

d) En un caso singular se consideró imputable a la irregular ejecución del servicio la pérdida del sueldo de funcionarios y empleados judiciales, los que fueron sustraídos a la persona del juzgado en quien delegaban ese trámite, porque ello obedecía no a razones de comodidad de los beneficiarios del pago, sino a una estructura administrativa defectuosa<sup>22</sup>.

## II. LA FALTA DE SERVICIO POR DAÑOS EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS

a) Analizaremos —aunque sucintamente— la casuística generada en torno al supuesto de la responsabilidad estatal por falta de servicio al afectarse la integridad física de los internos en los establecimientos carcelarios.

En un precedente se acudió a este encuadre legal para condenar al Servicio Penitenciario Federal por las lesiones (pérdida de un ojo y heridas en un dedo de la mano) que sufrió una persona detenida como medida de seguridad, ante el ataque de otro interno con el mango de una escoba, invocándose la doctrina de la causa "Vadell". Se reiteró la tesis de la responsabilidad directa y objetiva del poder público, aunque no haya mediado culpa del dependiente —el guardiacárcel encargado de la vigilancia—, cuyo régimen se juzgó inadecuado toda vez que se dejó salir de la celda de aislamiento a un interno peligroso, ante la existencia cercana de objetos potencialmente peligrosos (la escoba con la que agredió) y sin adoptar otras precauciones<sup>23</sup>. Se sostuvo, al comentar el fallo, que la justicia de la decisión que recepta esta tesis estriba en la dificultad que se presenta para administrado, a veces, en tener que individualizar al autor del perjuicio y de acreditar su culpabilidad.

Otro antecedente inscripto en esta tendencia lo constituye el homicidio de un procesado cometido en una cárcel mendocina por un interno condenado, en el que la Suprema Corte local, por mayoría, responsabilizó a la provincia por no asegurar la vida y la integridad física de sus internos, receptando la tesis de la responsabilidad extracontractual objetiva y directa del Estado, que en el caso del derecho público se funda en el ar-

del Estado en el ejercicio del poder de policía". En el mismo sentido, "Antonio Sarno y otros c/Organización Coordinadora Argentina (O.C.A.) y otros", Fallos, 313:1637, también Fallos, 315:2127; 315:2319 y 315:2493.

<sup>22</sup> CSJN, 10-V-1992, "Sanchez Ferrero, Julio A. y otros c/Corte Suprema de Justicia", Fallos, 315:1061.

<sup>23</sup> CNFed. Civ. y Com., Sala III, 16-XII-1988, "Pardiel, Juan c/Servicio Penitenciario Federal y otros", L.L., 1989-B-369, con esta aprobación de Mazarel, "La responsabilidad del Estado por falta de servicio".

tículo 1112 del Código Civil, en razón de que los agentes constituyen órganos de esa persona pública. Allí también se ponderó la responsabilidad constitucional del Estado derivada del artículo 18 de la Constitución Nacional y de los pertinentes preceptos de la Carta Magna local —como lo destacó Bidart Campos al elogiar el decisorio—, y la realidad actual del régimen penitenciario cuyas normas, incumplidas en el caso, imponen como obligación primaria y esencial la conservación de la vida y la salud de los internos y su readaptación social. Se añadió que carecía de “decisividad la falta de determinación del autor o la relación de causalidad, siendo suficiente definir y precisar la falta de servicio y el daño”. Bidart Campos al comentar el decisorio enfatizó el deber constitucional del Estado de “cuidar, mantener y tutelar la vida de las cárceles”<sup>34</sup>.

b) Finalmente arribamos al *leading case* “Budín” fallado por la Corte Nacional en el ámbito de su competencia originaria y exclusiva. En el establecimiento carcelario de Olmos, perteneciente a la provincia de Buenos Aires, se produjo en 1990 un incendio en el que fallecieron treinta y cinco reclusos que estaban cumpliendo sus condenas, quedando revelado en el expediente penal sustanciado las graves irregularidades administrativas y actos de corrupción por parte del personal penitenciario, el trato vejatorio a que eran sometidos algunos internos por otros y el absoluto y deficitario estado edilicio de la unidad carcelaria superpoblada. El incendio se facilitó por la precariedad de la instalación eléctrica, la carencia de elementos extintores, la falta de capacitación del personal para proceder en la emergencia y el consentimiento tácito del uso de calentadores por los internos para cocinar sus propios alimentos. Entonces, y recalcando el deber del Estado, de raigambre constitucional, de preservar por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos la vida e integridad física y moral de quienes cumplen una condena preventiva o una detención, la Corte Nacional resolvió que “la seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia, sino también, como se desprende del artículo 18 de la Constitución Nacional, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema al que no sirven forman desviadas del control penitenciario”. “Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar irregularidades —añadió— de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos; es más, indican una

<sup>34</sup> SC Mendoza, Sala II, 9-XII-1993, “F. y actor civil c/L.T.M.V. por homicidio simple/acusación”, voto de los Dres. Nazareno y Aguiar, con la disidencia del Dr. Salinas quien se fundó en la improcedencia de la citación del Estado provincial como civilmente responsable en E.D., 157-395, con voto de Germán J. Bidart Campos (adhiriendo al criterio de la mayoría), “La vida en las cárceles y la responsabilidad del Estado”.

dégradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa". Por ello condenó al Estado provincial aplicando la doctrina de la irregular prestación del servicio penitenciario<sup>25</sup>.

Adhirieron a ese emplazamiento normativo Bustamante Alsina y Pizarro. El primero de ellos señaló que el artículo 1112 del Código Civil abastece la responsabilidad por falta de servicio porque pese a que no es una norma de derecho público "regula el derecho al resarcimiento de los particulares frente a los funcionarios públicos y al Estado por los actos ilícitos de aquellos en el ejercicio irregular de sus funciones y nada obsta extraer de esa norma el fundamento de la responsabilidad directa del Estado". Por su lado, acotó Pizarro que el deber de seguridad del Estado de proteger la integridad de los alojados en las cárceles, que es de medios, surge del artículo 18 de la Constitución Nacional, de la Ley Penitenciaria Nacional 14487, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5º, incs. 2º y 6º) la que tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac.)<sup>26</sup>.

Esta orientación jurisprudencial se ha reiterado por los tribunales federales<sup>27</sup> y por otros órganos provinciales. Por ejemplo, en este último sentido, a raíz de una riña entre dos internos alojados en la Unidad Penal nro. 1 del Servicio Penitenciario de Salta falleció uno de ellos como consecuencia de las heridas infringidas por el otro con una "punta carcelaria" (o "faca"), arma rudimentaria fabricada por los propios reclusos. La madre de la víctima demandó a la provincia de Salta el resarcimiento del daño moral y material (el denominado "valor de la vida humana"). La Sala IV de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Salta por mayoría —con votos de los Dres. Carlsen y Leustaf Ranea— admitió la pretensión, siguiendo los lineamientos referidos de la doctrina de la Corte Federal y el emplazamiento normativo de la falta de servicio. En su voto la Dra. Carlsen sostuvo que la responsabilidad extracontractual del Estado como poder público se funda en el artículo 1112 del Código Civil que regula una responsabilidad directa y objetiva la que desplaza al régimen de la responsabilidad refleja del artículo 1113 del Código Civil y

<sup>25</sup> CSJN, 19-X-1995, "Bañón, Rubén y otros c/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1996-C-284, con nota de Jorge Bustamante Alsina, "Responsabilidad del Estado por la muerte de internos en una cárcel al incendiarse ésta", J.A., 1995-IV-141, con nota de Ramón D. Pizarro, "Daños sufridos por internos en establecimientos penitenciarios", J.A., 1996-I-944, y Doct. Jusf., 1996-3-282.

<sup>26</sup> Bustamante Alsina, Jorge, L.L., 1996-C-284; Pizarro, Ramón D., J.A., 1996-I-444.

<sup>27</sup> CNFed, Civil y Com., Sala I, 2-IV-1997, "Acosta de Argañaraz, Dolores R. c/ Policía Federal", L.L., del 23-X-1997, pág. 7, fallo 39893-5.

que consagra la falta de servicio del Estado. Ella derivó —en el caso— del defectuoso o irregular cumplimiento del mandato constitucional de preservar la vida y seguridad de los internos, mediante la adopción de medidas de prevención idóneas que debieron impedir la fabricación de las armas caseras dentro de la cárcel. El Dr. Loutayf Ransa al adherir a esos fundamentos refirió también la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y se inclinó por adoptar sus criterios dirimentes. Concluyó acotando que el Estado debía acreditar —por estar en mejores condiciones— que concurrieron circunstancias exoneratorias de su responsabilidad por haber ejercido el control pertinente de los detenidos alojados<sup>38</sup>.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

1. La Corte Federal, en síntesis, entiende que la responsabilidad del Estado por la ejecución irregular o el incumplimiento de sus funciones en el ámbito del derecho público es extracontractual, directa y objetiva, fluye del artículo 1112 del Código Civil, y prescinde de la atribución subjetiva u objetiva del sujeto u órgano causante del perjuicio. Respecto de la prueba recae en el damnificado la carga de demostrar la prestación anómala debiendo individualizarse concretamente la función comprometida<sup>39</sup>. Este tipo de responsabilidad debe diferenciarse de la que encuentra apoyatura también en el ámbito extracontractual pero en la que el Estado responde como principal, de modo reflejo o indirecto, por el hecho ilícito de sus dependientes ejecutados en ejercicio o en ocasión de sus funciones, o de la que se fundamenta en su condición *in re* de dueño o guardián de las cosas de su dominio o posesión o de las que se sirve o tiene a su cuidado, ambos con apoyo en el artículo 1113 del Código Civil.

2. Nosotros, en anterior oportunidad, adherimos a esta doctrina<sup>40</sup>. Sin embargo, cabe reiterar que la responsabilidad del Estado (directa y

<sup>38</sup> CCiv. y Com. Salta, Sala IV, 14-VIII-1996, "González de Burgos, Juquína o/Provincia de Salta" —con disidencia del Dr. García López— con nuestra nota "Responsabilidad del Estado por falta de servicio. Pérdida de chances", L.L., del 27-VIII-1997, Suplemento de Doctrina y Jurisprudencia Noroeste Argentino, págs. 6 y sigs. —a cargo del Dr. Miguel Federico De Lencina—

<sup>39</sup> Castagne postula que la recurrencia al art. 1112, Cód. Civ. no es subsidiaria —como lo califica la Corte Nacional— por cuanto es una norma que pertenece al derecho administrativo (aut. y op. cit., E.D., 114-217); García Martínez, Roberto, "La responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho", L.L., 1986-B-107; Bissoli, Alberto B., "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", L.L., 1996-A-622.

