "si la sociedad acepta una obligación contractual contraída en su nombre antes de la inscripción... no se requiere el consentimiento del acreedor para que la aceptación de deuda sea efectiva si ella es otorgada dentro de los tres meses siguientes a la inscripción de la sociedad y se comunica al acreedor por la sociedad o por el deudor".

El Código Civil italiano, establece con respecto a la sociedad anónima (art. 2331) que: "Con la inscripción en el Re-

gistro, la sociedad adquiere personalidad jurídica. Por las operaciones cumplidas en nombre de la sociedad antes de la inscripción son ilimitada y solidariamente responsables hacia los terceros, aquellos que actuaron". Mientras que el art. 2338 precisa: "Los promotores son solidariamente responsables hacia los terceros por las obligaciones asumidas para constituir la sociedad. La sociedad está obligada a relevar a los promotores de las obligaciones asumidas y a reembolsar sus gastos, siempre que hayan sido necesarios para la constitución de la sociedad o hayan sido aprobados por la asamblea" (con respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, el art. 2475 remite a lo dispuesto por el art. 2331).

El art. 645 del Cód. Federal de las Obligaciones de Suiza regula lo atinente a las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad anónima antes de su inscripción; y las que en idénticas circunstancias se contrajeron por una sociedad de responsabilidad limitada (art. 783).

b) Según los efectos que se asignan a la inscripción de la sociedad en el Registro:

*1*) Encontramos a las legislaciones que relacionan la "personalidad" de la sociedad con la inscripción registral, como la francesa con respecto a todos los tipos societarios; y la alemana, la italiana y la española con relación a las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

*2*) Legislaciones que vinculan la inscripción registral con la regularidad de la sociedad (sistema que adopta la ley argentina, en el art. 7°, LSC)[*].

c) Según el ámbito de la problemática que vinculan con la sociedad en formación:

*1*) Legislaciones que regulan también los efectos de los actos cumplidos durante el *iter* constitutivo, una vez inscripta la sociedad, como es el caso de las legislaciones francesa y peruana.

*2*) Legislaciones que sólo regulan el deslinde de las responsabilidades emergentes de los actos realizados durante el período de formación, como el caso del Código Civil italiano.

Creemos conveniente señalar, que en los derechos alemán, italiano, español y portugués se distingue entre las so-

[*] Art. 7°, LSC: "La sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio".

ciedades de interés y las sociedades de capital. Para las primeras, la inscripción registral no es un elemento del contrato. Ésta podrá condicionar la existencia de la persona jurídica, pero no afecta la eficacia de la sociedad, que existe antes de la inscripción.

De este modo en las vinculaciones entre socios, ellos quedan ligados por las estipulaciones del contrato [27].

### 6. A propósito de un fallo pronunciado por la Corte Suprema

En autos "Telecor SA c/Catamarca, Provincia de" [28], una sociedad anónima demandó a la provincia de Catamarca. Con motivo de una medida cautelar dispuesta en la causa, comparece Catamarca Televisora Color –una sociedad de economía mixta, creada por ley provincial que aún se encontraba cumpliendo con los trámites de su inscripción registral– y solicita ser tenida por parte en calidad de tercero, invocando la posibilidad de que sus intereses pudiesen ser afectados por la sentencia. Ante ello, en una misma fecha, la actora amplió su demanda contra Catamarca Televisora Color y, contestando la presentación por la que aquélla solicitó que se la tuviese como tercera, pidió que no se la admitiese por no haber acreditado la existencia de tal entidad, ni la representación legal invocada.

Se le asignó razón a la actora, aunque la votación fue dividida en cuanto a los fundamentos.

La doctrina sentada por el voto mayoritario sería: "Las sociedades anónimas en formación carecen de personalidad jurídica y, por ende, no pueden estar en juicio ni por sus órganos ni por representación".

El voto minoritario coincide con la solución, pero fundando tal conclusión en que no puede otorgársele calidad de parte por no haberse configurado ninguno de los supues-

[27] Anaya (op. cit.) sostiene que: "Tal solución sería insostenible, en nuestro derecho si la inscripción se solicitó después de los quince días de la fecha del contrato (art. 5°, decr. ley 19.550), pues en tal supuesto sería de aplicación el art. 21 y ss., que disciplina las sociedades irregulares". No coincidimos con Anaya en los efectos que considera que produce la inscripción tardía. Más adelante daremos nuestra posición (apartado 7).

[28] CSJN, 26/4/88, "Telecor SA c/Catamarca, Provincia de", 345-XXI.

tos del art. 90 del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación. A pesar de lo terminante de tales afirmaciones, nos queda la duda de si la Corte Suprema desconoce verdaderamente la personalidad de las sociedades en formación.

Encontramos fundamentos a tal posición, en el análisis de los considerandos del fallo.

El supremo tribunal señala (consid. 5): "Las sociedades de carácter privado, sólo quedan regularmente constituidas y, por ende, dotadas de 'todos' los atributos concernientes a la personalidad jurídica, con su inscripción en el Registro Público de Comercio". Esto significa que durante el *iter* constitutivo la sociedad tiene "algunos atributos", aunque la Corte Suprema no precisa cuáles son.

Lo cierto, es que no se le concede capacidad para estar en juicio.

Más adelante, la Corte Suprema afirma en el consid. 9: "Queda establecida la falta de personería jurídica de Catamarca Televisora Color, 'cuanto menos', en lo relativo a los actos que se ventilan en la causa". Esto nos merece una reflexión: creemos que la Corte reconoce la personalidad jurídica a las sociedades en formación en general y, a Catamarca Televisora Color, con respecto a 'otros' actos, que por supuesto no son los ventilados en la causa; y nos genera una duda: ¿puede haber una personalidad jurídica fraccionada?, es decir, ¿puede una sociedad tener personalidad para algunos actos y para otros no? (Cuando nos referimos a algunos actos, queremos decir, actos relativos a la constitución de la sociedad y a su objeto.)

¿Es correcta la conclusión a la que llegamos?

Si la Corte Suprema, verdaderamente, desconoce la personalidad de las sociedades en formación, más que atinentes son las palabras de Anaya al señalar "que no se puede razonablemente dispensar a estas sociedades en tránsito hacia su inscripción un disfavor respecto de las sociedades irregulares[38], siendo que, a diferencia de éstas, no son pasibles de reproche por el incumplimiento de las formalidades legales, simplemente no las han concluido y por ello se encuentran 'en formación'"[39].

[38] Las sociedades irregulares tienen personalidad jurídica, aunque la misma es limitada y precaria.

[39] Anaya, Jaime L., en nota al fallo citado.

### 7. Nuestra posición: la sociedad en formación como persona jurídica

La sociedad como figura jurídica, encuentra su origen en un contrato plurilateral de organización, contrato que organiza a un sujeto colectivo, el cual adquiere plenitud jurídica a partir del acuerdo de voluntades. La ley reconoce la existencia desde el momento del acuerdo original (arts. 1° y 2°, LSC y 33, Cód. Civil).

La inscripción en el Registro otorga a las sociedades comerciales su carácter de regulares, con todos los atributos de su tipo. La inscripción configura el desenlace del período constituyente.

La posición que niega la existencia de la personalidad jurídica de las sociedades en formación, implica desconocer el efecto "regularizatorio" del art. 7° de la LSC y, por otro lado, importaría la aplicación de principios de derecho comparado, los cuales son contradictorios con la legislación vigente.

Nos parece totalmente acertada la conclusión a la que arriban Vítolo y López Loyola: "La sociedad en formación no es una apariencia social, sino la realidad de una persona jurídica en vías de existencia"[31].

Coincidimos con Giralt Font[32], en que no es razonable pretender que quienes resuelven asociarse para la explotación de un negocio determinado se vean obligados a mantener inactivos los capitales aportados, perdiendo la oportunidad de realizar las operaciones proyectadas a la espera del lento proceso inscriptorio, para recién entonces comenzar las operaciones de su giro.

Sucede generalmente que, antes de obtener su inscripción, la sociedad comience sus actividades. Esto resultará insoslayable en el supuesto en que el capital social esté integrado, entre otros aportes, por un fondo de comercio o establecimiento en marcha, posibilidad prevista en el art. 44 de la LSC[33]. Si se paralizara la explotación del fondo de co-

[31] Vítolo, Daniel R. - López Loyola, María M., *La sociedad en formación ¿Una sociedad irregular?*, citado por Verón, "Sociedades comerciales", t. 1, p. 146.

[32] Giralt Font, Jaime, *Contratos celebrados en nombre de una sociedad en período constituyente*, en "Revista del Notariado", p. 793 y siguientes.

[33] Ejemplo de A. Ferrer Correia, citado por Anaya, op. cit.

mercio aportado en espera de la inscripción, la ruina de la sociedad ocurriría antes que aquélla.

Esta actuación no puede juzgarse como si estuviéramos en presencia de una sociedad irregular, por el contrario, nos convence de la necesidad de reconocer la personería jurídica de la sociedad en formación.

Esta posición se encuentra respaldada por las conclusiones a las que se arribaron en las XII Jornadas de Derecho Civil celebradas en la ciudad de San Carlos de Bariloche. La comisión que estudió "La persona jurídica en la problemática actual" concluyó en el despacho (punto 8) *de lege lata*, que las sociedades en formación tienen personalidad jurídica y son capaces de adquirir o transferir bienes o derechos[34].

e) *¿La ley de sociedades comerciales fija a la sociedad en formación un límite temporal de duración?*

La respuesta a este interrogante ha generado diferentes posiciones doctrinarias. Tal diversidad es consecuencia de una mala política legislativa en el tema.

El art. 5º de la ley 19.550 norma: "El contrato constitutivo o modificatorio [de una sociedad comercial] se inscribirá en el Registro Público de Comercio del domicilio social, en el término y condiciones de los arts. 36 y 39 del Cód. de Comercio".

El art. 36 del Cód. de Comercio establece que: "Pertenece al Registro Público de Comercio la inscripción de los siguientes documentos: ...3º) las escrituras de la sociedad mercantil, cualquiera que sea su objeto, exceptuándose las de sociedad en participación"; y el art. 39 que el contrato constitutivo de la sociedad se debe presentar al Registro "dentro de los quince días de la fecha de su otorgamiento".

Con la determinación de este plazo el legislador ha buscado –en razón de la importancia que la registración de los actos societarios tienen para el comercio– que los otorgantes presenten el documento a su inscripción en el menor tiempo posible.

Hay consenso, en la doctrina, de que la presentación está en término, si se la hace dentro del plazo citado ante el

[34] XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de San Carlos de Bariloche, en 1989.

organismo de contralor, para las sociedades por acciones. Sin embargo, es difícil que el instrumento constitutivo de tales sociedades llegue al Registro en un plazo tan breve, ya que antes debe ser presentado ante la Inspección General de Personas Jurídicas.

La dificultad del art. 39 del Cód. de Comercio reside (al igual que todas aquellas disposiciones legales que prevén el cumplimiento de una carga o de una obligación en un determinado plazo) en no determinar cuáles son las sanciones que su incumplimiento puede generar.

Halperin entiende que vencido el plazo para la presentación del contrato constitutivo, la sociedad pasa a ser automáticamente irregular[35].

Nissen, por el contrario, sostiene que la "falta de asimilación al ente irregular es materia incontrovertida, en la medida en que los otorgantes del acto constitutivo demuestren una firme voluntad inscriptoria"[36]; en igual sentido se expresa Vítolo[37].

Nos parece que la posición sustentada por Halperin es excesivamente rigurosa.

Determinar cuándo una sociedad en formación deja de serlo, para adquirir el carácter de irregular, es de suma importancia.

Muy autorizada doctrina ha sostenido que ello ocurre cuando los constituyentes abandonan de una manera cierta y definitiva el camino de constitución regular[38]. Precisar en qué momento se produce el abandono, será un problema de prueba, que rendirá quien le interese sostenerlo.

Este criterio, basado finalmente en la apreciación de la voluntad objetiva de las partes, no creemos que sea la solución más conveniente.

Romero y Girón Tena entienden que la sociedad será irregular o en formación, según realice o no actividad nego-

[35] Halperin, Isaac, citado por Etcheverry, Raúl A., *Sociedades irregulares y de hecho*, Bs. As., Astrea, 1981

[36] Nissen, Ricardo A., *Nuevamente sobre el artículo 39 del Código de Comercio*, LL, 1989-C-321

[37] "La sociedad se considerará en proceso de formación, siempre y cuando los administradores o las personas autorizadas para concluir ese trámite pongan toda la diligencia necesaria para su rápida conclusión", Vítolo, Daniel R. - Nissen, Ricardo A., *La sociedad en formación y la responsabilidad de los administradores y fundadores*, ED, 88-1007.

[38] Etcheverry, *Sociedades irregulares y de hecho*, p. 164 y 174.

cial"[39]. No consideramos correcta esta posición, ya que ello no surge del sistema legal.

En nuestra opinión, el plazo de quince días señalado por el Código de Comercio para proceder a la presentación del contrato es excesivamente breve y configura una desacertada política legislativa.

Sin embargo, dicho plazo existe y a él debemos atenernos. Creemos que, durante este período de quince días, la ley presume *iuris et de iure* la existencia de la sociedad en formación; ahora bien, transcurrido dicho plazo, sin haberse inscripto el contrato, existe una presunción *iuris tantum* de que la sociedad carece de regularidad y por lo tanto corresponde a los constituyentes demostrar que el "camino" o *iter* constitutivo no ha sido interrumpido definitivamente.

b) *¿La inscripción en término tiene efecto retroactivo?*

El art. 39 *in fine*, del Cód. de Comercio, establece: "Después de este término [quince días] sólo podrá hacerse la inscripción, no mediando oposición de parte interesada, y no tendrá efecto sino desde la fecha del registro".

Se ha planteado la cuestión de determinar si la inscripción ordenada por el art. 5º de la LSC, en el término y condiciones antes mencionados, tiene efecto retroactivo o no.

Creemos que se puede reconocer la retroacción a la inscripción, interpretando *a contrario sensu* que, presentado el contrato dentro de los quince días de su fecha, aquélla retrotraería sus efectos a la fecha del instrumento.

Prestigiosos juristas[40] se han pronunciado negando efecto retroactivo al párr. último del art. 39 del Cód. de Comercio, por considerar que es una solución contradictoria con el sistema registral societario previsto por la ley 19.550.

El hecho de que no exista en la ley de sociedades una norma similar al art. 47 del Cód. Civil que establece que: "En los casos en que la autorización legal de los establecimientos fuese posterior a su fundación, quedará legitimada su existencia como persona jurídica, con efecto retroactivo al tiempo en que se verificó la fundación", ha sido utilizado

[39] Romero, *Las sociedades irregulares y la ley 22.903*, RDCO, 1984-130.

[40] Halperin, Isaac, *Sociedades anónimas*, p. 70; Richard, Efraín - Romero, José - Escutti, Ignacio, *Manual de derecho societario*, Bs. As., Astrea, 1980, p. 65.

como argumento para negar efecto retroactivo a la constitución definitiva.

La no aplicabilidad del art. 47 del Cód. Civil a las sociedades comerciales ha sido la interpretación correcta, con anterioridad a la sanción de la ley de sociedades: el efecto retroactivo de la inscripción en lo referente a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, era desechado por la poca duda a que se prestaban los arts. 319 del Cód. de Comercio y 5° de la ley 11.645 [41].

Con la sanción de la ley 19.550 en el año 1972, ambas normas han quedado derogadas, por lo que concordamos con Etcheverry [42], en que la sociedad alcanza su inscripción retroactivamente, si el instrumento básico es presentado dentro de los quince días de su otorgamiento. Pero ello no influirá sobre la responsabilidad por actos concretos realizados durante el *iter* constitutivo, para los cuales se aplicará antes que el Código de Comercio (art. 39) la propia ley por analogía, cualquiera sea el tipo regular formado.

c) *Oposición a la registración de actos societarios*

Otro problema que se presenta es el de evaluar el alcance de la oposición que se establece en el art. 39 del Cód. de Comercio. Se ha debatido, largamente, si es necesaria causa legítima de oposición a la registración del acto o si el mero transcurso del plazo es suficiente.

Existen dos posiciones claramente definidas. Para la primera, sustentada por De Iriondo [43], si el contrato a registrarse ha sido presentado para su inscripción, dentro del plazo de quince días de su otorgamiento, las partes contratantes no podrán ejercer el derecho de oposición, aun en el

[41] Art. 319, Cód. de Comercio: "Si los que pretendiesen fundar una sociedad anónima, hubiesen suscripto íntegramente el capital requerido, podrán, luego que se hayan verificado todas las condiciones exigidas en el artículo anterior, constituir definitivamente la sociedad, otorgando la respectiva escritura e inscribiéndola y publicándola por un día con los estatutos, autorización y demás actos constitutivos, antes de empezar las operaciones sociales".

Art. 5°, ley 11.645: "Ninguna sociedad de responsabilidad limitada podrá funcionar como tal si el contrato no ha sido inscripto en el Registro Público de Comercio..."

[42] Etcheverry, *op. cit.*

[43] De Iriondo, Luis, *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro*, ED, 48-770.

supuesto de que haya perjuicios para sus intereses (salvo algunos vicios, como p.ej., los que afectan el consentimiento).

Si ya ha vencido el plazo, cualquiera de las partes contratantes puede oponerse a esa inscripción, sin necesidad de expresar causa. Romero[44] y Satanowsky[45] comparten esta interpretación del texto legal.

Para la segunda posición, compartida por Zavala Rodríguez[46] y Fontanarrosa[47], también en el caso de que el contrato haya sido presentado para su registro fuera del límite previsto en el art. 39, párr. 1°, del Cód. de Comercio, es necesario invocar también causa legítima.

Nissen, que sostiene esta última posición, se pregunta por qué la ley confiere al otorgante del acto un derecho de oposición con posible virtualidad frustratoria del contrato celebrado, después de quince días[48]. Creemos que la única razón para otorgar este derecho, se debe a que transcurrido el plazo legal, le corresponde a los otorgantes del contrato demostrar que no se ha interrumpido el *iter* constitutivo; en caso de que se hubiese interrumpido, se aplicarían las normas que regulan a la sociedad irregular.

d) *La posibilidad de solicitar el concurso de la sociedad en formación, un argumento más en favor de la personalidad jurídica*

La ley 19.551, en su redacción anterior a la ley 22.917, exigía como requisito formal, imprescindible para la presentación en concurso preventivo, acreditar la inscripción en el Registro Público de Comercio. El art. 11, inc. 1°, decía que en caso de sociedades, debe acompañar testimonio del contrato constitutivo y sus modificaciones y constancia de las inscripciones respectivas.

[44] Romero, José, Curso de derecho comercial, Bs. As., Depalma, 1963, t. I, p. 353.

[45] Satanowsky, Marcos, Tratado de derecho comercial, Bs. As., Tea, 1957, t. III, p. 557.

[46] Zavala Rodríguez, Carlos J., Código de Comercio y leyes complementarias, Bs. As., Depalma, t. I, p. 68, n° 168.

[47] Fontanarrosa, Rodolfo, Derecho comercial argentino, Bs. As., Zavalía, 1970, t. I, p. 355.

[48] Nissen, op cit., es de la opinión que "el art. 39 del Cód. de Comercio no resulta aplicable a la registración de actos societarios pues ha sido superado por las normas de los arts. 7° y 13 de la ley 19.550 que prevén las consecuencias que ocasiona para la sociedad, sus integrantes y terceros, la no inscripción del contrato constitutivo o modificatorio de la sociedad".

El inc. 1° (art. 11, ley 19.551) ha sido reformado por la ley 22.917, a consecuencia de la trascendente innovación introducida por el art. 5°[48] que amplía los sujetos habilitados para solicitar el concurso preventivo.

Actualmente, y luego de la sanción de la ley 22.917, se exige "el instrumento constitutivo y sus modificaciones aun cuando no estuvieren inscriptos".

No cabe duda, como señala Nissen[50], de que la ley 22.917 permite, con su redacción, la presentación en concurso preventivo de las sociedades en proceso de formación.

La Exposición de motivos de la ley 22.917 explica que: "No es obstáculo impeditivo de una alternativa de prevención, la inexistencia de inscripción o constitución regular, cuando el fenómeno de la insolvencia coloca al sujeto frente al concurso".

Quintana Ferreyra[51] recuerda que la expresión "en formación" alude al lapso comprendido entre la fecha constitutiva y la inscripción en el Registro Público de Comercio; y ello supone la existencia de un instrumento escrito, que aún no ha sido inscripto; por consiguiente, será ese instrumento el que se deberá acompañar a la petición de concurso.

El art. 5° de la ley 19.551 (texto según ley 22.917), remite al art. 2° del mismo cuerpo legal para determinar los sujetos que pueden solicitar la formación de su concurso preventivo. Dicho artículo en su párr. 1°, dice: "Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible y las de existencia ideal de carácter privado".

La condición para ser sujeto de los concursos, es que el sujeto tenga el atributo de la personalidad. La única excepción al requisito de la personalidad, está dada por el mismo art. 2° en su inc. 1°, que permite el concurso del patrimonio del fallecido[52].

Por lo tanto, desde nuestro punto de vista, resulta evidente que si el legislador permite a la sociedad en forma-

[49] Art. 5°, ley 19.551 (texto según ley 22.917): "Pueden solicitar la formación de su concurso preventivo las personas comprendidas en el art. 2°, incluidas las de existencia ideal en liquidación".

[50] Nissen, Ricardo A., *Concurso de sociedades no constituidas regularmente*, LL, 1984-C-849.

[51] Quintana Ferreyra, Francisco, *Concursos. Ley 19.551. Comentada, concordada y anotada*, Bs. As., Astrea, 1985, t. 1, p. 164.

[52] Fassi, Santiago - Gebhardt, Marcelo, *Concursos*, Bs. As., Astrea, 1988, p. 15.

ción presentarse a concurso (art. 11, ley 19.551) le está reconociendo personalidad jurídica, requisito indispensable para presentarse al concurso (art. 2°, ley 19.551).

e) *La sociedad en formación y la licitación pública*

¿Quiénes pueden ser licitadores?

Dromi entiende que pueden ser licitadores las personas físicas, las personas jurídicas tanto nacionales como extranjeras y que se les aplican las reglas generales de la capacidad civil reguladas en la legislación común para determinar la factibilidad contractual de los oferentes privados.

El autor mencionado llega a esta conclusión, luego de deducirla de los principios generales de la contratación administrativa; conforme a dichos principios, pueden ser sujetos de los contratos administrativos las personas físicas o naturales, las personas jurídicas privadas, y las personas jurídicas públicas estatales y no estatales[63].

Conforme a las afirmaciones recién mencionadas, no existe ningún obstáculo para permitir a la sociedad en formación participar en licitaciones públicas, si se reconoce su personería jurídica.

f) *La inscripción en el Registro: fin del período constituyente*

Anaya[64] distingue entre los efectos del acto aquellos que son: 1) constitutivos, cuando la inscripción integra la relación jurídica; 2) saneatorios, cuando la inscripción subsana los defectos del acto; 3) declarativos, que documentan hechos o actos y los anuncian o permiten su conocimiento

[63] Dromi, Roberto, *La licitación pública*, Tesis doctoral, Bs. As., Depalma. La licitación pública en el derecho positivo argentino está regulada por:

a) Ley de obras públicas (n° 13.064).

b) Ley de contabilidad (n° 23.354/56).

c) Régimen de contrataciones con el Estado (decr. 5720/72 modificado por decr. 383/73).

d) Estatutos de entes públicos estatales: decr. 809/75 para la corporación de empresas nacionales; decr. 229/74 para las empresas del Estado incorporadas a la corporación de empresas nacionales.

e) Ley de reforma del Estado (n° 23.696).

f) Supletoriamente por las normas del Código Civil y del Código de Comercio.

[64] Anaya, Jaime L., citado por Etcheverry, Raúl A., *Derecho comercial y económico*, Bs. As., Astrea, 1988, p. 402.

público, sin perjuicio de que tales efectos se destruyan por prueba en contrario.

En nuestro derecho la inscripción tiene efectos regularizatorios y no es constitutiva.

A diferencia de lo que ocurre con la legislación continental europea prevaleciente, enseña Anaya[55] que nuestro régimen legal de sociedades no vincula la inscripción registral con la adquisición de personalidad, puesto que la registración –como explícitamente resulta del art. 7°, LSC– se relaciona con la regularidad de la constitución.

No obstante las importantes reformas introducidas por la ley 22.903, no se aprovechó para legislar íntegramente sobre la sociedad en formación, en la parte general, con un régimen aplicable a todos los tipos societarios.

En una futura reforma a la ley de sociedades comerciales, sería conveniente que se regulara la etapa formativa de dichas sociedades:

1) Teniendo en cuenta la fijación de plazos realistas para el cumplimiento de los diversos trámites.

2) Lograda la inscripción en los términos fijados, establecer su efecto retroactivo.

3) Convirtiéndose la sociedad en formación en irregular cuando venzan los plazos fijados, sin que se haya efectuado el trámite correspondiente[56]. Este requisito es fundamental para precisar desde y hasta cuándo la sociedad debe considerarse en proceso de constitución, evitando, en forma definitiva, su asimilación con las sociedades irregulares y de hecho.

[55] Anaya, op. cit.

[56] Para ampliar ver Giralt Font, op. cit.

# AL MARGEN DE LA LEY O LA LEY EN LOS MARGENES.

## El delito y las diferencias culturales. Un enfoque crítico

VICTOR E. ABRAMOVICH COSARIN *
ALBERTO BOVINO **

"¡La ley! ¡el derecho! ¿Qué sabemos de eso? Cuando un hacendao habla de derecho es que algo está torcido y si existe ley, es sólo la que sirve pa fregarnos. Ojalá que a ninguno de los hacendaos que hay por los linderos de Rumi se le ocurra sacar la ley. ¡Comuneros, témanle más que a la peste!"

(Ciro Alegría, *El mundo es ancho y ajeno*)

### 1. INTRODUCCIÓN

Procuraremos analizar desde una perspectiva crítica las diversas soluciones que brinda la dogmática penal al problema de la transgresión de las normas del derecho estatal cometida en virtud de condicionamientos culturales.

Partimos de considerar desde un punto de vista iusfilosófico la estrecha relación que existe entre el derecho y el poder. En tal sentido, vinculamos la suerte de las referidas soluciones dogmáticas con las estrategias concretas del poder.

En este tema en particular, la dupla derecho-poder aparece con mayor evidencia, por cuanto en este tipo de conflictos es clara la relación de dominación que enfrenta a dos culturas. En dicho marco se pone de manifiesto cómo

* Abogado. Ex redactor de la Revista "Lecciones y Ensayos".
** Redactor de la Revista "Lecciones y Ensayos".

la cultura dominante, que necesita conservarse y expandirse, impone bajo el disfraz de lo jurídico, sus propios valores en desmedro de aquellos que integran la cultura sometida. Así, la sanción penal se transforma en el instrumento más eficaz y doloroso para "civilizar" al "salvaje".

El presente trabajo[1] se divide en cinco partes: *a*) el relato de dos casos que evidencian el conflicto entre derecho consuetudinario aborigen y normas estatales en el Perú; *b*) la enunciación meramente descriptiva de algunas soluciones que brinda la dogmática penal; *c*) una visión crítica del discurso jurídico en general a partir de su vinculación con el poder; *d*) un análisis del discurso dogmático penal y en especial de los conceptos de culpabilidad y error desde la perspectiva antes mencionada; y *e*) la exposición tentativa de una estrategia dogmática para el tratamiento de la marginalidad cultural a partir de la evaluación de los efectos prácticos de cada una de las soluciones analizadas.

## 2. Dos casos que ilustran el problema

*a*) Perú es un país en donde conviven diversas culturas y, si bien no hay demarcaciones étnicas y culturales netas, se pueden reconocer tres grandes horizontes socioculturales: el andino, el amazónico y el costeño, siendo este último el que tradicionalmente ha dominado a los otros dos.

El horizonte andino está compuesto por las comunidades campesinas que habitan los valles interandinos[2]. En estas comunidades la unión de parejas se realiza mediante el *servinakuy*, según las reglas de un ordenamiento consuetudinario ajeno casi por completo al derecho estatal[3]. El *servinakuy* representa la unión de la pareja conyugal reco-

[1] Esta elaboración surge de una ponencia presentada por sus autores en el II Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal y Criminología, en la comisión sobre "Delito, error y cultura", que tuviera lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad del Comahue, entre los días 15 y 18 de noviembre de 1989.

[2] *Lengua, cultura y región - Diálogos y conflictos en el sur andino peruano*, Documento Base y Conclusiones del Taller sobre Lengua, Cultura y Región Sur Andino Peruana, Centro de Estudios Rurales Andinos Bartolomé de las Casas, Cuzco, 1987, p. 18.

[3] *Investigación sobre el "servinakuy" en el departamento de Puno*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1987, p. II.

nocida por la sociedad, que implica la colaboración económica de las partes, su cohabitación residencial y sexual, y las consecuencias vinculadas a la herencia y a la filiación legítima[4]. Su principal diferencia con el matrimonio civil, tal como nosotros lo conocemos, es que no se realiza en un solo acto, sino que es un proceso complejo que se desarrolla a través del tiempo[5].

En un caso reciente, un chico de catorce años y una chica de doce se unieron en *servinakuy* en su comunidad. Así, se realiza la ceremonia, se intercambian regalos entre las respectivas familias, y la pareja se instala a vivir con la familia del marido. Posteriormente, los dos jóvenes se van a vivir a Lima, en donde él consigue un trabajo. Un sábado por la noche, el marido vuelve ebrio y golpea a su mujer, por lo que ella decide acudir a la comisaría con la intención de que la policía hable con él para que la situación no se repita. En un primer momento, el agente le aclara que van a detener a su marido, a lo que la muchacha replica que ella no quiere que lo detengan, que sólo desea que alguien hable con él. Durante el transcurso de la declaración, la muchacha cuenta inocentemente que mantiene relaciones sexuales con su marido, con quien está unida en *servinakuy*, desde los doce años. Con estos datos, la policía detiene al muchacho y se inicia un proceso en su contra por el delito tipificado en el art. 199 del Cód. Penal peruano, que impone una pena de encierro con un mínimo de cinco años a quien hiciera sufrir el acto sexual o un acto análogo a una menor de entre ocho y catorce años[6].

[4] Núñez, Oscar, *El hombre y la familia: su matrimonio y organización político-social en Q'ero*, citado por Cornejo Chávez, Héctor, *La familia en la ley y en la realidad del Perú*, en AAVV, "Para leer el Código Civil", Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, t. I, p. 69.

[5] Esta institución del derecho consuetudinario de las comunidades serranas es un buen ejemplo de incomprensión de normas jurídicas por parte de los miembros de nuestra cultura, lo que pone de relieve que este fenómeno no sólo se da en los integrantes de las culturas aborígenes respecto de las normas del derecho "occidental". El hecho de que este "matrimonio" no se realice en un solo acto, como nuestro matrimonio civil, sino a través de un complejo proceso que se extiende en el tiempo, ha provocado que se lo denomine "matrimonio a prueba", cuando en realidad no es más que un matrimonio por etapas, en cada una de las cuales van aumentando los derechos y obligaciones de los miembros de la pareja.

[6] Entrevista a Fernando de Trazegnies, en "Lecciones y Ensayos", Bs. As., Astrea, 1989, nº 52, p. 167-168.

b) A fines de julio de 1978 Donato desapareció de la comunidad campesina de Marías, y su conviviente, Alipia, consiguió como nuevo compañero a Cirilo. Esto hizo sospechar a las autoridades de la comunidad que tanto Alipia como el suegro, Teófilo (conocido como brujo), habían asesinado a Donato. El juez de paz mandó a detener a los convivientes, a quienes encarceló. Al tener conocimiento de este hecho Teófilo se presentó para gestionar la libertad de los detenidos, circunstancia en la que también fue apresado.

Esa noche, las autoridades de la comunidad interrogaron a los detenidos, como no obtuvieron respuesta favorable comenzaron a golpearlos. Durante las tres noches siguientes, los detenidos fueron sometidos a diversas torturas físicas para hacerlos confesar. Los tuvieron desnudos, los privaron de alimentos, los azotaron con ortiga y los hicieron comer tierra y pólvora. A Teófilo, por insistir en su inocencia, le introdujeron agujas entre las uñas, le quemaron el cuerpo con fuego y le agujerearon las orejas. La pareja, ante las torturas, se declaró culpable del delito, no así Teófilo, lo que motivó torturas con mayor ensañamiento. Posteriormente, las autoridades reunieron a la comunidad para que se presenciase el castigo. Sacaron a los detenidos amarrados y desnudos, los pasearon y los hicieron bailar, siendo víctimas de golpes no sólo de parte de las autoridades, que se encontraban completamente embriagadas, sino también de algunos comuneros. En principio se acordó quemar vivo a Teófilo, pero como los campesinos se opusieron, el juez cambió la pena por la de enterrarlo vivo junto con la pareja. La muerte de estos últimos no fue aceptada. A Cirilo se le hizo cavar la fosa e introdujeron a Teófilo en la sepultura, la que después de ser tapada sirvió a manera de tarima para iniciar una frenética danza de las autoridades. La pareja fue liberada previa amenaza de sufrir igual pena si denunciaban los hechos.