<sup>40</sup> Conf. trabajo cit. supra en nota 38.

objetiva) no obsta la responsabilidad concurrente, indistinta o *in solidum* del agente causante del daño que actuó irregularmente en el marco de sus funciones, tal como lo ha puntualizado prestigiosa doctrina autoral<sup>41</sup>.

Esta interpretación procura armonizar los principios generales comprometidos y la unidad del fenómeno resarcitorio, especialmente la reparación del daño injustamente sufrido, que rige tanto la responsabilidad de los particulares como la del Estado y no sólo en su accionar ilícito sino que, con variantes y adecuaciones, también se extiende a su actuación lícita lesiva como persona de derecho público<sup>42</sup>. En consecuencia nos apartamos de la postura que, aunque con sólidos argumentos, afirma que cuando el agente incurrió en "falta de servicio" responde sólo el Estado frente al tercero damnificado (art. 1112, Cód. Civ.) por ser una responsabilidad objetiva, pudiendo luego formular el cargo al funcionario y efectivizar después la responsabilidad contra este último. De modo que esta tesis reserva la acción directa del damnificado contra el funcionario sólo para los casos de "falta personal" por aplicación de las normas generales sobre culpa del artículo 1109 del Código Civil<sup>43</sup>.

En suma, nosotros opinamos que en el caso de que el funcionario actuó anómala o irregularmente en el ámbito de su incumbencia funcional, la víctima puede acumular dos acciones: una contra el Estado —por falta de servicio, responsabilidad directa y objetiva— y otra contra el sujeto u órgano que causó el perjuicio con su comportamiento ilícito imputable. La individualización por el administrado del agente dañador, la relación causal entre el hecho nocivo y el perjuicio y la atribución de responsabilidad —subjetiva u objetiva— permiten que, además del Estado, el sujeto generador del perjuicio sea legitimado pasivo de la pretensión resarcitoria.

<sup>41</sup> Bustamante Alsina, Jorge. "La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía", cit. en anotación discrepante al fallo de la CSJN, 7-XI-1989, "Pais, Martha E. y otros c/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1990-C-431; Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Abalado-Parrot, Buenos Aires, 1992, pág. 470, nro. 1203; ídem, L.L., 1990-C-584, nro. II; Trigo Represas, Félix A., "Derecho de las obligaciones", en Casarosa, Pedro H. - Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, T. 5, 3ª ed., La Plata, 1996, pág. 741, nro. 3082, 3; Mouset Iturrigaray, Jorge, *Responsabilidad por Datos*, T. II-B, Ediar, Buenos Aires, 1973, pág. 325; Guastavino, Elías F., "Responsabilidad de los funcionarios...", cit. *N.D.*, 116-329; Casarosa, Juan C., "La responsabilidad de los funcionarios públicos", L.L., 1989-C-992; Kemeinmajer de Carlucci, Aida, en *Código Civil...*, cit., T. 5, pág. 418, nro. 12.

<sup>42</sup> Ver SC Mendoza, Sala I, 3-VII-1996, "Diaz de Ghiotti, Ana c/Municipalidad de Mendoza", voto de la Dra. Kemeinmajer de Carlucci en *Doctr. Jud.*, 1996-2-504.

<sup>43</sup> Vid. in extenso Bonpland, Viviana M. C., "Responsabilidad extracontractual del Estado", L.L., 1987-A-784; Lianora, Juan F., "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público", L.L., t. 805, puntos VI y VIII.

3. En esta ocasión reafirmamos nuestra adhesión a las principales pautas directrices que vertebran esta singular faceta de la responsabilidad estatal.

Empere creamos oportuno —y necesario— formular una acotación a la aplicación del instituto cuando la prestación irregular del servicio se verifica en el ámbito de la seguridad penitenciaria, propiciando su equilibrado y adecuado enmarcamiento. En efecto, y sin abdicar del parámetro interpretativo ya referido (el justo resarcimiento de los daños sufridos injustamente), debe atenderse a los datos relevantes, en cada caso, de la realidad circundante para impedir un desmesurado efecto expansivo de la doctrina que, a la postre, desnaturalizaría su esencia, aplicación y alcances. Por ello será conveniente examinar si la prestación del servicio de seguridad en las cárceles devino en anómala o irregular pudiendo (o debiendo), razonablemente, ser la adecuada y debida, conforme con los principios lógicos y empíricos que suministra la realidad fáctica y social.

Estas reflexiones —ya de cierre— están motivadas por una información periodística que da cuenta de que luego de casi un año y medio de concluido el trágico motín de Semana Santa de 1996 en la unidad carcelaria de Sierra Chica —que tuvo difusión nacional— recién pudo ser hallada por las autoridades penitenciarias una de las armas utilizadas en aquella ocasión. Se señala, siempre a modo de transcendido periodístico, que esa pistola —ahora encontrada— era escondida en distintos pabellones, rotando periódicamente los internos el lugar de los mismos, encontrándosela finalmente “en una cloaca, envuelta en trapos empapados en aceite comestible y papeles, protegida por nailon”<sup>44</sup>. Ello, agrega la nota, pese a los ingentes esfuerzos de las autoridades del Servicio Penitenciario para ubicar el arma con mayor prontitud.

En caso de comprobarse judicialmente esta versión cabe preguntarse: si esa pistola habría causado, en las condiciones antedichas, daños a otros internos ¿sería procedente responsabilizar con sustento en nuestro instituto al Estado provincial? ¿O concurriría una imposibilidad insuperable de impedir el daño configurativo del caso fortuito liberatorio de toda responsabilidad?

El interrogante y el debate consiguiente quedan planteados.

<sup>44</sup> Diario *El Popular* de Otavarría (provincia de Buenos Aires), ejemplar del 8-XI-1997, pág. 11.

**RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS DE DATOS  
INFORMATIZADOS EN RELACIÓN A LOS DATOS  
PERSONALES QUE LOS INTEGRAN Y  
LA INFORMACIÓN QUE TERCEROS ADQUIEREN  
DE ESOS DATOS**

JORGE M. BERBERMAN

Tal como resulta del título, la problemática de la que nos ocuparemos en este trabajo puede considerarse conformada por los siguientes elementos constitutivos:

1. Un banco de datos informatizado.
2. Datos personales contenidos en ese banco de datos informatizado.
3. Un tercero que consulta los datos personales contenidos en el banco informatizado.
4. La información que el tercero consultante (¿) adquiere (¿) de los datos consultados.

Esta formulación de la cuestión es un modo de resaltar las cuestiones relativas a la percepción que son, en parte —muy sustantiva por cierto—, pilares del tema que trataremos.

La necesidad de coherencia desde el punto de vista de la percepción impone como una necesidad definir, en primer término, qué es un banco de datos en el marco de este trabajo.

## **I. BANCO DE DATOS**

Si bien una rápida búsqueda por textos básicos de informática parece autorizarnos a considerar la expresión "banco de datos" como equivalente a "base de datos", no debemos dejar a un lado la definición asentada en el Capítulo Quinto, IV., de la obra *Derecho Informático* de Carlos M. Correa y otros<sup>1</sup> bajo el título "Banco de datos".

<sup>1</sup> Correa, Carlos M. y otros, *Derecho Informático*, Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 239.

Haciendo referencia a la transformación de la información en mercaduría como resultado de su manipulación —computadoras mediante— más rápida y eficiente y capacidad de almacenaje en volúmenes crecientes, Correa destaca la emergencia de una "industria de banco de datos". A continuación procede a definir al "servicio de banco de datos" como "un conjunto organizado de base de datos, accesibles en línea —directamente desde una computadora— como servicio comercial, para la consulta de datos de la más diversa índole".

Una consulta al banco de datos —conforme la definición anterior— comercializado por Microsoft bajo la denominación Encarta 97, nos permite acceder a la siguiente definición de "base de datos":

Cualquier conjunto de datos organizados para su almacenamiento en la memoria de un ordenador o computadora, diseñado para facilitar su mantenimiento y acceso de una forma estándar. Los datos suelen aparecer en forma de texto, números o gráficos<sup>2</sup>.

Lo cierto es que ya sea que al hablar de banco de datos hagamos referencia a conjuntos de bases de datos, o que los bancos de datos sean bases de datos, es decir que "banco" y "base" puedan considerarse sinónimos en este contexto, ingresamos en un campo —en materia de responsabilidad— en el que según cuál de las ideas antes expuestas estemos dispuestos a compartir, la materia de análisis será una industria, un producto o un servicio.

Es claro que lo que aparece como indudable, es que el elemento distintivo de los bancos o bases de datos a los que nos referimos, respecto de otros ficheros preexistentes sobre base papel, piedra, tejuela, papiro y otros materiales, es la utilización de la informática para su constitución, producción, mantenimiento y exteriorización a todo fin.

## II. MODOS DE OPERAR DE LAS BASES DE DATOS

La aplicación de la informática al archivo, ordenamiento y recuperación de datos ha producido un cambio cualitativo en el tratamiento de la información.

Claude Debrulle, primer consejero del Ministerio belga de Justicia, en la Conferencia Internacional que se realizó en la ciudad de Madrid, España, los días 11 al 13 de junio de 1984, sobre Problemas Legislativos de la Protección de Datos, organizada por el Consejo de Europa en colaboración con las autoridades españolas (Secretaría de Estado para la

<sup>2</sup> "Base de datos", *Enciclopedia Microsoft Encarta 97*. Microsoft Corporation, 1993-1996.

Administración Pública), utiliza esa expresión de pasaje cualitativo en el tratamiento.

Este pasaje cualitativo se aprecia especialmente en dos modelos de bases de datos: el modelo relacional y el de bases de datos deductivas.

Las bases de datos relacionales son aquellas en las que el almacenamiento de los datos se hace en tablas. La búsqueda se lleva a cabo determinando los datos a utilizar a ese fin, almacenados en las tablas seleccionadas al efecto, con los que se procede a la búsqueda de datos adicionales en otras tablas.

Esta búsqueda persigue unir los datos conforme atributos. Cuando datos y atributos coinciden, entonces se genera una tercera tabla en la que se relacionan.