Al día siguiente apareció una comisión policial que realizó las primeras investigaciones y puso el caso en conocimiento del juez de instrucción. Durante el proceso, Donato (el presunto muerto) apareció vivo contando que sin mediar discusión con sus familiares, viajó a la selva para trabajar.

Si bien la sentencia del tribunal reconoce que existió premeditación, crueldad, alevosía, ensañamiento, admite como atenuantes que los autores son de escasa cultura, supersticiosos; que actuaron bajo la influencia del alcohol, en

masa y ante el temor de sufrir daños efectivos en sus propias personas por quien se suponía que era un hechicero acostumbrado a dar muerte a las personas que deseaba. El juez de paz y el gobernador de la comunidad fueron condenados a diez años de penitenciaría por el homicidio de Teófilo[7].

### 3. Algunas soluciones propuestas por la dogmática penal

#### a) *Inexcusabilidad del error de derecho*

Quienes sustentan esta opinión establecen la diferencia entre error de hecho y error de derecho, alegando que nuestra ley (art. 34, inc. 1°, Cód. Penal), sólo le otorga poder excusante al error de hecho. Por ello, el error de derecho no puede ser invocado, ya que la ley se presume conocida por todos, y su ignorancia no excusa, tal como lo establece el art. 20 del Cód. Civil. El Código Penal reforzaría este principio de la ley civil al referirse exclusivamente al error de hecho.

Sobre el tema, Soler opina que "la exclusión terminante del error de derecho en la ley penal suscita en la doctrina algunas dudas y dificultades porque, en general, comporta una excepción al principio *nulla poena sine culpa*", agregando que ya en el derecho romano se admitía la excusa para casos excepcionales, eximiéndose de pena a las mujeres y a los rústicos en transgresiones de leve entidad, por presumirse en ellos el desconocimiento de los preceptos jurídicos[8].

En realidad, se sostiene que la ignorancia de la ley penal será inexcusable, no por increíble, dado el carácter grosero de las prohibiciones penales, sino porque solamente sobre la presunción de su conocimiento puede fundarse la autoridad del precepto penal, o, dicho de otro modo, la eficacia del derecho no puede subordinarse a su conocimiento o ignorancia[9].

[7] Brandt, Hans-Jürgen, *Justicia popular*, Lima, Fundación Friedrich Naumann, 1987, p. 189-191.

[8] Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Bs. As., Tea, 1987, t. II, p. 101.

[9] Doctrina citada por Soler, op. cit., t. II, p. 105-106.

b) *El error de prohibición*

La moderna doctrina finalista, partiendo de un concepto normativo de culpabilidad y distinguiendo entre error de tipo y error de prohibición, admite que por este último se excluya o se atenúe el reproche.

Stratenwerth sostiene que: "para justificar la sanción no es suficiente... que alguien haya obrado típica y antijurídicamente. Por el contrario, el juicio de disvalor implicado en la pena sólo puede pronunciarse cuando además es posible formular un reproche al autor, en el sentido de que en el momento del hecho ha tenido la posibilidad de determinarse de otra manera"[10].

En el mismo sentido, Bacigalupo afirma que "para la teoría finalista de la acción, la reprochabilidad presupone la *capacidad de motivarse por la norma*. El que realizó una acción típica y antijurídica será culpable *si podía motivarse por la norma*, es decir, si podía obrar de otra manera"[11].

Partiendo de este concepto normativo de culpabilidad, se plantea la incidencia del error de prohibición que impide la comprensión de la criminalidad del hecho. Sus efectos son: excluir el reproche cuando el error es invencible, o bien disminuirlo en el caso del error vencible, en ambos supuestos sin afectar la tipicidad dolosa o culposa.

Parte de la doctrina clasifica al error de prohibición en: directo, cuando se ignora la existencia de la norma prohibitiva; e indirecto, cuando el error recae sobre la permisión de la conducta. A su vez, el error indirecto se divide en dos supuestos distintos: cuando el sujeto actúa creyéndose amparado por una causa de justificación que el ordenamiento jurídico no contempla, o bien cuando la causa de justificación existe pero no está dada la situación necesaria para su aplicación, y el sujeto actúa suponiendo dicha situación.

Así, apelando a la antigua clasificación romana, puede decirse que un sujeto obra con error de prohibición cuando por un desconocimiento del derecho (trátese de normas prohibitivas o permisivas), o por una falsa interpretación de los hechos, no puede comprender la criminalidad de su conducta.

[10] Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Edersa, 1982, p. 182.

[11] Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Hammurabi, 1987, p. 265.

c) *El error condicionado culturalmente*

Esta categoría dogmática, elaborada por Zaffaroni, parte de la distinción entre conocimiento y comprensión de la norma.

Por comprender no puede entenderse sólo conocer. El conocimiento es un grado anterior a la comprensión, pero ésta requiere, además, la internalización de las normas, el hacerlas parte del propio equipo psicológico [12].

Pero como esta efectiva comprensión casi nunca se da, lo que la ley exige es la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, que depende del esfuerzo que el sujeto hubiese debido realizar para internalizar la norma [13].

Cuando esta no internalización sea producto de un condicionamiento cultural, es decir, cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura diferente, y, por lo tanto, ha internalizado las pautas de conductas de esa cultura, será difícil formularle un reproche porque no internalizó "nuestra" antijuridicidad [14].

Finalmente, cabe aclarar que el condicionamiento cultural no siempre provocará un error de prohibición directo, pues también puede producir un caso de justificación putativa basado en un error sobre la concepción de la causalidad, o bien un error de tipo, por idénticas razones [15].

## 4. Un enfoque crítico para abordar el problema

Podemos formularnos esta pregunta: ¿por qué resulta tan difícil para el derecho estatal asumir la despenalización de las conductas de aquellos individuos que, por su pertenencia a un grupo cultural diferente, no alcanzan a comprender las normas del sistema, ni a internalizar la moral que lo informa? ¿Qué intereses persigue el discurso jurídico al extender el ámbito de aplicación de las normas hasta donde los condicionamientos culturales lo toman incomprensible?

[12] Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 1987, t. IV, p. 529-530.

[13] *Ibidem*, p. 530.

[14] *Ibidem*, p. 550.

[15] Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, p. 200-201.

El estudio del problema no puede sino partir de la consideración del derecho como discurso legitimante del poder. Como señala Alicia Ruiz, el derecho le proporciona al poder su discurso legitimante, aun en aquellos casos en que su ejercicio alcance los máximos grados de arbitrariedad y discrecionalidad. Lo dota de cierta dignidad a la que nadie puede dejar de tomar en cuenta. Sea que nos refiramos al poder estatal, o al poder como situación estratégica, como relación de fuerza determinante de los múltiples sometimientos, de las múltiples sujeciones, de las múltiples obligaciones que tienen lugar y funcionan en la estructura social, observaremos cómo la función legitimante del discurso jurídico se ejerce, no sólo cuando determina quiénes son los detentadores reconocidos del poder, sino también cuando con mayor sutileza, establece que sólo mediante ciertos mecanismos es posible producir actos jurídicos, que sólo algunos y en ciertas ocasiones y bajo determinados requisitos pueden contratar, disponer de sus bienes, casarse, reconocer a sus hijos, acceder al desempeño de funciones específicas, y aun matar o morir legalmente. En síntesis, el derecho, cada vez que consagra y reconoce alguna conducta, algún hecho, alguna palabra, en el marco que él mismo determina, está revelando cómo y dónde se instalan las relaciones de poder, cómo está distribuido el poder en la sociedad, legitimando al poder con mayúsculas en el Estado, y expandiéndose por todos los intersticios de cada nivel de la vida social [16].

La determinación del ámbito de aplicación de las normas resulta en este marco de vital importancia, en tanto importa establecer nada menos que la vocación comprensiva del poder, su autolimitación, su interés estratégico. Y si todo poder genera resistencias, si es relación de fuerzas, si debe ser analizado en términos de lucha, de enfrentamiento y de guerra, el problema del ámbito de aplicación del derecho no es otro que el problema de las resistencias o desobediencias que el poder castigará o tolerará, según su estrategia. Corresponde aclarar que cuando nos referimos al ámbito de aplicación de las normas, no lo hacemos en sentido formal (p.ej., arts. 1° y 2°, Cód. Penal), sino real y efectivo, esto es, a la aplicación de las normas a determinadas

[16] Ruiz, Alicia, *La ilusión de lo jurídico*, en "Crítica Jurídica", Puebla, 1988, n° 4, p. 164.

conductas, a la represión concreta por los órganos del Estado, de ciertas y específicas transgresiones.

Y así como el discurso jurídico legitima el poder, también es el instrumento más útil para su ocultamiento. El derecho, si bien ostenta como el centro de la regulación jurídica la organización del poder institucional (parte orgánica de las Constituciones), no reconoce al poder en las prácticas sociales que lo implican y constituyen, no lo reconoce en los procesos sociales que lo originan y lo distribuyen, no lo reconoce en la finalidad de las manipulaciones jurídicas. Asume, en consecuencia, una doble postura, pues lo ostenta y a la vez lo niega y lo oculta[17]. Detrás de todo discurso jurídico existe una compleja trama de relaciones de dominación que ese discurso legitima y oculta. No sólo dominación a nivel global (de un grupo, clase o cultura sobre otra), sino dominación a nivel microfísico, esto es, "los múltiples sometimientos" que tienen lugar en los puntos más pequeños de la sociedad (familia, escuela, fábrica, etcétera).

A fin de responder a aquellos interrogantes resulta de suma utilidad poner de manifiesto la relación de dominación que integran la cultura central y la aborigen. Tomar esta concreta relación de poder como punto de partida para encarar luego el análisis jurídico, nos conducirá a conclusiones que estimamos importantes para un nuevo enfoque del problema. No siempre el pensamiento jurídico se ha hecho cargo de esta estructura de poder subyacente, perdiendo una valiosa perspectiva crítica ante las soluciones doctrinarias y legislativas. "Que hombres dominen a otros hombres, es así como nace la diferenciación de los valores"[18]. Esto es, la referida relación de dominación es el origen de la disidencia axiológica, punto básico del problema. Asimismo, las conclusiones "verdaderas" de la ciencia jurídica, en tanto conocimiento que integra la cultura dominante, no escapa a otra máxima foucaultiana: "Estamos sometidos a la producción de la verdad desde el poder y no podemos ejercitar el poder más que a través de la producción de la verdad"[19].

[17] Entelman, Ricardo, *Discurso normativo y organización del Poder. La distribución del Poder a través de la distribución de la palabra*, en "Crítica Jurídica", Puebla, 1988, nº 4, p. 110.

[18] Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1980, p. 17.

[19] *Ibidem*, p. 140.

Resulta evidente, en la historia de la dominación, la pretensión del poder de imponer "valores" y "verdades". Bastan las argumentaciones teológicas de la conquista española como los primeros discursos que disfrazaron la crueldad y la violencia. Patético resulta el abogado de la Corona Don Martín Fernández de Enciso, quien leía con puntos y comas a los caciques su *requerimiento* explicándoles: "que Dios ha venido al mundo y ha dejado en su lugar a San Pedro, que San Pedro tiene por sucesor al Santo Padre y que el Santo Padre, Señor del Universo, ha hecho merced al Rey de Castilla de todas las tierras de las Indias"[20], para con el transcurso del tiempo limitarse a la lectura desganada, en latín y a media legua de las poblaciones, de aquel ingenuo preludio de la sangre y la muerte de un pueblo.

Patético resulta en igual sentido el mandato constitucional que ordena: "conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo" (art. 67, inc. 15), pues en su "referencia implícita"[21] no habla más que de la dominación por la supresión de la cultura, de la conservación en la medida de lo posible de la mano de obra barata, de la integración de los territorios en poder del "salvaje" al proyecto económico agroexportador.

Sin embargo, tan patético como aquellos viejos discursos legitimantes de la imposición de valores y verdades, ocultadores de la relación de fuerzas, consentidores de la violencia, resulta en la actualidad el más moderno y científico discurso jurídico, en tanto pretende analizar el problema sin develar la relación de dominación subyacente, sin entender al derecho como la expresión de una determinada cultura, de sus valores, de su forma de verdad, de su representación de la realidad, de su lenguaje, de sus mitos.

En aquellos Estados en donde la pluralidad cultural es un problema para el ejercicio del poder, la aplicación del derecho en general y del derecho penal en particular a los ciudadanos de las culturas dominadas, resulta una estrategia para la estabilidad del sistema. El discurso jurídico cumple en dicho ámbito la doble función de legitimar y ocultar la estrategia del poder. Su propia estructura le permite encubrir, desplazar y distorsionar el conflicto cultural subya-

[20] Galeano, Eduardo, *Memoria del Fuego*, Bs. As., Siglo XXI, 1986, p. 70-71.

[21] Entelman, *op. cit.*, p. 112.

cente, ayudando al derecho a instalarse como legitimador del poder, en tanto lo disfraza y lo torna natural. Y si bien todas las soluciones que brinda el discurso jurídico penal derivan de ese enfrentamiento de intereses opuestos y contradictorios entre la cultura dominante y las culturas marginadas, la relación de dominación, la lucha, el conflicto, aquí como en todos los ámbitos de lo jurídico, no debe emerger, permanece en otra extraña dimensión, generándose una fractura entre el proceso de producción del discurso jurídico y este discurso como producto final[32].

El discurso jurídico goza, sin embargo, de enorme fuerza persuasiva, se muestra ordenado, racional y coherente, su forma típica de referencia será lo implícito, su forma típica de organización será el "desplazamiento referencial"[33]. Cuando la Constitución dice "convertir al catolicismo" está diciendo "dominar y aculturizar", cuando un juez peruano pena por estupro al serrano que vive en *servinakuy* está conservando una relación de poder, y el destinatario del mensaje no es sólo el hombre privado de su libertad.

En aquellos Estados en donde la pluralidad cultural es un problema que afecta al poder, la lógica de su estrategia impedirá despenalizar la disidencia axiológica, y reconocer los condicionamientos culturales. La penalización de los miembros de las culturas marginadas, el castigo que recaerá en definitiva sobre sus cuerpos, afectando su libertad o su vida, tendrá el carácter simbólico de un "sacrificio" que garantizará la conservación de los lugares del poder que el discurso jurídico mantiene como "sagrados"[34].

La imposibilidad real de conocer las normas, de internalizar los valores que las informan, el derecho a conservar sus propias normas y valores, serán circunstancias extrañas al ejercicio del poder, e indiferentes para el discurso que lo legitima y encubre. Tanto más, cuanto mayor sea la necesidad estratégica del poder frente al problema de la pluriculturalidad. Las soluciones de la dogmática penal no serán más o menos éticas, más o menos científicas, sino más o menos convenientes, reproduciendo en la geometría foucaultiana el triángulo "poder, derecho, verdad"[35].

[32] Marí, Enrique, citado por Ruiz, op. cit., p. 165.
[33] Entelman, op. cit., p. 112.
[34] Ibidem, p. 114.
[35] Foucault, op. cit., p. 139.

Es ilustrativo en tal sentido el art. 44 del Cód. Penal peruano que dice, textualmente: "Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años.

Cumplidos dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los veinte años".

Aquí los fines resultan explícitos: la aculturación, el carácter simbólico del castigo, el valor de la mano de obra agrícola. Trabajar la tierra de otro, resignar la libertad ambulatoria, dejarse robar la cultura, no es más que la sumatoria terrible de castigos que el indio debe soportar en función del interés estratégico del poder. Basta considerar su conducta como delito. El complejo mecanismo de razonamientos que integran el edificio jurídico, los conceptos que inventa, desarrolla y relaciona el discurso jurídico penal, servirán *a posteriori* para brindar una cobertura científica a la satisfacción de la necesidad del poder.

En ocasiones, el grado de afianzamiento alcanzado por el poder que ejerce la cultura central, en la relación de fuerzas, permite como solución estratégica tolerar la disidencia condicionada culturalmente, como forma de reafirmar la dominación, brindando entonces el discurso jurídico el marco argumental adecuado para la solución del problema.

En síntesis, todas y cada una de las soluciones que brinde el discurso jurídico penal al problema de las transgresiones originadas en condicionamientos culturales, tendrán su principio y fin en el estado de la relación de dominación entre la cultura central y las culturas marginales.

### 5. Crítica al discurso dogmático penal

La dogmática penal ha colocado el tema de la cultura aborigen en el "casillero conceptual" de la culpabilidad, en la lógica de este concepto ha pretendido abordar el problema.

Una de las opciones es considerar a quien actúa sin posibilidad de comprensión de la criminalidad del acto debido a un condicionamiento cultural, inimputable. Así lo ha sostenido en nuestro medio Marcelo Sancinetti[24], quien agrega que ésta es la única solución dogmática adecuada para quien conoce la norma pero no la ha internalizado, reservando la aplicación del error al caso de efectivo desconocimiento de la prohibición. Este mismo criterio ha sido receptado por el art. 17 del Cód. Penal boliviano, que establece la inimputabilidad del indio selvático sin contacto con la civilización.

Esta postura resulta sin duda la que más se adecua a la lógica interna de la dogmática finalista, pues a ella se arriba a partir del significado y alcance tradicionalmente asignados a los conceptos de inimputabilidad y error.

Esta solución, de ser consagrada legislativamente, aseguraría en forma genérica la no aplicación de la pena, prescindiendo de los posibles vaivenes jurisprudenciales. Por otra parte, excluiría *ab initio* del proceso al sujeto, confiriendo certeza a su situación procesal.

Sin embargo, resulta indispensable formular a esta solución dos fuertes objeciones. Por un lado, no puede obviarse el carácter peyorativo y la carga disvaliosa que el término inimputable conlleva, máxime cuando desde el derecho que expresa la cultura dominante, se califica como tal a quien pertenece a la cultura marginada, asimilándolo al niño y al loco. Sin duda, puede interpretarse tal calificativo como un mensaje ideológico de superioridad cultural de claro tono etnocentrista. Además, y principalmente, la consecuencia más temible de la referida solución, es la aplicación de medidas de seguridad con total prescindencia de las garantías individuales, ya sea en cuanto al procedimiento previo a su determinación, como a su posterior ejecución.

También la solución podría brindarse, dentro del concepto de culpabilidad, en el marco de la teoría del error. El juicio que la culpabilidad presupone, se sustenta en la posibilidad de comprender la antijuridicidad de la propia conducta. El concepto de culpabilidad nos remite, entonces, directamente al problema del conocimiento y la comprensión del derecho.

[24] Esta opinión del doctor Sancinetti fue vertida en el transcurso de una conferencia que diera sobre el tema del error, durante el II Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal y Criminología.

Como señala Carlos Cárcova: "En la producción de su vida social los hombres realizan cotidianamente una enorme cantidad de actos de sentido y efectos jurídicos, buena parte de los cuales (sin duda la mayoría) no son percibidos como tales. Esto es, dichos actos no son comprendidos en sus alcances y significaciones legales. El derecho, que actúa como una lógica de la vida social, como un libreto, como una partitura, paradójicamente no es conocido o no es comprendido por los actores en escena. Ellos cumplen ciertos rituales, imitan algunas conductas, reproducen ciertos gestos, con escasa o nula percepción de sus significados o alcances"[23].

Tanto el desconocimiento como la no comprensión del derecho (entendida esta última como la imposibilidad de internalizar los valores, las pautas de conducta, los criterios de justicia, el lenguaje del discurso jurídico), si bien pueden entenderse como un fenómeno generalizado, adquieren niveles de grave magnitud, cuestionadores de la lógica de la culpabilidad, en individuos que pertenecen a culturas diferentes a aquella que expresa el derecho estatal. El fenómeno de la no comprensión y del desconocimiento del discurso jurídico, obliga a propiciar una nueva mirada filosa y crítica sobre el concepto tradicional de culpabilidad.

## 6. La culpabilidad como ficción

"Desde el derecho se construye toda una ilusión, un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta una otra imagen como real. Tan real que sólo cabe pensar, juzgar, actuar, en consecuencia... Actuar 'como si' fuéramos libres e iguales, 'como si' contratáramos en paridad de condiciones con el otro, 'como si' conociéramos las normas que debemos conocer. Juzgar 'como si' nuestra sentencia tuviera garantía de justicia y el fundamento de la verdad, 'como si' la realidad fuera como el discurso del derecho dice que es"[24].

En tanto el concepto de culpabilidad, eje del discurso jurídico penal, se basa en una noción del sujeto que lo ca-

[23] Cárcova, Carlos, *Sobre la comprensión del derecho*, en "Crítica Jurídica", Puebla, 1987, nº 7, p. 77 y siguientes.

[24] Ruiz, op. cit., p. 167.

racteriza libre y autónomo, que no es más que una categoría histórica, otra ilusión sin correlato real, bien puede cuestionarse críticamente, asimilándolo a otra de las tantas ficciones de que se vale el derecho.

El sujeto libre y autónomo es una ilusión[29], que actúa como presupuesto de la culpabilidad. La culpabilidad es una ficción de particulares características, que tiene un presupuesto ilusorio (el sujeto), y cumple, en el marco conceptual de la teoría del delito, el peso de ser el último control que atraviesa el castigo. Es un cimiento de arena que sostiene un edificio jurídico. Y es una ficción particular, porque a diferencia de las demás ficciones del derecho, no es tomada como tal por los operadores del discurso jurídico. Las obligaciones *propter rem*, el pago por subrogación, la cosa juzgada, la teoría de los conmorientes, la muerte civil, la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley, son algunos ejemplos de ficciones legales, conscientemente falsas. La culpabilidad es una ficción hecha con otra madera.

Y como la culpabilidad se puede ver afectada por el error en el "rompecabezas" de la teoría del delito, la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley no es más que una ficción que sustenta a otra ficción. Sin embargo, este ingenioso juego de ficciones produce en el plano de lo real la violencia del castigo.

La ficción de la culpabilidad se ha enunciado de distintas maneras, todas ellas imprecisas y gelatinosas. ¿En qué consiste la "posibilidad de determinarse de otra manera" de Stratenwerth[30]; la "capacidad de motivarse por la norma" de Bacigalupo[31]; la "acción del sujeto en condiciones de motivabilidad normal" de Mir Puig[32]; o la "posibilidad exigible de actuar conforme a derecho" de Zaffaroni[33]?

Stratenwerth nos saca de dudas, resignándose a afirmar que, en realidad, dicha fórmula "no debe originar el malentendido de que tal libertad pueda ser realmente comprobada"[34]. La culpabilidad, tal como se define, no sólo requiere

[29] *Ibidem*, p. 167. Ver Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, México, Gedisa, 1986, p. 13-33.

[30] Stratenwerth, op. cit., p. 162.

[31] Bacigalupo, op. cit., p. 265.

[32] Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, PPU, 1985, p. 488.

[33] Zaffaroni, Tratado, t. IV, p. 10.

[34] Stratenwerth, op. cit., p. 164.

como presupuesto de un sujeto ilusorio, libre y autónomo, capaz de motivarse por las normas, sino también de un juzgador ilusorio (también libre y autónomo), con aptitud para verificar la efectiva capacidad de motivación del sujeto.

Se trata de actuar "como si" el sujeto fuera libre y autónomo, "como si" pudiese motivarse por las normas, "como si" el juez estuviera en condiciones de verificarlo.

### 7. El error y la arbitrariedad

No menos endebles son las categorías con que la dogmática maneja el error de prohibición. Además de la ficción, conscientemente falsa, de la inexcusabilidad del error de derecho, las concepciones que admiten el error, también contienen elementos ficticios, no siempre conceptualizados como tales.

Aceptado el error de prohibición como causa de exclusión o atenuación del reproche, el camino a seguir se ve fácil y la solución parece surgir obvia y evidente. Pero en este punto nos encontramos con una nueva clasificación dogmática que vuelve a transformar el problema en oscuro e impreciso. Nos referimos a las categorías de error vencible e invencible o evitable e inevitable. ¿Cuándo podemos afirmar que un error es invencible o inevitable? El discurso dogmático contesta con la siguiente fórmula: el error será inevitable cuando sea imposible exigirle al sujeto que lo supere[33]. Lo que sucede, ante un caso concreto, es que el juzgador decide, atendiendo a diversas circunstancias, si el procesado merece pena, y después de tomada esta decisión, la justifica con un "dibujo" dogmático acerca de la evitabilidad o inevitabilidad del error.

Por ello, lo importante no es la admisión del error de prohibición como causa de exclusión o atenuación del reproche, sino las condiciones impuestas para considerar a un error como inevitable o invencible, ya que por esta vía se puede llegar, en la práctica, a privar de efectividad a esta categoría del discurso dogmático. En este sentido, la evitabilidad del error, entendida como la posibilidad de exigir al sujeto que lo supere, importa un nuevo enunciado incon-

[33] Zaffaroni, *Tratado*, t. IV, p. 216.

trastable con la realidad, y que deja al individuo a merced de la arbitrariedad del juzgador[36].

En definitiva, el reproche se extiende más allá del acto, a la no realización de un esfuerzo de comprensión e información.

Como fuera dicho, el fenómeno del desconocimiento y la no comprensión del derecho, es en las sociedades modernas, generalizado. Deviene de la omisión de difundirlo[37], de manera que el esfuerzo por conocer y comprender no depende únicamente de la decisión del sujeto, sino también de la inactividad del poder.

Para Zaffaroni, el término "comprensión" asume un significado más amplio, contemplando un supuesto no previsto por la concepción generalizada del error de prohibición. Así, trata como tal no sólo a un error que impide la comprensión de la antijuridicidad por desconocimiento de normas o de la situación de hecho que presupone la aplicación de una norma, sino también a la disidencia axiológica con el derecho estatal proviniente de la diferencia cultural. En verdad, este supuesto equivale a una disidencia axiológica y no a un error, pues el sujeto conoce la norma a la cual debe adecuar su conducta, y no lo hace en virtud de que dicha norma contiene una pauta de comportamiento valorativamente diferente a la impuesta por su propia cultura.

La concepción del autor, si bien en el plano de la dogmática, fuerza la categoría del error, y desde fuera de ella, adolece de los mismos ingredientes ilusorios que se señalaran, genera una perspectiva interesante para el tratamiento de la transgresión del derecho estatal originada en diferentes pautas culturales, en tanto permite la tolerancia de la disidencia axiológica.

El efecto positivo de esta postura se extiende a aquellos casos en los que intervienen individuos de la cultura estatal y aborigen, superando, en cuanto a su efecto limitador del castigo, a las soluciones de política legislativa que propician

[36] En similar sentido, las opiniones vertidas por el doctor Sancinetti durante el Congreso mencionado en notas 1 y 28, en cuanto a la imprecisión para definir la evitabilidad del error y a la imposibilidad del juzgador para verificar los requisitos impuestos por el discurso dogmático para sostener la culpabilidad del sujeto.

[37] Cárcova, op. cit., p. 179. Para este autor, esta omisión no es involuntaria sino estratégica.

la inaplicabilidad del derecho estatal exclusivamente a las relaciones entre aborígenes[38].

## 8. Una estrategia dogmática para el tratamiento de la marginalidad cultural

Una crítica posible a la concepción de Zaffaroni es que no agota todas sus posibilidades, pues limita las consecuencias del razonamiento a la hipótesis de la cultura aborigen. En tal sentido, puede afirmarse que el desconocimiento y la no comprensión del derecho es también un producto de la marginalidad social.

En consecuencia, puede hablarse tanto de las culturas jurídicas nativas, que aún hoy subsisten, en las que rigen prescripciones que operan con fuerza derogatoria respecto de las normas del derecho estatal, como de aquellas otras culturas que emergen en las periferias urbanas, originadas por el atraso y la pobreza, y donde no penetra el mensaje de los aparatos ideológicos del Estado.

Sobre el particular, Lewis sostiene que la "cultura de la pobreza" es una cultura "en el sentido antropológico tradicional", que proporciona a las personas un esquema de vida con un conjunto de soluciones y también con una función altamente adaptativa. Asimismo, señala que la mera pobreza no implica una "cultura de la pobreza". En el curso de sus investigaciones, ha identificado unos setenta rasgos que la caracterizan, pudiendo describirse los principales en un sistema de cuatro dimensiones: la relación existente entre esta cultura y la cultura dominante; la naturaleza de la comunidad de los barrios bajos; la naturaleza de la familia; y las aptitudes, valores y conductas del individuo[39].

La pertenencia a diferentes culturas importa una forma diversa de representar la realidad misma, la asignación de significados distintos a objetos, hechos y palabras. Lo testimonian aquellos seis aborígenes que en 1496 ardieron en

[38] Esta opinión es sustentada por Irureta, Gladys, *El indígena ante la ley penal*. Ver comentario bibliográfico de Hendler, Edmundo, en "Doctrina penal", año 5, 1982, p. 774. En el mismo sentido, el proyecto Livingstone para Louisiana, ver Zaffaroni, *Tratado*, t. IV, p. 204.

[39] Lewis, Oscar, *La cultura de la pobreza*, en "Revista de la Unesco", 1966.

el quemadero de Haití, por castigo y escarmiento, al hundir bajo tierra las imágenes de Cristo y la Virgen, que Fray Ramón Pané les había dejado para su protección y consuelo. Nadie les preguntó por qué enterraron las imágenes. Ellos esperaban que los nuevos dioses fecundaran las siembras de maíz, yuca, boñatos y frijoles[40].

Si admitimos que el fundamento del error de comprensión no es la pertenencia a una cultura aborigen, sino la imposibilidad de comprender motivada en condicionamientos culturales, nada impide extender su alcance a las transgresiones al derecho estatal cometidas por los integrantes de esta "cultura de la pobreza", también diferente.

En esta hipótesis, sólo existirá error respecto de aquellas conductas tipificadas por el derecho penal, que en la "cultura de la pobreza" se vivencien como habituales, naturales, permitidas o impuestas, obstaculizando la internalización de la prohibición estatal. De qué conductas se trata en cada caso, es un tema que excede las pretensiones de este trabajo, y que requiere de investigaciones antropológicas, pudiendo señalarse a modo de ejemplo, el delito de estupro y estupro agravado por el vínculo (arts. 120 y 123, Cód. Penal), motivados en una diferente manifestación de la sexualidad y de los vínculos familiares.

De lo contrario, el poder que ha marginado a un sector de individuos de la estructura social y de cualquiera de sus beneficios, no encontraría en el derecho impedimento alguno para castigar aquellas conductas que no son sino el resultado de la marginación, esto es, el poder castigaría a través de la sanción penal, la injusticia originada en su propio ejercicio. Se produciría un fenómeno de doble castigo, ambos igualmente arbitrarios, primero la marginación social, y luego la criminalización del marginado.

Aun cuando se disienta, desde un punto de vista antropológico, en calificar como cultura las circunstancias particulares referidas por Lewis, ello no obstaría a encuadrar la situación de los sujetos que obran condicionados por dichas circunstancias como error de comprensión, al que se calificaría, no ya como culturalmente condicionado, sino como "social" o "políticamente" condicionado. Y esto, por cuanto la marginalidad social, origen de la transgresión, deviene de la forma de ejercicio del poder.

[40] Galeano, op. cit., p. 118.

## 9. No nos curen la locura

Si bien partimos de considerar al discurso jurídico penal como legitimante y encubridor del poder, y a su vez, deslegitimado por la forma en que éste es ejercido[41], nos vemos forzados a agotar las posibilidades que brindan sus propios conceptos en el marco de una estrategia limitadora del castigo.

En tal sentido, en el tema que nos ocupa, creemos conveniente resaltar con carácter previo la concreta relación de dominación que subyace en el fenómeno de la aplicación de las normas del derecho estatal a los individuos de las culturas sometidas (trátese de la cultura aborigen o de la "cultura de la pobreza"), partiendo de dicha relación a fin de analizar los diversos aspectos del problema.

Propiciamos, en el plano del discurso jurídico penal, la utilización del concepto de error de comprensión culturalmente condicionado (o, en su caso, social o políticamente condicionado) con los alcances que se le dieran oportunamente. Consideramos que encuadrar el caso en la categoría de la inimputabilidad, sólo resultaría útil en la referida estrategia si se prescindiera de las medidas de seguridad.