De este modo, es posible unir a un número de documento de identidad la profesión de su titular, su situación impositiva, estado de salud, estado civil, religión, antecedentes, hábitos de consumo, etcétera.

La unión plasmada en la tercera tabla genera una persona virtual; retomaremos más adelante esta idea.

### III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En una concepción histórica de la responsabilidad civil, esta requiere la existencia de un daño atribuible por vía de un nexo causal a un acto u omisión ilícitos y la existencia de dolo o culpa en esa acción u omisión, lo que determina que quien sufrió el daño deba ser indemnizado.

Con posterioridad a la de responsabilidad basada en la culpa se desarrolló la teoría de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo creado, en la que el factor de atribución dejó de ser subjetivo, como lo era en la primera teoría, para pasar a ser objetivo.

Si bien puede entenderse que entre ambas teorías queda contemplado el universo de las situaciones posibles, "existen sectores neurálgicos donde la inadaptación de las reglas de la responsabilidad civil son particularmente evidentes y llaman a la reforma. Hoy los grandes temas que concitan nuestra atención y necesitan una revisión son... el daño informático... Éstas son manifestaciones típicas —las que hasta ahora conocemos— del impacto de la 'era tecnológica' en la responsabilidad civil"<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Medina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., "Función actual de la responsabilidad civil", en *Derecho de Daños*, La Roca, Buenos Aires, 1989.

#### IV. DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE REQUIEREN ACCIONES Y OMISSIONES

Según cual sea el punto de partida —lo que no está prohibido está permitido o bien el iusnaturalismo— los derechos son el anverso-reverso, el continente-contenido, en relación a las obligaciones.

Las personas son centros de imputación de normas o viceversa, según cual sea la definición de persona que adoptemos, y sus acciones y omisiones son los vehículos de los derechos y de las obligaciones.

Delineado así el escenario en el que desarrollamos este trabajo, intentaremos determinar ahora cuáles son los derechos y obligaciones y las acciones y omisiones involucradas en el tema en análisis.

La cuestión relativa a los bancos de datos personales, el *habeas data* y la responsabilidad por la información incorporada y procesada, se plantea como un conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad como así también la honra y el buen nombre de las personas.

En este orden de razonamiento, los derechos y obligaciones a estudiar son el derecho a la información, tanto en el sentido del derecho a informar como en el del derecho a ser informado, y el derecho a la intimidad.

La ley francesa 78-17, del 6 de enero de 1978, sobre la informática, los ficheros y las libertades<sup>4</sup>, es una norma paradigmática con relación a la protección de datos personales contenidos en bancos de datos informatizados.

El artículo 36 de la ley incluye en su texto, directa e indirectamente, los derechos y obligaciones de los titulares de los bancos de datos y de las personas cuyos datos se encuentren incorporados a los mismos.

"El titular del derecho de acceso podrá exigir que las informaciones que le afectaren y fueren inexactas, incompletas, equívocas, caducadas, o cuya colecta, utilización, comunicación o conservación estuviere prohibida, sean rectificadas, completadas, aclaradas, actualizadas o canceladas...".

Para el estudio de esta norma proponemos sustituir el término "información" por "dato", a fin de homogeneizar el vocabulario utilizando la misma palabra para identificar al "banco de datos" y a su contenido, es decir, los "datos".

Partiendo del texto de esta ley resulta que las acciones que puede adoptar el titular del banco de datos son las siguientes:

- coleccionarlos
- utilizarlos

<sup>4</sup> *Journal Officiel*, 7-1-1978.

- comunicarlos
- conservarlos

Estas acciones puede ejecutarias respecto de datos que pueden ser:

- exactos o inexactos
- completos o incompletos
- claros o equívocos
- vigentes o caducados
- permitidos o prohibidos, en relación a las acciones precedentemente descriptas.

Los titulares de los datos contenidos en esos bancos de datos pueden, a su vez, exigir que sus datos sean:

- rectificadas
- completados
- aclarados
- actualizados
- cancelados

La precedente es una enumeración primaria de los derechos y correspondientes obligaciones.

En consecuencia, cuando nos surten dudas y las obligaciones de sus datos en bancos y de las personas concernidas cuyos datos se encuentran incorporadas en dichas bases de datos, entonces la responsabilidad de los bancos de datos es un tema que no presenta mayor dificultad para su resolución, pues habrán de aplicarse las mismas normas que son de aplicación en otras situaciones de hecho.

Así, si la base de datos colecciona datos que está prohibido coleccionar, y los comunica o difunde. Su responsabilidad no requiere mayor aclaración.

## V. PROPIEDADES DE LOS DATOS

Entendemos que este modo de encarar la cuestión no aporta nada a la solución de los problemas que se presentan en casos concretos, tales como la pérdida o perturbación de la posibilidad de obtención de crédito.

Tal perturbación o pérdida se expresa en modos diversos, entre ellos la denegación de solicitudes de operar en cuenta corriente o crédito con bancos comerciales o el pedido de cierre de cuentas abiertas en esos bancos, que afrontan las personas cuyos datos de identidad son incorporados a bancos o bases de datos de informes comerciales que los relacionan con otros datos referidos a incumplimientos o morosidad en el cumplimiento de obligaciones, ya sea en forma directa por el individuo concernido o bien por un tercero con el que la base de datos lo relaciona.

En tales circunstancias los individuos concernidos pretenden que sus datos sean rectificadas, completados, aclarados, actualizados o cancelados, en razón de ser inexactos, incompletos, equívocos o por haber perdido vigencia.

Si la rectificación es requerida por cuanto existe error en un dato, y como consecuencia de ese error el individuo concernido puede sufrir o sufrir un daño, la cuestión de responsabilidad no presenta novedad.

En cambio, cuando el individuo concernido pretende hacer emerger la responsabilidad por datos incompletos, equívocos o sin vigencia, la cuestión no es igualmente clara.

Un banco o base de datos recoge o colecta datos teniendo en cuenta el fin para el que fue diseñado. Ese fin es el que determina la organización del procesamiento de los datos y el modo de relacionarlos.

En realidad, cuando la base de datos:

1. incorpora datos concernientes a personas,
2. los datos que incorpora son más de uno por sujeto concernido,
3. su diseño permite relacionar los datos de un individuo de modo que el individuo concernido es identificable por el resultado arrojado por las relaciones establecidas,
4. admite la relación de los datos del individuo concernido de modos diversos, entonces el individuo concernido respecto de quien el banco de datos brinda información que permite su identificación por nombre, documento de identidad, vínculo con terceros, etcétera, "será" diferente según cuales sean sus datos incluidos en la "relación" informada.

Esa "relación" la denominamos el "perfil" del individuo concernido. Un ejemplo de perfiles diversos de un individuo cuyos datos han sido incorporados a una base de datos de informes comerciales es el siguiente:

- Incluido o no incluido en la base de datos.
- Bancarizado o no bancarizado.
- Parte en procesos judiciales:
  - Demandante
  - Demandado
  - Otra
- Merecedor de crédito hasta determinados montos.
- Vinculado a otras personas:
  - Familiarmente
  - Contractualmente
  - Crediticiamente (garante, fador, tarjeta de crédito adicional)
  - Societariamente
  - Otros vínculos

- Cumplidor.
- Meroso.
- Objeto de consulta por otro/s.
- Etcétera.

Estos perfiles pueden, a su vez, variar según las fechas entre las cuales la consulta debe ser respondida.

## VI. LA PERSONA VIRTUAL

El concepto de realidad virtual está asociado a la informática y las telecomunicaciones, determinantes e instrumentos para la determinación de sus dimensiones temporales y espaciales.

El hombre también puede ser construido con la ayuda de la informática y las telecomunicaciones como una persona virtual.

El construccionismo y la posmodernidad nos hablan de la realidad construida, de la inexistencia de realidades objetivas.

El hombre es una realidad diversa, desde el punto de vista de aquellos que con él se relacionan, según sea percibido por esos terceros.

Esta diversidad de percepciones desagrega al individuo en perfiles diversos y cambiantes, según los datos conocidos y considerados por quien los percibe y el objetivo y el modo en que relaciona esos datos.

El Derecho puede proteger al individuo para que ciertos datos suyos que no son públicos y cuya publicidad puede ser perjudicial no sean incluidos en los bancos de datos. También puede establecer que ciertos datos cuya antigüedad supere un tiempo determinado no puedan ser incluidos en los bancos de datos o relacionados en general o en particular. En ese caso podemos entender que lo que se tutela es el control sobre los datos concernientes a la propia persona que hayan salido de la esfera de la intimidad de esta.

Estos dos ejemplos tienen en común que en los casos supuestos el legislador puede decidir sobre la acción, en este caso la incorporación de datos. En otros casos, como el de los datos nominativos sensibles, tales como orientación política o sexual, religión, color de piel, etcétera, cuando se prohíbe su colecta la decisión legislativa se refiere a la imposición de una omisión de acción.

Por lo general, los reclamos que los individuos concernidos hacen contra los bancos de datos de informes comerciales, se asientan formalmente sobre los datos. En otra palabras, ese es el reclamo manifiesto, pero la queja se refiere al perfil que generan los datos cargados y relacionados que son comunicados a terceros.

No son esos datos, si son verídicos, los que generan el perfil que motiva la queja por el daño que causa al individuo concernido al coartar su acceso al crédito.

Esos datos por sí solos son sólo un conjunto de datos, que han sido procesados y relacionados de acuerdo a un programa definido por el titular del banco de datos.

Si el banco de datos no agrega "opinión" al resultado del procesamiento, o si lo que agrega son datos que no implican juicio de valor sino que son parámetros que indican el encuadre de los datos, éstos siguen siendo sólo datos.

La oportunidad en la que los datos se transforman en "información" es cuando el tercero agrega un juicio de valor.

La información es entonces el resultado de un nuevo procesamiento en el que concurren datos más valoración de los datos, es decir, objetividad sustentada en documentación verificable sumada a subjetividad que se manifiesta como percepción.

Los datos sirven para construir tantas "personas virtuales" como percepciones hay de ellos.

El individuo concernido cuyos datos son percibidos por terceros queda desagregado informáticamente en "personas virtuales", es decir, perfiles, que él, desde su percepción, no ve coincidentes con ésta última.

## VII. DISCRIMINACIÓN Y RESPONSABILIDAD

Hemos asociado al comienzo de este trabajo —no lo hizo la autora de la cita— la afirmación de que las reglas de responsabilidad civil no se adaptan al impacto de la era tecnológica, con la cuestión relativa a bases de datos informatizadas y a la protección de los datos personales.

A partir de la consideración del daño generador de responsabilidad como un emergente de la percepción de los datos, no de los datos por sí solos ni de su procesamiento, entendemos que la responsabilidad debe ser analizada desde otro punto de vista.

No es necesario modificar o renovar las reglas de responsabilidad civil para atender los casos en los que se infringen normas claras en materia de colecta, procesamiento, utilización y difusión de datos, pues las teorías existentes son aplicables y suficientes.

La aplicación de esas teorías a los casos en que el daño resulta de la "persona virtual" o "perfil desagregado" construido sobre la base de datos amalgamados por la percepción, se asentaría sobre la pretensión de que toda construcción que no coincida con la que el individuo concernido ha hecho de su propio perfil e imagen, es errada. Pero, como es una cons-

trucción, entonces genera responsabilidad en quien la construyó, pues construir es un acto volitivo.

Quizá no son las reglas de responsabilidad las que mejor contemplan el caso planteado.

Si un individuo cuyos datos se encuentran incorporados a una base de datos, ve coartada su posibilidad de obtener crédito, continuar operando bancariamente o comenzar a hacerlo, sus posibilidades de actuación y desarrollo económicos se ven seriamente perjudicadas.

Quien le niega el crédito o no lo acepta como cliente no es el banco de datos en el que los suyos están incorporados, sino que es un tercero con quien pretende relacionarse económicamente.

Cuando ese tercero, el dador de crédito, adopta su decisión negativa respecto del individuo concernido, sobre la base de una percepción apoyada exclusivamente en los datos suministrados por el banco de datos, lo discrimina.

Tal discriminación es asimilable a la que practica quien decide su relación con otro por el color de piel o la religión. Si bien los datos son ciertos, como lo es el color de piel o la religión, la percepción, subjetiva y parcial, es considerada suficiente para adoptar la decisión discriminatoria: quien decide basándose en esa percepción, sin atender la información adicional que pueda brindar el individuo concernido, lo discrimina por su "perfil informático".

Considerada así la cuestión, la responsabilidad de los bancos de datos cesa en su aparente independencia, que se fundamentaría en el elemento informático, y puede ser abordada con las teorías conocidas.

Por su lado, la discriminación a la que contribuyen los datos colectados y procesados por la base de datos, en tanto generadora de responsabilidad para quien discrimina, puede tener un tratamiento que tampoco requiere de innovaciones que atiendan al elemento tecnológico, ya que éste no contribuye a la discriminación.

Este desdoblamiento de la cuestión es equitativo, en tanto adjudica responsabilidad a cada uno conforme a la medida de su intervención en la generación del daño.

No es necesario recurrir a la teoría de la responsabilidad objetiva para involucrar a los bancos de datos, pues la imputación puede ser hecha en modo directo a quien asume la decisión discriminatoria que produce el daño.

Es claro que, por otra parte, el reconocimiento de la existencia de tantas "personas virtuales" como percepciones existen, resalta la cuestión del marco del derecho a la intimidad, cuya colisión con el derecho a la información, sería la causante del conflicto en cuya dinámica se genera la problemática de la responsabilidad que aquí abordamos.



## **LECCIONES**



**LOS TESTIGOS SON LOS OJOS DE LOS JUECES.**  
**La formación de creencias en los procesos penales orales**

**BEATRIZ KALINSKY**

*"La justicia no trata con inocentes",*  
Krzysztof Kieslowski. De la película "Rugos"

I. Podría decirse que un proceso oral de la justicia penal es un ámbito privilegiado de formación de creencias. Breve y contundente, se consolida en él formas de ver las cosas que si bien limitadas al caso que se esté ventilando, muestra la índole cultural del fenómeno.

No se convoca la presencia de los jueces, que tendrán que dar sentencia, en el momento en que se produce el hecho que luego será juzgado como delito; de ahí que los jueces deben conjeturar, inferir, armar un cuadro más o menos razonable de lo que "allí" pasó para poder, "aquí", dictar sentencia y resolver sobre la inocencia o culpabilidad de quien está imputado.

Ellos nunca están "allí" pero miran el lugar del delito a través de las declaraciones de los testigos que, a su manera, si estuvieron "allí", viendo "los hechos".

Esta situación casi obvia desencadena, sin embargo, un fenómeno atravesado por los múltiples ejes de la formación de creencias.

II. El ámbito de las creencias ha sido "naturalmente" asignado a la antropología. O, lo que es casi lo mismo, es la antropología quien se ha encargado de establecerlo como objeto propio de conocimiento.

En una versión clásica, la creencia ha sido considerada como un fenómeno colectivo subvaluado en términos de sus capacidades de relevar al mundo (Evans Pritchard, 1937, para un ejemplo siempre citado). Una suerte de imagen distorsionada de lo que "realmente" acontece. Superstición, magia, falsedades ideológicas han sido las connotaciones adjudica-

cedas a la creencia. Una realidad que es viciada por las razones (falsas) que la gente adjudica sobre causalidades o efectos de sus acciones.

Sin embargo, las cosas han ido de a poco cambiando, al menos en los aspectos conceptuales. Si bien la antropología sigue ocupándose del estudio de las creencias, las concepciones sobre ellas han variado sustancialmente.

En primer lugar, ya no se considera a la creencia como una "idea falsa", acomodada (*ad hoc*) a ilusiones de verdad. Ya no es un mundo que se perfigura objetivo quien dictamina si los enunciados que a él se refieren son verdaderos o falsos. La creencia es, ahora, una mirada particular que da un acceso posible a la realidad.

De tal forma que ya no hay distancia (epistemológica) entre "creencia" y "conocimiento". En ocasiones, estos términos son usados como sinónimos (Hegggenhougen, 1991), equivalentes en sus capacidades de conocer, aunque específicos en la forma de relevar "la realidad".

Bajo estas renovaciones conceptuales hay una filosofía crítica reflexiva sobre la naturaleza de la propia realidad. Han tomado peso teórico los componentes interpretativos que construyen diferentes realidades, según sean las circunstancias y el papel que nos toca jugar en ellas. Ésta es una visión "constructivista" de la realidad (Watzlawick y Krieg, 1994). Plantada en términos "moderados" dice que la gente no sólo tiene visiones diferentes según sea su posición sino que, más aún, arma realidades a las que asigna verosimilitud, actuando y proyectando cursos de acción acordes.

Que algo nos parezca creíble, que pueda servirnos como orientación o que funcione son algunos de los criterios que priman en la elección de las creencias. Las cosas pueden variar en forma abrupta, y entonces, elegiremos otro conjunto de creencias que podrán ser o no complementarias de aquéllas. Éste es un proceso continuo de la dinámica social que se nutre de distintos sistemas de creencias.

El mundo actual ya no se sostiene en la posibilidad de la unicidad de propósitos ("felicidad", "justicia", "igualdad", "libertad"). Las elecciones se hacen con fines múltiples cuyas intenciones no están aisladas (Gellner, 1992). No se pueden aludir "buenas" razones para un "sí" o un "no" que defina cada situación. Se hace difícil explicar las causas de las elecciones que hacemos a lo largo de nuestras vidas. Pero eso no quiere decir que no haya necesidad de explicar nada. Antes que dar argumentos racionales, fundados en elecciones tomadas con criterios objetivos y maximizadores de las oportunidades que se nos presentan, se trata de otorgar sentidos que nos sean útiles y creíbles, y, desde luego, que funcionen (Watzlawick, 1990). La realidad es cuestión de interpretaciones que van haciendo un hilo conductor que, compartido y muchas veces institucionalizado, erige verdad. De ahí en más, serán formas de auxiliarnos en situaciones tanto cotidianas como críticas, porque tomamos en serio esas interpretaciones y les otorgamos validez cognoscitiva.

III. Los jueces cuentan con las pruebas. Son ellas las que van convocando sus creencias. Algo está siendo comprobado: ha sido dicho por varios testigos, ya sea por mención u omisión. Algo va adquiriendo cierta fuerza probatoria porque conviene, encajando en el cuadro de situación que se está formando. Algún hecho se va constituyendo en prueba a medida que adquiere cierta *verosimilitud*, una suerte de credibilidad en el marco del resto de las certidumbres que van surgiendo a lo largo del proceso. Dicho en otras palabras, los jueces van delineando su propia presencia en el hecho cometido tomando como factor de mediación los testimonios con que cuentan. Ellos podrán ser suficientes o no, parciales e interesados, mendaces o veraces. Podrán contener las maneras infinitas que la gente tiene para relatar sucesos que "vio" en cierta manera pero que dejó de ver en cierta otra manera. Los relatos de los testigos contienen toda la carga de emoción, y discreción o exaltación, que puede haber en la reconstrucción de un hecho delictivo, que es, según tiempos y lugares, más o menos extraordinario. Pero eso es con lo que cuentan; es desde donde deberán llegar a un veredicto.

Las partes —defensoría y fiscalía— podrán haber hecho bien su trabajo, o más o menos. Pero los jueces no son las partes, y deberán conformarse con lo que tienen<sup>1</sup>. Mucho o poco, bueno o malo, deseable o incompleto tendrán que, sólo a partir de ellas, armar ese hecho delictivo de manera que los convenza, para poder así llegar a una sentencia justa. No olvidemos que los jueces tienen que hacer justicia.

La cadena epistemológica que ellos deben respetar es restringida: un hecho se convierte en prueba. El conjunto de las pruebas que se van a tomar en cuenta, junto a otro que se descarta, van produciendo una *certid* que se expresa en las argumentaciones de la sentencia. Cada uno de los jueces respetará esta hilación, aunque a su propia manera, que podrá o no ser coincidente con la de sus colegas. Pero todos, sin excepción, deben atenerse a este proceso de conocimiento que, sin duda restrictivo, permite, por eso mismo, establecer un denominador común para la sentencia, asegurando la legitimidad del procedimiento. Escueto y flexible en cuanto a los contenidos que se le puedan adjudicar es, por otro lado, rígido sobre los límites en que pueden moverse las diversas interpretaciones que se vayan promoviendo.

IV. Decimos que la sentencia es el escalón final de una producción cultural donde la consolidación de creencias tiene un papel preponderante.