La utilización, como último recurso, de los conceptos que previamente descalificáramos, nos emparenta con aquel personaje que pobre, desesperado y solo, suplica a su analista: No me cure la locura, ¡es lo último que tengo!

[41] Sobre la deslegitimación del discurso jurídico penal y el ejercicio del poder del sistema penal, ver Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., Ediar, 1989.

# EL SISTEMA ANTÁRTICO

## PRÓLOGO

En el marco del ciclo profesional orientado se desarrolló durante 1989 un curso de actualización sobre el sistema antártico. Tenía por objetivo no sólo la profundización de los conocimientos sino también brindar la ocasión de que se ensayasen técnicas de investigación. Los trabajos que a continuación se publican reflejan resultados logrados por alumnos de ese curso. Ellos abordan distintos aspectos de una compleja cuestión que interesa directamente a nuestro país.

Como uno de los siete Estados reclamantes de soberanía en la Antártida, la Argentina participó en 1959 en la Conferencia celebrada en Washington en la que se adoptó el *Tratado Antártico*. En aquella oportunidad se elaboró una fórmula jurídico-política –contenida en el art. IV– que posibilitó el entendimiento para hacer del continente helado una *zona de paz* para el *desarrollo de la cooperación fundada en la libertad de investigación científica*. Esa fórmula dio satisfacción tanto a los Estados que reclamaban sectores bajo su soberanía, como a los que no la reconocían y también a las dos grandes potencias de la época –Estados Unidos y la Unión Soviética– que, sin reconocer ni negar derechos, reservaban un pronunciamiento para el futuro. Mediante ello se congeló toda posible controversia sobre la soberanía territorial *mientras permanezca vigente el tratado*. La eliminación de tal riesgo hizo posible los objetivos fundamentales del acuerdo en interés de la ciencia y el progreso de toda la humanidad.

Los doce Estados reunidos en Washington concibieron, entonces, un tratado abierto a la participación de los demás miembros de las Naciones Unidas o a cualquier otro Estado que ellos invitasen a adherir a él. Imaginaron la conve-

niencia de reunirse periódicamente para intercambiar información, consultarse sobre asuntos de interés común y recomendar a sus Gobiernos medidas para promover los principios y objetivos del acuerdo. Estas reuniones consultivas, instituidas en el art. 9°, rápidamente se transformaron en la dinamo que impulsó la configuración del sistema.

En ellas se adoptaron medidas relacionadas con los usos de la Antártida para fines exclusivamente pacíficos que, al ser aprobadas por todas las partes consultivas, se tornaron en obligatorias. En ellas, también, se consideró la situación de los Estados adherentes que –habiendo demostrado su interés en la Antártida mediante la realización de investigaciones científicas importantes– fueron invitados a enviar sus representantes a las reuniones consultivas en paridad de condiciones a los doce Estados originarios.

El Tratado Antártico fijaba como su ámbito de validez espacial la *región* situada al sur de los 60° de latitud sur, incluidas todas las barreras de hielo, pero ninguna de sus disposiciones perjudicaría o afectaría los derechos o el ejercicio de derechos de cualquier Estado conforme al derecho internacional en lo relativo a la *alta mar* dentro de esa región.

Al suscitarse un particular interés por los recursos –sea desde el punto de vista de su explotación, sea desde el enfoque de su preservación– las partes consultivas tempranamente señalaron su preocupación al respecto y en una Conferencia Especial celebrada en Londres en 1972 adoptaron la Convención para la conservación de focas antárticas aplicable al mar al sur de los 60° de latitud sur. A la par que afirmaban las disposiciones del art. 4 del Tratado Antártico, establecían que este acuerdo quedaba abierto a la adhesión de cualquier Estado invitado por todas las Partes Contratantes. El sistema, además, comenzaba a institucionalizarse. No sólo las reuniones consultivas servirían de foro para que las partes se consultasen e intercambiasen información sino que ellas proveerían de esa información a un organismo técnico no gubernamental –el Comité Científico de Investigación Antártica: SCAR– a quien la Convención habilita para estimar en cualquier temporada de caza de focas que es probable que los límites de captura permitida para cualquier especie sean rebasados debiendo las partes adoptar las medidas apropiadas para evitar que ello ocurra.

A este tratado le siguió en 1980 la Convención adoptada en Canberra sobre la conservación de los recursos vivos marinos antárticos aplicable –no ya a un espacio– sino a los re-

cursos vivos marinos antárticos de la zona situada al sur de los 60° de latitud sur y a los de la zona comprendida entre dicha latitud y la convergencia antártica que forman parte del ecosistema antártico. Nuevamente se reitera la vigencia de la fórmula jurídico-política del Tratado Antártico –ahora– a los fines de la utilización racional de un recurso que podría considerarse propio de zonas económicas exclusivas de los Estados reclamantes de soberanía. Se contempla, también, la posibilidad de la adhesión a terceros Estados pero –además– se podrá invitar a adherir a organizaciones intergubernamentales de integración económica regional a las que los Estados miembros les hayan transferido competencias en materias de las que se ocupa esta Convención. La institucionalización del sistema se profundiza; las partes contratantes establecen una Comisión para la conservación de los recursos vivos marinos antárticos, la que –inclusive– podrá formular, adoptar y revisar medidas de conservación.

Los recursos minerales antárticos, finalmente, son motivo de la Convención adoptada en 1988 para la reglamentación de las actividades sobre ellos, sea que se desarrollen en el *continente*, en las *islas* antárticas, o en la *plataforma continental* hasta el fondo oceánico profundo.

El Tratado Antártico, tratado "marco" de este derecho derivado, no prevé un término a su vigencia, pero 1991 aparece en el futuro inmediato como una fecha clave. En ese momento cualquiera de las partes consultivas podría pedir la convocatoria a una conferencia para revisar su funcionamiento. Ello podría dar la ocasión para su fortalecimiento pero también podría dar lugar a reabrir viejos debates o a plantear nuevas apetencias. Si una conciliación no se lograse, nacería el derecho de retiro de las partes y una cuidadosa labor de treinta años –en interés de la ciencia y el progreso de la humanidad– peligraría. Reabiertas las controversias sobre soberanía territorial –en cuanto a la tierra y al mar– imaginar el uso pacífico de la Antártida parece difícil.

Estas complejas cuestiones son abordadas desde ángulos diferentes en las investigaciones que siguen. Valga esta introducción de sincero homenaje –de quien tuvo a su cargo dirigir el curso– a alumnos que a través de su empeño ofrecieron la mejor gratificación que un docente puede esperar.

HORTENSIA D. T. GUTIÉRREZ POSSE*

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público, Universidad de Buenos Aires.

# I. EL SISTEMA ANTÁRTICO COMO RÉGIMEN OBJETIVO *

GABRIELA LILIANA ALONSO **

## 1. INTRODUCCIÓN

Es el propósito de nuestra investigación la categorización del sistema antártico como régimen oponible al resto de la comunidad internacional, fortaleciendo con una tal demostración los argumentos que propician su mantenimiento en las condiciones que actualmente contribuyen a tipificarlo.

Inconcluso el debate acerca de la naturaleza del régimen jurídico calificante del sistema antártico, un importante número de Estados propicia el establecimiento de una nueva normativa para el continente. La tendencia se bifurca para atender, por un lado, las presiones de un grupo de países –al que pertenecen los no alineados– que propugnan, con intención inocultablemente económica, la declaración del referido territorio como "patrimonio común de la humanidad"; y por otro, los reclamos de diversos movimientos ecologistas orientados a la transformación de la Antártida en un parque mundial o reservorio de la humanidad. Tales embates externos, de carácter continuado e intensidad creciente, habiendo alcanzando aun cierta receptividad en el foro de las Naciones Unidas, tornan insegura la continuación del sistema tal como actualmente definen sus diversos instrumentos constitutivos. Aspecto éste que reconoce dos proyecciones fundamentales: en primer lugar, cierta amenaza a las reivindicaciones de soberanía que sostienen las siete naciones reclamantes y, no menos alarmante, el quebrantamiento de los principios y objetivos que cimentan el régimen, siendo hasta el momento el éxito de su consecución unánimemente aceptado. Aun cuando ambos grupos constituyen un preocupante frente para la continuación del sistema establecido, la cuestión de su aceptación

* La responsabilidad por las traducciones del presente trabajo es asumida por su autora.

** Secretaria de Redacción de la Revista "Lecciones y Ensayos".

general por la comunidad internacional es, más allá de aquel grave peligro latente, causa fundamental del sentimiento de inseguridad de los Estados partes, lo cual revierte en el grado de apertura y flexibilidad del régimen mismo. Como aspecto remarcable de la referida problemática, bien que actualmente matizado en su gravedad y proyecciones, se destaca la oposición de resistencias por parte de dichos Estados en punto a la admisión de colaboración ofrecida por organizaciones internacionales cuyas intenciones se atribuyen a móviles políticos, diluyéndose de este modo posibilidades incalculablemente valiosas de cooperación en el área.

La superación de una tal problemática sería posible por conducto de admitir que el sistema generado a partir del Tratado Antártico ha derivado en la creación de un *régimen objetivo*, consecuentemente oponible *erga omnes*.

## 2. El concepto de regímenes objetivos

### a) *Ubicación y descripción de la noción en estudio*

Es norma básica en materia de derecho de los tratados que sus efectos sólo se proyectan, en principio, a las partes que quedan obligadas por sus disposiciones, en la inteligencia de que es parte "un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor" (art. 2, 1.g, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados). Dicha regla, revistiendo entidad de verdadero principio general de derecho, conocida en el campo contractual desde el derecho romano –*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*– resulta recogida en el ordenamiento antedicho por conducto de su art. 34: "Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento"; norma que en derecho internacional reconoce su *ratio* en la igualdad jurídica de los Estados, que los torna recíprocamente soberanos e independientes[1]. Es así como, respecto de aquellos Estados que no son parte en el tratado, la ajenidad es la nota que los tipifica con relación al aspecto efectual por aquél consagrado: *res inter alios acta*

[1] Conf. Moncayo - Vinuesa - Gutiérrez Posse, *Derecho internacional público*, t. I, p. 122.

*nec nocere nec prodesse potest*[3]. La concurrencia de razones reputadas necesarias para el reconocimiento de excepciones a la norma *pacta tertiis* ha sido objeto de una profusa discusión doctrinaria, fundamentalmente en cuanto al otorgamiento de derechos[3]. El supuesto –cuyo estudio algunos autores proponen efectuar bajo la expresión de cuño civilista: "estipulación a favor de terceros Estados"–[4] es contemplado en el art. 36 de la Convención de Viena, norma que reproduce los presupuestos cuya concurrencia impone el art. 35 en materia obligacional, bien que cayendo el recaudo formal de formulación escrita del consentimiento.

En el referido contexto temático de las "estipulaciones a favor de terceros" es que la Comisión de derecho internacional (CDI) se abocó al análisis de un particular supuesto en la tipología de los tratados: el de aquellos que establecen lo que la doctrina internacional ha dado en llamar "regímenes objetivos". Si bien esa misma doctrina, la jurisprudencia

[3] La jurisprudencia internacional ha hecho repetida recepción de este principio. Así, la CPJI decidió en el caso "Chorzow" (1926), entre Alemania y Polonia: "Un tratado crea derechos solamente entre los Estados que son parte contratante en él; en caso de duda, no se desprenden derechos a favor de otros Estados. Los terceros Estados tienen el deber moral de abstenerse de actos que puedan perturbar la aplicación de un tratado, pero si se perjudican sus intereses pueden reclamar por vía diplomática o si desconocen sus derechos, hacer responsables a los Estados contratantes" (CPJI, serie A, 7, p. 29, citado por Podestá Costa - Ruda, *Derecho internacional público*, t. 2, p. 88).

[3] El acotamiento obedece a que, en el plano obligacional, puede afirmarse sin hesitación la unanimidad de criterio en punto a la inexistencia de excepción a la norma en estudio. Lo dicho supone la siguiente aclaración: un tratado carece de virtualidad para crear por sí mismo obligaciones respecto de un tercer Estado, lo cual no empece a que dicho Estado acepte la obligación, con lo que la fuente de ella reviste el consentimiento de aquél. Tal es el sentido de la previsión del art. 35 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados: "Una disposición de un Tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación". De la reunión de los dos extremos requeridos por la norma citada –la intención de las partes de que una disposición del Tratado genere la obligación en cuestión y la aceptación expresa, bajo el requisito formal estricto de ser formulada por escrito– se desprende el perfeccionamiento de un nuevo acuerdo de carácter colateral entre las partes y el tercer Estado. En tal sentido: "Estamos frente a un nuevo 'Tratado' que, por sus características, quedaría también dentro del ámbito de la Convención" (Moncayo - Vinuesa - Gutiérrez Posse, *Ibidem*).

[4] En el sentido indicado, Podestá Costa - Ruda, op. cit., p. 91 y siguientes.

internacional y la práctica estadual no ofrecen una profusión de elementos que sirvan de guía para establecer una noción unívoca de "régimen objetivo", así como la determinación de la materia que dicha expresión comprende y la discriminación de cuáles pertenecen al derecho de los tratados por ser efectos de éstos y cuáles otros a distintas ramas del derecho internacional, cualquier estudio de tan particulares situaciones no puede prescindir de la inicial delimitación de un concepto liminar que ofrezca un punto de partida al análisis, bien que sea susceptible de revisión a lo largo del trabajo. En tal entendimiento, y tomando la definición propuesta por Sir Humphrey Waldock, un *régimen objetivo* es aquel que responde al propósito de "crear, en interés general, obligaciones y derechos relativos a una región determinada, Estado, territorio, localidad, río, vía de agua, o una región determinada del mar, fondo marino y espacio aéreo; siempre que se incluya entre las partes cualquier Estado que tenga competencia territorial con respecto al objeto del tratado, o que tal Estado haya consentido a la disposición de que se trata"[5].

Supuestos a los que un sector de la doctrina suma el de tratados que vienen a crear un nuevo sujeto de derecho internacional[6]. La tipología que nace bajo la égida de este concepto es, como la definición transcripta permite inferir, amplia y matizada. Así, se señalan como proyecciones del tema los tratados que establecen un estatuto político y territorial, los tratados que garantizan la libertad de navegación en ríos internacionales o establecen zonas marítimas y terrestres de uso común, los tratados aplicados a materias de comunicación internacional, los tratados de garantía y asistencia mutua y, muy particularmente, los tratados que disponen la neutralización y desmilitarización de determinados territorios y zonas.

Luego de esta aproximación conceptual y sumariamente aplicada de la temática en estudio, corresponde precisar el alcance del término "objetivo", calificativo éste al que en el léxico jurídico suele apelarse para designar la materia sobre la cual recae un derecho, en contraposición con el sujeto titular de él. No es este aspecto, sin embargo, el aludido por la expresión referida, sino el relativo a la amplitud o extensión de las consecuencias del tratado. En efecto, afir-

[5] *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. II, p. 26-27.

[6] Moncayo - Vinuesa - Gutiérrez Posse, op. cit., p. 124.

mar el carácter *objetivo* de un régimen importa tanto como decidir el carácter absoluto de su oponibilidad, en tanto las obligaciones y derechos que crea resultan válidos *erga omnes*. Un sector de la doctrina llega a erigir las consecuencias de la referida oponibilidad como el rasgo fundamental calificante de los regímenes objetivos, extremando la formulación en grado tal que llega a propugnarse la sustitución de dicha expresión por la de "tratados que prevén un régimen general de derechos reales"[7]. Similar criterio recoge Lord Mc Nair en su análisis de aquellos tratados que propone denominar "dispositivos"; esto es, los que declaran, crean o regulan derechos reputados permanentes, entendiendo este último término como indicador de una cualidad de la que su titular no puede ser privado contra su voluntad[8]. Frente al propósito de determinar la situación legal de esta categoría de tratados en tiempo de guerra, señala lo ocioso de inquirir acerca del efecto que la situación bélica opera sobre el acuerdo internacional mismo, adquiriendo en cambio carácter prioritario la cuestión acerca de cómo *el derecho o el "status" creado o regulado por el tratado* es afectado por dicha situación. Es así como afirma: "el derecho, una vez creado, adquiere una existencia independiente del tratado y, por lo mismo, también del destino final de aquél. En algunos casos, si bien no en todos, el tratado ha creado derechos *in rem* o derechos correspondientes al *status*, y no meros derechos *in personam*"[9].

Ahora bien: definido el concepto y resaltado su carácter básico, corresponde la enunciación del *fundamento* por el cual viene a reconocerse a los tratados de "régimen objetivo" efecto *in detrimentum tertiis*, esto es, la *ratio* por la que los terceros Estados adquieren derechos o quedan obligados en virtud de aquéllos. En primer lugar, cabe poner de manifiesto la inexistencia de univocidad en cuanto a la formulación de tal fundamento. Así, Sir Gerald Fitzmaurice, tercer relator sobre el derecho de los tratados, señaló en su cuidadoso informe de 1960 que la excepción que en el caso

[7] En tal sentido, Paredes, en la discusión de la CDI sobre el derecho de los Tratados. "Esto de los derechos reales tiene en las legislaciones y en la jurisprudencia un significado definido desde hace largo tiempo. Son los derechos que se tienen sin referencia a determinada persona: puede decirse que están incorporados y rigen a la materia u objeto del negocio". Naciones Unidas, *Anuario de la CDI*, 738ª sesión, 4 jun. 1964, vol. I, p. 102.

[8] Lord Mc Nair, *The law of treaties*, p. 538-543.

[9] Lord Mc Nair, op cit., p. 542.

se reconoce a la regla *pacta tertiis* es directo corolario del principio de respeto a los actos lícitos, válidos y legítimos, formulación a la que no es ajena la invocación de otro principio básico, el de intangibilidad de derechos adquiridos (por otros Estados). Por su parte, Jiménez de Aréchaga considera que el deber de respetar situaciones de hecho o de derecho establecidas por tratados legítimos y válidos no es una norma del derecho de los tratados sino una consecuencia del principio de no intervención y, aun, un corolario del principio de coexistencia[10]. A los efectos de sistematizar los diversos criterios expuestos por la doctrina, además de las opiniones ya reseñadas –no por aisladas menos válidas–, habrá de considerarse un trípode de posibilidades con virtualidad de justificar el excepcional apartamiento del *pacta tertiis*. La primera posibilidad es que el tipo de tratado en estudio posea, bien por su naturaleza, bien por el procedimiento seguido para su conclusión, un carácter semilegislativo que lo torne oponible *erga omnes*. El criterio es aceptado por Guyer en el más acotado contexto de su análisis del art. 10 del Tratado Antártico, respecto del cual afirma: "Hasta cierto punto podría concluirse que las facultades que confiere el Tratado han generado una potestad legislativa respecto de la región y que en consecuencia el art. 10 no sólo es legal sino asimismo legítimo"[11].

Concordantemente Mc Nair, para quien "existe una cierta clase de tratados... que posee un efecto semilegislativo, de modo que la operatividad de sus disposiciones puede extenderse más allá de las partes contratantes y afectar a 'terceros Estados'"[12].

En firme rechazo del criterio expuesto, sostiene Ruda que atendiendo a los principios sobre los que se basa la ac-

[10] Naciones Unidas, *Anuario de la CDI*, vol. I, p. 105.

[11] Guyer, R. E., *The antartic system*, en "Hague Recueil", 1973, 139, p. 224-225.

[12] Lord Mc Nair, *op. cit.*, p. 312-313. El autor ilustra su afirmación con un significativo informe relativo a la neutralización del territorio sueco (*Report of the Law Officers of the Crown*, con fecha 18 may. 1859) del que transcribimos su párrafo fundamental: "El moderno origen de la neutralidad de Suecia, parece residir en la Declaración de los ocho Estados firmada en Viena el 20 de marzo de 1815...; en la cual las partes estipulantes declararon que el 'interés general' (de Europa) requería el reconocimiento de una perpetua neutralidad en favor de Suiza, al propio tiempo que hicieron explícita la decisión de elaborar un Acta que viniese explícitamente a *garantizar por parte de la totalidad de los Estados* la perpetua neutralidad de Suecia *en el marco de sus nuevas fronteras*".

tual etapa de evolución de la comunidad internacional, adoptar una explicación basada en los efectos semilegislativos de un tratado sería tanto como consagrar una solución imposible[13]. La segunda posibilidad anticipada implicaría considerar que los terceros Estados resultan obligados por un *régimen de tipo consuetudinario*. Y por fin, conforme al tercer criterio, cabría sostener que el *consentimiento de los terceros Estados*, y sólo él, es la base de sus derechos y obligaciones. Del cotejo de la segunda y tercera hipótesis formuladas surge el sentido y la conveniencia que revestiría una norma especial sobre tratados de régimen objetivo, norma que la CDI no cristalizó en artículo alguno, en la inteligencia de que el art. 35 de la Convención de Viena sobre tratados que prevén derechos para terceros Estados proporciona base suficiente para el válido establecimiento de derechos y obligaciones oponibles *erga omnes*, junto con la previsión del art. 38 sobre normas que llegan a ser obligatorias para terceros en virtud de una costumbre internacional[14]. Omisión que, a nuestro criterio, no ha sido afortunada, desde que el objeto de una norma expresa sobre la materia no sería otro que el de acelerar la consolidación de un tratado como parte del orden jurídico internacional, contribuyendo así a su desarrollo progresivo, sin tener que aguardar el más largo y lento proceso de la formación de una regla consuetudinaria de derecho internacional.

Se han analizado hasta aquí concepto, caracteres básicos y fundamento de los llamados "regímenes objetivos", estadio descriptivo que habrá de cerrarse con la enunciación de un *presupuesto* de aquéllos, y una explicitación de lo que a nuestro juicio constituye el *argumento subyacente* que viene a explicar la diáspora de resistencias que a la noción se oponen. Con respecto al anticipado presupuesto, sólo tratados de carácter particular pueden establecer un régimen objetivo, para lo cual es condición esencial *que las partes tengan una cierta competencia especial en la materia*[15]. Aspecto éste que se revela competente en materia de

[13] Naciones Unidas, *Anuario de la CDI*, vol. I, p. 104.

[14] El argumento dado para justificar tan relevante omisión se fundaba en que "una norma que reconociera la posibilidad de crear directamente por un tratado regímenes objetivos tendría escasas perspectivas de obtener general aceptación", *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los Tratados, Documentos oficiales, Documentos de la conferencia*, p. 54.

[15] Conf. Sir Humphrey Waldock, relator especial, Naciones Unidas, *Anuario de la CDI*, vol. I, p. 101.

tratados que establecen un régimen jurídico a aplicar a un espacio dado, cuya oponibilidad debe decidirse teniendo en cuenta si las partes contratantes tenían jurisdicción sobre el espacio reglado con anterioridad a la conclusión del acuerdo internacional [16].

Se anticipó la existencia de un argumento subyacente al rechazo de la noción de regímenes objetivos por la mayoría de la doctrina internacional, objeción que se tomara sin embargo palmaria en la discusión de la CDI, y que puede condensarse en el siguiente razonamiento: tomando en cuenta que la noción de "regímenes objetivos" ha sido utilizada para imponer determinadas condiciones a Estados pequeños cuando la igualdad soberana de los Estados no era principio básico del derecho internacional, es de temer que los Estados vean en ella una elíptica aprobación de la legislación *de facto* o del gobierno del mundo por las grandes potencias [17]. En atención a lo expuesto, cabe concluir que el punto resistido por la doctrina internacional reside menos en la noción de "regímenes objetivos" en sí, que en el fundamento político que otrora los justificara.

b) *El sistema antártico como proyección del concepto de régimen objetivo.*

Se entiende por *desmilitarización* el régimen de determinado territorio que estipula la prohibición total o parcial

[16] Conf. Moncayo - Vinuesa - Gutiérrez Posse, op cit., p. 124-125. El criterio de los citados autores, que hacemos nuestro, se basa en un razonamiento de incontestable claridad: teniendo las partes contratantes jurisdicción sobre el espacio en cuestión en la oportunidad señalada, no existiría óbice para acordar el régimen a aplicar, desde que es proyección de la soberanía estadual la competencia de dictar la normativa jurídica válida para todos y cada uno de los espacios que se hallen bajo su jurisdicción. Tal régimen, por tanto, sería oponible a la comunidad internacional. Si, en cambio, carecieran de jurisdicción, la obligación a cargo de aquélla sólo podría reconocer como fuente una norma consuetudinaria posterior, de la que el Tratado constituyera su antecedente.

[17] La relevancia del tema justifica su ilustración con las argumentaciones esgrimidas en el seno de la CDI que consideramos más relevantes. Así, Jiménez de Aréchaga: "Es significativo que casi todos los ejemplos de 'arreglos internacionales' que dan tratadistas como Rousseau y Mc Nair estén tomados de las medidas adoptadas por el concierto europeo en el siglo XIX... La Comisión no puede ratificar una fórmula que podría servir de base para resucitar una situación que pertenece ya al pasado". Y la contundencia de Paredes: "La estructura total del artículo (se refiere al que en el proyecto de la CDI contemplaba el supuesto de Tratados que prevén regímenes objetivos) induce a suponer que se deja libre el camino para que

de mantener en él tropas y armamentos, así como de construir bases y fortificaciones militares, en tiempo de paz. La *neutralización*, por su parte, alude al régimen de un territorio que prevé la prohibición de operaciones militares en zonas especificadas o la utilización de ellas como base para hacer la guerra[18]. Ambos conceptos han sido referidos en un estadio anterior de nuestro trabajo como supuestos arquetípicos de la noción de "regímenes objetivos". Ambos, vienen a calificar el aspecto medular del régimen jurídico del continente antártico, régimen cuya piedra angular es el Tratado de Washington de 1959, acuerdo de carácter "marco" al que armónicamente se integran *tres nuevas Convenciones*[19], así como la multiplicidad de resoluciones y recomendaciones aprobadas en el seno de las quince reuniones consultivas celebradas hasta la fecha.

De este modo, se ha generado un *régimen internacional*, entendiendo por tal el ordenamiento de una serie de principios, normas, reglas y procedimientos que proporcionan la estructura jurídica para la actividad común en la Antártida[20].

Los *principios* orientadores del sistema son fundamentalmente dos: la exclusiva dedicación del continente a propósitos pacíficos (lo cual viene a excluir específicamente el establecimiento de bases militares y fortificaciones, la realización de maniobras militares y la prueba de cualquier tipo de armas) y la promoción de la cooperación internacional en la investigación científica. Por su parte, el sistema antártico es recorrido por un número importante de *normas* generales de comportamiento, la mayoría de las cuales deriva de los referidos principios, al tiempo que contribuye a implementarlos. Normas fundamentales son las consagradas en los arts. 2, 8 y 11 del Tratado Antártico, las que aseguran el franco acceso al continente así como la resolución pacífica

---

las potencias que se creen llamadas a legislar sobre el mundo impongan la conducta a los demás". Naciones Unidas, *Anuario de la CDI*, vol. 1, p. 105 y 107.

[18] Conf. Tunkin, Grigori, *Curso de derecho internacional*, libro 2, p. 17.

[19] Se trata de la Convención para la conservación de las focas antárticas (1972, vigente desde 1978); la Convención sobre la conservación de los recursos vivos marinos antárticos (1980, vigente desde 1982) y la Convención sobre recursos minerales antárticos, firmada en Wellington en junio de 1988, que quedó abierta a la firma desde el 25 de noviembre del año pasado y que ya ha sido firmada por quince países entre los cuales se encuentran Chile, Brasil y Uruguay.

[20] Conf. Peterson, M. J., *Managing the frozen south*, p. 41.

de eventuales disputas, bien que la más significativa provisión normativa es la del art. 4 del Tratado, disponiendo la congelación de controversias de soberanía durante el tiempo –y bajo la condición– de su vigencia. En punto a lo que hemos llamado *reglas* del sistema, se trata de una serie de disposiciones aplicables a situaciones específicas que vienen, por tanto, a conferir mayor estabilidad a las normas antedichas. Entre las que revisten carácter calificante del sistema, citamos la del art. 9 del Tratado, fundamental por establecer la existencia de un grupo de coordinación (las "partes consultivas") facultado para mantener reuniones periódicas para el intercambio de información, consulta y la elaboración de reglas ulteriores sobre actividad en la Antártida; y la del art. 5.1, que veda las explosiones nucleares y la introducción de desechos y materias fisibles en su territorio.

Con igual jerarquía, se establecen asimismo tres mecanismos que podrían describirse como de ejecución intracomunitaria de las reglas: inspección, notificación previa de actividades que el Tratado especifica (art. 7.5.) e intercambio científico. Asimismo, el art. 10 del referido ordenamiento, particularmente relevante para nuestro tema, contempla la problemática de la oponibilidad *erga omnes* del Tratado con relación a sus propósitos y principios. Por fin, el art. 3 contiene un cierto número de reglas orientadas a promover la libertad de investigación y la cooperación científicas. Para concluir, el sistema establece una serie de *medidas procedimentales* para situaciones particulares. A título ilustrativo, pueden citarse aquellas que deciden las condiciones de operatividad de cualesquiera modificaciones del Tratado de 1959, o las que guían las deliberaciones de las partes consultivas.

Hemos considerado necesario este examen sumario mas estructuralmente minucioso del sistema para evitar dogmatismos en nuestra conclusión en el sentido de que dicho régimen, en su carácter de plexo normativo integral, constituye a la Antártida en una zona neutralizada, desmilitarizada y desnuclearizada, revistiendo, por lo mismo, carácter objetivo, con su básico corolario de absoluta oponibilidad. Idéntica solución permite inferir el debate en el seno de la CDI en 1984, por conducto de la opinión concordante de la mayoría de sus miembros. Así, dice Sir Humphrey Waldock: "Aunque las partes incluyeron en el Tratado una cláusula de adhesión, a fin de permitir que otros Estados se adhieran a él, existía una clara intención de crear un régimen objetivo para el continente Antártico... Por consiguiente, sería

inadmisible que cualquier Estado que no sea parte en ese Tratado pretenda que la Antártida es una *res nullius*".

Igualmente, Tunkin: "La Antártida es de interés para todos los Estados: algunos han aducido títulos a la soberanía territorial, pero otros muchos no han reconocido tales pretensiones... la intención fue crear un régimen que pudiera ser aceptado universalmente"[21].

Fuera del marco de la CDI, Dupuy arriba a la misma conclusión como resultado de cuestionar si la determinación del régimen jurídico aplicable a una región debe quedar en manos de los Estados interesados en ella por un título cualquiera, geográfico o histórico, o si la discusión debe en cambio extenderse para abarcar a todos los miembros de la comunidad internacional.

Y responde: "En lo que concierne a la Antártida, la solución restrictiva ha prevalecido"[22]. El reconocimiento, pues, del sistema antártico como régimen objetivo surge con carácter claramente mayoritario de la más heterogénea doctrina internacional[23]. Ahora bien: fundada la existencia de un tal régimen objetivo, se impone, sin embargo, la confirmación de su validez, lo que se hará a la luz de las dos posibilidades aludidas en el precedente apartado. La primera de ellas impondrá como presupuesto la jurisdicción de las partes contratantes sobre el espacio reglamentado con carácter previo a la conclusión del tratado "marco" de 1959. Creemos que no es éste el supuesto en que se inscribe nuestro tema. En primer lugar, ello se desprende con claridad de la existencia de partes contratantes que no son reclamantes, o que lo son tan sólo en grado potencial. Con respecto a las siete naciones reclamantes, sus reivindicaciones son,

[21] Naciones Unidas, *Anuario de la CDI*, vol. I, p. 110-113.

[22] Dupuy, René-Jean, *Le traité sur l'Antartique*, *AFDI*, 1960-111 a 122. Completando su afirmación, concluye: "Resulta pues que sólo decidirán sobre la vida jurídica del continente austral aquellos Estados que hayan contribuido de manera sustancial a su vida científica".