<sup>1</sup> Salvo que adopten una postura fiscalista o defensorista que no les compete en tanto jueces de sentencia.

La creencia es una idea a la que le tenemos confianza como guía para comprender determinada situación. Es una forma de ver las cosas que nos parece acertada y, entonces, persuasiva. Así las cosas, le otorgamos una cierta capacidad de conocimiento. Es esa idea la que nos da, porque se lo concedemos, el acceso a una cierta realidad. Es ella la que nos permite conocer, por ejemplo, los acontecimientos que se desarrollaron durante la comisión de un hecho delictivo, aunque no hubiéramos estado "allí". Si bien nadie osaría replicar que éste es un acceso sumamente mediatizado por "los ojos de los testigos", tampoco nadie asumiría que es una forma ilegítima de reconstruirlos. Es una manera ordinaria de proceder hasta en la vida cotidiana que no tiene ningún viso de excepcionalidad.

Si se conoce "tal como las cosas fueron" entonces las pruebas acreditadas en el expediente se convierten en marcadores de verdad. Desde luego, un acercamiento verosímil. Pero entonces se está poniendo sobre el tapete una forma de la "verdad" que no admite estricta coincidencia con lo que "realmente" pasó, sino, antes bien, es un acercamiento aproximado pero que se cree cerco. Esto no hace más que modificar un criterio de verdad que pueda asumir que las cosas fueron así —muchas veces descriptas con minuciosidad en la sentencia— a otro en que se admite que los accesos cognoscitivos de los jueces dependen de determinadas condiciones que pueden darse o no, a pesar de lo cual deben dictar sentencia.

De esta forma, no se podría hablar de "verdad" con rigurosidad epistemológica. Y allí desembocamos otra vez en las creencias. Ellas producen verdad, generan ciertos efectos de verosimilitud y persuaden. El proceso oral, que consiste ante todo en palabras y gestos, es así un medio institucional de autorización para creer de alguna forma y no de otra.

Genera convicciones que, a su turno, autorizan para decir una verdad que pierde, paulatinamente, sus tintes mediatizados y reconstruidos. Dada la sentencia, la realidad fue la que se dice y no otra. Queda atrás el núcleo de legitimación de esa verdad que contiene todos los elementos de incertidumbre por los que se forma una creencia. Éste es el salto epistemológico que parece no poder eludirse. La creencia se muda en verdad, la verosimilitud en valor probatorio y la persuasión en imparcialidad. De los motivos que avalan una sentencia quedan *excluidos los criterios que se pusieron en danza para asumir ciertas convicciones y no otras*. Por lo tanto, se pierde el carácter de "creencia" para convertirse en "verdad" como sinónimo de "las cosas ocurrieron así".

"El valor de la prueba no está fijado ni determinado y corresponde a su propia apreciación [se refiere al juez] evaluarlas y determinar el grado de convencimiento que puedan producir sin que tenga el deber de justificar el por qué da mayor o menor mérito a una prueba que a la otra, ni estar obligado a considerar todas las pruebas producidas. La casación no es una segunda instancia. No puede provocar un nuevo examen crítico de los motivos probatorios que dan base a la sentencia" (extracto de una res-

puesta del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, al rechazar el pedido de un recurso de casación).

V. Las declaraciones de los testigos son, entonces, una fuente de formación de tales creencias. Ellos tienen, ante todo, una *palabra autorizada* previo juramento de verdad. Pero nada puede enlazar una y otra cosa, salvo el mismo testigo que mantiene silencio sobre la correspondencia entre lo que dice, la exigencia de verdad y lo que él cree que es verdad. La presencia y las palabras que va desgranando un testigo generan una situación particular de interlocución. Hay quienes preguntan y quienes contestan. La situación no es intercambiable<sup>2</sup>. Los jueces tienen la intención de creer, pero son los testigos quienes deben dar las razones para cimentar la creencia. La palabra del testigo no es espontánea porque la propia autorización que le da el procedimiento penal hace que necesariamente deba ser codificada. La ritualización es la condición de la expresión de las palabras. Debe destinarse la respuesta a una pregunta específica, con poco margen para ejercer una evaluación libre de la pregunta (por qué fue formulada, en qué momento de la comparecencia, con qué fines puede contestarse, y así).

Los testigos deben decir, ante todo, lo que vieron. Un paradigma visualista que parece otorgar preponderancia a lo-visto, antes que a lo interpretado. Descripciones descarnadas, dejando de lado, aunque sea por un momento, los diferentes sentidos que el testigo pudo haberle dado a eso que vio. Pero justamente como se pide hablar al testigo, para contar lo que vio no puede evitarse el conjunto de criterios que usó para definir una situación: la de la escena del delito como la de la audiencia oral. De acuerdo con las inflexiones narrativas que tenga cada testigo, se generará mayor confianza en su relato. El testigo puede estar jugando su propia partida, a favor o en contra del imputado, y tratará de que esta meta no se note. Algunos lo logran y otros no. Porque los jueces sienten que la mirada que ese testigo les proporciona no coincide con aquella otra que se están formando. Los testigos ponen en marcha todo tipo de argucias para cumplir con ciertas finalidades: irse lo más pronto posible, evitar las contradicciones, decir "no sé" o "no me acuerdo", dar un determinado énfasis a su declaración, cumplir con una carga pública, sin excepción, incómoda. Pero las metas de los testigos no son las mismas que tienen jueces, defensores o fiscales. La verosimilitud de su palabra se va gestando en la medida que estas finalidades confluyan. Por eso hay testigos "más transparentes" o "más ingenuos" o "más inocentes"<sup>3</sup>, todos adjetivos relacionados a una supuesta capacidad universal para mentir sin que sea demasiado obvio.

<sup>2</sup> En los casos que ello ocurre, que no son pocos, se genera un clima de incómodidad. Tratando de que el testigo no sienta las tensiones propias de la situación, no puede evitarse que la interlocución tenga una sola dirección.

<sup>3</sup> Confesionalmente, se coincide en que los niños no son capaces de dar testimonio falso

El mapa de la realidad se va dibujando a medida que pasan los testimonios; pero también en una otra medida, nunca del todo acabada, que otorga mayor o menor autorización a las respectivas palabras de los testigos. Los jueces miran por los ojos de los testigos, a veces de acuerdo y otras veces a pesar de lo que esos ojos cuentan. O porque el relato está "arreglado" de antemano, o por los gestos y las mañas que el testigo despliega, su incomodidad o flagrantes contradicciones en las que incurre. Esos testigos también son los ojos de los jueces porque miran en algún sentido contrario de lo que dicen.

Si bien la situación de interlocución tiene una sola dirección, en sentido estricto sus participantes se influyen entre ellos. El que pregunta puede inducir la respuesta de muchas maneras diferentes. Ante todo con la mirada. Por lo tanto, los jueces la poseen impiadosamente sobre los testigos estableciendo los límites en que las respuestas pueden ser dichas. Y esos ojos no son inocentes. La mirada de los jueces está atravesada por un conjunto de condiciones que se convierten, a su tiempo, en criterios por los cuales se ponderará la verosimilitud del relato. El mapa de la realidad que los jueces se van formando no es, entonces, situacional. No se crea uno por cada caso ventilado. Al contrario, parece que se va sedimentando a lo largo del ejercicio de su función, con instrumentos tales como la experiencia, la percepción, la captación "intuitiva", los presupuestos y la jurisprudencia que se va asentando.

Toda palabra dicha por un testigo, todo gesto insinuado, toda contestación intentada es tamizada indefectiblemente por el conjunto de presuposiciones que se ponen en marcha en la evaluación de un fragmento de relato como candidato a convertirse en una "prueba".

Y, una de las presuposiciones es que, como dice el epígrafe elegido para este artículo, "la justicia no trata con inocentes". Todos desconfían de todos, se pone en duda la honestidad de las declaraciones así, como de la otra parte, el imputado casi siempre se siente mal juzgado, porque se consideraron unas pruebas y no otras, o porque algún acontecimiento se convirtió en prueba cuando no había sustento para que ello ocurriera.

Una presuposición complementaria en que la situación en que se expresa un testimonio, que como dijimos es ante todo un *facto oral*, es que la interrupción de ese relato está en manos de las autoridades judiciales. Un testigo dijo: "¿relatar [los hechos]?... relatar, ¡no!... si ellos [preguntaban]!". Como pocos, esta persona logró darse cuenta qué es lo que estaba en juego en esa situación de declaración. No es el testigo quien dice "suficiente, puede retirarse". El testigo queda a merced de una hegemonía ejecutada

---

ante las características de la situación de declaración. Esta idea es producto de un estereotipo social que hace del niño un individuo fundamentalmente inocente. En estos tiempos, esta concepción de la niñez está cambiando abruptamente, aunque hay cierto rechazo a pensarla en otros términos.

por la autoridad que no sólo tiene que ver con los tiempos y modos del relato. También, y quizá más importante, la ejerce en los niveles perceptual y normativo. Las preguntas van modificando las respuestas todo el tiempo, metiéndolas dentro de determinados moldes que sirven al lenguaje jurídico. Siempre hay intentos para salirse del encajonamiento a que las respuestas están destinadas: "contra-preguntas" rechazadas, vaguedades que son imperiosamente conminadas a precisarse y los objetivos disparas de los testigos, ocasionan perturbaciones en la consolidación de una prueba.

Casi siempre la autoridad judicial pone en duda las percepciones del testigo. ¿Fue como Ud. lo vio o de otra forma? ¿Está seguro de que las cosas no fueron de otra manera? ¿Cuéntenos por qué está tan convencido de que lo que vio es lo que nos está diciendo? y giros por el estilo son frecuentemente usados para imponer los parámetros jurídicos a las narraciones de los testigos. No es que estemos pensando que los testimonios son descripciones "primarias", no mediatizadas por prejuicios, estereotipos, vivencias y normas que rigen en el pensamiento y las acciones de las personas. Estamos diciendo que sobre ellos se imponen criterios según los cuales las cosas deben ser dichas. No se puede relatar de cualquier modo, según las apetencias y razones esgrimidas por el relator. Ni tan siquiera es relator en tanto su función se reduce a rellenar de contenidos las formas jurídicas que dan legitimidad a los relatos testimoniales. Porque son esos mismos criterios los que dan verosimilitud a la futura sentencia.