[23] A más de los ya citados, Mr. Phleger, *Department of State, The antartic treaty*, Committee on Foreing Relations, Senate, 2nd Sess, 1960, 42-43 y A. van der Esten, *L'Antartique et le droit de la mer*, 1975, en "Iranian Review of International Affairs", citados por Auburn, F. M., *Antartic law and politics*, Bloomington, Indiana University Press, 1982, p. 117. Carreau, Dominique, *Études internationales*, Pedone, 1986, nº 1, p. 163, citado por Moya, María Teresa del R., *Perspectivas que presenta la situación antártica*, ponencia presentada al X Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Bs. As., 9-11 nov. 1989.

en ciertos casos, parcialmente superpuestas, siendo que ningún tribunal internacional ha decidido sobre la disputa de soberanía en el territorio en cuestión, y cada Estado involucrado ha continuado interpretando los principios relevantes de derecho internacional de acuerdo con sus propios intereses[34]. Convenido lo primero, cabe analizar nuestro supuesto a la luz de una segunda posibilidad que, creemos, le da cabida: careciendo algunas partes contratantes de jurisdicción, la obligación a cargo de la comunidad internacional puede reconocer como fuente una norma de derecho consuetudinario de carácter posterior, de la que las disposiciones del tratado "marco" obren como antecedente. Dicha norma sería obligatoria para los terceros Estados por el hecho de su aceptación como costumbre internacional, bajo la condición subjetiva de existir conciencia de obligatoriedad (concordantemente, art. 38, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados). Por esta segunda posibilidad se ha expedido asimismo el relator especial de la CDI en 1964, Sir Humphrey Waldock, en los siguientes términos: "Si la Comisión suprime el art. 63 (en el Proyecto de la CDI, tal era la numeración de la norma que se proponía en materia de regímenes objetivos), esa clase de situación quedaría regulada por la costumbre, que es de por fuerza un proceso más lento... como en los casos del *Tratado Antártico* y el Tratado de Estado de Austria"[35].

### 3. La operatividad del concepto "regímenes objetivos"

Los sucesos internacionales, lógico es, marchan por delante del derecho, que retarda por tanto su respuesta en un intento de acomodación a las proyecciones que aquéllos aparejan. Ello se traduce en no pocos casos en la existencia de vacíos jurídicos respecto de problemáticas específicas, de las que la norma jurídica debe hacerse cargo para evitar lo que sin excesos cabría denominar situaciones internacionales de indefensión. Ahora bien: no es menos

[34] Contrariamente, algunos autores entienden que la participación de los siete Estados reclamantes de soberanía permitió la automática creación para el continente antártico de un *status* internacional de carácter objetivo, lo que importa tanto como desestimar el dato de la participación de Estados no reclamantes. En el sentido indicado, Moya, op. cit., p. 5-6.

[35] Naciones Unidas, *Anuario de la CDI*, vol. I, p. 113.

cierto que, en tantos otros supuestos, la laguna jurídica no es corolario del comprensible asincronismo entre el devenir de los sucesos y su recepción legal, sino del inmenso cúmulo de resistencias que a dicha recepción con tanta frecuencia se opone. Éste es, a nuestro juicio y por las razones a las que ya aludiéramos, el dato que permite explicar la reticencia o aun franca oposición desde la que se encara nuestro tema. Por ello es que esta segunda instancia de la investigación cobra carácter de vital importancia, siendo que su objetivo se orienta a la comprobación del fenómeno teóricamente formulado y a igual nivel descripto, dependiendo por tanto de ello la afirmación de su *operatividad* en la vida jurídica internacional.

Procederemos para la consecución de tal propósito a la verificación del concepto que nos ocupa en tres planos diversos: la referencia a los episodios internacionales más notorios que tornaron palmaria la existencia y justificación de los regímenes objetivos, un relevamiento de doctrina internacional sobre el tema y la consideración de los más recientes tratados internacionales que recogen y reflejan la noción en estudio.

El análisis propuesto desde el plano fáctico de los *sucesos internacionales* se basará en el que puede calificarse como más paradigmático supuesto de regímenes objetivos: el *affaire* de las Islas Aaland, pertenecientes a Finlandia y desmilitarizadas en 1856, para lo que se tomará como documentación básica el Informe de la Comisión Internacional de Juristas a la que el Consejo de la Liga de las Naciones encomendara la tarea de brindar una opinión consultiva sobre los aspectos legales de la cuestión[14].

La problemática específica a que se hará alusión en el más amplio marco de una disputa cuya explicación política desbordaría el objetivo de nuestra investigación, se proyecta al análisis que en 1920 se efectuara respecto de la vigencia de la Convención y el Tratado que habían sido concluidos el 30 de marzo de 1856, así como del particular carácter de

[14] League of Nations, *Official Journal*, special supplement nº 3, oct. 1920, p. 3-19. La disputa entre Suecia y Finlandia procedía de una situación de *facto* originada en la transformación política de las Islas Aaland, transformación causada por y proveniente del movimiento separatista de sus habitantes, que invocaban el principio de autodeterminación nacional así como ciertos eventos militares que acompañaron y siguieron a la separación de Finlandia del imperio ruso, en un tiempo en que Finlandia no había aún adquirido el carácter de Estado definitivamente constituido.

sus disposiciones. La Convención aludida, reconociendo como partes a Francia y Gran Bretaña, por un lado, y a Rusia, por el otro, disponía en su art. 1º que:

"Las Islas Aaland no serán fortificadas, y ninguna base militar o naval se mantendrá o creará en la zona"[27].

Dicha disposición, como la Convención toda, resultaron incorporadas al Tratado General de Paz firmado en París el mismo 30 de marzo. Reavivada en el siguiente siglo la discusión en punto a la vigencia de la cláusula de desmilitarización debido a la construcción de fortificaciones que emprendiera Rusia en las islas durante la primera gran guerra, se debatió la posición de Suecia y su eventual derecho a invocar la previsión impeditiva de 1856[28]. Ésta es la instancia del análisis de la Comisión que se proyecta en nuestro tema: estableciendo que la intención de las partes en la Convención había sido la de tornar el régimen de desmilitarización de las Islas Aaland en "derecho europeo", concluía la referida Comisión: "En realidad los Estados, en sucesivas ocasiones desde 1815 y particularmente con motivo de la conclusión de tratados de paz, han tratado de crear *verdadero derecho objetivo*, un real *status* político cuyos efectos se sintieran más allá del círculo inmediato de las partes contratantes"[29].

A renglón seguido, y estableciendo la posición de Suecia, se determinaba que, careciendo aún dicho Estado del carácter de parte signataria y no habiendo invocado eventuales derechos desprendidos de la Convención y el Tratado de 1856 en favor de terceros Estados, podía sin embargo exigir el cumplimiento de sus disposiciones, *en razón de la naturaleza objetiva del acuerdo* a que se arribara en tales instrumentos respecto de las Islas Aaland[30].

Luego de este examen detenido de un arquetípico caso de régimen objetivo, pasamos simplemente a enunciar otros diversos supuestos que importan idéntica recepción de la

[27] Transcripto en el *Informe de la Comisión de Juristas*, p. 15.

[28] Suecia sostenía la teoría basada en la idea de que la Convención de 1856 había creado una "servidumbre real" respecto del territorio insular objeto de la controversia, opinión avalada por el criterio de varios eminentes juristas, mas no por los integrantes de la Comisión *ad hoc*

[29] *Informe de la Comisión de Juristas*, p. 17.

[30] En el mismo sentido y concluyendo su informe, refería la Comisión: "Estas disposiciones [las de Convención y Tratado de 1856] fueron establecidas en interés de Europa, constituyendo un particular *status* internacional basado en consideraciones de carácter militar para el territorio de las Islas Aaland" (p. 19).

noción en estudio. Así, la desmilitarización y neutralización del archipiélago de Spitzberg conforme al Tratado de París de 1920; la neutralización del Canal de Suez en virtud de la Convención de Constantinopla de 1888[31]; la neutralización de Bélgica y Luxemburgo y el mecanismo para la solución pacífica de las controversias internacionales contemplado en la I Convención de La Haya de 1899[32].

La verificación del concepto de "regímenes objetivos" se traslada ahora al segundo de los planos aludidos, el de la doctrina internacional que hace recepción de dicha idea. Conscientes de las incursiones que en ese plano efectuáramos en estadios anteriores de la investigación –incursiones que reputáramos entonces insoslayables– y a los efectos de evitar ociosas reiteraciones, enriqueceremos los criterios ya reseñados con dos particulares construcciones, tipificantes de la obra de sendos especialistas en derecho internacional, Lord Mc Nair y Max Sorensen. Respecto del primero, ya se ha hecho referencia a su teoría de los tratados llamados a aplicarse *in rem* frente a todo el mundo, acuerdos que califica asimismo como "dispositivos" o "reales". Más adelante, estudiando los efectos de las instancias bélicas sobre las partes contratantes, construye un nuevo concepto, derivación de los regímenes objetivos que nos ocupan: el de tratados multilaterales que constituyen un régimen, *status* o sistema internacional, respecto de los cuales observa: "Resulta ser el punto de vista del Gobierno del Reino Unido que (el referido tipo de tratados) posee una cualidad de permanencia que les permite sobrevivir a una guerra". Sentado lo cual, ejemplifica con la neutralización o internacionalización de todo o parte del territorio de un Estado[33].

Similar razonamiento es el que ofrece Max Sorensen, en el estudio de los que denomina "tratados localizados": "Un *tratado localizado o dispositivo* tiene el efecto de conferir al territorio una condición legal que se pretende habrá de ser permanente, y que es independiente de la personalidad del Estado que ejerce la soberanía". Enunciado el concepto, pasa a ilustrarlo con los tratados que regulan límites territoriales, establecen regímenes ribereños y crean obligaciones similares a las servidumbres[34].

[31] Ambos supuestos citados por Tunkin, *op. cit.*, p. 17.

[32] Citado por Lord Mc Nair, *op. cit.*, p. 547.

[33] Lord Mc Nair, *Ibidem*.

[34] Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, p. 303-304.

El tercer y último plano desde el que habrá de comprobarse la existencia y operatividad de las "situaciones objetivas" es el de los más recientes acuerdos internacionales que recogieron la noción, lo que cerrará el círculo que habrá de trasladarnos nuevamente a la consideración del sistema antártico, esta vez, en aras de la verificación de su aceptación general. El más actual de los tratados que consideraremos es el Tratado de 1970 sobre la desatomización de los fondos marinos y oceánicos, régimen basado en la parcial desmilitarización del lecho del mar y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Similar espíritu anima al Tratado de 1967 sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes. También se prevé, pues, la desmilitarización parcial del espacio cósmico, prohibiendo colocar en órbita alrededor de la Tierra cualquier objeto portador de armas nucleares o todo otro equipo de armas de destrucción en masa, así como la instalación de tales armas en el espacio ultraterrestre en cualquier otra forma.

El análisis de la estructura del sistema antártico constituyó el cierre del primer capítulo. Corresponde en este punto, pues, tener por cierta su *eficacia* por vía de la demostración de su aceptación general, para lo cual se sistematizará la enunciación de los más relevantes indicadores del modo siguiente:

I) El número de Estados partes del Tratado Antártico –originariamente doce– ha experimentado un aumento notable, llegando a totalizar treinta y nueve miembros. Un estudio comparativo del proceso de adhesiones revela que en el primigenio estadio de vigencia del Tratado, la incorporación de nuevos Estados fue francamente lenta, retardo que comenzó a revertirse en relación de proporcionalidad directa al número creciente de temáticas de primer orden que atraían la atención de terceros Estados, hasta entonces indiferentes al régimen, recogidas en las convenciones y recomendaciones que venían a completar el acuerdo inicial, de carácter "marco". Todo lo cual viene a indicar el afianzamiento del sistema como régimen estable[35].

[35] El siguiente cuadro ilustra el número de ingresos anualmente operados, lo que permite vincular los períodos de mayor adhesión con acontecimientos relevantes, como la firma de la Convención de los recursos vivos

El incremento operado en el último quinquenio revela la confiabilidad del sistema frente a la comunidad internacional, pudiendo extrapolarse una no menos fundamental conclusión: la comprensión de que él no consagra un club hermético, sino abierto a los demás Estados de la comunidad internacional, bien que en el marco de las condiciones que fija[36].

2) Otro dato relevante, desprendido del anterior, es la heterogeneidad de los treinta y nueve Estados partes, entre los que se cuentan naciones desarrolladas y no desarrolladas, representantes del extremo Norte y del Sur, y del Este y el Oeste. Contemplado en conjunto el número de miembros del sistema, se aprecia la importancia de su poder político y económico, tomando en cuenta la inclusión de las dos superpotencias y de ocho países con alto grado de industrialización. Un nuevo relevante indicador surge de considerar que la totalidad de Estados partes representa más de dos tercios de la población mundial[37].

3) El Tratado "marco" de 1959 se ha expandido por conducto de tres nuevas Convenciones y múltiples resoluciones y recomendaciones, con lo que un más rico y extenso contexto jurídico garantiza a la comunidad antártica el desarrollo de actividades en el continente.

4) El éxito en la consecución de los principios y objetivos del sistema es aceptado sin reservas, fundamentalmente en el aspecto de preservación del bien jurídico superior que comporta el mantenimiento de la paz en un área del mundo potencialmente explosiva. Unánime es también el reconoc-

---

manos antárticos, las crisis energéticas y, en el último período, la proximidad de 1991.

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| 1961: 1 | 1967: 1 | 1975: 1 | 1980: 1 | 1983: 2 | 1987: 4 |
| 1962: 1 | 1971: 1 | 1976: 1 | 1981: 3 | 1984: 4 | 1988: 1 |
| 1965: 1 | 1974: 1 | 1979: 1 | 1982: 1 | 1986: 1 | 1989: 1 |

La información referida ha sido recogida del trabajo de Díaz de García, Luciana, *El tratado antártico: alternativas a partir de 1991*, X Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

[36] Concordantemente Moya, *op. cit.*, p. 7. En una anterior fase de su trabajo, la citada autora refiere como invariable crítica por parte de los detractores del Tratado la de que éste da lugar a la formación de un "Club caro" y, por lo mismo, discriminador (crítica por su parte basada en lo que se califica como requisito económicamente exigente del Tratado, en tanto exige como presupuesto para el acceso al sistema la demostración de un efectivo interés científico en la Antártida).

[37] Conf. Díaz de García, *op. cit.*, p. 5.

cimiento a la labor científica concretada, reconocimiento cuyo significado maximiza el interés de la humanidad por la preservación del medio ambiente global y el desarrollo ambientalmente adecuado.

Sistematizados del modo expuesto los más significativos indicadores de la generalizada aceptación del régimen jurídico antártico –que confirma en el aspecto de oponibilidad su carácter objetivo– cabe destacar por fin que tal aceptación no se circunscribe o agota en el reconocimiento de los principios del Tratado "marco", sino en la integralidad del plexo normativo que completa con aquél el sistema aplicable al continente. Este aspecto fundamental es oportunamente destacado por Rosenne en el seno de la CDI: "...los Estados que, beneficiándose sin ser partes de las facilidades brindadas por el régimen, quedan obligados a cumplir todas las disposiciones que forman parte válidamente del mismo y no sólo las contenidas en el propio Tratado"[38].

### 4) Conclusiones

Hemos podido comprobar a lo largo de nuestro trabajo que la admisión de regímenes identificados con la noción de "situaciones objetivas" es una cuestión sumamente delicada: en primer lugar, el concepto se ubica en la esfera de la legislación internacional por la cual puede sostenerse que instrumentos concluidos por una mayoría tienen fuerza obligatoria para la minoría. En segundo término, y como fuera resaltado a propósito de la descripción de estos regímenes, ellos vienen a recoger cuestiones que pueden calificarse como puntos neurálgicos del derecho internacional. Por fin, una serie de temas conexos complican su tipificación y encuadre jurídicos: así, el problema de la costumbre internacional, del consentimiento implícito, de los derechos reales y su reconocimiento por otros miembros de la comunidad internacional.

No obstante, los regímenes objetivos son, sin duda, una realidad en el derecho internacional. Los Estados pueden, mediante tratado, crear un estado de cosas válido *erga omnes*, lo cual constituye una práctica internacional establecida que es, como afirmara Briggs en el seno de la CDI, de *lex lata*.

[38] Naciones Unidas, *Anuario de la CDI*, vol. I, p. 109.

En dicho contexto se ubica el sistema creado a partir del Tratado Antártico de 1959, que implicó la sustracción del territorio de la guerra fría con dos propósitos básicos: preservar la zona del conflicto Este-Oeste y priorizar la cooperación en la investigación científica respecto de cualquier otro tipo de actividad en el continente. El régimen, por cierto, ha evolucionado, observación que importa receptar indicadores a un tiempo internos y externos. Por un lado, y aún subsistiendo un sistema de absoluta coordinación, se ha abierto paso otro subsistema que bien puede calificarse como de cuasisubordinación, a lo que se agrega el tránsito del principio de unanimidad al de consenso para la toma de decisiones en las reuniones consultivas. En cuanto a los factores externos, el papel del continente antártico en el sistema internacional ha sido el epicentro de una revisión profunda que, sin embargo, no obedece a un cuestionamiento del *régimen en sí*, sino al gradual desarrollo de la importancia estratégica de ese territorio (lo cual alude tanto al aspecto de control de comunicaciones interoceánicas, a la repercusión de los conflictos latentes en el Atlántico Sur y, muy particularmente, al control de una zona pródiga en recursos naturales de inapreciable valor).

Es así como, en el actual momento histórico, los Estados partes del sistema antártico soportan las ya aludidas presiones externas en un parcial estado de indefensión al que también nos refiriéramos: la doctrina internacional sigue resistiendo el concepto de regímenes objetivos. Con lo que, creemos, desconoce que la problemática que dicha noción recoge –muy singularmente, la desmilitarización y neutralización de territorios– no pertenece excluyentemente al pasado siglo, como intentáramos demostrar mediante el análisis cronológicamente progresivo de nuestro apartado 3.

La definitiva solución, pues, abriga su esperanza en la sana conciencia jurídica, aquella para la cual no existen zonas vedadas de la realidad. Mientras tanto, doctrinarios y juristas, por cíclica anteposición de su temor histórico o su condena, resultarán impensados corresponsables ante la ausencia del marco jurídico necesario para la adecuada regulación del fenómeno internacional.

## *BIBLIOGRAFÍA: Apartado I*

Auburn, F. M., *Antartic law & politics*, Bloomington, Indiana University Press, 1982.

Díaz de García, Luciana, *El Tratado Antártico: alternativas a partir de 1991*, X Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Bs. As., 9-11 nov. 1989.

Dupuy, René-Jean, *Le traité sur l'Antartique*, *AFDI*, 1960.

Guyer, R. E., *The antartic system*, en "Hague Recueil", 1973, p. 139.

League of Nations, *Official Journal*, "Report of the International Committee of Jurists entrusted by the Council of the League of Nations with the task of giving an advisory opinion upon the legal aspects of the Aaland Islands Question", special supplement n° 3, oct. 1920.

Mc Nair, Lord, *The law of treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1938.

Moncayo - Vinuesa - Gutiérrez Posse, *Derecho internacional público*, Bs. As., Zavalía, 1987.

Moya, María Teresa del R., *Perspectivas que presenta la situación antártica*, X Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Bs As., 9-11 nov. 1989.

Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. I, 738ª sesión, 4 jun. 1964.

Peterson, M. J., *Managing the frozen south*, California, University of California Press, 1988.

Podestá Costa - Ruda, *Derecho internacional público*, Bs. As., Tea, 1985.

Quigg, Philip W., *A pole apart*, New York, New Press, 1983.

Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948.

Tunkin, Gregori, *Curso de derecho internacional*, Moscú, Progreso, 1980.

*Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. II.

(Sin referencia autoral) *Quick, before it melts: towards a resolution of the jurisdictional morass in Antarctica*, en "Cornell International Law Journal", 1978, vol. 10, p. 156.

(Sin referencia autoral) *Thaw in international law? Rights in Antarctica under the law of common spaces*, en "Yale Law Journal", 1976, vol. 87, p. 804.

## II. NECESIDAD DE SU PRESERVACIÓN PARA SALVAGUARDA DE LA PAZ MUNDIAL

INGRID E. BAUER*

### 1. INTRODUCCIÓN

En 1959, en plena guerra fría, fueron invitados a participar en el Tratado Antártico todos los países con manifiestos

* Alumna de 6º año de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

intereses en dicho continente, teniendo como marco grandes rivalidades antárticas que hacían temer seriamente por el futuro del continente. El establecimiento allí de bases estratégicas, su utilización para ensayos bélicos[1], explosiones nucleares[2] o lanzamientos de proyectiles dirigidos, eran una amenaza efectiva. Sólo gracias a la firma del tratado pudo extinguirse otro foco de disputas que estaba tomando dimensiones inquietantes. De ahí la gran verdad que encierran las palabras de un reputado científico, el doctor Lawrence Gould: "Fue en el más frío de los continentes donde ocurrió el primer memorable deshielo de la guerra fría".

El aporte del Tratado Antártico en materia de mantenimiento de la paz y cooperación científica, ha sido destacado por el secretario general en la ONU, corroborando así su significado para la paz mundial.

Hoy, ante la proximidad de 1991, año en que se puede pedir la revisión del funcionamiento del sistema y ante diversas presiones ejercidas por grupos ecologistas como Greenpeace, países No Alineados, Naciones Unidas, para que sea cambiado o dejado sin vigencia en caso de declararse la Antártida patrimonio común de la humanidad, el futuro de la Antártida resulta de particular interés.

Es motivo del presente trabajo transmitir la necesidad de la subsistencia del sistema, como condición necesaria de la convivencia pacífica mundial, puesto que atentar contra un consolidado sistema como el presente, que ha logrado crear y desarrollar con pleno éxito una zona de paz, un laboratorio científico y un mundo ecológicamente respetado, que ha estado abierto siempre a todos los países, bajo la única condición de que se comprometan a acatar sus principios y obligaciones, sería hacer peligrar todo lo conseguido, volver a una época ya superada, que provocaría negativos efectos para la humanidad.

Nuestro país, respetuoso del principio del mantenimiento de la paz y conocedor de que dicho principio es una norma *ius cogens* del derecho internacional, debe oponerse a todo intento de destrucción del presente sistema, puesto

[1] Stanford Arms Control Group, *International arms control Issues and agreement*, 2nd ed., 1984, p. 107-108.

[2] Wolkes - Menn, *The Story of Nukey Poo*, oct. 1978, Science and Public Affairs, p. 32-34.

que al tener juntamente con Chile y otros países cercanía al continente Antártico serían los principales afectados en el caso de ocasionarse alguna disputa en dicho continente.

Consideramos por lo tanto que reforzar el sistema sería la única actitud inteligente, tanto por parte de nuestro país, como del resto de la comunidad internacional, para defender este inmenso continente de las amenazas que acechan al resto del planeta.

## 2. Funcionamiento

### a) *Conformación del sistema*

Los Estados partes[3] del Tratado Antártico, que a la firma del mismo eran doce, han pasado en 1989 a ser treinta y nueve. Esto se debe a que se trata de un tratado abierto que sólo exige para su acceso el requisito de carácter funcional que es el tener y demostrar un interés efectivo en la Antártida, con arreglo a las disposiciones vigentes.

Este criterio de funcionalidad es el que se emplea para diferenciar entre los tipos de partes que admite el Tratado: los miembros consultivos y los que no lo son.

A partir de 1983, en la XII reunión consultiva, se adopta el principio del consenso para la zona de decisiones en las reuniones consultivas y se les permite a los no consultivos participar en un plano de igualdad.

Cabe aclarar que el tratado no crea un organismo internacional, ni institucionaliza un régimen rígido. Por el art. 9 se crea un mecanismo de consulta entre los países miembros a través de la celebración bianual de conferencias. Es decir, estatuye un sistema flexible, de comunicación directa entre las partes. Este mecanismo creó un *modus operandi* informal, descentralizado, que se ha dado en llamar sistema antártico[4].

Es conveniente recordar que al comienzo, en los primeros años de vigencia del Tratado, el ingreso fue sumamente lento, pero a medida que el acuerdo inicial se completó con nuevas convenciones y recomendaciones, abarcando temas de acuciante interés para los terceros Estados, éstos abandonaron aquella actitud indiferente.

[3] *Documentación de UN*, A/39/583, part II, p. 22.

[4] *Documentación de UN*, A/39/583, part II, p. 22.

El siguiente cuadro nos muestra el número de ingresos por año, y no resulta difícil vincular los picos de manifiesto interés con acontecimientos de la importancia, por ejemplo, de la adopción de la Convención de recursos vivos marinos antárticos, la crisis energética y, en los últimos años la proximidad de 1991, entre otros[5].

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| 1961: 1 | 1967: 1 | 1975: 1 | 1980: 1 | 1983: 2 | 1987: 4 |
| 1962: 1 | 1971: 1 | 1978: 1 | 1981: 3 | 1984: 4 | 1988: 1 |
| 1965: 1 | 1974: 1 | 1979: 1 | 1982: 1 | 1986: 1 | 1989: 1 |

Si analizamos la cantidad de adhesiones que ha registrado el Tratado, y el incremento de ellas en los últimos cinco años, se demuestra: 1) la confiabilidad que ha despertado el sistema del Tratado al resto de la comunidad internacional; 2) el creciente interés que los demás países sienten por la Antártida, así como la percepción de que el Tratado no consagra un "club hermético", sino abierto a los demás miembros de la comunidad internacional, respetando desde ya los requisitos y las condiciones que impone el Tratado para su cumplimiento[6].

Los treinta y nueve Estados miembros constituyen un mosaico heterogéneo: Estados desarrollados y no desarrollados, del Este y del Oeste, del Norte y del Sur, pero su poder político-económico es enorme por incluir a las dos superpotencias y a ocho países industrializados. Otra cifra significativa es el dato que nos informa que estos treinta y nueve Estados comprenden más de dos tercios de la población mundial.

Cabe agregar que conciliar los intereses divergentes de los países signatarios fue una tarea laboriosa que exigió múltiples reuniones, pero permitió alcanzar el equilibrio político-jurídico que caracteriza al Tratado y que constituye la clave del éxito y la permanencia del sistema.

Es importante remarcar el rol fundamental que tuvo el art. 4 para el cumplimiento de sus propósitos, puesto que sin la conciliación que se refleja en dicho artículo en mate-

[5] Trabajo presentado por Díaz de García, Luciana, en el X Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Bs. As., nov. 1989, p. 4.

[6] Trabajo presentado por Moya Domínguez, María Teresa del R., en el X Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Bs. As., nov., 1989.

ria territorial, donde todos los países que participan en este acuerdo, congelan los litigios sobre la soberanía antártica, cautelando debidamente los derechos soberanos de todos los países reclamantes (Argentina, Australia, Chile, Francia, Gran Bretaña, Noruega y Nueva Zelanda) y las posiciones de los Estados no reclamantes del territorio antártico. Este entendimiento, esencial para la supervivencia de la cooperación antártica, subsistirá mientras el Tratado que lo garantiza permanezca en vigencia, facilitando así la dedicación y energía de las partes al mejor conocimiento y desarrollo del territorio antártico. Se han eliminado, además, potenciales litigios futuros, por cuanto se ha dispuesto que ningún acto o actividad que se lleve a cabo mientras este Tratado esté vigente constituirá fundamento alguno para hacer valer, apoyar o negar reclamaciones de soberanía en la Antártida, ni para crear nuevos derechos de soberanías en esa región.

El Tratado impone más responsabilidades que privilegios a los Estados partes. Persigue, en ese sentido, el desarrollo de principios de trascendencia universal, como son la utilización exclusiva de la Antártida para fines pacíficos, la no militarización, la protección del medio ambiente, la conservación y preservación de la flora y fauna antárticas y la libertad de cooperación internacional de la investigación científica. Estos principios se aplican en toda el área del Tratado, consagrando de este modo una parte importante del planeta para provecho de todos los hombres.

b) *Paz y cooperación científica*

Asegurada la paz, la actividad científica se ha desarrollado con intensidad, aprovechando el impulso que recibió del Año Geofísico Internacional (1957-1958)[7].

La amplia y variada gama de actividades e investigación científica llevada a cabo por las partes consultivas en el continente antártico, ha permitido, en primer término, el descubrimiento y el conocimiento profundo de esa compleja área, así como su vinculación con el resto del mundo. Ha permitido, asimismo, el conocimiento necesario para adoptar –y aplicar– las medidas adecuadas a la protección y preservación de su ecología y medio ambiente únicos, en beneficio

[7] "Frozen future" a prophetic report from Antartida, editado por Richard S. Lewis - Philip M. Smith, New York, 1973, p. 48-86.

del hombre. Ha dado margen, finalmente, al progresivo desarrollo de una virtual tecnología antártica y de una importante obra de infraestructura idónea a las complejidades y características propias de esa región.

Tales hechos, logrados gracias al esfuerzo, tenacidad, desgaste y sacrificios, la libertad de investigación científica que el Tratado consagra mediante un esquema de intercambio obligatorio de información, así como de personal especializado, ha significado la instalación de más de treinta bases científicas en todo el continente.

La investigación se desarrolla y coordina con las organizaciones académicas más prestigiosas del mundo y con el conjunto de órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas. El SCAR es el principal órgano de investigación vinculado al Tratado[8].

Además el Tratado contempla las inspecciones internacionales con un régimen de observadores, según lo determina el art. 7, incluyendo las fotografías aéreas y garantiza el fiel cumplimiento de la paz y la desmilitarización. Fue un importante antecedente para la vigencia de mecanismos de verificación y control y desarme que la propia ONU, no siempre con resultados efectivos, trata de aplicar en otros lugares.

### 3. Sistema antártico. Instrumento jurídico para preservar la paz

Los pilares básicos sobre los cuales se sustenta el Tratado Antártico son la paz y la ciencia.

Sabemos que el mantenimiento de la paz es un principio del derecho internacional de validez universal, que tiene el carácter de una norma *ius cogens* y que está contemplada en la Carta de Naciones Unidas.

Además, la Asamblea de Naciones Unidas ha venido desde 1983, fecha en que se incluye en la agenda de la Asamblea la cuestión antártica, pronunciándose de la si-

[8] Sharpley, Deborah, *The seventh continent. Antarctica in a resource age*, Washington D. C., 1985, p. 171-174.

guiente forma: "Afirmando la convicción de que, en interés de toda la humanidad, la Antártida debe seguir utilizándose siempre exclusivamente para fines pacíficos y de que no debe convertirse en escenario de discordia internacional"[9].

Cabe agregar que el Tratado Antártico en su art. I, que se refiere a los fines pacíficos, y el art. 5, que se refiere a la prohibición de armas nucleares, fueron determinantes para aflojar las tensiones y a la vez sustraer esa importante área de las luchas por el poder que son comunes en otras regiones. Para todo el mundo significa la aceptación, por primera vez, desde el término de la segunda guerra mundial, por países comprometidos en la guerra fría, de doctrinas, posiciones y procedimientos de inspiración solidaria, que puede abrir nuevas posibilidades y horizontes para alcanzar el establecimiento de una paz general y perdurable.

Estas estrictas disposiciones de proscripción de los usos bélicos en la Antártida explican la total ausencia de armamentos en el continente, los que han sido reemplazados, en cambio, por una auténtica cooperación entre el personal de las distintas bases científicas que, representando a países política o militarmente opuestos en otras áreas del mundo, en la Antártida conviven amistosamente, separados, a veces, por algunos centenares de metros.

Por otra parte, el art. 4 consiguió, como dijimos en el apartado anterior, el milagro de congelar las disputas territoriales, que era otro foco de tensión en el continente.

Cabe recordarse que el Tratado preserva los principios de la Carta de Naciones Unidas como lo expresó la Asamblea General en sus resoluciones: "recordando que el Tratado Antártico, en virtud de sus disposiciones está destinado a promover los propósitos y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas"[10].

El mantenimiento de la paz –ya por sí misma un resultado trascendental– permitió que el sistema fuese generando diversos efectos que las partes respetan escrupulosamente y que la entera comunidad internacional acata.

Los beneficios de este régimen están avalados por una realidad de veinticinco años, durante los cuales no se han

[9] ONU, Asamblea general, *Resoluciones*, 38/77, 39/1521, 40/156, 41/88, 42/46 y 43/83.

[10] ONU, Asamblea general, *Resoluciones*, 38/77, 39/1521, 40/156, 41/88, 42/46 y 43/83.

producido litigios de carácter territorial alguno ni ningún miembro –reconociendo así la efectividad de este acuerdo– ha manifestado su intención de retirarse o ha promovido su enmienda.

Además, cabe agregar que el Tratado considera en su art. 11 el arreglo pacífico de controversias, el que también está contemplado en la Carta de Naciones Unidas.

Todo este marco jurídico ha permitido que la Antártida sea una de las zonas de paz, desmilitarizada y desnuclearizada, posibilitando la convivencia en armonía en dicha región.

## 4. Conclusiones

Por lo expuesto a lo largo del presente trabajo pudimos comprobar que el Tratado Antártico ha creado un sistema que a lo largo de todos estos años fue perfeccionándose, permitiendo una convivencia pacífica entre todos los miembros y no miembros del Tratado, que demostraran interés en la Antártida, sobre todo a nivel científico.

Vemos a las claras que esta convivencia pacífica de diversos Estados en un mismo territorio ha dado frutos que sería lamentable que fueran destruidos por mezquinos intereses.

Nuestro país, que es uno de los reclamantes de soberanía, debe considerar la importancia de la subsistencia del sistema creado, puesto que si no sería su posición no sólo desventajosa sino también peligrosa dada la proximidad que lo une al continente antártico, que en un caso de conflicto armado se convertiría en el primer afectado.

Cabe reflexionar sobre la trascendencia del presente Tratado en lo atinente a la paz mundial, dada la importancia geopolítica y sobre todo económica del presente Tratado, si tenemos en cuenta que nuestro mundo se encamina hacia una posible escasez de alimentos y una posible guerra neutrónica que implicaría la destrucción de la mayor parte del planeta.

Es por eso que creemos que es de vital importancia para la paz futura del mundo que la Antártida siga siendo resguardada por el Tratado, que implica desde ya una segura salvaguarda a los intereses de toda la humanidad.

# III. CONSERVACIÓN Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE ANTÁRTICO

PATRICIO O. CABRERA FELISONI*

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo apunta a que el lector tome conocimiento –y conciencia– de la urgente necesidad de sustraer a la Antártida y su área de influencia de los efectos perniciosos de la contaminación ambiental que avanza en el resto del planeta.

Cuando los redactores de la Carta de las Naciones Unidas expresaron su intención de librar a la Humanidad de los "sufrimientos indecibles" causados por dos guerras mundiales, no previeron que sólo unas décadas más tarde, ese tipo de sufrimientos podría ser causado por otro factor: *el deterioro progresivo del medio ambiente y de su equilibrio ecológico*. Tal deterioro obedece a múltiples factores y da lugar a otros tantos resultados, que ensamblándose en sucesivas relaciones causa-efecto, desembocan en un cuadro muy preocupante[1]. El problema planteado se complica por la *finitud del medio ambiente habitable por seres humanos*. Como afirma Kneese, "vivimos en un sistema finito, cerrado e interdependiente, con una capacidad limitada para asimilar desechos residuales de la actividad humana"[2].

* Redactor de la revista "Lecciones y Ensayos". Alumno de 6º año de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

[1] Así, por ejemplo, una sumatoria de *factores* (tala de bosques, mayor quema de elementos combustibles, explosiones nucleares, etc.) dan lugar a una serie de *efectos* (disminución de la cantidad de ozono, efecto "invernadero", lluvia ácida), los que a su vez desembocan en procesos de desertificación, sequías, cambios climáticos, etcétera. Ello, a su turno, incide en la mayor o menor producción de alimentos y en la salud humana.

Dada la infragmentabilidad del medio ambiente humano, los efectos de la contaminación en una región, tarde o temprano inciden en otras. De ahí que para la doctrina moderna sobre la materia, el concepto de "territorio" estatal ha dejado paso al de "entorno" o medio ambiente.

[2] Kneese, Allen V. - Sidney, E. Rolfe - Joseph, W. Harned. *Ecología y contaminación. Formas de cooperación internacional*, p. 21.

En el mismo sentido Bey Caro, Ernesto J., *Estudios de derecho internacional*, p. 72.

El no conocimiento de otros planetas habitables por el hombre, el crecimiento explosivo de la población mundial, la dialéctica medio ambiente-desarrollo, entre otras razones, llevan a la necesidad de encarar acciones (a nivel particular, o de poder público; a nivel nacional, regional o internacional) para revertir la constante degradación de nuestro hábitat.

En esta tarea, el *derecho* (y en especial el derecho internacional público) tiene mucho que aportar, ya fijando garantías mínimas inderogables para la preservación del medio, ya estableciendo las bases de una cooperación internacional orientada a ese fin[3].

Desde que la tierra es una unidad (no un conjunto de compartimentos estancos), la Antártida y sus adyacencias no escapan a la acción contaminante del hombre: sin duda, esta premisa pesó en la conformación y posterior desarrollo del sistema antártico. En las distintas normas del sistema se observa cómo los Estados parte –desde 1958 hasta el día de hoy– han ideado fórmulas y mecanismos para conservar el entorno antártico, respondiendo incluso a nuevas realidades, no previstas con anterioridad.

Procuraremos analizar, dentro de los límites establecidos, la evolución del sistema antártico en la materia.

## 2. Situación fáctica: una amenaza constante

Si bien el sistema antártico ha podido en alguna medida "liberar" a la Antártida de los efectos contaminantes de distintas actividades humanas, no por ello la región se halla ciento por ciento a salvo de las consecuencias de la contaminación ambiental; basta citar dos ejemplos:

a) Déficit estacional de ozono en la atmósfera antártica, causado por la agresiva emisión de compuestos químicos industriales (clorofluorocarbono) en distintas regiones del planeta. En setiembre de 1987, diversos proyectos dirigidos por la NASA determinaron que la capa de ozono había disminuido en un 50 % –comparado con el 40 % de 1985–[4].

[3] En ese sentido encontramos por ejemplo la res. 2995 (XXVII) sobre cooperación entre Estados en el campo del medio ambiente, o la res. 2997 (XXVII) que da lugar al PNUMA (ONU, Asamblea General, *Vigesimoséptimo período de sesiones*, Nueva York, p. 47-48).

[4] Lemonick, Michael D., *The Hunt is on*, en "Time Magazine", nº 42, 19/10/87, p. 39.

b) Derrame de petróleo: en 1989, dos buques (Bahía Paraíso, de Argentina, y Humboldt, de Perú) se hundieron en las proximidades de la Antártida, derramándose una mediana cantidad de petróleo. Nos preguntamos, ¿qué sucedería si en el futuro acaeciese en la Antártida uno o más accidentes similares al sufrido por el Exxon Valdez en Alaska, en marzo pasado, donde se derramaron diez millones de galones de petróleo?[5]. Por otro lado, estudios realizados por científicos argentinos en mares adyacentes a la Península Antártica, demostraron la existencia de altas concentraciones de hidrocarburos de petróleo, aduciéndose su origen a fisuras en el suelo submarino[6].

Hay dos factores que pueden dañar gravemente el medio ambiente antártico y sus adyacencias:

a) La explotación irracional de sus recursos naturales (vivos y no vivos).

b) La contaminación (desde la contaminación radiactiva, pasando por la de hidrocarburos, hasta la derivada de la eliminación de desechos comunes).

Si ambos factores se combinan para afectar el medio ambiente antártico, las consecuencias pueden ser muy riesgosas, más si se tiene en cuenta que en la región antártica el ecosistema es particularmente vulnerable a la interferencia humana y tiene menor capacidad que otros para reahabilitarse frente a alteraciones realizadas por la actividad humana.

Entre esas consecuencias pueden enumerarse las siguientes:

a) La disminución de la capa de ozono, al dejar pasar rayos ultravioletas en mayor medida de lo normal, causaría un aumento de las enfermedades de la piel.

b) Siendo la Antártida un importante regulador del clima terrestre global, la alteración de su medio ambiente, sumado al "efecto invernadero" por la alta concentración atmosférica de dióxido de carbono: 1) causaría profundos cambios en el clima de muchas regiones; se modificarían los regímenes de lluvias, tornándose en zonas desérticas lo que hoy son áreas fértiles, y viceversa; 2) el aumento de la temperatura

[5] En cuanto al hundimiento del "Exxon Valdez", ver interesante nota, *The big spill*, en "Time Magazine", nº 15, 10/4/89, p. 10-13.

[6] Ver Ventajas, Lilia, *Contribuciones Científicas* nº *315, 320, 323* (son las más recientes disponibles), en "Contribuciones Científicas", Bs. As., Dirección Nacional del Antártico, 1988-1987.

global (3° C aproximadamente) acarrearía el derretimiento de los hielos polares, con el consiguiente aumento del nivel del mar, y con ello el anegamiento de ciudades, tierras de cultivo, puertos, etcétera[7].

c) La disminución de las reservas alimentarias (incluidas esas magníficas reservas de agua dulce que son los hielos antárticos) frente a una población mundial cuyo crecimiento parece no tener límites.

d) El agotamiento total de los recursos no renovables en otras regiones, avivaría el interés –y los conflictos– de los distintos Estados (especialmente aquellos que están fuera del sistema antártico) a explotar los recursos minerales de la región antártica.

De este modo, aunque *de iure* permaneciera vigente el sistema antártico, los principios que lo informan –uso pacífico de la Antártida y libertad de investigación científica– verían seriamente amenazada su integridad.

### 3. El Tratado Antártico: un buen comienzo

El Tratado Antártico contiene (art. 5.1) una norma que si bien está directamente relacionada con el principio de uso pacífico de la Antártida (Preámbulo, art. 1.1), constituye también un poderoso límite a la contaminación radiactiva: el precepto, que prohíbe toda explosión nuclear y toda eliminación de desechos radiactivos en la Antártida, cobra suma importancia en un tiempo en que los ensayos nucleares son frecuentes y el destino de numeroso material radiactivo remanente, un problema espinoso y difícil de afrontar por los distintos Estados[8]. De este modo, el Tratado Antártico, en 1958, ya se erige como precedente de otros tratados internacionales enderezados a evitar la proliferación de armas nucleares y a prohibir en ciertos lugares el emplazamiento o los ensayos de tales armas[9].

[7] Estas inquietudes son receptadas por la res. 53 de la Asamblea General (ONU) (XLIII) sobre Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras (especialmente Preámbulo y art. IX). En ONU Asamblea General, *Cuadragesimotercer período de sesiones*, Nueva York, p. 141.

[8] Basta recordar al respecto, las controversias que en nuestro país ha venido suscitando la idea de instalar un depósito de residuos radiactivos ("basurero nuclear") en la localidad de Gastre, Provincia de Chubut.

[9] Tales, por ejemplo, el Tratado de Moscú de 1963 sobre proscripción

Por otro lado, el art. 9 del Tratado menciona –al enumerar las materias posibles de ser tratadas por las reuniones consultivas– la protección de los recursos vivos de la Antártida (conf. art. 9.1.f).

A ello habría que sumar el art. 10, norma genérica que autoriza a los Estados partes a realizar "esfuerzos apropiados" para evitar que *nadie* realice en la Antártida, actividades contrarias a los propósitos y principios del Tratado: las actividades contaminantes, desde que obstan a una investigación científica normal (al menos cuando la investigación para su desarrollo requiere la existencia de un hábitat en estado natural) caen dentro del art. 10 (conf. art. 2, Tratado).

Más allá de esas normas, el Tratado Antártico no contiene un sistema integral de protección del medio ambiente antártico. Ello no impidió que, sobre la base de los principios del Tratado y por medio de la constante tarea de las reuniones consultivas, se haya edificado con el tiempo un verdadero ensamble de órganos y disposiciones que permiten al sistema acercarse lentamente a una protección global del medio, en la Antártida.

## 4. El sistema se pone en marcha

Desde la primera reunión consultiva, la preocupación por la protección del medio ambiente antártico estuvo presente: ello se refleja en los informes finales, las recomendaciones y en las Convenciones del sistema antártico.

El primer esbozo de un sistema de normas orientado a la protección del entorno antártico, lo encontramos en la recomendación III-8 (Medidas convenidas para la protección de la flora y la fauna antártica)[10]. La norma procura que los gobiernos restrinjan, con excepciones, las "interferencias perjudiciales" para la flora y fauna en el área de aplicación del Tratado Antártico. No obstante la recomendación no prevé: a) determinadas actividades que pueden causar per-

---

de ensayos de armas nucleares en la atmósfera, espacio exterior y bajo la superficie de las aguas, o el Tratado sobre no proliferación de armas nucleares.

[10] El antecedente inmediato de la Rec. III-8, lo constituyen ciertas normas provisionales sobre conservación de recursos vivos, incluidas en la Rec. I-8, bajo el nombre de Normas generales de conducta sobre conservación de recursos vivos antárticos.

juicios sustanciales al medio ambiente antártico (v.gr., turismo, explotación de minerales); b) órganos específicos de control del cumplimiento de las medidas convenidas (independientemente de la aplicación del control previsto en el art. 7, Tratado Antártico).

A medida que surgieron distintos problemas (v.gr., turismo creciente, pequeños derrames de petróleo, etc.), el interés por resolverlos, tras manifestarse en una reunión consultiva, cobró impulso en las reuniones subsiguientes, sentando en ciertos casos, las bases de futuras convenciones; ello sucedió con las materias que hoy son objeto de las tres Convenciones del sistema antártico. Las tres normas tienen un elemento común: regulan la explotación de recursos naturales de importante valor económico; pero el sustrato de tal reglamentación es la protección del medio ambiente antártico. Esa protección se desenvuelve en tres ámbitos principalmente: a) mecanismos de aplicación de las Convenciones; b) ámbitos de aplicación de las Convenciones; c) cooperación en la aplicación de las Convenciones.

La Convención para la conservación de las focas antárticas (1972) y la Convención para la conservación de los recursos marinos vivos antárticos (1980) tienen por objeto la conservación y explotación racional de recursos marinos vivos; de allí su análisis conjunto.

a) En cuanto a los *mecanismos* de aplicación, la Convención de 1972 prevé pero no reglamenta órganos especiales de ejecución y control; en ese sentido (conf. art. 6) es sólo a partir de una reunión de partes contratantes que se puede establecer un sistema de control (incluso medidas de inspección), una Comisión (con funciones asignadas en cada caso por las partes contratantes) y un Comité científico, si la caza de focas con fines comerciales alcanza proporciones significativas. Por tanto, mientras no se establezcan esos órganos, la conservación del medio ambiente corre por tres vías:

*1)* Las medidas de conservación que *facultativamente* adopten las partes contratantes (cupo de caza, temporadas de veda, métodos de caza, especies protegidas, áreas de caza, etc.: conf. art. 3 y Anexo).

*2)* La tarea que lleva a cabo el SCAR: al informar cuándo la caza está produciendo un "importante efecto perjudicial" para las *focas* o el sistema ecológico de determinado lugar (conf. art. 5.4.b), o cuándo se exceden los cupos de caza permitidos (conf. art. 5.5).

3) Las observaciones previstas en el art. 7 del Tratado Antártico, en tanto la *conservación* a que tiende la Convención de focas, encuadra en la previsión del art. 9.1.f, Tratado.

La Convención de Canberra evoluciona respecto de la anterior: prevé y también regiamenta órganos especiales encargados de guiar la tarea de conservación de recursos vivos marinos antárticos. De tal manera, establece: una Comisión[11] cuyas funciones no son (como en la Convención anterior) asignadas por las partes contratantes en cada caso, sino que quedan ya establecidas por la misma Convención. Entre las funciones más importantes se cuentan, la adopción de *medidas de conservación* en principio *obligatorias* para los miembros de esa comisión; la aplicación de un sistema de observación e inspección (conf. art. 27). Un *Comité Científico*, órgano consultivo de la Comisión que desarrolla las actividades dispuestas por ella, y actúa como centro de recolección, estudio e intercambio de información sobre recursos vivos marinos, promueve programas de investigación científica, etc. (conf. arts. 14, 15.1, 15.2.e, f, e). Básicamente, ejerce las funciones que en la Convención sobre focas eran atribuidas al SCAR (conf. art. 5.4.a).

b) En cuanto a los *ámbitos* de aplicación, también se produce una evolución. La Convención de Londres, sobre focas, si bien en su art. V.7 contempla un control estadístico más allá de su ámbito de aplicación, la Convención (art. 1.1) se aplica al mar al sur de los 60° de latitud sur. La Convención sobre recursos vivos marinos extiende (conf. art. 1) la protección al norte de los 60° de latitud sur, llegando en algunos puntos hasta los 45° sur. Va de suyo que en razón del objeto regulado (los bancos ictícolas no se dividen en función de paralelos o meridianos), resultaría arbitrario que la Convención limitara el ámbito de aplicación al mar al sur de los 60° sur.

c) En cuanto a la cooperación en la protección del medio, la Convención de Londres sólo la prevé entre los Estados partes y el SCAR a los efectos de intercambiar informaciones sobre las medidas de conservación tomadas por los Estados, etcétera[12]. La Convención de Canberra sobre re-

[11] El nombre completo es Comisión para la conservación de recursos marinos vivos antárticos.

[12] Si bien el art. 5.6 prevé cierta cooperación entre el SCAR y la FAO (ONU), tal cooperación es sumamente limitada si se la compara con las previsiones hechas por las Convenciones posteriores.

cursos marinos vivos, ya en el Preámbulo reconoce que la conservación de los recursos marinos vivos antárticos exige la cooperación internacional. Luego desarrolla esa idea de cooperación en distintas cláusulas:

1) Cooperación entre la Comisión y Estados partes con jurisdicción en zonas marinas adyacentes al área de aplicación de la Convención, a fin de armonizar las medidas de conservación pertinentes (conf. art. 11).

2) Cooperación entre la Comisión y el Comité Científico con las partes consultivas del Tratado Antártico, con las Naciones Unidas (en especial con la FAO), y con otras organizaciones intergubernamentales (v.gr., la Comunidad Económica Europea) y no gubernamentales (SCAR, Scientific Committee on Oceanic Research –SCOR–). Como medio de plasmar esa cooperación, la Convención habilita tanto a la Comisión como al Comité Científico a permitir a aquellas organizaciones el envío de observadores a las reuniones que se efectúen (conf. art. 23).

### 5. Convención para reglamentar las actividades sobre recursos minerales antárticos, ¿punto culminante del sistema?

*a*) En cuanto a los *mecanismos* de aplicación, la Convención continúa el modelo de su antecesora, pero abre nuevos desarrollos. Establece:

1) Una Comisión cuya función principal consiste en la identificación de áreas ("áreas identificadas", conf. arts. 21.d y 41) para la potencial exploración y explotación de recursos minerales antárticos. Pero también ejerce una función de resguardo del medio ambiente: por ejemplo, designa áreas en donde las actividades sobre recursos minerales son prohibidas o restringidas (conf. art. 13.2), promueve investigaciones necesarias para evaluar los posibles impactos de esas actividades en el medio ambiente, y en general adopta medidas de protección del entorno antártico y sus ecosistemas dependientes o asociados (conf. art. 21.a, b, c, x).

2) Comités Reguladores en cada "área identificada". Su función principal es la de examinar las solicitudes, y en su caso aprobar los permisos de exploración y explotación de recursos minerales antárticos, elaborando a la par las condiciones a que se deben ajustar esas actividades ("Esquemas de Administración", conf. arts. 45 a 48). También

desarrollan una función protectora del entorno antártico, al controlar si las solicitudes de exploración o explotación contienen las informaciones que con relación al entorno exige la Convención; al incluir en los esquemas de administración, medidas de protección y medidas de respuesta, ante el eventual acaecimiento de daños al hábitat; al vigilar los efectos de las actividades sobre recursos minerales, en relación con el medio ambiente antártico; al suspender, modificar, cancelar esquemas de administración y permisos de explotación cuando se determinan daños al medio ambiente.

3) Comité Asesor Técnico, Científico y sobre Medio Ambiente: es una de las principales innovaciones de la Convención de Wellington. Su misión básica es (conf. art. 26) brindar asistencia a la Comisión y a los Comités Reguladores, cuando estos órganos ejercen funciones que directa o indirectamente hacen al resguardo del entorno (p.ej., cuando los Comités conceden permisos de explotación-exploración de recursos minerales, o cuando cancelan tales permisos). Es decir, les aporta *información* con el fin de que las decisiones se tomen a partir del conocimiento fundado de los impactos de esas actividades sobre el medio ambiente antártico y las alternativas para reducir o responder efectivamente ante esos impactos.

b) En cuanto al ámbito de aplicación, la Convención, luego de establecerlo (art. V) abre la puerta para que determinadas disposiciones se apliquen cuando ellas se relacionan con impactos al medio ambiente fuera del ámbito de la Convención misma (art. 5 *in fine*). La previsión es consecuente con el manifiesto fin de proteger no sólo al medio ambiente antártico, sino a los ecosistemas asociados o dependientes de él.

c) En cuanto a la cooperación en la aplicación de la Convención, ésta sigue el camino de la Convención de Canberra: en el art. 6 prevé la *promoción de la cooperación y participación internacional* en actividades sobre recursos minerales antárticos. En disposiciones sucesivas apreciamos que tal cooperación se da en dos planos:

1) Dentro del sistema antártico, entre la Comisión y el Comité Asesor, con los Estados partes y otros órganos del sistema –incluido el SCAR– (conf. arts. 10 y 34.1).

2) Fuera del sistema antártico, entre la Comisión y el Comité Asesor, con la ONU, sus organismos especializados y otras organizaciones internacionales pertinentes, inclusive no gubernamentales, conf. art. 34.2 y 3 (v.gr., una organi-

zación no gubernamental puede ser Greenpeace, aunque dada la postura extrema que la entidad ecologista sostiene en materia de explotación de minerales antárticos –prohibición absoluta– la cooperación parece improbable).

Al igual que la Convención de Canberra, para cristalizar esa cooperación, la Convención prevé acordar a esas organizaciones, en ciertos supuestos, la condición de observadores en los órganos que ella instituye. Pero la Convención de Wellington va más allá, al enlazar *cooperación* y *desarrollo*. ¿Cómo lo hace?, por ejemplo, reservando a los Estados miembros de la Comisión que son países en desarrollo, una representación "adecuada y equitativa" en los Comités Reguladores. De este modo, los Estados del sistema antártico sortean hábilmente los llamamientos que las Naciones Unidas venían haciendo desde 1972 (res. 2995 XXVII) en pro de una efectiva cooperación bilateral o multilateral para preservar y mejorar el medio ambiente. Desde la res. 2997 (XXVII) el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) ha intentado obtener la cooperación internacional en la protección del medio, señalando la necesidad de conciliar tal protección con los intereses de los Estados en desarrollo (res. 2997, Preámbulo, arts. I.f y III.4). Por otro lado, éstos han protestado airadamente por considerar que el régimen de minerales antárticos también les incumbe. Los Estados del sistema antártico en forma inteligente, responden asignando a los Estados en desarrollo que adhieran a la Convención (para lo cual deben ser antes partes contratantes del Tratado Antártico, conf. art. 61) un lugar en la toma de decisiones sobre exploración y explotación de recursos minerales antárticos.

Como vemos, la Convención sobre recursos minerales, a diferencia de las anteriores, está en su totalidad impregnada de un fin protector del medio ambiente antártico. ¿Cuál es la razón de ello? Entendemos que el motivo principal es que la actividad sobre recursos minerales, *per se*, es mucho más contaminante que la actividad pesquera o la caza de focas. Si bien son graves los daños causados al ecosistema por la explotación irracional de un recurso vivo, es aún más grave el perjuicio ocasionado por un derrame de petróleo e hidrocarburos en general. De ahí que la Convención (art. 4) establezca una *moratoria* sobre la exploración y explotación de recursos minerales, hasta que no se juzgue fundadamente que tales actividades no dañan más allá de lo aceptable el medio ambiente antártico. El recurso a una moratoria es una novedad, que, sin embargo, reconoce un antecedente

(dentro del sistema antártico) en la Convención para la conservación de las focas antárticas (conf. art. 6°).

Desde 1958, por lo tanto, la evolución que se produce es considerable: en materia de protección del medio ambiente antártico, pasamos de algunas normas aisladas –aunque muy importantes– en el texto del Tratado, a un sistema en donde se conjugan normas de fondo y de forma, cuyo objeto es la protección de ese entorno antártico, incluso más allá del ámbito de aplicación del Tratado Antártico.

Sin duda, existen otras cuestiones cuya reglamentación interesa al resguardo del medio ambiente antártico (v.gr., turismo, contaminación de aguas de mar por derrame y vertimiento de petróleo, etcétera). Esas cuestiones no han sido ajenas a la consideración de numerosas reuniones consultivas, y serán objeto de una próxima conferencia diplomática de Estados del sistema, que estará dedicada específicamente al impacto del hombre en el medio ambiente antártico. La base proporcionada por la Convención de Wellington les será de gran utilidad.

## 8. Conclusiones

a) En materia de protección del medio ambiente, el derecho internacional no debe limitarse a reglamentar los efectos del daño al medio: tiene que actuar, en lo posible, por delante de la realidad, con criterio preventivo, para evitar desastres cuyas consecuencias haya que lamentar.

b) Al día de hoy, el continente antártico y sus adyacencias es una de las zonas, sino la más, descontaminadas de la Tierra. A ello contribuyó sin duda, la normativa del sistema antártico, reafirmada y desarrollada con el fin de atender –*preventivamente*– nuevos problemas y realidades, por ejemplo, el agotamiento de recursos minerales en otras áreas y la exploración y explotación de los existentes en la Antártida; ello, sin perder de vista la protección del entorno antártico.

c) Frente a pedidos de declarar a la Antártida *patrimonio común de la Humanidad*, bajo la administración de la ONU, entendemos que no es del todo conveniente la intervención de Naciones Unidas, como centro regulador del continente antártico:

1) Los Estados partes del sistema, no obstante sus diferencias, comparten los mismos principios (uso pacífico, li-

bre investigación científica) y el mismo interés en la protección del entorno antártico. También coinciden en cuanto a los mecanismos que el sistema prevé para realizar los principios y la protección referidas.

En un ámbito como el de Naciones Unidas, formado por un alto número de Estados, sería mucho más difícil conciliar los intereses de distintos países, no tanto con relación a aquellos principios, cuanto a la regulación de medios para lograr la protección del medio ambiente. Aunque en otra materia, piénsese qué ha sucedido con la Convención de Jamaica sobre derechos del mar, en las dificultades que debieron vencerse para la adopción del texto, el cual en definitiva todavía no está vigente, por la resistencia de muchos Estados a aceptar la regulación que esa Convención establece respecto de los fondos marinos y oceánicos.

2) Como lo demuestran otras materias –v.gr., solución de los conflictos regionales, desarme entre EE.UU. y URSS–, las soluciones a problemas como el estudiado, dependen de la voluntad política de los Estados: vanos serían los intentos de declarar a la Antártida patrimonio común de la Humanidad –por más enfática que fuera la declaración– sin predisposición de los Estados para propender a la conservación y mejoramiento del medio ambiente antártico.

d) De la protección del medio ambiente antártico depende en gran medida el futuro de los seres humanos: por tanto, es prioritario el uso de las vías más idóneas –y entendemos que el sistema antártico lo es– para evitar que en el futuro los hombres sepan de nuevos "sufrimientos indecibles" soportados por la Humanidad.

## *BIBLIOGRAFÍA: Apartado III*

*Atlas Enciclopédico Antártico Argentino*, Bs. As., Dirección Nacional del Antártico, 1978 –actualizado en dic. 1983–.

Dirección Nacional del Antártico (Instituto Antártico Argentino), *Contribuciones Científicas*, nº 315, 320, 322, Bs. As., 1986-1987.

Kneese, Allen V. - Sidney, E. Rolfe - Joseph, W. Harned, *Ecología y contaminación. Formas de cooperación internacional*, Bs. As., Marymar, 1974.

Lemonick, Michael D., *The heat is on*, en "Time Magazine", nº 42, 1987.

Rey Caro, Ernesto J., *Estudios de derecho internacional*, Córdoba, Dirección General de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1982.

*The big spill*, en "Time Magazine", nº 15, 1989.

# IV. LOS RECURSOS MINERALES EN EL MARCO DEL SISTEMA ANTÁRTICO. ALGUNAS REFLEXIONES

ARIEL WALTER GONZÁLEZ *

## 1. INTRODUCCIÓN

Todo sistema jurídico –entendiendo como tal un conjunto de normas y principios de derecho relacionados jerárquica y lógicamente entre sí para alcanzar un fin determinado– está expuesto desde el mismo momento de su creación a una serie interminable de críticas e interrogantes impuestos por una realidad material siempre cambiante. La subsistencia del sistema dependerá, entonces, de la flexibilidad de las normas que lo integran y, en general, de su capacidad para adaptarse a las distintas circunstancias derivadas de aquella realidad. En otras palabras: los sistemas jurídicos, por ser el derecho precisamente una ciencia social, también están sometidos al constante desafío de la falsabilidad [1].

El sistema antártico no escapa a este desafío. Creado con el objetivo fundamental de que la Antártida "continúe utilizándose siempre exclusivamente para fines pacíficos y que no llegue a ser escenario u objeto de discordia internacional" [2], estableciendo para ello un "congelamiento" sobre toda cuestión relativa a la soberanía y asegurando la libertad para la investigación científica en el continente blanco, el sistema ha sabido sortear exitosamente con el correr de los años cada una de las críticas formuladas por los Estados ajenos a él [3], que lo han considerado como "privilegio de unos pocos" o "club cerrado" y han señalado su ineficacia para resolver circunstancias no contempladas en el Tratado Antártico de 1959 –su basamento jurídico fundamental–.

* Alumno de 5º año de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

[1] Término empleado por Karl Popper, quien definía así el criterio de validez de una teoría científica.

[2] Tratado Antártico, *Preámbulo*, párr. 2.

[3] Y –según se ha denunciado últimamente– a veces dentro del mismo sistema, con el objeto de lograr su extinción.

El sistema ha conservado así su validez por treinta años, convirtiéndose en un raro e importante ejemplo de cooperación internacional.

Esta validez, sin embargo, se ve ahora severamente cuestionada por la aparición de una nueva circunstancia material: la necesidad cada vez más apremiante de los Estados de contar con recursos minerales para su desarrollo, necesidad que los mueve a mirar con ambición a aquella fuente aparentemente inagotable y virgen de recursos minerales que es la Antártida.

Para resolver los problemas suscitados por esta nueva circunstancia, se han esbozado en el marco del sistema antártico distintas soluciones desde 1959 hasta el presente en torno al reconocimiento de actividades sobre los recursos minerales antárticos. Estas soluciones –que culminaron con la redacción de la Convención sobre recursos minerales en 1988[4]– son claramente compatibles con los principios del Tratado Antártico, en particular, y con el espíritu del sistema antártico, en general; sin embargo, esta compatibilidad importa que la validez *de facto* de las soluciones esbozadas esté condicionada a la perdurabilidad del sistema, la cual, paradójicamente, se ve a su vez fuertemente amenazada por los serios conflictos de soberanía que se derivan de esas mismas soluciones.

## 2. La problemática del tema: la trilogía desarrollo-conservación-soberanía

Cuando los doce Estados fundadores del sistema se reunieron en Washington en 1959 para redactar el que sería conocido más tarde como Tratado Antártico, regularon en él muchos aspectos relacionados con la Antártida pero también omitieron otros. Entre estos últimos, algunos aspectos fueron dejados de lado por considerarse que nada tenían que ver con los objetivos fundamentales de utilización pacífica y libre investigación científica que propugnaba el Tratado –p.ej., el caso del turismo–; otros fueron omitidos sencillamente porque no eran considerados de importancia en

[4] En rigor, el nombre oficial de este instrumento es Convención para la reglamentación de las actividades sobre recursos minerales antárticos; sin embargo, por razones de brevedad, nos referiremos a ella de la manera señalada en el texto principal.

aquel entonces. A esta segunda categoría pertenecen las actividades sobre los recursos minerales antárticos –entendiendo como tales la exploración, prospección y explotación de dichos recursos–.

En efecto, a comienzos de los años 60 imperaba aún entre los Estados la idea de la inagotabilidad de los recursos naturales en general, y de los recursos minerales en particular[8]. Podía haber Estados más o menos favorecidos en materia de recursos por la naturaleza, pero los recursos existían en abundancia y en una proporción en muchos casos varias veces superior a la requerida para satisfacer la necesidad de desarrollo de los Estados. Era la época de los autos de enorme cilindrada, de las grandes estufas a querosén, del transporte económico, en fin, de la abundancia reflejada en cada aspecto del consumo individual. El problema de los recursos minerales se reducía, en otras palabras, a *dónde* conseguir los recursos que no se poseían dentro del territorio del Estado, asumiendo que ese "dónde" existía siempre y contaba con recursos en abundancia.

Sólo un hecho había aportado en aquel entonces alguna inquietud a la idea de la inagotabilidad. La Segunda Guerra Mundial (1939-1945) había demostrado que aquel Estado que no contaba con los recursos minerales –y muy esencialmente, con el petróleo– necesarios para alimentar a sus tanques o aviones de combate estaba derrotado de antemano en un potencial conflicto bélico.

Esto, sumado a los descubrimientos de importantes reservas de petróleo en la plataforma submarina, motivó que en el año 1945 el presidente Truman, de los Estados Unidos, declarara unilateralmente la soberanía de su país sobre los recursos del lecho y subsuelo del mar adyacente a su mar territorial hasta los 200 m de profundidad. Esta actitud sentó un precedente que contó con la aquiescencia –por acción u omisión– de la mayoría de los Estados, constituyendo la base para la Convención sobre la plataforma continental de 1958[9] y para las disposiciones pertinentes de la Conven-

[8] Aunque la problemática de los recursos naturales es casi idéntica a la de los recursos minerales –por ser, precisamente, éstos parte de aquéllos– nos limitaremos, por razones de espacio y contenido, a la discusión de los segundos.