VI. Los jueces dictan sentencia, inculcando o absolviendo. De acuerdo con el principio vigente de la "sana crítica racional" deben dar las razones de su voto. Y para ello apelan a las pruebas elegidas porque dan confianza al cuadro que reconstruyen de los hechos. La sentencia sobreviene después de una batalla en que el componente semántico está en primer lugar. No es el dato histórico lo que cuenta, sino el sentido con que ese "dato" es rescatado del devenir de los acontecimientos.

Las partes—defensa y fiscalía—hacen lo suyo para que, una a una, las interpretaciones que se expresan queden apegadas a los propósitos que cada una de ellas persigue. La batalla legal queda sometida al énfasis interpretativo contrario que cada uno intenta imprimir a "los hechos"<sup>4</sup> y, en consecuencia, a los datos que van configurando el cuadro completo en la imaginación de todos. Se intenta que los testigos colaboren en dar el colorido requerido a estas direcciones contrarias que toman las argumentaciones. A veces se logra porque cada testigo tiene, por su lado, sus propias razones, dichas o no, que no vienen al caso. No puede evitar

<sup>4</sup> Aun cuando medie la confesión del imputado.

hacer un pre-judicio sobre esos acontecimientos que van siendo lentamente sacados a la luz y aportar su granito de arena a favor o en contra, más allá de que pueda haber sido preparado para declarar. O quizá sea absolutamente indiferente en lo que a él respecta, de modo de arruinar la meticulosidad con que se pretende que su testimonio haga parte de ese particular énfasis.

*Los testigos serán los ojos de los jueces, pero la mirada que posa sobre los hechos quien dicta sentencia es sólo suya.* Nuevamente aquí se hace presente nuestro epígrafe: "la justicia no trata con inocentes" sin pasar por alto, agregaríamos, su alta selectividad. Hay una cierta concepción antropológica que pertenece a los jueces (y, más en general, a los operadores jurídicos) que se comparte en términos generales, aunque pueda haber matices en que disientan. Se supone que esa visión genérica que tienen del hombre es la que está representada en los códigos y es la que sostiene la mayoría de la gente. De esta forma, la absolución o la inimputabilidad, que son figuras que permiten a las personas despegarse de sus procesos penales al menos en los aspectos jurídicos, se resuelven por tecnicismos antes que por el convencimiento de que esa persona llegó a ser imputada por simple azar<sup>3</sup>. Y, en el caso de la inimputabilidad porque "se legisla para gente que está en sus cabales", aunque pueda quedar sometida a las normas de otras instituciones totales (establecimientos psiquiátricos, por ejemplo).

Ante todo se juzgan intenciones y sus resultados en las acciones cometidas. De otra manera no puede establecerse juicios de reprochabilidad. Dice Fontán Balestra (1966) que "el juicio de culpabilidad se inicia refiriéndose al acto psicológico de intención o negligencia para llegar a la valoración del elemento motivador o caracterológico a proclamar que el acto psicológico no es culpable o que si lo es, en cuya hipótesis surgen las especies normativas del dolo y la culpa".

La relación íntima y visceral del autor con el hecho es lo que finalmente reconstruye la mirada de los jueces. Pero de esa relación sólo se tienen pistas. Ni los peritajes, ni los relatos de los testigos ni siquiera una posible propia confesión del imputado pueden llegar a desentrañar las "verdaderas" motivaciones que inspiraron la posible acción delictiva. Los sistemas de creencias no dicen las cosas claramente. No hay razones lineales que puedan cubrir nuestras necesidades causalistas. Hay elecciones múltiples que tienen, asimismo, sentidos múltiples. En cambio, la concepción normativa de la culpa exige la motivación reprochable. Quizá una entre otras tantas que no lo son. Debería poder encontrarse, enton-

<sup>3</sup> No nos estamos refiriendo, en este preciso instante, a causas que son "fabricadas" con el expreso fin de encontrar "culpables". Este punto merece reflexiones aparte (Foucault, 1990).

ces, al menos una que si lo sea para que pueda, legítimamente, iniciarse el juicio de culpabilidad. Y es en este preciso punto donde entra en escena la idea que hace a la matriz de referencia de los jueces: la casualidad está reñida con la ansiada causalidad. La primera pregunta es ¿hubo delito? Si lo hubo, entonces también hubo motivación. Si le era exigible otra conducta no reñida con los códigos eso se verá. Pero nadie llega en "estado de inocencia" a una mirada jurídica. Y son las intenciones las que entran en un primer plano, llamando su revelación la principal atención. Las intenciones pertenecen, digámoslo así, al ámbito privado de las personas. Pueden o no expresarse en sus actos y, si lo hacen, sólo dan pistas indiciarias. Reconocido así, sólo puede haber "pruebas" de las motivaciones en tanto resulten respaldadas por otras pruebas, de carácter conductual. Pero no se pierde de vista, porque está en la matriz de referencia de los contenidos que se adjudican a la "naturaleza humana", estos marcadores que "ayudan a dilucidar quién pudo cometer el hecho". Leemos en una sentencia "un hecho como el que nos ocupa hiere los sentimientos comunes y sólo se comprende cuando existen disposiciones particulares de su autor" (la bastardilla es nuestra). En otras palabras, debe exigirse alguna concordancia entre los indicios morales de la personalidad de alguien con la índole de un delito cometido. La autoría se imputa con "más" certeza en la medida en que la personalidad del autor colabore en la conformación de una mirada jurídica en que ambas cosas —hecho y perfil personal— encajen de acuerdo a parámetros preordenados.

De las preguntas que muchas veces desencadenan la incredulidad o, en forma retunda, la negativa a contestar de parte de los testigos surgen, en el mejor de los casos, estas huellas corresponsables de los hechos.

Los indicios ilustran bien en qué consisten los sistemas de creencia. Tomemos como ejemplo una sentencia sobre un caso de delito de violación en grado de tentativa. Son tres jueces que ponderan las pruebas recolectadas y uno de ellos vota en disidencia. Aunque finalmente se lo absuelve por el principio de la duda razonable (*in dubio pro reo*), lo que nos importa aquí es el papel que en cada uno de los votos han tenido estas conjeturas en la reconstrucción de la mirada antropológica de los jueces.

El primer vocal votante<sup>6</sup>, además de describir la posible escena en que se desencadenó el presunto delito, se centra en la forma de ser de la también presenta víctima para enfatizar las contradicciones de su relato que surgen, sin duda, en las diferentes situaciones en las que declara. Este juez no logra convencimiento en su sentir jugativo sobre si existió o no delito, alegando que "no se pudo obtener ninguna explicación convincente y razonable que nos permita efectuar claramente la reconstrucción histórica del suceso". El relato de la supuesta víctima es insuficiente,

<sup>6</sup> Al que adhirió el segundo vocal en su voto.

ante todo porque no respeta el principio lógico de no contradicción. Dice cosas diferentes para narrar lo que se supone fue un único hecho, con un solo principio y un solo fin y, desde luego, con una sola sucesión de acontecimientos. Nada podría objetársele a este juez en su necesidad de requerir precisiones para respaldar su voto. Los testigos no pudieron cumplir con su papel de permitirle el acceso cognoscitivo al hecho, o por lo menos ese juez considera que el acceso logrado no le permite "conocer". No cree en los argumentos de la mujer porque se contradicen pero, además, porque no respetan las cadenas causales que él cree que debieron ocurrir. Se pasó tal cosa entonces necesariamente debió pasar tal otra. En el relato de la mujer la secuencia está rota, de forma tal que no condice con la creencia del juez como para dar certidumbre a lo que ella está contando. En ese instante sus palabras pierden credibilidad frente a las creencias del juzgador. Las contradicciones en las que ella cae chocan con las creencias del juez acerca de cómo deben ser los discursos de la gente. Ésta es una convicción que cuaja con otra prueba que estima importante destacar según la cual "el examen médico practicado al imputado a pocas horas del hecho que se le atribuía, además de no verificar ninguna lesión compatible con el suceso, lo mostraba sorprendido, angustiado y sin comprender qué pasa". En su esquema antropológico, o sea cómo cree que es el hombre en un sentido genérico, la contradicción (de la mujer) responde al orden lógico de los acontecimientos en tanto la sorpresa o la angustia (del hombre) responden al orden de los sentimientos. Sin que ellos tengan puntos en común, son así esferas, en su concepción, claramente separables. En otras palabras, contemplando aspectos subjetivamente emocionales en uno, cree que no es posible que las narraciones contradictorias puedan ser un producto posible, o parcial al menos, de la misma conmoción que embarga la narración y que estuvo presente, seguramente, en el contexto del presunto delito. Su mirada jurídica finalmente se resuelve por una valoración insuficiente de las pruebas que nace de otra valoración, esta vez sociocultural, de quienes le dan el acceso cognoscitivo al hecho.

El vocal disidente muestra su desacuerdo ubicándose también en un punto de vista antropológico. Se juzgan, nuevamente, intenciones. Dice que la testigo no tuvo la voluntad de mentir, siendo la consideración de las contradicciones de otro cariz. Esta vuelta es del orden de la enfermedad, describiéndola como "una analfabeta que no ha podido sortear el estadio del pensamiento concreto propio de los doce años". Para este juez la dificultad que la mujer tiene para imprimir fluidez a su narración no obstaculiza la formación de su convicción acerca de la existencia del hecho. Desde su punto de vista, la mujer tiene la palabra "más" autorizada que en el voto anterior, porque "la enfermedad" es diferente a "la mentira" lisa y llana, que es moralmente devaluada en el sistema de creencias del "hombre medio". Hacer descripciones contrarias entre sí de lo que aparenta ser una misma situación por "ser enferma" quiere decir que

está más allá de su voluntad. No hay un componente de intención de mentir bajo el control voluntario de la mujer. La contradicción se eleva en su valoración moral y pasa a ser un producto, lamentable pero "esperado" de su condición de "enferma". Cuando las cosas se hacen voluntariamente, o sea con ánimo de que sean como son, entonces son reprochables. En caso contrario, disminuye significativamente la exigibilidad para que sean de otra forma. Ese es el criterio de la inimputabilidad que está vinculada con la incapacidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones.

Pero en este caso la mujer es la presunta víctima. Sin embargo, el criterio se mantiene tal cual está. Porque se cree con convicción que los seres humanos cuando pensamos y actuamos "racionalmente" lo hacemos con voluntad y conciencia, en "pleno uso de nuestras facultades". Porque la conducta humana "normal" es regular e invariable.