[9] Art. 2: "El Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de la exploración de sus recursos naturales".

ción de Jamaica de 1982[7]. Sin embargo, incluso estas declaraciones reflejaban, a nuestro entender, más que el reconocimiento de que los recursos naturales podían agotarse, el temor de que ante una situación excepcional como la guerra internacional, un Estado se viera privado por su enemigo de los recursos necesarios para enfrentarlo militarmente.

En el Tratado Antártico, la idea de la inagotabilidad de los recursos naturales se manifiesta, precisamente, a través de la *ausencia* de regulación en torno a estos recursos. En efecto, en ninguna parte del instrumento se hace referencia a la exploración, prospección o explotación de los recursos minerales en el continente blanco. Más aún, una interpretación extensiva del art. 9.1.f –que establece como uno de los temas a ser discutidos por los representantes de las partes contratantes, la "protección y conservación de los recursos vivos de la Antártida"– obraría en contra de la realización de actividades sobre los recursos minerales antárticos, pues "proteger" y "conservar" chocan conceptualmente con "explotar", y lo que se afirma respecto de los recursos vivos bien puede ser aplicado a los recursos minerales[8].

Hacia el año 1970 se produce una crisis a nivel mundial que va a echar por tierra dramáticamente con la idea de la inagotabilidad de los recursos minerales. Dicha crisis, en nuestra opinión, obedeció a la concurrencia simultánea de cinco factores principales, a saber:

[7] Art. 77. 1: "El Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales".

[8] "En los últimos años han surgido algunas opiniones en el seno de la Cancillería argentina –generadas sobre recomendaciones de la Comisión Nacional de Energía Atómica: CNEA– favorables a considerar los repositorios de residuos radiactivos como un recurso mineral, donde el recurso está dado no por la extracción del mineral, sino por la inserción de él. Estas opiniones, a primera vista extrañas, devienen lógicas si se concibe al recurso mineral de un Estado como una ventaja económica derivada del suelo que está bajo el dominio de ese Estado. En este sentido, si la naturaleza ha dotado a Sudáfrica, por ejemplo, de grandes yacimientos de oro y diamantes que puede extraer y vender –obteniendo de esa venta una ventaja económica–, esa misma naturaleza ha proporcionado a la Argentina un gigantesco macizo de roca homogénea (500 km² en la superficie) –ubicado en Gastre, Provincia de Chubut–, donde nuestro país puede obtener una ventaja económica depositando los residuos radiactivos de otros Estados. Ahora bien, si esta postura fuera admitida, entonces el art. 5 del Tratado Antártico –que prohíbe la eliminación de residuos radiactivos en el continente blanco– podría ser claramente interpretado como una prohibición a la realización de actividades sobre los recursos minerales antárticos.

a) El proceso de descolonización iniciado en la década del 60 y que diez años más tarde estaba en pleno auge, proceso que tuvo por efecto privar a los países desarrollados de los recursos que antes obtenían de los territorios bajo su dominio colonial.

b) El estallido del conflicto árabe-israelí a principio de los años 70, que condujo indirectamente a los países árabes con grandes reservas petrolíferas a formar la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP). Esta Organización fijaría a partir de entonces el precio del petróleo que representaba en ese momento más del 70 % del consumo mundial total. El efecto inmediato fue un gran encarecimiento en el costo de este recurso vital, y el uso de su disponibilidad por los países árabes como instrumento de presión política.

c) La llamada "guerra fría" entre las superpotencias, que redujo notablemente las posibilidades de comercio de los recursos minerales entre Este y Oeste.

d) El acelerado desarrollo económico y tecnológico de un conjunto de Estados –con el consiguiente aumento en el nivel de vida de sus habitantes–, que obligó a sus gobiernos a buscar desesperadamente los recursos necesarios para sostener ese desarrollo.

e) El surgimiento del movimiento de no alineados hacia los años 60, que tuvo como consecuencia indirecta el fomentar una resistencia mayor de los países en desarrollo a permitir la libre explotación de sus recursos por los países desarrollados.

En muy pocos años, todos estos factores interrelacionados imprimieron sobre los Estados una severa limitación a sus posibilidades de desarrollo: se descubrió que los recursos minerales eran *escasos*. No era posible derrocharlos; había que *racionalizarlos*. El coche de gran cilindrada debía ser sustituido por un vehículo más pequeño, había que construir con menos materiales y más económicos, etcétera.

Para intentar revertir o al menos atenuar los efectos de este gran cambio material, los Estados ensayaron diversas alternativas, a saber:

a) La utilización de presiones diplomáticas, políticas o militares por parte de los Estados desarrollados para dominar económicamente a otros Estados menos desarrollados. Esta alternativa encuentra muchas dificultades actualmente como consecuencia de la cada vez mayor amplitud interpre-

tativa del principio de no intervención consagrado por las Naciones Unidas[9].

b) La sustitución de las fuentes de energía tradicionales (petróleo, carbón) por otras fuentes alternativas. Tampoco esta solución será eficaz a largo plazo, pues muchas de las nuevas fuentes presuponen la explotación de recursos minerales que también comienzan a ser escasos o cuyos beneficios son discutidos (energía nuclear) y otras se encuentran en un estadio de desarrollo muy primitivo para satisfacer las necesidades actuales (energía solar; biomasa).

c) La búsqueda de nuevos territorios vírgenes donde obtener los recursos minerales necesarios.

Esta última alternativa llevó a todos los Estados –desarrollados y en vías de desarrollo– a "descubrir" un repentino interés sobre aquella gigantesca fuente de recursos jamás tocados por la mano del hombre: el continente antártico. Se encontraron, sin embargo, con que la Antártida estaba protegida por un tratado que no contemplaba –sino, antes bien, parecía desfavorecer– las actividades sobre los recursos minerales.

Las presiones de todo tipo que siguieron indicaron a los Estados integrantes del sistema antártico que no podían dejar pasar mucho tiempo más antes de considerar la cuestión de los recursos minerales en la Antártida: de ello dependía la misma subsistencia del sistema. En la consideración de esta cuestión se suscitaban, sin embargo, dos interrogantes básicos, a saber:

a) ¿Cómo influiría el reconocimiento de actividades sobre recursos minerales en la defensa del ecosistema antártico? ¿No tenía el art. 9.1.f del Tratado entidad suficiente como barrera jurídica frente a la exploración y explotación de estos recursos?

b) ¿Qué implicancias tendría este reconocimiento en el "congelamiento" establecido en materia de soberanía por el Tratado en su art. 4[10]? ¿Qué opinaría, por ejemplo, la Argentina de que algún Estado estuviera autorizado a colocar una plataforma de extracción de petróleo en el sector del

[9] Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, res. 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU.

[10] Consultar el Anexo I.

cual es supuestamente soberana? ¿Conduciría este reconocimiento a la quiebra del objetivo de que la Antártida no sea "escenario u objeto de discordia internacional"[1]?

A través de estos interrogantes surgirá una compleja trilogía de conceptos que entran en una contradicción aparentemente insoluble: desarrollo vs. conservación del medio ambiente vs. soberanía en la Antártida. Tarea de los Estados integrantes del sistema antártico fue la de encontrar una manera de conjugar esta trilogía.

### 3. El tratamiento de la cuestión dentro del sistema antártico: del apartado a la Convención

La evolución en el debate sobre el reconocimiento de actividades sobre los recursos minerales antárticos en el marco del sistema antártico tuvo su mayor rasgo distintivo en la creciente importancia que se le asignó a la cuestión desde la creación del sistema hasta el presente. En efecto, en el lapso de treinta años la cuestión de los recursos minerales pasó de ser materia de interpretación de un remoto apartado de un inciso de un artículo (el art. 9.1.f, Tratado Antártico) a ser motivo para una Convención (la Convención sobre recursos minerales antárticos).

Asimismo, la necesidad cada vez más apremiante de los Estados integrantes del sistema por considerar esta cuestión se refleja en la posición que ocupa dentro de la agenda de las reuniones consultivas celebradas por estos Estados. Así, los recursos minerales pasaron de ser objeto de la catorceava recomendación en la VIII reunión consultiva, a ser tratados en la primera recomendación de las últimas tres reuniones consultivas celebradas antes de ser redactada la Convención (la IX, la X y la XI).

A lo largo de esta evolución, dos son los temas que se presentan en forma repetida, temas que coinciden con las dificultades explicadas en el apartado anterior: cómo resolver la oposición –si la hay– entre el reconocimiento de las actividades sobre recursos minerales antárticos y la conservación del ecosistema antártico, por un lado, y entre dicho reconocimiento y la soberanía que –aunque "congelada"– tienen indudablemente algunos Estados en el continente

[1] Ver la nota 2.

blanco. Se analiza, por ende, el tratamiento de estos temas a continuación.

a) *Recursos minerales vs. conservación: su tratamiento*

Haciendo un análisis comparativo sobre este punto de las cinco reuniones consultivas en las que los representantes de las partes consultivas[12] se ocupan de la cuestión de los recursos minerales, es posible advertir tres rasgos principales, mutuamente relacionados, a saber:

*1*) La preocupación constante de las partes consultivas sobre los efectos perniciosos que las actividades sobre los recursos minerales antárticos pueden tener para el ecosistema antártico. A partir de la asunción de que "es probable que la exploración minera suscite problemas de naturaleza ambiental y que las partes consultivas deberían asumir la responsabilidad de proteger el ambiente y hacer debido uso de los recursos"[13], las partes consultivas manifiestan repetidamente en las recomendaciones su temor y plena conciencia de las implicancias ecológicas de la explotación de recursos minerales en la Antártida, a través de fórmulas tales como: "Preocupados porque la exploración y explotación de los recursos minerales puede afectar de manera adversa al medio ambiente único de la Antártida y de otros ecosistemas que dependen de él"[14] o "preocupados de que las actividades *no controladas* vinculadas con los recursos minerales puedan tener efectos *graves* sobre el *frágil* ecosistema antártico"[15].

*2*) La extraordinaria cautela con que proceden las partes consultivas en la evaluación de la información que van acumulando sobre los efectos de las actividades sobre recursos minerales en el ecosistema antártico. Es así como los representantes de las partes consultivas son "conscientes de que la información científica disponible sobre los efectos que puede tener en el medio ambiente la exploración y explotación de minerales en la Antártida se ha estu-

[12] Los Estados firmantes del Tratado Antártico, designados como "partes contratantes" en su art. 9.

[13] Rec. VII-6.

[14] Rec. VIII-14 (las bastardillas son del autor).

[15] Rec. X-1 (las bastardillas son del autor). Nótese, además del inteligente manejo de los calificativos, cómo el criterio de "explotación y exploración" es sustituido por el de "actividad no controlada".

diado insuficientemente"[16] y reconocen que "no se dispone aún de datos científicos adecuados con respecto a los efectos perjudiciales para el medio ambiente de las actividades relacionadas con la exploración y explotación de los recursos minerales antárticos, si ellas tuvieran lugar"[17].

3) La velocidad con que a través de las recomendaciones se instrumentan los medios y se crean los organismos pertinentes para reunir el caudal informativo necesario para evaluar los efectos de las actividades sobre recursos minerales en el ecosistema antártico. En efecto, ya en la recomendación VIII-14 los representantes de las partes consultivas recomiendan a sus gobiernos que: a) emprendan estudios de estos efectos e intercambien los resultados derivados de dichos estudios; y b) inviten al SCAR[18] a que realice por sí una evaluación de ellos.

EL SCAR produjo un informe[19] sobre el cual trabajó el Grupo de Trabajo de Expertos en la Exploración y Explotación de Minerales Antárticos. Las conclusiones de este grupo, junto con las del Grupo de Trabajo sobre los Aspectos Legales y Políticos de los Recursos Minerales, sirvieron como material de base para la recomendación IX-1, en la cual se instó a continuar, ampliar y mejorar el estudio de dichos efectos[20].

El análisis realizado por un nuevo organismo creado dentro del sistema, el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de la Exploración y Explotación de los Recursos Minerales Antárticos: Aspectos Científicos y Ambientales, fue el tema principal de la recomendación X-1, que prevé por primera vez la posibilidad de acordar un régimen sobre recursos minerales antárticos, el cual debe incluir –de acuerdo con la recomendación– medios para evaluar los efectos, aceptabilidad y requisitos para las actividades sobre dichos recursos.

Los principios en que debe basarse ese futuro régimen en relación con la defensa del ecosistema antártico son delineados claramente en la recomendación XI-1, en donde se establece que en el régimen proyectado "la protección del

[16] Rec. VIII-14.

[17] Rec. IX-1.

[18] Siglas en inglés para el Comité Científico de Investigación Antártica (Scientific Committee on Antartic Research).

[19] El informe se tituló *Evaluación preliminar del impacto de la exploración/explotación de minerales en la Antártida*.

[20] Punto 5.

*singular* ambiente antártico y de sus ecosistemas dependientes deberá ser una consideración primordial"[21], para lo cual deberán establecerse "*como parte importante del régimen*, ...normas relativas a la protección del medio ambiente antártico"[22].

Estos tres rasgos se recogen extensivamente a lo largo de la Convención sobre recursos minerales, resaltando la importancia del medio ambiente antártico y la necesidad de que las actividades allí reguladas no vayan contra su preservación[23]; señalando su protección como objetivo y principio general[24]; prohibiendo la actividad que tenga efectos perniciosos[25], declarando la responsabilidad de quien explote recursos dañando al medio ambiente[26]; e indirectamente y en forma globalizadora, a través de la prohibición de actividades que no estén de conformidad con las disposiciones de la Convención[27].

b) *Recursos minerales vs. soberanía: su tratamiento*

En derecho internacional, como en el derecho en general, toda solución jurídica que tiende a privilegiar en materia de soberanía a algunos Estados en detrimento de otros es comúnmente fuente de conflictos. A través de las recomendaciones emanadas de las reuniones consultivas celebradas en el marco del sistema antártico, es posible advertir, sin embargo, que el sistema intenta constituirse en una excepción a la afirmación precedente.

En efecto, las partes consultivas manifiestan en forma contundente, por un lado, su más firme rechazo a que la realización de actividades sobre los recursos minerales antárticos importe alterar la paz de la región. Lo hacen tanto indirectamente –remitiéndose en todas las recomendaciones sobre la cuestión a las "disposiciones y principios del Tratado Antártico"– como directamente, aludiendo al objetivo señalado en el Tratado de que la Antártida se utilice siempre con fines pacíficos y no llegue a ser "escenario u objeto de

[21] Punto 5. c, de la rec. XI-1 (las bastardillas son del autor).
[22] Punto 7, 1, c, de la rec. XI-1 (las bastardillas son del autor).
[23] *Preámbulo*, párrs. 7, 8 y 9.
[24] Art. 2, incs. 1. a y 3. a.
[25] Art. 4, incs. 2, 3, 4 y 5.
[26] Art. 8.
[27] Art. 3.

discordia internacional"[28]. La defensa de la paz como límite para la exploración y explotación minera alcanza su punto más álgido en la recomendación IX-1, al declararse las Partes Consultivas conscientes "de las responsabilidades para garantizar que toda actividad en la Antártida, *incluyendo futuras exploraciones y explotaciones comerciales*, ...no llegue a ser motivo de discordia internacional" (las bastardillas son del autor).

Por otro lado, las partes consultivas razonan que la preservación de esta paz sólo puede darse en el marco del Tratado Antártico, y, en especial, del particular *statu quo* creado en materia de soberanía por su art. 4[29]. Es así, como, a partir del convencimiento "de que el marco establecido por el Tratado Antártico ha resultado efectivo para fomentar la armonía internacional en la promoción de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas"[30] y de que el Tratado "ha garantizado ...el uso de la Antártida exclusivamente con fines pacíficos"[31], y conscientes "de la situación especial existente en la Antártida proveniente del régimen particular del Tratado"[32], las partes consultivas –al diseñar en las recomendaciones IX-1, X-1 y XI-1 el régimen que regulará la realización de actividades sobre los recursos minerales antárticos– ponen especial énfasis en la defensa del Tratado. Por ende, solicitan a sus gobiernos que tomen nota "de que las disposiciones del art. IV del Tratado *no se verán afectadas* por el *régimen*"[33]; asimismo, establecen que el régimen deberá tener en cuenta "los respectivos intereses de las partes consultivas en cuanto a la forma y contenido del régimen..."[34], que en él "...deberá mantenerse *en su totalidad* el Tratado Antártico"[35] y, particularmente, que "las disposiciones del art IV del Tratado no deben ser afectadas por el régimen"[36].

[28] Rec. VII-6, Preámbulo, párr. 2; rec. VIII-14, Preámbulo, párr. 2; rec. IX-1, Preámbulo, párrs. 1 y 8.

[29] Consultar el Anexo 1.

[30] Rec. IX-1 (las bastardillas son del autor). En la rec. XI-1 se afirma algo similar: "que la estructura establecida por el Tratado Antártico ha resultado efectiva para promover la armonía internacional en cumplimiento de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas".

[31] Rec. X-1.

[32] Rec. VII-6.

[33] Punto 5, b de la rec. IX-1 (las bastardillas son del autor).

[34] Rec. XI-1.

[35] Punto 5, b de la rec. XI-1 (las bastardillas son del autor).

[36] Punto 5, e de la rec. XI-1.

Más claramente: "Cualquier acuerdo que pueda alcanzarse sobre un régimen para la exploración y explotación de minerales en la Antártida elaborado por las Partes consultivas deberá ser aceptable y ser sin perjuicio de aquellos Estados que han hecho valer precedentemente derechos de soberanía territorial o reclamaciones territoriales en la Antártida como también de aquellos Estados que no reconocen tales derechos o reclamaciones de soberanía territorial en la Antártida ni bajo las disposiciones del Tratado Antártico hacen valer tales derechos o reclamaciones"[37].

Los dos límites a las actividades sobre recursos minerales en la Antártida, el mantenimiento de la paz y la no alteración del Tratado Antártico, aparecen reflejados también en la Convención sobre recursos minerales. Así, mientras el Preámbulo de la Convención repite una vez más el principio de defensa de la paz en el continente blanco, su art. 9 delimita claramente las "posiciones jurídicas con arreglo al Tratado Antártico" de la manera observada en la recomendación XI-1, y su art. 10 coloca a dichas actividades en conformidad con los otros instrumentos jurídicos que conforman el sistema antártico. Esto se traduce, en la práctica, en una abundante regulación de estas actividades por las partes consultivas, regulación que puede observarse a lo largo del articulado de la Convención, a partir de su art. 18[38].

## 4. Conclusiones

A partir del rápido examen de la parte relevante del cuerpo normativo del sistema antártico realizado en el apartado precedente, es posible derivar las siguientes conclusiones:

a) La protección del ecosistema antártico es una condición *sine qua non* para el tratamiento de cualquier punto relativo al reconocimiento de actividades sobre recursos minerales en la Antártida. En este sentido, la defensa que se hace del medio ambiente del continente blanco a través de

[37] Punto 6 de la rec. XI-1 (la puntuación, aunque no compartida, es textual). Es interesante observar hasta donde llega la defensa del sistema: así, por ejemplo, el punto 7.II de la rec. XI-1 admite la adhesión al régimen de terceros Estados, siempre que queden obligados "por las disposiciones básicas del Tratado Antártico".

[38] Tema de otra investigación más extensa es, por supuesto, el análisis de esta regulación en particular.

las recomendaciones sobre este tema es mucho más expresa, profunda y extensa que la que se formula en el mismo Tratado Antártico. Es posible afirmar, entonces, que las partes consultivas están de acuerdo en no realizar actividades sobre recursos minerales que sean ecológicamente perjudiciales. Quedan abiertos, sin embargo, una serie de interrogantes que quizás en el futuro hagan inútil toda esta defensa terminológicamente pomposa: ¿Quién y sobre la base de qué criterios decide cuándo una actividad de exploración o explotación de minerales es perjudicial para el ecosistema antártico? Puesto que toda actividad que implique el uso de tecnología por el hombre importa un cierto grado de daño a la naturaleza, ¿cómo se determina el grado de perjuicio al medio ambiente antártico "tolerable"? Y finalmente, ¿pueden las partes consultivas utilizar las conclusiones emanadas de los interrogantes anteriores como método indirecto de impedir el acceso a los minerales antárticos a los terceros Estados?

b) Igualmente firme, repetitivo y moralmente loable es el compromiso de las partes consultivas a que las actividades sobre los recursos minerales no contraríen el objetivo consagrado en el Tratado Antártico de que la Antártida no sea motivo de conflictos internacionales por causa de dichas actividades.

c) Finalmente, y con igual intensidad, las partes consultivas manifiestan una y otra vez su convencimiento de que las actividades sobre los recursos minerales antárticos deben llevarse a cabo en el marco del Tratado Antártico y, muy especialmente, en plena conformidad con lo postulado en su art. 4.

Las posiciones reflejadas en b y c, a la luz de la problemática teórica presentada en el apartado 2, de este trabajo, son a nuestro juicio contradictorias y conducen a una solución jurídica que puede en un futuro no muy lejano amenazar con la misma existencia del sistema antártico. En efecto, el compromiso absoluto de las partes consultivas con los principios del Tratado y del sistema en general –por más espiritualmente reconfortantes que sean estos principios– no es compatible con la necesidad cada vez más apremiante de todos los Estados por explotar *sin condicionamientos* –ni directos, ni indirectos– los recursos minerales antárticos necesarios para sostener su desarrollo.

El nudo gordiano que sujeta la trilogía desarrollo-conservación-soberanía se oculta realmente detrás del último

de sus términos. Si esto no se comprende y soluciona, con el tiempo y la prudencia con que los Estados que integran el sistema han sabido superar otras dificultades, la realidad material arrasará con los años y el esfuerzo dedicados a la instrumentación de este delicado y valioso balance de intereses que representa el sistema para el mundo internacional contemporáneo.

"Las soluciones de fondo han sido postergadas, pero no podrán serlo indefinidamente. El acelerado avance tecnológico y la crisis energética presionan en favor de la movilización de los recursos antárticos; empero, sin desconocer la actualidad del problema ni subestimar las exigencias de una difícil realidad, es preciso evitar que un sentido exagerado de urgencia precipite definiciones que menoscaben posiciones jurídicas hasta hoy preservadas y los objetivos primeros del Tratado.

En cualquier caso, la regulación jurídica debe preceder a los hechos. En tanto, y con el criterio pragmático y realista que ha asegurado el regular desenvolvimiento de las actividades antárticas, deben los contratantes originarios impedir que la colaboración en el continente sea interrumpida. Y evitar, asimismo, que se creen situaciones fácticas incontrolables o que las soluciones sean procuradas de foros extraños" [48].

## Anexo I

### Art. 4 del Tratado Antártico

1. Ninguna disposición del presente Tratado se interpretará:

a) Como una renuncia, por cualquiera de las partes contratantes, a sus derechos de soberanía territorial o a las reclamaciones territoriales en la Antártida, que hubiere hecho valer precedentemente.

b) Como una renuncia o menoscabo, por cualquiera de las partes contratantes, a cualquier fundamento de reclamación de soberanía territorial en la Antártida que pudiera tener, ya sea como resultado de sus actividades o de las de sus nacionales en la Antártida, o por cualquier otro motivo, y

c) Como perjudicial a la posición de cualquiera de las partes contratantes, en lo concerniente a su reconocimiento o no reconocimiento del derecho de soberanía territorial, de

[48] Moncayo, G., *La situación jurídica de la Antártida*, p. 59.

una reclamación o de un fundamento de reclamación de soberanía de cualquier otro Estado en la Antártida.

2. Ningún acto o actividad que se lleve a cabo mientras el presente Tratado se halle en vigencia constituirá fundamento para hacer valer, apoyar o negar una reclamación de soberanía territorial en la Antártida, ni se ampliarán las reclamaciones anteriormente hechas valer, mientras el presente Tratado se halle en vigencia.

### *BIBLIOGRAFÍA: Apartado IV*


*Convención para la reglamentación de las actividades sobre recursos minerales antárticos*, 1988 (aún no ha entrado en vigor para la Argentina).

*Energy: facing down the problems, getting down to the solutions*, en "National Geographic Magazine", informe especial, feb. 1981.

Moncayo, Guillermo, *La situación jurídica de la Antártida*.

Recomendación 14 de la Reunión Consultiva VIII, *Recursos antárticos: Repercusiones de las exploraciones mineralógicas*, Oslo, 1975.

Recomendación 6 de la Reunión Consultiva VII, *Recursos antárticos. Efectos de la explotación minera*, Canberra, 1972.

Recomendación 1 de la Reunión Consultiva X, *Recursos antárticos: La cuestión de la exploración y explotación de minerales*, Washington, 1979.

Recomendación 1 de la Reunión Consultiva IX, *Recursos antárticos: Recursos minerales antárticos*, Londres, 1977.

Recomendación 1 de la Reunión Consultiva XI, *Recursos minerales antárticos*, Bs. As., 1981.

Sorensen, Max y otros, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

*Tratados y documentos internacionales*, recopilación y notas de José García Ghirelli, Bs. As., Zavalía, 1984.


## V. EVOLUCIÓN DE LOS PRESUPUESTOS JURÍDICOS DEL SISTEMA ANTÁRTICO

Mario Jorquera *

### 1. Introducción

El Tratado Antártico estuvo destinado, en su momento, a lograr un acuerdo entre las partes interesadas, a fin de que

* Alumno de 5° año de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

toda actividad a realizarse con posterioridad en la región antártica fuera llevada a cabo conforme a pautas básicas; a saber, la libertad de investigación en la región y su utilización exclusivamente para fines pacíficos.

En ese sentido, el Tratado ofreció un marco apropiado para la actividad de los Estados, pues estableció mecanismos de consulta e intercambio de información entre las partes, dándole cierta continuidad al espíritu presente en el Año Geofísico Internacional.

Pero el Tratado no sólo se ocupó de esos aspectos, sino que resultó ser el proceso de formación de un sistema de normas más amplio destinado a regular materias más específicas, como así también, a posibilitar la participación de otros Estados que, anteriormente ajenos a la problemática antártica, demuestren su interés por el destino del área, o meramente adhieran a los principios del Tratado, con diferentes prerrogativas en cada caso.

El presente trabajo está destinado a estudiar los cambios operados en los presupuestos jurídicos del Tratado Antártico como consecuencia de su funcionamiento y posterior surgimiento del sistema antártico como conjunto de normas aplicables a la región, entendiendo por presupuestos jurídicos aquellos hechos jurídicamente relevantes para el derecho internacional, observables en una situación determinada.

## 2 Situación previa al Tratado

Los presupuestos jurídicos del Tratado Antártico no pueden analizarse sino en relación al momento inmediatamente anterior a su celebración. Los elementos fundamentales que componen estos presupuestos son, a nuestro criterio, los siguientes:

a) Las características particulares del Territorio Antártico.

b) La vinculación de los Estados con el territorio y su consecuente postura en materia de reclamos de soberanía.

Con respecto a las características físicas de la región, nos interesan aquellas que puedan tener repercusiones en las consideraciones acerca de la posibilidad de ejercer derechos soberanos en ella. Esto es así porque consideramos que la problemática fundamental con respecto a la Antártida en esa época era la determinación de qué países po-

serían derechos de soberanía, y las posturas acerca de la viabilidad del continente blanco para el asentamiento humano fueron utilizadas a su vez como fundamentos en contra del reconocimiento de reclamos territoriales.

La Antártida posee una extensión de 14,1 millones de km², lo cual representa el 9,5 % de las tierras del planeta. A título meramente ejemplicativo de la rigurosidad de su clima podemos señalar que su temperatura media en los meses de invierno oscila entre los –20° y –40° C, habiéndose registrado una temperatura de –89° C en la estación rusa de Vostok. Por otra parte, en la base Esperanza del Ejército Argentino se han registrado vientos de 300 km/h, los cuales son de una peligrosidad extrema en razón de la cantidad de nieve que transportan.

Estas y otras características son las que han motivado a algunos Estados a plantear la imposibilidad de establecer en la Antártida una ocupación efectiva que origine derechos soberanos en ella.

No obstante esto, ya en la época de la celebración del Tratado la doctrina tenía en gran medida resuelta esta objeción.

En efecto, el derecho internacional consideraba, en aquella época, que las características que una región de la superficie terrestre debía reunir para ser considerada "territorio potencial", es decir, susceptible de ser válidamente sometida a la autoridad exclusiva de un Estado eran: "La posibilidad de que pueda ser teatro de actividades humanas, lo que implica la extensión de la potestad estatal, y la legalidad de esa extensión".

Las opiniones contrarias, además de basarse en considerar a las características físicas de la región como imposibilitantes de la habitación humana, sostenían la ilegalidad de la extensión de la soberanía estatal a esos territorios por no estar contemplados en las previsiones del derecho internacional en esta materia; esto último, por tratarse de territorios formados en gran medida por hielo, y no por tierra firme.

A fin de ilustrar esta última consideración se señala que la masa de hielo continental que cubre el área posee un espesor que varía entre los 2000 m en las zonas internas y los 50 m cerca de las costas, a las que avanzan formando las llamadas barreras. La Barrera de Ross, situada en el mar del mismo nombre pose 300.000 km² de superficie y un espesor de 200 a 300 m.

No obstante los datos apuntados, la respuesta esgrimida a esta objeción es lo suficientemente contundente, y señala que el someter el ejercicio de soberanía sobre una región a una norma de derecho internacional que la autorice expresamente implica desconocer que aun en materia de derecho internacional público lo que no está prohibido a las personas de derecho está permitido; principio confirmado, además, por la jurisprudencia internacional.

Con respecto a la primera objeción, se ha contestado que la dificultad de habitar en forma permanente en otras regiones del planeta no ha sido considerada óbice para reconocer en dichas regiones ejercicio de soberanía. Es el caso de ciertas regiones del desierto del Sahara.

Estando en principio resuelta la cuestión de saber si les es posible a los Estados producir hechos jurídicamente relevantes en la Antártida, en atención a posibles pretensiones soberanas, nos interesa saber ahora qué tipo de hechos se han efectivamente producido.

Las primeras incursiones en la región no son consideradas por los historiadores como descubrimientos. Es el caso del avistamiento del holandés Dirck Cherritz, a bordo de la goleta "Good News" en el año 1759. Así como también el del alte. español Gabriel de Gastiglia, el cual había llegado a la latitud de 64° Sur, divisando mucha nieve y hielo.

A partir del siglo XIX es cuando se producen sucesivos arribos de barcos de diferentes nacionalidades. El inglés William Smith es considerado por sus connacionales como el descubridor de las islas Shetland del Sur (1819). El marino norteamericano Nathaniel Brown Palmer, a bordo del "Hero" divisó tierra firme en la península antártica (1820). Los soviéticos, por su parte, reconocen a la expedición del capitán Thadeus von Bellingshausen el haber descubierto la Antártida en 1821.

A todo esto, es interesante destacar que foqueros argentinos, a bordo del "Espíritu Santo" recorrían esas aguas mucho antes de que lo hicieran los supuestos descubridores antes mencionados.

A partir del año 1837, habiéndose ya realizado algunas expediciones inglesas por iniciativa de empresas armadoras, comenzaron las expediciones de carácter científico; destacándose la que realizara el gobierno francés por intermedio del capitán Julio Sebastián César Dumont D'Urville, quien tomó posesión en 1840 de la Tierra de Adélie. Expediciones norteamericanas e inglesas que se hicieron en ese

período, permitieron determinar con mayor precisión algunas de las características físicas del área.

En el VI Congreso Internacional de Geografía, celebrado en Londres en 1895, se advierte el comienzo de una nueva etapa en la que las expediciones científicas se emprenden ya con el convencimiento de la necesidad de establecer puestos de observación más o menos permanentes, a la vez que se insinúa una cooperación internacional en la materia.

Se producen en este período numerosas expediciones científicas procedentes de Bélgica, Francia, Inglaterra, Alemania, Suecia y Escocia. Esta última, comandada por el doctor William S. Bruce, levantó una estación meteorológica en la isla Laurie, la cual fue cedida al gobierno argentino y aceptada por decreto del 2 de enero de 1904 del presidente Julio A. Roca, constituyéndose de esta manera en un instrumento de ocupación argentina, a la vez que en la base permanente más antigua del continente blanco.

Posteriormente otros países establecieron bases permanentes donde realizaron actividad antártica. Esta actividad originó ocupación permanente por parte de Australia (1954), Chile (1947), Reino Unido (1955-1956) y EE.UU. (1954). Además otros países como Japón, Bélgica, URSS, Sudáfrica, Noruega y Nueva Zelanda establecieron bases en apoyo de las actividades del Año Geofísico Internacional.