VII. El juez es un observador de hechos mediatizados por las pruebas, que a su vez están proporcionadas, en importante medida, por los relatos de los testigos. Todos estos componentes constituyen un proceso de conocimiento que forma parte de la matriz de referencia de los observadores. Se van consolidando convicciones en la medida de la razonabilidad aportada por las pruebas e indicios en su conjunto. Dicho de otra forma, la observación del juez combina dos factores: por un lado, descripciones de cosas que supuestamente sucedieron, que se repiten en sucesivos testimonios que van tomando, digámoslo así, una existencia formal. Pero, y aquí viene el segundo de los factores, la convicción de la existencia formal de una acción (delito) va necesariamente acompañada de un contexto de interpretación dado por los sistemas de creencias que se ponen en juego. Ambos componentes tienen cualidades cognitivas que avalan el proceso de conocimiento. Uno explícito y el otro no tanto, ambos dependen del otro. Se producen mutuamente, de tal forma que no es posible deslindar aquello que pertenece a uno y aquello que es del otro. De allí que "el sentir juzgativo", un giro bastante usado en las sentencias, reconduzca el lenguaje del sistema jurídico-penal por el camino de los demás ámbitos cognoscitivos: las definiciones dependerán de la tradición que se imponga, de las reglas del lenguaje a que se someta y de las distinciones que reducen la complejidad propia de la realidad (Stierlin, 1994).

El ámbito de conocimiento de los procesos penales no goza de ningún privilegio —técnico o moral— y sufre las desventajas de cualquier manera de acceder a alguna realidad. En él, la formación de creencias se arraiga en concepciones previas e indisolubles que hacen trastabillar pretensiones de objetividad e imparcialidad. De ahí sus efectos creativos sobre el mundo.

**BIBLIOGRAFÍA CITADA**

- EVANS-PRITCHARD, E. E., *Witchcraft, Oracles and Magic among the Azande*, Oxford University Press, Oxford, 1937.
- FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- FOUCAULT, M., *La Vida de los Hombres Infames*, Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1990.
- GELLNER, E., *El Asado, la Espada y el Libro. La Estructura de la Historia Humana*, F.C.E., México, 1992.
- HEGGENHOUGH, H. K., "Perceptions of health-care options and therapy-seeking behaviour", en Cleland, J. & Hill, A. G. (eds.), *The Health Transition: Methods and Measures*, Health Transition Series, nro. 3, Health Transition Centre, The Australian National University, 1991.
- STIERLIN, H., "Entre el riesgo y la confusión del lenguaje. Reflexiones sobre la teoría y práctica sistémicas", en Watzlawick, P. y Krieg, P., *El Ojo del Observador. Contribuciones al Constructivismo*, Gedisa, Barcelona, 1994.
- WATZLAWICK, P., *La Realidad Inventada. ¿Cómo Sabemos lo que Creemos Saber?*, Gedisa, Barcelona, 1990.

## ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

ROBERTO MARIO MORDEGLIA

### I. ECONOMÍA Y DERECHO

1. *El derecho constitucional como ordenamiento.* No deja de ser un tanto presuntuoso aludir, como sector jurídico, al derecho constitucional económico, no por referirse en gran medida a los derechos llamados de segunda generación —en cuanto a su identificación, no por su importancia— sino porque se corre el riesgo de sugerir una especialidad de principios, que no es el caso. Por ello, convencionalmente esa alusión no tiene otro significado que aludir una parte del derecho constitucional. Si se concibe a la Constitución de un país, siempre, como un dispositivo de control del poder<sup>1</sup>, que es su sentido normal, se advierte enseguida que con relación al sistema económico la Constitución debe ser también el marco para que se asiente esa ancestral relación entre derechos individuales y ejercicio del poder<sup>2</sup>.

Cuando se hace referencia al derecho constitucional, por una parte, parece que se acepta hoy, generalizadamente, una remisión al concepto de Derecho como ordenamiento jurídico, concepto que no es prescindente del reconocimiento de la existencia de valores y por consiguiente de prin-

<sup>1</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1965, pág. 28.

<sup>2</sup> Por sistema económico se entiende el conjunto de actividades económicas de las particulares y las acciones del Estado, actuando en el ámbito de un ordenamiento jurídico. De allí que se desdoble en sector público y sector privado, lo cual desde la perspectiva jurídica significa que existen relaciones económicas entre las particulares que implican la reglamentación de derechos de éstos por las órdenes de fondo (art. 75, inc. 12, Const. Mex.) y también relaciones entre las particulares y el Estado cuya reglamentación surge fundamentalmente de los restantes ítems del art. 75, y del art. 4° en cuanto prevén actuaciones del Estado en distintos ámbitos económicos, incluyendo la regulación de los servicios públicos, ahora expresamente implicadas en la Constitución (art. 42, Edo. párr.).

ciplias generales que de ellos se desprenden y que no sólo sirven para interpretar el texto, sino también como un objeto por lograr al que se debe tender, pues es sabido que tal concepto (ordenamiento jurídico), si bien arrastra del positivismo normativista, tras una serie de desarrollos como los de Santi Romano, logra superarse<sup>3</sup>, de igual modo que parece insuficiente el derecho constitucional positivo, debiéndose entender a las normas como signos exteriores de aquellos valores.

En igual sentido razonan aquellos enfoques trialistas sobre la compleja dimensión del mundo jurídico (normológica, sociológica y dialéctica) que no dejan de lado el análisis de las valoraciones sociales que inciden en el mundo jurídico, así como su recíproca, o sea cuáles valoraciones provoca a su vez el Derecho<sup>4</sup>.

Elo implica que esos valores, que muchas veces son manifiestos en el texto constitucional, o como en nuestro caso, en el Preámbulo, en principio deben considerarse, por mayor amplitud o imprecisión que tengan, como operativos, y protegen de todos modos una idea general que no es otra que la dignidad de la persona humana y la búsqueda de su desarrollo<sup>5</sup>.

Por otra parte tampoco se desprende el concepto jurídico de constitución de la estructura social de un pueblo, significando este punto de vista la oposición del hecho al Derecho<sup>6</sup> y lleva al examen y comprensión de las instituciones de la realidad política reglamentadas por el Derecho (opinión pública, partidos políticos, grupos de presión, etc.)<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Ver Rodari Campos, German, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo IV, Editor, Buenos Aires, 1992, pág. 14. No es el objetivo de estas líneas el análisis de aspectos de la filosofía y sociología jurídicas, el cual tampoco podrá ser efectuado sin la suficiente solvencia en esos campos. Remitimos así a las importantes obras del maestro y sus referencias.

<sup>4</sup> Fernández Segado, Francisco, "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional española", E.D., 154-762/763 (1994).

<sup>5</sup> Tales son también los Gases del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la ley 23.313 (ADLA, 46-B-1107) del 13-V-1986. Así surge de su preámbulo y del art. 1º, pto. 1. Dicho Pacto tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac.).

<sup>6</sup> Sánchez Agesta, Luis, *Derecho Constitucional Comparado*, 2ª ed., Nacional, Madrid, 1967, págs. 34 y sigs., realiza la divulgada tipología de los conceptos de constitución: racional normativo, histórico tradicional y sociológico. Señala que sólo el tipo racional normativo tuvo importancia decisiva para la formación de la ciencia del derecho constitucional, recordando que tal concepto relaciona tanto las normas, cuanto las exigencias sociológicas (pág. 55).

El aspecto material remite a una concepción total de Constitución en la que también interviene la realidad, o una síntesis o relación entre elementos estáticos y dinámicos, por lo que se entiende que la Constitución es un producto. De allí que si la normalidad ficticia es capaz de producir una normatividad, a su vez la normatividad, mediante la valoración que hace de aquella y el cumplimiento exigido, tiende a provocar una normalidad en la conducta (Heller, H., citado por García Pelayo).

De ello se deriva que no es tampoco obvia una somera referencia a un contenido material de la Constitución, en el sentido de que las normas no deben ser consideradas como meros entes lógicos (lo que explica el sector o la consideración normológica del mundo jurídico) sino que ha de atenderse a su vigencia sociológica o a su eficacia (dimensión sociológica del mundo jurídico en la posición trialista antes indicada) lo que de todos modos ha conducido a delimitar el campo de la ciencia jurídica y de la sociología jurídica<sup>7</sup>.

Se han planteado así numerosos casos en que el texto constitucional es puesto a prueba, sea para fijar el alcance de los valores, sea por la presión de circunstancias que deben ser encuadradas en el texto, admitiéndose a veces una interpretación mutativa de él, y otras que de todos modos es preciso captar las cambiantes circunstancias, pues ellas son en definitiva la causa de los preceptos<sup>8</sup>.

2. La denominación de derecho constitucional también refiere al derecho de la cúspide, es decir, implica que por el principio de supremacía, todo el ordenamiento positivo infrakonstitucional debe ordenarse a él, cualquiera sea su fuente, legal o reglamentaria. Tampoco cabe olvidar el derecho de los tratados y aun el derecho comunitario, cuando él existe, dándose así conflictos de jerarquía normativa que más adelante se expondrán.

Es innegable que ese derecho convencionalizado tiene un amplio contenido económico.

<sup>7</sup> Hilbert Campos, G., *Tratado...*, cit. El Tomo IV de la obra citada está precisamente dirigido a este análisis (sociología del derecho constitucional). La sociología del Derecho constituye su objeto en dos aspectos de un único fenómeno social: los factores sociales que influyen en el derecho y las repercusiones que el Derecho refleja en la sociedad (T. IV, pag. 16). Se verá más adelante cómo las distintas ideas económicas y las circunstancias, producto de la vida social, tienen una manifiesta correlación con los textos constitucionales, y cómo a través de la interpretación de éstos se adecúan y a su vez miden los comportamientos sociales.

<sup>8</sup> Oyhánariz, Julio, "Poder político y cambio estructural", interpretación judicial encadenada al pasado, concluye con la conocida frase "Aviso a De la Peña" (1994), *Paffes*, 172:29.

Un claro ejemplo se ha tenido frente al denominado "estado de emergencia económica" que para algunos al no estar previsto en el texto constitucional de 1853, no admitir la adopción de determinadas medidas consideradas inagredibles y fundadas en el mismo que para otros aun sin estarlo, habilitaba el dictado de normas obligatorias por fuera de la Constitución (Saguio, Néstor, L. J., 1990-D-1033). En esta línea la Corte Suprema en la causa "Peralta", *Fallos*, 315:513, siguiendo criterios provenientes de la jurisprudencia de las EE.UU. admitió el derecho de emergencia como previsto implícitamente por la Constitución Nacional.