Es de esta manera que se origina la ocupación efectiva del territorio antártico. Pero es éste también un punto generador de controversias, pues, el modo particular en que esta ocupación se efectiviza en contraposición con las características físicas de la región antes señaladas hace que se cuestione la validez de esta actividad como modo de adquisición de territorio antártico.

Efectivamente, ante la complejidad del problema es inevitable el surgimiento de conflictos entre los Estados, fruto de sus apreciaciones individuales acerca de qué títulos son los válidos para la adquisición de soberanía en los territorios polares.

A modo de reseña podemos citar los siguientes títulos propuestos:

a) *Descubrimiento.* Fue sostenido no sólo por la doctrina, sino por algunos Estados como Gran Bretaña, Noruega y Francia. El óbice más contundente a este título es que deja de lado el principio de la efectividad. Inclusive se ha demostrado que en épocas anteriores tampoco este título po-

día, por sí solo, justificar un derecho absoluto. No obstante se le reconoce la característica de título imperfecto susceptible de ser perfeccionado con la ocupación efectiva en un plazo razonable, cosa ya imposible de lograr con relación a la mayoría de los descubrimientos reivindicados en la región.

b) *Principio del sector*. Es aplicado por primera vez en el Ártico, por Canadá, y consistía en trazar las líneas que unieran los puntos extremos del territorio y el Polo Norte. Encuentra inconvenientes en su aplicación al Polo Sur debido a la dificultad de determinar la línea de base a partir de la cual se trazarían las líneas hacia el Polo. El motivo de este problema no es otro que las distancias tan grandes existentes entre el continente blanco y el extremo boreal de los Estados. Además los Estados involucrados han aplicado el principio según el propio criterio originando situaciones desproporcionadas. El principio del sector, por otra parte, no encuentra asidero como norma del derecho internacional consuetudinario donde cae en desuso frente al avance del principio de efectividad.

c) *Ocupación efectiva*. Constituye el título por excelencia, el cual, si bien se originó en forma de derecho consuetudinario, se ha puesto de manifiesto en numerosas sentencias judiciales, como es el caso de la Groenlandia Oriental o el de la isla de Clipperton. Se considera que puede atribuir título válido de soberanía mientras implique el control del Estado sobre la actividad de sus nacionales y de los extranjeros en el territorio que pretende, con un despliegue administrativo adecuado a sus necesidades.

d) *"Uti possidetis iuris"*. Consiste en que las naciones del nuevo mundo, al separarse de España, reconocían como límites de los propios territorios las demarcaciones administrativas efectuadas por la metrópoli, lo cual remite a establecer cuál es el título original del que deviene el reclamo esgrimido.

A modo de recapitulación podemos decir entonces que estamos frente a un continente en el cual un grupo de Estados realizan ejercicio continuado de actividades a las cuales consideran adecuadas como sustento jurídico de pretensiones territoriales.

Parte de la doctrina estima que son las características físicas de la Antártida las que generarían la necesidad de normas de derecho internacional específicas relativas a

cuáles títulos son válidos para la apropiación de territorios antárticos por parte de los Estados. Al no existir normas de ese tipo internacionalmente aceptadas, los diferentes enfoques que sostienen los Estados con pretensiones en el área generan un mapa de desacuerdos de diferente complejidad según el caso (existe una zona del continente donde no hay reivindicaciones pendientes comprendida entre los 90° y 150° Oeste).

Es en este cuadro donde surge el Tratado Antártico ofreciendo una alternativa a esta problemática.

## 3. El Tratado Antártico

En el año 1951 el Consejo Internacional de Uniones Científicas propuso la realización del Tercer Año Polar, pero en su reunión de octubre de 1952 en Amsterdam se acordó cambiar este nombre por Año Geofísico Internacional, el cual se extendería entre el 1° de julio de 1957 y el 31 de diciembre de 1958.

El desarrollo de las actividades programadas (coordinadas por el SCAR, creado en 1956) motivó a su vez diferentes actitudes por parte del grupo de Estados intervinientes (el cual estaba formado no sólo por los países reclamantes, sino que a ellos se adicionaron Estados que vehiculizaron sus intereses a través de la actividad científica). La República Argentina y Chile afirmaron que las investigaciones no generarían derechos. La URSS declaró que no levantaría sus bases hasta no concluir sus investigaciones. Todos estos hechos precipitaron la actitud norteamericana de convocar a los Estados intervinientes en el Año Geofísico Internacional en la Antártida a reunirse en Washington con el objeto de celebrar un tratado concerniente a:

a) Libertad de investigación científica en toda la Antártida por ciudadanos, organizaciones y gobiernos de todos los países.

b) Acuerdo internacional para garantizar que la Antártida ha de utilizarse únicamente para fines pacíficos.

c) Cualesquiera otros fines pacíficos que no sean incompatibles con la Carta de las Naciones Unidas.

La Conferencia Antártica se fijó para el 15 de octubre de 1959, culminando en diciembre del mismo año con la redacción del Tratado Antártico.

El Tratado, concordantemente con lo sugerido por el gobierno de EE.UU., elabora una normativa que contempla el problema de intereses contrapuestos en función de los objetivos fijados; o sea, establece el congelamiento de las reclamaciones sobre soberanía en un intento de dejar a resguardo los derechos de las partes contratantes frente a la compleja propuesta de cooperación internacional que contenía.

En su art. 4, parte 1ª, el Tratado deja a salvo las diferentes posturas que, en ese momento, podían dividirse en:

1) Países reclamantes de territorio antártico (7).

2) Países reservantes de derechos (2).

3) Países que no reclamaban territorio ni reconocían derechos (3).

En su parte 2ª, el art. 4 establece expresamente el congelamiento en cuanto prohíbe nuevas reclamaciones o ampliación de las existentes.

El art. 4 es el núcleo de la respuesta dada por el Tratado Antártico a la problemática antártica tal como la hemos enfocado. En sí no fue ni intentó ser una solución, sino más bien, un medio de reducir la conflictividad en el área en pos del desarrollo de lo que sería más adelante el sistema antártico.

## 4. Situación actual

Hoy en día, el Tratado Antártico, a través de sus disposiciones, da paso a un sistema más complejo de normas aplicables a la región.

La realización de las reuniones previstas por el Tratado en su art. 9, así como los nuevos conocimientos adquiridos acerca del área, motivaron un renovado interés de la comunidad internacional que se materializó en nuevas Convenciones que tienden a reglamentar la utilización de los recursos del lugar, tanto como a protegerlo de los efectos de la actividad humana.

Por otra parte, la incorporación de nuevos Estados a la órbita del sistema, tal cual lo prevé el Tratado, incide en la relación de fuerzas en juego, erigiéndose en otro factor de alteración de los presupuestos políticos.

La Convención para la conservación de focas antárticas del año 1972 es la primera de las convenciones adoptadas en el marco del Tratado. Está destinada fundamentalmente a promover y lograr los objetivos de protección, estudio científico y utilización racional de las focas antárticas, mante-

niendo un equilibrio satisfactorio en el sistema ecológico. La Convención sujeta a sus disposiciones la caza de focas en el área, y establece una serie de responsabilidades a cargo de los Estados, así como medidas a adoptar por ellos.

Dentro de los medios propuestos por la Convención para alcanzar sus objetivos podemos destacar la creación de un sistema efectivo de control de la actividad en relación con las focas antárticas, sometido a la decisión de los dos tercios de las partes contratantes, así como también la creación de una comisión para realizar las funciones que las partes estimen necesarias, y la posibilidad de crear un Comité Científico Consultivo al que podrán asignarle todas o algunas de las funciones reservadas al SCAR.

La Convención sobre la conservación de los recursos vivos marinos antárticos fue adoptada en la ciudad de Canberra, en mayo de 1980. Además de los países originalmente miembros del Tratado Antártico contó con la participación, como países signatarios, de la República Federal Alemana, la República Democrática Alemana y Polonia, concurriendo también, como observadores, organismos internacionales como la Comunidad Económica Europea, la Comisión Oceanográfica Intergubernamental y otros.

Esta Convención tiene por objeto establecer un mecanismo eficiente de coordinación de medidas de protección de los organismos vivos marinos antárticos.

Entre sus medidas podemos señalar, por un lado, la obligación de las partes contratantes no partes del Tratado Antártico de respetar sus disposiciones en materia de actividades en el área del Tratado relacionadas con el objeto de esta Convención, incluyendo las recomendaciones de las partes consultivas. La Convención crea una Comisión con personería jurídica, con capacidad en los territorios de los diferentes Estados partes, para llevar a efecto los objetivos de la Convención, siendo sus integrantes los Estados partes, los adherentes, e inclusive se encuentra prevista la incorporación de las organizaciones de integración económica regional formadas por Estados partes; y sus funciones principales son la compilación de datos y su difusión, la determinación de las necesidades de conservación y la aplicación del sistema de observación e inspección, así como el análisis de la eficacia de las medidas, las cuales incluyen la determinación de las cantidades de cualquier especie que pueden ser recolectadas, la designación de regiones y subregiones a tal fin, la designación de especies protegidas, etcétera.

La Comisión toma sus decisiones de fondo por consenso, o en caso contrario por mayoría simple de sus miembros presentes y votantes, pudiendo participar las organizaciones de integración económica regional con un voto.

La Convención para la reglamentación de las actividades sobre recursos antárticos, del 2 de julio de 1988, si bien no se encuentra aún en vigor, representa por su articulado un elemento de sumo interés para este trabajo.

Está destinada, fundamentalmente, a elaborar medios para evaluar el impacto sobre el área de la actividad sobre recursos minerales, determinar su aceptabilidad y regular su realización, condicionándolas a dichas evaluaciones.

Para la realización de sus objetivos, la Convención crea la Comisión de Recursos Minerales Antárticos, compuesta por las partes consultivas del Tratado Antártico y otras partes de la Convención mientras éstas realicen activamente investigaciones sobre minerales, exploración o explotación, y que está capacitada para facilitar y promover recolección e intercambio de información, así como para designar áreas donde las pertinentes actividades estén prohibidas o restringidas, o que puedan ser explotadas.

La Convención también establece el funcionamiento de los llamados Comités Reguladores de Recursos Minerales Antárticos, correspondiendo uno de estos Comités a cada área identificada por la Comisión para su exploración y explotación. Estos Comités tienen por objeto la realización de los trabajos preparatorios relativos al área a su cargo, consistentes en su división en bloques respecto de los cuales se podrán presentar solicitudes de exploración y explotación, establecer los aranceles del permiso de explotación, el diligenciamiento de las solicitudes, etcétera. Además, ejercen funciones de inspección, consideración de las solicitudes, su aprobación, y otras.

Como notas distintivas de esta Convención podemos mencionar también la cooperación con organismos internacionales, establecida en forma expresa, y la confidencialidad de los datos de valor comercial relativos a áreas de explotación.

## 5. Conclusiones

Puede advertirse una nítida evolución en el sistema antártico, el cual, de ser una alternativa generada casi en función de una coyuntura política pasa a ser, de hecho, un

instrumento que materializa un cierto grado de internacionalización de la región.

La creación del sistema, en su primera manifestación, reconoce la necesidad de preservar la zona de la discordia internacional, ante el apogeo de la guerra fría; para lo cual, congela los reclamos de soberanía sin abrir juicios respecto de ellos. Pero al hacer esto parte de la existencia de estos reclamos, a cuyos fundamentos el derecho internacional no da aún entidad suficiente como para eliminar las posibilidades de disputa.

De este modo el sistema se edifica en un primer término sobre expectativas en torno a las pretensiones territoriales por parte de unos Estados, y el interés de otros por acceder a las posibilidades que el continente blanco ofrece.

Pero hoy nos encontramos frente a una nueva realidad jurídica signada por los mutuos compromisos asumidos por los Estados, referentes a las más diversas materias. En muchos casos, compromisos de una relativa autonomía con respecto al Tratado Antártico.

A su vez, disposiciones del Tratado, así como de las Convenciones posteriores, posibilitan el aumento del número de los Estados con injerencia en cuestiones relacionadas con la Antártida.

Todo esto hace que la participación en el sistema implique de por sí, para los Estados, un ejercicio de soberanía restringido, aun respecto de cuestiones que no habían sido originalmente planteadas como susceptibles de ser discutidas. O sea que, si bien formalmente, los Estados reclamantes no han perdido sus derechos, han aceptado limitarlos en función de un mejor funcionamiento del sistema.

La nueva configuración del sistema antártico no posee como causa generadora los potenciales conflictos o el estado embrionario del derecho internacional contemporáneo, sino que reconoce como principal motivación la evolución de la política internacional hacia formas de interdependencia más pronunciadas, y la necesidad de los Estados de velar por el futuro del planeta apoyándose en instrumentos jurídicos adecuados que posibiliten una efectiva cooperación internacional en la materia.

De esta manera, es la voluntad de cooperación en la Antártida la nota distintiva de los desarrollos jurídicos producidos, a la vez que motivaciones más veladas en los diferentes gobiernos se van replanteando constantemente en función de las posiciones que los respectivos países ocupan en las

relaciones de poder a nivel mundial. El sistema antártico difícilmente hubiera podido quedar fuera de estos replanteos, pero, lo que es más importante, es fruto de estos replanteos.

Será en función de esto que los Estados pensarán su estrategia respecto de la Antártida; la confrontación de los disímiles intereses en juego dará lugar a una evolución hacia nuevas formas de convivencia humana, las que el derecho ordenará siempre en función de la realidad.

*BIBLIOGRAFÍA: Apartado V*

Colacrai de Trevisán, Miriam, *Relaciones de poder e intereses internacionales en la Antártida antes del Tratado de 1959*, en "Estrategia", set.-oct. 1980, nº 66.

Puig, Juan C., *La Antártida Argentina ante el derecho*, Bs. As., Depalma, 1960.

Scilingo, Adolfo, *El Tratado Antártico, defensa de la soberanía y proscripción nuclear*, Bs. As., Hachette, 1963.

## VI. AÑO 1991 Y LA SOBERANÍA EN LA ANTÁRTIDA, DE CONDICIÓN A OBJETIVO

HERNÁN G. RIZZO ALONSO *

### 1. INTRODUCCIÓN

Estando a poco menos de un año de 1991, fecha en que el Tratado Antártico –que entró en vigor en 1961– abre la posibilidad de convocar una Conferencia para su revisión, se presentan varias alternativas al respecto, y en este trabajo nos proponemos encontrar para cada una de ellas la respuesta más adecuada a los intereses de nuestro país.

Comenzaremos diciendo que en la década del 50 la situación internacional estaba dominada por la llamada "guerra fría", que amenazaba trasladarse al continente antártico

* Alumno de 6º año de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

ante lo cual, y a fin de contribuir al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, se planteó la necesidad de contar con un instrumento que no sólo cumpliese con tal objetivo sino que también posibilitase la libre investigación y ayudase a preservar el frágil ecosistema antártico, que podía ser afectado por las actividades de los diversos Estados con interés en la Antártida.

Así, ante la necesidad que acabamos de exponer, surge el Tratado Antártico, del que participan los Estados que tienen interés en la Antártida y que podemos dividir en tres grupos: los que reclaman soberanía sobre determinados sectores, los que no reconocen las reclamaciones argumentando que por su especial conformación la Antártida no permite que haya soberanía sobre ella y los que se reservan el derecho de hacer futuras reclamaciones sin reconocer las ya efectuadas.

Para cumplir con los objetivos del Tratado se establece una regulación de las actividades que, como tal, impone una serie de derechos y obligaciones que podrían fortalecer las posiciones de unos y consecuentemente debilitar las de otros; debido a esto, y como dijo Scilingo: "El resguardo de los derechos e intereses en la Antártida era la piedra angular del Tratado. Sin una formulación extremadamente ajustada y mutuamente satisfactoria, no habría Tratado Antártico"[1].

Es por ello que en el Tratado Antártico se incluyó la cláusula del art. 4, por la cual se congelan las controversias sobre soberanía territorial en la Antártida por el término en que estuviera en vigor dicho Tratado; tal es el presupuesto jurídico-político del sistema, o sea, la condición para que él fuese posible.

Pero ahora estamos a casi treinta años de aquella época y las circunstancias cambiaron, particularmente los peligros de la "guerra fría", con la actual "distensión", han quedado atrás y, por tanto, ha caído uno de los motivos que sustentaban la necesidad del Tratado Antártico; pero no obstante, no se ha alejado por completo el peligro para la paz pues actualmente ha surgido una nueva problemática.

La problemática actual trae a un primer plano la cuestión de la soberanía, ya que ahora el peligro para la paz y se-

[1] Scilingo, Adolfo. *El tratado antártico, defensa de la soberanía y proscripción nuclear*, p. 56.

guridad internacionales surge de las tensiones que pueden generar las actuales tendencias en contra de la soberanía, como por ejemplo, el resultado favorable de la solicitud de Malasia y de Antigua y Barbuda de incluir la "Cuestión de la Antártida" en el programa de la Asamblea General de la ONU; el creciente interés en que la Antártida sea declarada "patrimonio común de la humanidad"; y las declaraciones de los Estados no reclamantes en el sentido que hay plena libertad para llevar a cabo cualquier actividad no prohibida, cuyo único límite sería el razonable respeto de los intereses de otro que ejerza el mismo derecho; y frente a ellos, los Estados reclamantes, que expresan claramente que sólo aceptan las restricciones a las que hubieran prestado su consentimiento.

## 2. Las alternativas

Con esto completamos nuestro marco teórico, el cual comprende también la problemática que acabamos de describir y que preferimos incluir en la introducción a efectos de integrar el panorama que allí pretendimos exponer.

Continuando, el art. 12.2. a, del Tratado Antártico dice que si después de expirados treinta años desde la fecha de su entrada en vigencia, cualquiera de las partes consultivas así lo solicita, se celebrará una conferencia para revisar el funcionamiento del Tratado y, asimismo, el párr. c, del mismo artículo expresa el mecanismo para retirarse del Tratado.

Así, conviene aclarar que por el hecho de pasar los treinta años, el Tratado *no vence ni exige ser revisado*, sino que *abre la posibilidad para su revisión si las partes consultivas lo creen conveniente*.

Hechas estas aclaraciones, se nos presentan las siguientes alternativas:

### a) *No pedir la revisión*

Si todos los Estados facultados para pedir la revisión asumen esta postura, el Tratado Antártico, y en general el sistema, seguirán en vigencia como hasta ahora; por tanto, el efecto de esta posición sería el mantenimiento del *statu quo* respecto de las controversias sobre la soberanía.

b) *Pedir la revisión*

Esta alternativa puede presentarse a consecuencia de su solicitud por una o más partes consultivas. La conveniencia o no de pedir tal revisión es una cuestión de prudencia del que la haga, pues esto depende del hecho de que sea reclamante o no reclamante. Cada uno deberá hacer una valoración de las circunstancias y expectativas creadas en la comunidad internacional respecto de nuestra cuestión, y basándose en ella actuar; de más está decir que ellas no resultan favorables para los Estados reclamantes.

c) *Retirarse*

Si se cumplen los requisitos del art. 12.2. c, del Tratado Antártico cabría la posibilidad de retirarse, pero aquí nuevamente nos encontramos ante una cuestión que requiere de suma prudencia respecto de quien la considere, debiendo hacerse aquí también una cautelosa valoración de los puntos positivos y negativos que su adopción implicaría para su posición de reclamante o de no reclamante. Ello es así porque volviendo a tener presente la actual problemática, un Estado reclamante debería hacer frente él solo a todo acto que estime que atenta contra su soberanía, con el consiguiente aumento de tensiones que, ineludiblemente, acarrea un peligro para la paz.

### 3. Las circunstancias

Lo que intentaremos hacer aquí es describir las distintas circunstancias y normas que formarán el entorno de 1991 a fin de realizar un diagnóstico de la situación, que nos sirva de sustento para la elección de la alternativa que creamos más conveniente a los intereses de nuestro país, o que nos sirva de guía para dar una respuesta, acorde con tal propósito, a cualquier otra alternativa no conveniente que eventualmente se pueda presentar.

Como ya dijéramos en la introducción, el eje de la problemática actual está situado en la cuestión de la soberanía.

La República Argentina reivindica el Sector Antártico Argentino (tierras firmes, islas y mares adyacentes comprendidos entre los meridianos de 25° y de 74° de longitud oeste y entre el paralelo de 60° de latitud sur y el Polor Sur)

invocando títulos históricos y jurídicos, como sucesora de España, así como por actos de posesión efectiva como, por ejemplo, el haber sido el primer ocupante permanente de la Antártida, donde fundó numerosos establecimientos.

Si bien estos derechos se encuentran debidamente resguardados por el art. 4 del Tratado Antártico por el cual ninguna de sus disposiciones se interpretará como:

a) Renuncia a derechos de soberanía o reclamaciones territoriales.

b) Renuncia o menoscabo a fundamentos de reclamaciones de soberanía que pueda tener.

c) Perjudicial en lo concerniente a su reconocimiento o no de derechos de soberanía, reclamaciones o fundamentos al tiempo que las actividades que se realicen carecen de valor para hacer valer, apoyar o negar una reclamación de soberanía ni para crear derechos; prohibiéndose también hacer nuevas reclamaciones o ampliar las existentes mientras el Tratado esté vigente.

Aún subsisten las controversias sobre soberanía, que en el caso de nuestro país no se limitan al no reconocimiento de ella, sino que también surgen de superposiciones entre nuestro sector y los sectores reclamados por Chile y Gran Bretaña.

Ello no obstante, la fórmula del art. 4 del Tratado, durante casi treinta años ha venido eliminando potenciales litigios derivados de tal superposición.

Los Estados reclamantes han efectuado declaraciones conjuntas en las que se reconocen recíprocamente sus derechos, y son:

1) Argentina y Chile, en las partes en que no hay superposición.

2) Australia, Francia, Gran Bretaña, Noruega y Nueva Zelanda; entre ellos no hay superposiciones, pero sí la hay entre Gran Bretaña y Argentina y Chile.

De más está decir que tales declaraciones revisten el carácter de actos unilaterales, no obstante lo cual merecen ser tenidas en cuenta por nosotros a los efectos de la valoración que pretendemos realizar.

Frente a lo que acabamos de exponer, hay actualmente una tendencia contraria a la soberanía estadual en la Antártida reflejada en las siguientes circunstancias:

a) El resultado favorable de la solicitud de Malasia y de Antigua y Barbuda de incluir la "Cuestión de la Antártida"

en el programa del 38° período de sesiones de la Asamblea General de la ONU, asignándose a la Comisión de paz y seguridad internacionales y de cuyas consultas a los Estados surge consenso en cuanto a los fines del Tratado y posiciones encontradas respecto del sistema de administración de la Antártida, ya que según un grupo de Estados, entre los que predominan los no alineados se dan estas circunstancias:

1) No hay un sistema internacional de toma de decisiones.

2) El proceso de toma de decisiones se reserva a las partes consultivas.

3) No soluciona las cuestiones de las reclamaciones territoriales, por lo que la Antártida no queda al margen de conflictos y rivalidades.

A todo ello se contesta con las flexibilizaciones que se han adoptado en el proceso de toma de decisiones y con el hecho de no haberse producido conflictos derivados de las cuestiones en la Antártida por casi treinta años.

b) El creciente interés en que la Antártida sea declarada "patrimonio común de la Humanidad"; esta cuestión, si bien se planteó junto con las anteriores oposiciones, merece un párrafo aparte por las derivaciones que implica. Por cierto, en este tema está ínsita la cuestión de los recursos de la Antártida, respecto de ellos ya hay Convenciones, dos en vigor –focas y recursos vivos marinos–, y otra abierta a la firma –recursos minerales– cuyo propósito es regular y controlar las actividades. Pero claro, como sabemos, la exploración y explotación de los recursos no renovables, objeto de la última Convención, está ligada al ejercicio de la soberanía de un Estado sobre su territorio por el principio de la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales, por tanto se contemplan las diversas posiciones de los países con el art. 9 de la Convención para la reglamentación de las actividades sobre recursos mineros antárticos, de similar redacción a la del art. 4 del Tratado Antártico; dado que la reglamentación de tales actividades necesita un acuerdo aceptable para todos, y en especial para los reclamantes en el sentido de no vulnerarse sus derechos. Ante esto, muchos países, por lo general No Alineados, pretenden que la Antártida sea declarada "patrimonio común de la humanidad", con el propósito de participar en los beneficios que se deriven de la explotación de dichos recursos.

c) Los Estados no reclamantes dicen tener plena libertad para realizar las actividades no prohibidas cuyo único

límite sería el razonable respeto a los intereses de otro que ejerza el mismo derecho, pero esta posición está enfrentada con la de los Estados reclamantes que claramente expresan que sólo aceptan las restricciones a las que hubieran prestado su consentimiento; no hace falta profundizar mucho para concluir que tal situación puede degenerar en tensiones que amenacen la paz.

Por último, y como mera información, diremos que hay una postura en favor de hacer de la Antártida un "parque natural"; es la posición de los grupos ecologistas, a la que adhieren Australia y Francia, dos países reclamantes de soberanía.

Con esto volvemos a la filosofía inicial del sistema en cuanto a poner acento en la protección del medio ambiente a diferencia de la posición del "patrimonio común", que sólo busca una participación en los beneficios.

Culminando, otro dato interesante lo da el hecho de que en las conferencias y convenciones del sistema, la Comunidad Europea participa como tal, lo que es aceptado.

## 4. Conclusiones

Al comenzar dijimos que nuestro objetivo era ver cuál de las alternativas que se presentarían en 1991 sería la más conveniente a los intereses de nuestro país y ver también qué respuesta dar a las no convenientes.

Más adelante vimos que las alternativas eran tres: mantener la situación actual sin pedir la revisión del Tratado; pedir dicha revisión o, eventualmente, retirarse.

Así, luego de analizar las diversas circunstancias que formarán el entorno de 1991 concluimos que la alternativa más adecuada sería la de mantener la situación actual; y por qué decimos esto, porque vemos que los reclamos de soberanía de nuestro país se encuentran no sólo cuestionados por los no reclamantes sino también por los reclamantes; los primeros por no aceptar que pueda haber soberanía en la Antártida, tendencia cada vez mayor; y entre los seis que junto a la República Argentina forman el segundo grupo, dos cuestionan directamente nuestro reclamo –Chile y Gran Bretaña– por superposición, mientras que los otros lo hacen en forma indirecta al reconocer el reclamo británico, lo que si bien no es vinculante para nuestro país, merece ser tenido en cuenta como precaución.

Con lo que acabamos de exponer, excluimos la posibilidad de que Argentina pida la revisión, pero no dejamos de lado la posibilidad de que esta alternativa se presente, ya que otra parte consultiva puede pedirla, y entonces, debemos ver qué actitud adoptar ante tal contratiempo. Dijimos en un principio que el art. 4 del Tratado Antártico fue una condición para que, dada su necesidad, éste se diera; pero ahora, con el cambio de circunstancias, los objetivos del Tratado pueden cumplirse sin éste ya que si la Antártida es declarada "patrimonio común de la Humanidad" –principal presupuesto para la revisión del Tratado– la entidad que se cree para su administración podría encargarse de ello, y del mantenimiento de la paz se encargaría el Consejo de Seguridad de la ONU. Así, vemos que no podríamos volver a imponer como condición al art. 4, pues la respuesta sería la caída del Tratado y los únicos perjudicados serían los Estados reclamantes, que, de más está decir, son minoría en la comunidad internacional.

De esto se deriva el título de nuestro trabajo, como ya no se podría imponer el art. 4 como condición, el mantenimiento de nuestra reclamación debe ser el objetivo que guíe nuestros pasos en una posible futura negociación; para lograr ello, lo primero que se debería hacer es intentar formar un bloque negociador con el resto de los reclamantes; si tenemos en cuenta que entre ellos hay Estados europeos y que la Comunidad Europea actúa en grupo, este bloque se vería ampliado, y la contribución argentina a una mayor ampliación podría ser la aplicación de la postulada *política de cooperación latinoamericana en la Antártida*, que, de lograrse, sustraería apoyo al principal bloque opositor, formado por los no alineados.

Por último, respecto de la eventual posibilidad de retiro, y teniendo en cuenta que los derechos argentinos sólo son reconocidos por Chile exclusivamente en una parte –25° a 53° de longitud oeste– del sector que reclamamos –25° a 74° de longitud oeste–, y además que ni siquiera los grupos que integramos nos apoyarían, los no alineados son los principales opositores a la soberanía, y el resto de los reclamantes, acaso curiosamente integrantes de la Comunidad Europea o de la Comunidad Británica, apoyarían a Gran Bretaña, cuya reclamación se superpone a la nuestra.

Cabe entonces preguntarse si podría, por sí sola, la República Argentina mantener sus reclamaciones, incluso ante las dos superpotencias que se reservaron el derecho de

reclamar sobre cualquier parte del territorio; nosotros pensamos que no, y por lo tanto descartamos la posibilidad de retiro, la que consideramos una acción apresurada ya que mientras "estemos dentro" podemos, al menos, hacernos escuchar.

## *BIBLIOGRAFÍA: Apartado VI*

Palazzi, Rubén O., *Antártida y archipiélagos subantárticos*, Bs. As., Pleamar, 1988.

Scilingo, Adolfo, *El tratado antártico, defensa de la soberanía y proscripción nuclear*, Bs. As., Hachette, 1983.

**UNIVERSITARIAS**

# EN BUSCA DEL "UOMO UNIVERSITARIO"

IGNACIO ADRIÁN LERER *

Si bien es frecuente encontrar estudios sobre la función de los distintos estratos del sistema educativo como jalones importantes del aparato ideológico y represivo del Estado (Althusser) –Baratta lo denomina "primer segmento del aparato de selección y de marginación en la sociedad"– no lo es tanto el estudio concreto de ese tema en el ámbito Universitario. Es en ese nivel donde al decir de Baratta se refleja con mayor crudeza la estructura vertical (piramidal agregaríamos) de la sociedad, contribuyendo a crearla y conservarla a través de mecanismos de selección, discriminación y marginación. El control social ejercido por toda institución educativa tiene a su vez, por lo menos, dos vertientes paralelas y simultáneas: 1) la faz disciplinaria ideológica (FDI); 2) la faz disciplinaria represiva (FDR).

a) En ese sentido, la "disciplina" puede definirse de modo similar al utilizado por Foucault en *Vigilar y castigar* (Disciplina: los medios del buen encauzamiento, p. 175 y ss.) como aquel "arte" que no tiende a la expiación ni aun exactamente a la represión, que traza el límite que habrá de definir la diferencia respecto de todas las diferencias, la frontera exterior de lo anormal. La penalidad que compara, diferencia, jerarquiza, homogeneíza, excluye; normaliza (Foucault, *op. cit.*, p. 187-188).

Esta disciplina se manifiesta mayormente a través de un castigo binario: gratificación-sanción. Esto permite una serie de operaciones típicas: 1) calificar las conductas y las cualidades partiendo de los valores opuestos: bien-mal, cuan-

* Director de la Revista "Lecciones y Ensayos". Ayudante alumno de las asignaturas Elementos de Derecho Constitucional, y Contratos Civiles y Comerciales.

tificando; 2) deducir de esas calificaciones las "buenas" y "malas" personas, los "buenos" y "malos" alumnos.

La disciplina recompensa permitiendo ascender, escalar posiciones (escala de 1 a 10 en las notas, glorificación del "buen" promedio). La nota de por sí equivale a recompensa o castigo. La clasificación que castiga, dice Foucault, debe tender a borrarse: he aquí los "aplazos".

La disciplina se manifiesta con mayor intensidad a través del "examen", mirada normalizadora que permite calificar, clasificar y castigar. En el examen, dice Foucault (p. 192), no es el poder el que se muestra, sino que son los sometidos a esa disciplina los que tienen que ser vistos, "exponiendo". Allí se individualiza la vigilancia, se deja asentado el desempeño de cada "observado": actas, planillas, libretas universitarias. Constituye, pues, la fijación ritual y a la vez "científica" de las diferencias individuales.

Dentro de ese esquema de premios y castigos, la Universidad (por lo menos en la nuestra ocurre todavía) sigue alentando –en un alto grado– el aprendizaje "acrítico", la obsecuencia y la adhesión dogmática a la postura sostenida desde la "cátedra", que se ve como asiento indiscutido del saber. Se castiga, mediante la acción o la indiferencia, por ende, la crítica, el enfoque diferenciado, el recurrir a otras fuentes del saber más allá del libro del profesor o de la cátedra, la participación cuestionadora.

b) La faz represiva de la disciplina es observable a través de sanciones que se asumen como tales y que se vigilan por medio de un microsistema punitivo. Con el fin de ver en concreto la actuación de los mencionados mecanismos represivos, nada mejor que analizar el régimen disciplinario de la Universidad en la que actuamos (UBA).

Por res. 2283/88 (CS) se aprobó el régimen disciplinario de la UBA. Allí se puede comprobar claramente –si quisiéramos emprender un estudio criminológico sobre aquellos alcanzados por el sistema disciplinario objeto de estudio– que dejaríamos al descubierto tanto la concepción criminológica de las autoridades universitarias, como también nuestra postura personal. Cada una de esas posiciones, como lo advierte Pavarini (*Control y dominación*, p. 21-22) estará enrolada en un determinado modelo de sociedad, y más que nada en una particular concepción de la ley penal, de las organizaciones sociales y de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado (en este caso entre los alumnos universitarios y la UBA).

Aquí no tenemos cárcel, pero quizá sea porque no sería "bien visto" (por ahora).

Las penas no involucran "internación" carcelaria, aunque comparten, sin embargo, el uso del parámetro temporal como medida: "el tiempo como riqueza" (Pavarini, *op. cit.*, p. 37): el art. 2 de la resolución mencionada establece como sanciones aplicables el apercibimiento y suspensiones de hasta diez años.

El apercibimiento es un "llamado de atención", aplicable a conductas infimamente reprochables; la suspensión, según el art. 18 de la resolución, importa "la prohibición de acceder a la Universidad y a todas las dependencias (facultades, departamentos e institutos). En caso de incumplimiento, se duplicará el tiempo establecido. Los alumnos suspendidos deberán, además, entregar de inmediato su libreta universitaria, depositándola en la Facultad respectiva".

El art. 17 completa el panorama de marginación con la segura pretensión de exigir reciprocidad a otras Universidades ya que establece que la expulsión o suspensión de cualquier Universidad Nacional o Provincial inhabilita al alumno para cursar estudios en las facultades, institutos o departamentos de la UBA mientras dure el plazo de la misma o no mediare rehabilitación.

Por ende, vemos que el sistema "cierra"; aquel que infrinja esta resolución quedará suspendido, no pudiendo continuar, por un lapso considerable (ya que la vida universitaria es aproximadamente de seis a diez años) sus estudios universitarios en la UBA, y, seguramente, en todas las Universidades Nacionales, siendo –de hecho– marginado del sistema universitario al que, casi seguramente, no volverá, ya que las necesidades económicas harán que su vida deba tomar otros rumbos.

Los "tipos" disciplinarios se encuentran contenidos en los arts. 13, 14 y 15, que establecen varios supuestos en los que va *in crescendo* la gravedad de las sanciones.

En el primer grupo (art. 13), al que le corresponde una sanción de apercibimiento o suspensión de hasta un año, encontramos dos tipos: 1) Faltare al debido respeto a profesores, docentes auxiliares o autoridades universitarias a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas. 2) No observare el régimen de correlatividades u otros requisitos exigidos en los planes de estudios respectivos.

El segundo grupo (art. 14), cuya sanción prevista es la suspensión de uno a cinco años, contempla cuatro acciones

punibles. 1) Injuriare a las mismas personas y en idénticas circunstancias que el art. 13, inc. a. 2) Cometiere un delito que lesionare el patrimonio de la Universidad. 3) Adulterare o falsificare documentos universitarios, salvo el supuesto del art. 15, inc. b. 4) Agrediere físicamente en locales universitarios a otro alumno o empleado, con motivo de la actividad universitaria.

El tercer grupo (art. 15) preceptúa la sanción mayor, de cinco a diez años de suspensión para dos supuestos: *1)* Agrediere físicamente a (id. art. 13, inc. a). *2)* Falsificare o adulterare actas de exámenes u otros instrumentos, con el propósito de acreditar haber aprobado materia, curso o carrera.

A su vez podemos deslindar de entre estos grupos: *1)* Sanciones que apuntan a incriminar elementos estrictamente vinculados al desempeño académico del alumno universitario. *2)* Sanciones que tutelan bienes jurídicos (valores) vinculados a: a) respeto a las jerarquías; b) defensa de la propiedad universitaria; c) anatematización de la violencia y de la reacción contra las autoridades u otros miembros de la comunidad universitaria.

A este primer conjunto pertenecen las conductas incluidas en los arts. 13, inc. b (no seguir los requisitos reglamentarios de los planes de estudios); 14, inc. c (falsificación o adulteración de documentos universitarios, salvo que se tratara de actas de exámenes, etc.); 15, inc. b (falsificación de actas de exámenes u otros instrumentos para acreditar la aprobación de materia, curso o carrera).

A este grupo puede tenérselo como la "excusa" de la implantación de un régimen disciplinario represivo como el que estudiamos, ya que apunta a conductas fácilmente justificables en su reproche, porque se refieren a los métodos de enseñanza y al resguardo de la confianza pública de la que goza una Universidad que se vería mellada si no se castigara las conductas que pretenden defraudarla.

Al segundo grupo pertenecen las demás conductas sancionadas (cinco entre ocho), que son mayores numéricamente, y tienen una connotación ideológica mucho más marcada, ya que tutela otros valores muy "caros" al sistema:

Con referencia al *respeto a las jerarquías*, se muestra cabalmente ya que la agresión física a otro alumno o empleado (art. 14, inc. d) está sancionada con menos severidad (suspensión de uno a cinco años) que la agresión física a un profesor, docente auxiliar o autoridad universitaria (art. 15, inc. a) de cinco a diez años de suspensión; por otra parte, es-

tablece en ese sentido una gradación creciente en relación con la gravedad de la "falta" al sancionar cada vez con mayor severidad el faltar al debido respeto (art. 13, inc. a), el injuriar (art. 14, inc. a) y el agredir físicamente a "profesores, docentes auxiliares o autoridades universitarias a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas".

Además, el incluir en una misma categoría sancionatoria a la injuria a profesores, docentes auxiliares y autoridades universitarias (art. 14, inc. a) que a la agresión física en lugares universitarios a otro alumno o empleado (art. 14, inc. d), es un síntoma bastante sugestivo acerca del verdadero propósito ínsito en la resolución: ¿rechazar la violencia por sobre todas las cosas (máxime la física) o remarcar disciplinariamente el esquema jerárquico deseado? En lo que atañe a la *defensa de la propiedad universitaria*, el art. 14, inc. b, sanciona con suspensión de uno a cinco años a quien "cometiere un delito que lesionare el patrimonio de la universidad" con una redacción que no deja de ser equívoca y ambigua.

Por último, relativo a la *anatematización de la violencia y de la reacción contra las autoridades u otros miembros de la comunidad universitaria*, todos los artículos que tipifican las acciones sujetas a sanción contienen el rechazo de distintos grados de violencia en el ámbito de la Universidad que provenga de parte de los alumnos; a este grupo pertenecen, a su vez, la mayor parte de este segundo tipo de sanciones (cuatro de cinco): art. 13, inc. a, faltar al debido respeto; art. 14, inc. a, injuriare; art. 15, inc. a, agrediere físicamente; art. 14, inc. d, agrediere físicamente en locales universitarios a empleado o alumno.

Ya señalamos que nos llama la atención el igual tratamiento (al promover idéntico rango de sanciones) dado a la comisión de injurias a profesores o autoridades universitarias, que a la agresión física a otro alumno o empleado, mostrando un orden "jerárquico" entre los valores custodiados: respeto a la autoridad sobre rechazo a la violencia física en el caso.

Por ende, no es difícil concluir que, si bien –como lo establece el Estatuto Universitario, Bases, III– la "Universidad es una comunidad de profesores, alumnos y graduados", es muy claro "quién es quién" dentro de ella; eso se corrobora con la participación desigual en el Consejo Directivo de cada Facultad (ocho profesores, cuatro graduados y cuatro alumnos) y en el Consejo Superior de la Universidad misma. Además, comparando el régimen estudiado con el

régimen disciplinario previsto para los profesores por el citado Estatuto Universitario (juicio académico, art. 64), vemos que serán pasibles de sanción las siguientes conductas vagamente tipificadas: *a*) incumplimiento de las obligaciones docentes; *b*) incompetencia científica o didáctica; *c*) falta de honestidad intelectual; *d*) participación en actos sancionables por la justicia ordinaria, que afecten a su buen nombre y honor. Sólo este último caso pertenece a la especie de "disciplina represiva", pero quizá gran número de delitos cometidos diariamente en las aulas no sean denunciados (injurias, abuso de autoridad, amenazas, apología del delito, etcétera). Cabe agregar que el propio Estatuto Universitario establece que, en caso de prosperar el juicio académico contra un profesor, "su nombramiento caducará inmediatamente" y curiosamente preceptúa que "se lo indemnizará de la manera que reglamenta el Consejo Superior".

Este régimen del Estatuto Universitario se aplica a los profesores titulares, y no en forma directa a los profesores adjuntos y a los auxiliares docentes para los que se discute si se les aplica "supletoriamente" y a través de una construcción dogmática el régimen del Estatuto Universitario o el Régimen Jurídico básico de la función pública, ley 22.140.

La implementación práctica de este régimen disciplinario de alumnos de la UBA se encuentra signado por una preeminencia cuantitativa de los casos relacionados con el desempeño académico del estudiante universitario, que constituyen la rutina de la actividad de la instrucción sumaria; sin embargo, cualitativamente, los mecanismos de control se recrudecen –y están constantemente preparados y alertas para ello– con casos que se incluyen en el grupo de conductas castigadas por contradecir valores importantes para las autoridades universitarias encuadradas en el art. 13, inc. *a*, res. 2283/88: "faltar al debido respeto". Analizando, en general, se trata de actitudes no propiciadas por el sistema, sin que constituyan de por sí conductas abyectas; también pretenden "contener" hechos como los desencadenados a fines de los 60 en algunas universidades del mundo.

Creemos que, en este momento de la vida política de la UBA, donde el statu quoismo está en el orden del día en la mentalidad mayoritaria del estudiantado, este régimen es, para calificarlo de algún modo, grandilocuente, y refleja que el sistema todavía le teme a ese estereotipo criminológico del *uomo universitario* de las décadas de los 60 y 70 (barba, pelo largo, jeans, sweater con motivos peruanos, admirador de Cohn Bendit).

# COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

# DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. TOMOS 1 y 2: RECURSO EXTRAORDINARIO. 2ª EDICIÓN ACTUALIZADA Y AMPLIADA *

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

Desde hace algún tiempo, se tiende a destacar la importancia del llamado "derecho procesal constitucional". La obra de Sagüés que analizamos, tras tratar las diversas posturas acerca del contenido e independencia de dicha asignatura, se adentra en el "caso más notorio en el ordenamiento jurídico nacional de proceso constitucional", esto es, el denominado "recurso extraordinario". Los otros dos volúmenes del trabajo versan sobre la Acción de amparo el nº 3, y sobre el Hábeas corpus el nº 4, completando el cuadro de la disciplina.

Sagüés asumió principalmente con esta obra –cuya segunda edición comentamos– la ciclópea y difícil tarea de sistematizar y conceptualizar esta herramienta fundamental para asegurar la supremacía de la Constitución Nacional. Y no encaró la empresa tratando vanamente de encontrar la naturaleza o esencia del recurso extraordinario para determinar su procedencia y alcances, sino que, tal como lo hicieran juristas de la talla del doctor Genaro Carrió con el *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, y del doctor Fernando N. Barrancos y Vedia con el *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, el doctor Néstor P. Sagüés optó por el estudio copioso y sesudo de los pronunciamientos de la Corte Suprema, induciendo de ellos una tipología que no debe medirse en términos de verdadero-falso, sino que

* Buenos Aires, Astrea, 1989.

debe verse con relación a su utilidad o inutilidad como clasificación para reflejar la realidad del recurso extraordinario. En este ámbito, el profesor rosarino sale victorioso, tal como lo demuestra el éxito intelectual de la primera edición de su obra y la expectativa generada por esta segunda, fuente de consulta permanente y necesaria de abogados, jueces y juristas de todo nuestro continente.

La meta mencionada del recurso extraordinario de asegurar la supremacía de la Constitución Nacional, tiene –para Sagüés– una estrecha vinculación con el control de constitucionalidad. En este campo, describe exhaustiva y fielmente los distintos sistemas que el derecho comparado nos muestra sobre aquella forma de ejercicio del poder en una sociedad, tanto judiciales como no judiciales. Señala el autor cinco exigencias para que un sistema de control de constitucionalidad se considere como pleno o completo, agregando que casi ningún ordenamiento vigente las reúne en su totalidad. Estas exigencias son:

a) Constitución total o parcialmente rígida.

b) Órgano de control independiente del órgano controlado.

c) Órgano de control con facultades decisorias.

d) Posibilidad de los particulares interesados de impugnar por sí mismos a la norma o acto inconstitucional.

e) Sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de constitucionalidad.

Seguidamente, se adentra al estudio del control de constitucionalidad en la Argentina, analizándolo, como dijimos, a través de su desarrollo en los hechos. Lo caracteriza como judicial, difuso, fundamentalmente letrado, permanente, reparador (respecto de normas) y mixto (respecto de hechos o actos), ejercido por vía de acción o excepción (remarcando los casos en que se receptan las acciones directas declarativas de inconstitucionalidad), incondicionado (sin preexamen de inconstitucionalidad), amplio (con relación a los sujetos que pueden promoverlo), parcial, vigilante de normas, actos u omisiones, de efecto sólo para el caso en cuestión.

Aborda profundamente un tópico muy en boga desde hace tiempo dentro del derecho procesal constitucional argentino: la supuesta prohibición de la declaración de oficio de inconstitucionalidad de las normas, pronunciándose en contra de dicha prohibición por considerarla derivada de

una "doctrina infundada, incongruente e inconstitucional". Hace lo mismo con otro tema recurrente, cuya discusión ocupa a los constitucionalistas desde los albores de nuestra edad constitucional: la existencia o inexistencia de "cuestiones políticas no justiciables".

Afirma que en la Argentina el sistema de vigilancia constitucional no está monopolizado por el Poder Judicial y estudia en consecuencia los sistemas de control no judiciales. Así, contempla el control parlamentario (juicio político del art. 45, Const. Nacional; juicio de validez de las elecciones, derechos y títulos de los legisladores del art. 56, Const. Nacional) y el administrativo (facultad de veto presidencial del art. 72, Const. Nacional; derecho del Poder Ejecutivo Nacional a la iniciativa de derogación de una ley luego de su publicación, del art. 68, Const. Nacional; el problema de la posibilidad de no aplicar una norma considerada inconstitucional por parte de un órgano administrativo). Por último, analiza la posibilidad del ejercicio del control de constitucionalidad por órganos no judiciales con funciones jurisdiccionales (colegios profesionales, tribunales administrativos, juntas electorales, tribunales de enjuiciamiento de magistrados).

La segunda parte de la obra está dedicada a la naturaleza, desenvolvimiento y operatividad del recurso extraordinario. Realiza el autor una completa reseña de la evolución histórica del recurso y sus antecedentes. Estudia todos los proyectos de reforma al sistema vigente del recurso extraordinario (art. 14, ley 48).

Enuncia los tres fines históricos del recurso extraordinario: a) garantizar la supremacía de las instituciones federales; b) asegurar la supremacía de la Constitución Nacional sobre autoridades federales y provinciales; c) ejercer la casación federal; a los que agrega un cuarto fin, de nuevo cuño: d) ejercer la casación general, recurso de justicia y equidad.

Todos estos objetivos, Sagüés los extrae de la propia jurisprudencia de la Corte Suprema, y no de una mera elaboración dogmática.

Luego enuncia las condiciones de "admisibilidad" (introducción y mantenimiento de una "cuestión federal"; que exista "sentencia definitiva" del "Superior Tribunal de la causa"; que esa "sentencia definitiva" sea contraria al derecho federal invocado; deducción y tramitación específica, oportuna y formal del recurso extraordinario) y de "proce-

dencia" del recurso (existencia de una "cuestión federal" o de una situación de "gravedad institucional" que guarde relación directa e inmediata con la litis) dadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Tras ello, sistematiza estos temas por razones didácticas del siguiente modo:

Hay que observar:

1) Contra qué procede (tema de la "sentencia definitiva", del "Superior Tribunal de la causa" y de la "resolución contraria").

2) Materia sobre la que versa el recurso (concepto y tipos de "cuestión federal" y "gravedad institucional").

3) Trámite procesal propiamente dicho del recurso extraordinario.

También estos conceptos son definidos y estudiados a través de los fallos de la Corte, que Sagüés maneja con una poco común y admirable habilidad, desde los fallos pioneros hasta los más recientes pronunciamientos, a los que sistematiza y estudia críticamente.

En las notas a pie de página, podemos encontrar, según testimonio del propio autor, la cita de toda la bibliografía hallada sobre cada tema y postura tratadas, hecho provechoso y de profunda honestidad intelectual y científica.

Siguiendo también en este punto el camino trazado por Carrió y por Barrancos y Vedia, Sagüés no trata dogmáticamente de elucubrar un concepto de "cuestión federal" para el art. 14 de la ley 48, sino que elabora una tipología al respecto a la luz de un profuso y sistemático estudio jurisprudencial. Además, al analizar los llamados "cuarto y quinto incisos" del citado art. 14, cuya importancia como objeto de estudio los juristas antes mencionados destacaron (sentencia arbitraria-gravedad institucional) realiza importantes contribuciones tanto para su fundamentación como para su clasificación provechosa. Agrega, finalmente, una ponderación axiológica de dichas creaciones pretorianas.

Al tratar el tema de las "cuestiones federales", que clásicamente Imaz y Rey clasificaron como "simples" y "complejas" (directas o indirectas), Néstor P. Sagüés da su propia clasificación, descartando de plano que puedan existir cuestiones "simples", ya que siempre en el recurso extraordinario la Corte Suprema confronta una norma de derecho federal con "algo" que se reputa contrario a aquélla: he aquí lo confuso de la clasificación tradicional, distinguiendo, pues:

1) Cuestiones federales constitucionales directas (conflicto inmediato entre la Constitución Nacional y una norma o acto).

2) Cuestiones federales constitucionales indirectas (conflicto mediato entre la Constitución Nacional y una norma o acto).

3) Cuestiones federales infraconstitucionales (conflicto entre norma federal y una sentencia que la interpreta).

4) Cuestiones federales mixtas (existencia simultánea de los casos 1 y 2).

Por otra parte, y dentro del tratamiento de las que denomina "cuestiones federales constitucionales directas", Sagüés efectúa un análisis de las formas de interpretación constitucional, que no sólo incluye los criterios repetidamente estudiados de hermenéutica (interpretación orgánica o sistemática, literal, histórica), sino que las analiza críticamente, viendo las contradicciones –tanto normativas como ideológicas– y redundancias que existen en todo sistema normativo. Esta aplicación al derecho constitucional de los criterios de la filosofía analítica y realista del derecho (basados en las enseñanzas de juristas como Alf Ross) es infrecuente en nuestro ámbito, así como provechosa, innovadora y profunda. Expone también las ventajas y desventajas de los distintos tipos de exégesis, y estudia la conveniencia o inconveniencia de adoptar una interpretación estática, dinámica, mutativa, previsora o consecuencialista de la Constitución Nacional. Como en toda la obra, Sagüés se preocupa en reflejar sus dichos en pronunciamientos de la Corte Suprema, y estudiar su evolución a través del tiempo.

Agrega que por su condición de instrumento de gobierno, puede hablarse de una interpretación "democrática" de la Constitución, advirtiendo las posibles tensiones entre los dos roles a cumplir por la Corte Suprema: el de tribunal de garantías constitucionales (individuales) y el de guardián del proceso político (enunciados por Jonathan Miller, coautor de la obra *Constitución y poder político*, junto con las doctoras S. Cayuso y M. A. Gelli, Bs. As., Astrea, 1987).

Por último, Sagüés expone sistemáticamente el "trámite" propiamente dicho del recurso extraordinario, observando la existencia de dos etapas que están integradas por una serie de pasos: la primera etapa, que denomina de "pre-recurso extraordinario", incluye por un lado la "introducción" y por otro el "mantenimiento" de la cuestión federal; la segunda etapa, llamada del "recurso extraordinario propia-

mente dicho", comprende a su vez dos tramos: uno "pre Corte" (que integran la interposición del recurso, su traslado y su concesión o denegación), y uno "Corte" en caso de concesión (que consta de la recepción y llamamiento implícito de autos, las vistas eventuales y la resolución de la Corte Suprema); incluye el tema de costas y honorarios.

Analiza a continuación la interposición del recurso de queja ante la Corte Suprema en caso de denegación del recurso extraordinario por parte del "Tribunal Superior de la causa".

En apéndice, la obra trae la transcripción de las principales normas reguladoras del recurso extraordinario (arts. 14, 15 y 16, ley 48; 6°, ley 4055; 158, 252, 257, 258, 280 a 286, Cód. Procesal Civil y Com. de la Nación).

Estamos, pues, ante un estudio mayor del derecho constitucional y procesal, que no ignora el carácter de herramienta de evolución del sistema político institucional de la disciplina llamada "derecho procesal constitucional" hacia formas más democráticas de custodia de los derechos fundamentales.

Sagüés, que es doctor de las Universidades del Litoral y de Madrid, que egresó además de las Academias de Estrasburgo y La Haya, es magistrado de la Cámara de Apelaciones en el fuero laboral de Rosario, y profesor titular de Derecho Constitucional y Político en distintas Facultades de Derecho del país. La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA lo ha visto incorporarse como profesor titular de Derecho Constitucional en 1989, tras obtener el primer lugar en el concurso académico respectivo.

Sabemos que tiene en preparación una obra de derecho constitucional sustantivo que abarca toda la materia en cuestión. La esperamos expectantes.

IGNACIO ADRIAN LEDER*

* Director de la Revista "Lecciones y Ensayos". Ayudante alumno de las asignaturas Elementos de Derecho Constitucional, y Contratos Civiles y Comerciales.

# MISCELÁNEA

## ¿TEOREMA DE THOMAS?

Es común oír a los sociólogos citar el *teorema de Thomas*: "Si los hombres definen las situaciones como reales, son reales en sus consecuencias". Se trata de una frase poco clara para el lector común, pero que ha hecho fortuna entre los sociólogos norteamericanos, e indirectamente –por la *fuerza expansiva* de lo que se escribe en inglés[1]– en la sociología mundial. Robert K. Merton[2] le dedica un capítulo titulado "La profecía que se cumple a sí misma", título que basta para entender el *teorema*: el anuncio de que un hecho va a ocurrir hace que ese hecho ocurra. "Esto es peculiar de los negocios humanos" –nos aclara Merton[3]–.

También nos señala el propio Merton[4] que "el mismo teorema había sido formulado por mentalidades disciplinadas y observadoras mucho antes que Thomas" –se refiere a W.I. Thomas, sociólogo norteamericano de nuestro siglo–, y menciona a Bossuet, Mandeville, Marx, Freud y Sumner. Sin embargo, alguien a quien Merton ni siquiera menciona ya lo había expuesto con suficiente claridad y precisión, probablemente a principios del siglo XVIII, al criticar a los astrólogos. Lo dijo así: "Algunas veces las mismas predicciones influyen en los sucesos, de modo que no sucede lo que el astrólogo predijo porque él lo leyó en las estrellas;

[1] Algunas consideraciones al respecto, con relación a la ciencia económica, pueden verse en: Silberstein, Enrique, *Marx, Keynes y Cía. SA*, Bs. As., Carlos Pérez, 1969, p. 83-86.

[2] Merton, Robert K., *Teoría y estructura sociales* (*Social Theory and Social Structure*), trad. Torner, Florentino, México-Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 1965 –libro usado como texto en diversas Facultades de nuestro país–, p. 419 y siguientes.

[3] Merton, op. cit., p. 421.

[4] Merton, op. cit., p. 419.

antes sin haber visto él nada en las estrellas sucede sólo porque él lo predijo. El que se ve lisonjeado por una predicción favorable, se arroja con todas sus fuerzas a los medios, ya de la negociación, ya del mérito, para conseguir el profetizado ascenso, y es natural lograrle de ese modo"; luego agrega algunos ejemplos.

Fue fray Benito Jerónimo Feijóo y Montenegro, español y benedictino, 1676-1764[3]. Creemos que sería justo hablar del *teorema del padre Feijóo*.

FERMÍN P. UBERTONE*

## ¿LO SABÍA?

### LA HUMANIDAD DE FERRI

No es justo ni humano, para el saneamiento de esas llanuras desoladas, exigir a los honrados trabajadores que pierdan allí la vida en premio a un santo trabajo. Que vayan los delincuentes, y no a dosis homeopáticas, como hasta ahora se ha hecho en el *Agro Romano*, atrofiando un principio fecundo, sino que vayan a los primeros trabajos en las marismas (seguidos después por los trabajadores honrados), y redímanse así con el holocausto de su vida en pro del mejoramiento económico y moral de aquella sociedad a la cual hicieron tanto daño con sus miserables obras.

ENRIQUE FERRI

*Antropología criminal*, p. 267.

### LA ANIMALIDAD EN FERRI

"Aun entre los animales domésticos existen, como hace notar Corre, verdaderos delincuentes natos, muy conocidos de todos los criadores, es decir, individuos refractarios a toda disciplina, 'indomables, insubordinados, tenaces'".

ENRIQUE FERRI

*Sociología criminal*, p. 117.

[3] Lo transcripto puede verse en: Feijóo, Fray B. J., *Ensayos escogidos*, Madrid, Aguilar, 1944, p. 52-53.

* Profesor Adjunto (R.) de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires.

**Sucio suicidio**

"La sentencia que comentamos indica que el suicidio o su intento cuando acarrea incapacidad permanente puede ser indemnizado con fundamento en la ley 9688 cuando se vincula con un accidente de trabajo anterior o guarda algún tipo de relación con las tareas o el medio laborativo (CNAT, Sala I, 28/2/89, 'Rivoire, Gustavo A. c/Administración de Parques Nacionales').

A pesar de la limitación que surge de la propia doctrina, entendemos que la misma se opone al texto expreso de la ley y es en sí misma peligrosa. Cualquier trabajo tiene en sí mismo un potencial depresivo que induce o puede inducir a actitudes suicidas –aun en trabajos de escritorio– en personas predispuestas. Lo decimos esto a propósito de la vinculación que realiza la sentencia entre las tareas o el medio laborativo y el suicidio.

Supongamos la enorme depresión que puede causarle a un recolector de residuos el perder la novia como consecuencia de que se entere dónde trabaja y/o que no puede bañarse antes de ir a verla".

Víctor Barrios

en "Boletín de las Carpetas de Derecho del Trabajo"

**Nunca en domingo**

En el ejercicio de los poderes de que he sido investido como Comandante en Jefe del Gobierno Militar de Fiji, decreto lo siguiente:

1) Este decreto debe citarse como decreto sobre la observancia del domingo, 1987 (nº 20).

2) Para los propósitos de este decreto el domingo comienza a medianoche del sábado precedente y termina a medianoche del domingo...

.....

5) Para evitar cualquier duda, será ilegal la realización de las siguientes actividades en domingo:

a) Ir de día de campo o reunirse en lugares públicos, o la participación en actividades deportivas en cualquier lugar...

.....

7) Cualquiera que contradiga cualquier disposición del decreto comete una contravención y será condenado a pa-

gar una multa que no exceda $ 100,00 o a un mes de prisión, o a ambos, multa y prisión.
Dado el décimo primer día de noviembre de 1987.

Coronel SITIVENI LIGAMAMADA RABUKA

Comandante en Jefe del Gobierno Militar de Fiji.

Decreto militar nº 20 del Gobierno Militar de Fiji, reproducido en la "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", nº 39, p. 7.

### VOLVER A LAS FUENTES

En Delaware, Estados Unidos, a los infractores de las leyes antidrogas les quieren dar de latigazos. La comisión judicial del Senado de ese estado norteamericano aprobó un proyecto presentado por el senador Thomas Sharp, que propone la reinstauración del látigo como forma de castigo corporal para los delitos relacionados con el narcotráfico.

*Página 12*, 7/2/90

### GLORIA VANA

No te vanaglories a causa de los pocos grandes hombres que, a través de los siglos, han nacido en tu tierra; en lo cual no has tenido ninguna responsabilidad. Mejor reflexiona sobre cómo fueron tratados en su tiempo y en cómo has seguido sus enseñanzas.

ALBERT EINSTEIN

### ALEGATO DEL ACUSADO FRENTE AL ESPEJO DE LA LEY

Siempre se me dirá, V.S., usted sabía. Y yo nunca logré saber por qué la ley no puede tutearme. Si es que desde el mismo parto, desde el momento en que me supe vivo, la ley es la misma. Nunca ha variado, siempre me ha sometido entre la espada y la hipótesis, cuando rompí un plato o cuando maté a mi primera madre.

Y no hay vuelta que darle, V.S., no es necesario buscarla en la estructura óntica de la realidad ni en la cosmogonía de la eternidad ni en la tinta de la letra cruda. La ley nos sigue desde adentro; es como aprender a dar arcadas después de una larga borrachera; el vago malestar que alcanza a todo placer para acotarlo, para ponerle trabas, para decirle su imposibilidad originaria.

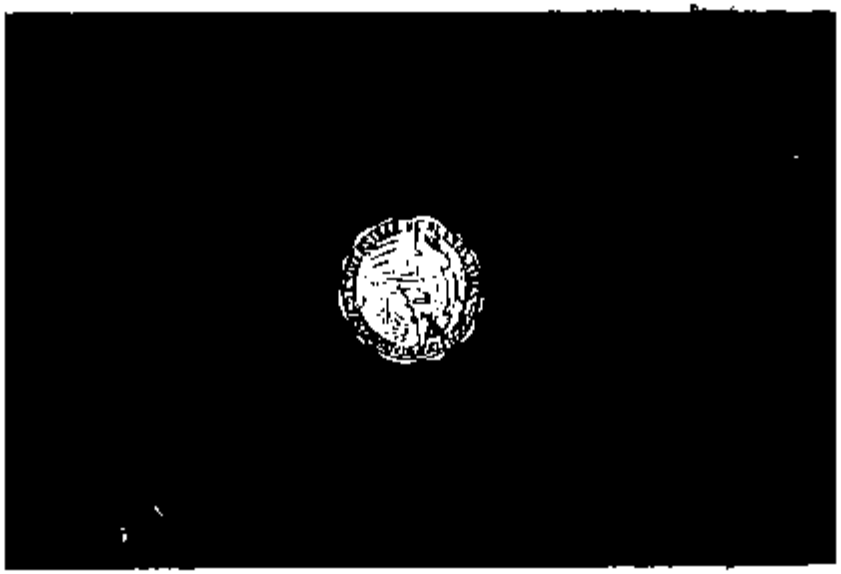
Me permito explayarme, V.S., porque es Ud. el principal ignorante y aquel que merecería haber comprendido al menos una vez cuál es su papel en este juego. Me encuentro frente a Ud. porque alguien ha excitado la jurisdicción en procura de que la ley sea nombrada. Nombrar la ley es nombrar el displacer primero, el acto de violencia por el cual nos desalojaron de las aguas del útero y por entre las piernas de nuestra madre nos obligaron a ver la luz. La ley nos habla de la irreversibilidad de ese momento; nos recuerda cada vez que es dicha y cada vez que habla en nosotros, que no hay forma alguna de acostarse con la madre, de volver a encarnarse en ella. Por eso vedamos la ley a impúberes y a dementes, por eso el valor de cada prohibición es idéntico: nacer judío, pincharse un brazo con heroína, casarse ilegalmente puede ser justo, pero ha resultado la topografía de nuestro cuerpo clausurada por recurrentes actos de censura.

Y a Ud., a quien le cabe el honor de decirla y repetirla, no me queda duda de que lo sobresalta desde algún lugar de la espalda cada vez que cruza un semáforo en rojo o falsea su declaración de ingresos o espía las piernas de una alumna en la Facultad.

No lo juzgo por eso, V.S., porque la ley también es Ud., y es también un abogado de traje oscuro y corbata que desangra a las víctimas de muertes, fracasos económicos, rupturas familiares y encarcelamientos. Todo intento de transgresión, V.S., es un matricidio, todo matricidio es un deicidio y todos nosotros somos fragmentos de esa gran oración inconclusa.

Por eso le ruego, V.S., que me condene o que me absuelva, pero que ordene cautelarmente arrancar mis ojos, tapar con cera mis oídos y vaciar mi memoria.

Provea V.S. de conformidad que
SERÁ JUSTICIA.

CHRISTIAN COURTIS

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en EDITORIAL ASTREA, Lavalle 1208, e impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2433, Capital Federal, en la primera quincena de setiembre de 1990.