En otra causa más reciente se sostuvo, con cita de Alberdi, que la verdadera sanción de las leyes reside en su duración, debiéndose remediar sus defectos no por la abrogación sino por la interpretación, estando predeterminada a recoger y regir hechos posteriores (Fallos, 315:158, "YPF s/Peña de Corrientes", 3-III-1992, cons. 27).

3. *La esencia de lo económico.* Pero lo que realmente presenta mayores dificultades para el estudiante de Derecho, es el significado de lo económico. ¿Qué es la economía y por qué se habla de un derecho constitucional económico?

Ya es un lugar común en la ciencia económica considerarla como la ciencia de la escasez, es decir entender el problema económico como el proveniente de la existencia en cada individuo, de fines diversos y jerarquizables también de modo diverso; así como de la existencia de medios limitados y de uso alternativo para el logro de tales fines<sup>9</sup>, que si cada persona dispusiera de medios y de tiempo en cantidad ilimitada para la consecución de sus fines y si dichos medios fueran dados en la forma y oportunidad debida para obtener aquellos fines, no surgiría problema económico alguno: por el contrario, mediando situaciones de escasez, es siempre posible identificar el problema económico, y el modo de solucionarlo es objeto de la ciencia económica, utilizando un criterio racional de selección<sup>10</sup>.

Como se advierte tal problema no sólo es propio de las relaciones de los individuos entre sí, sino también de las que crea el Estado en el cumplimiento de sus diversas competencias, lo que implica que pueden distinguirse necesidades privadas y necesidades sociales o públicas<sup>11</sup>.

Indicando así en forma esquemática el problema objeto de la economía, queda claro que para su resolución no es factible prescindir del Derecho, pues los modos de acceso a esos medios, limitados, ya está implicando la existencia del derecho de propiedad y también la regulación jurídica de otros derechos, como el de trabajar y ejercer industrias y empresas, a utilizar moneda extranjera, a acceder al crédito, a utilizar determinados recursos naturales según determinadas reglas, etcétera. Quiere decir que la actividad económica, como actividad humana y producto por ende de la libertad del individuo, queda condicionada por la estructura jurídica.

4. *Sector público y sector privado de la economía.* Las naciones se encaminan a la existencia de dos sectores en el sistema económico: el sector privado, que dentro de la estructura jurídica a la que se hará referencia luego, logra la solución del problema económico por la vía del mercado, es

<sup>9</sup> Robbins, Lionel, *Ensayo sobre la Naturaleza y Significación de la Ciencia Económica*, F.C.E., México.

<sup>10</sup> Vito, Francesco, *Economía Política*, Tesoro, Madrid, 1958, pág. 20

<sup>11</sup> Puede entenderse así que a una posición liberal manchesteriana y equita, sucede la aceptación de la economía política, por existir problemas que atañen a toda la sociedad, para pasar a una economía constitucional que exige el compromiso del Estado. Ver Mario Benítez, "Apuntes para una cuestión enigmática: la relación derecho-economía", J.A., T-X-1990, nro. 6110.

decir, la apropiación y utilización de los bienes escasos y de uso alternativo mediante un mecanismo de cambio por el que es factible determinar el precio de los bienes y las condiciones para su sustitución, de modo de satisfacer fines individuales; y el sector público, en el que existe un mecanismo normalmente distinto para que el Estado, como gestor de la comunidad políticamente organizada, obtenga, mediante la utilización de medios también escasos y de uso alternativo, los fines sociales políticamente decididos.

La dimensión de uno y otro sector marca el paso de una economía de mercado a una economía pública o semipública en la que rige un principio diferente cual es el de la determinación de los fines y los medios por emplear, por medio del presupuesto, mecanismo que por esto mismo ha sido denominado muchas veces como ley de leyes, en cuanto enmarca el comportamiento económico público. Se está en presencia, entonces, en este sector, de la llamada economía de presupuesto.

Se tiene así que el problema económico es atribuible tanto a los particulares como al Estado. Pero éste actúa desde una doble posición, es decir: dentro del sistema económico, como un protagonista más, o por fuera de él, como sujeto que fija las normas jurídicas que regulan o hacen de marco a la actividad económica privada y pública.

5. En el primer supuesto, una vez decididas las necesidades por satisfacer (lo que se realiza en el presupuesto) la adquisición de los medios materiales e incluso la obtención de algunos de los recursos públicos (empréstitos, disposición de bienes del dominio privado) se produce en el mercado, y el Estado actúa así como un operador más, comprando los bienes y requiriendo los servicios que son, a su vez intermedios para conseguir los objetivos finales. Y estos últimos no son sino, a su vez, los bienes y servicios finales que el Estado ofrece a la comunidad como objetivos sociales que se ha propuesto.

Es claro que este proceso, como todo proceso económico, queda enmarcado por el Derecho, y en primer término por el derecho constitucional, de modo que es conveniente aunque no exclusivo visualizar ese aspecto de la actividad estatal desde el prisma de la Constitución.

Pero lo que es importante destacar es que salvo prerrogativas especiales o mecanismos jurídicos que tampoco importa detallar, ese cometido estatal, en principio, no difiere del de los particulares, bien que es evidente que por su dimensión y abundancia, los efectos que provoca en la economía pueden ser totalmente distintos al de los particulares, de modo que es factible atribuir a dicha actividad estatal elementos característicos que acompañan a la política, en este caso a la política económica.

Ese cometido del Estado de producir los bienes y servicios que requiere la comunidad, para lo que debe disponer de recursos, que también en definitiva toma de ella, pero que de todos modos son limitados y de

uso alternativo, configura un aspecto muy característico de la acción estatal que se denomina actividad financiera del Estado y que también es tema, naturalmente, de regulación jurídica y más precisamente del derecho constitucional, pues en la Constitución están descriptos cuáles pueden ser los mencionados recursos (art. 4º, Const. Nac.) y también los gastos, ya sea de modo implícito o explícito (por ej., arts. 14 bis, 75, incs. 18, 19 y 23, Const. Nac.) y el presupuesto que lo predetermina (arts. 75, inc. 8º y 100, inc. 7º, Const. Nac.).

6. En el segundo supuesto el Estado actúa en la economía fijando el marco jurídico en el que la actividad económica total debe desarrollarse, por lo que se ha dicho gráficamente (Sommers) que es el Estado el que monta el escenario dentro del cual los actores representan su papel. Y esta función va más allá de fijar de qué modo y bajo qué mecanismos accede el Estado a los recursos necesarios para obtener los medios (factores de la producción) con que cumplirá sus objetivos (programa de gastos públicos que determinan los bienes y servicios producidos), aspectos todos, como se vio, de la actividad financiera, pues se trata en cambio de reglamentar con fines de bienestar general derechos de los particulares (arts. 14, 14 bis, 17, 18, 19, 41, 42, 28 y 75, inc. 32, Const. Nac.).

Para esto último entonces, se ejerce principalmente el denominado poder de policía<sup>12</sup>, con el que el Estado da forma a la estructura jurídica que condiciona la búsqueda de las soluciones al problema económico, enfocado éste tanto desde la perspectiva individual, como de la social. Además reglamenta la prestación de los servicios públicos, mediante gestión privada y pública, o fomenta determinadas actividades consideradas de interés público.

7. *Síntesis entre economía y Constitución.* Relacionando ahora el problema económico en su faz privada y pública con la Constitución Nacional, se advierte por una parte que ésta se ocupa de la libertad y su traducción en los derechos individuales que son declarados y que permiten la relación de los individuos en la búsqueda de su propio bienestar (art. 75, inc. 12), pero también se ocupa de los recursos que el Estado debe obtener para realizar los gastos públicos (art. 4º) y las competencias y temas sobre los que éste ha de actuar (art. 75, Const. Nac.); y, además, prevé el modo y condiciones en que se pueden reglamentar los derechos de los ciu-

<sup>12</sup> Este concepto, junto con el de servicio público y el de fomento integran, aunque no exclusivamente, las técnicas del Estado intervencionista y será desarrollado en otra oportunidad. Véase Casagosa, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa*, Abello-Ferrat, Buenos Aires, 1994, págs. 62 y 69.

dadanos para que, sólo dentro de las bases así fijadas, puedan ejercerlos dando solución al problema económico, tal como su libre voluntad individual lo visualiza (arts. 14 y 28, Const. Nac.).

De allí que precisamente se distinga la existencia de una política económica, de la que es sólo una parte la política financiera, pues como queda dicho, el actuar del Estado presenta distintas modalidades que adquieren características muy definidas<sup>13</sup>.

Pero para lo que ahora interesa, la conclusión es que el fin de una Constitución, que como se vio es en definitiva limitar el poder, se manifiesta en distintos planes vinculados, ya sea que se considere que el Estado actúa como participante dentro del sistema económico o por fuera de él. Son las disposiciones constitucionales que se refieren a esos cometidos, como limitantes del poder público, las que asumen mayor significación, sin perjuicio de que el modo de relacionarse privadamente los particulares para dar solución al problema económico, sea también objeto de precisiones constitucionales pero para asegurar los beneficios de la libertad. Prueba de ello lo constituye el artículo 41 de la Constitución Nacional en cuanto al prever como garantía de los derechos sancionados la vía rápida y expeditiva del amparo, la refiere a actos manifiestamente arbitrarios tanto del Estado como de los particulares, de lo que se deriva la protección no exclusiva, pero sí principal de derechos económicos afectados tanto por el Estado como por los particulares. Y mayor dificultad presenta el problema cuando se acepta, como en la actualidad, no sólo la presencia del Estado de Derecho, es decir del Estado sometido a la Constitución y a la ley, para permitir el ejercicio de los derechos, sino del Estado Social de Derecho, que importa atribuirle fines tendientes al logro de la denominada justicia social.

6. Se ha señalado que la consideración de un derecho económico, apunta a incorporar al Derecho, fundamentalmente abstracto y normativo a partir de teorías puras como la de Kelsen, la cuota propia de la realidad social, tanto en el campo atinente al orden disciplinador de las conductas

<sup>13</sup> Se toma así la expresión política financiera como representativa de la actividad financiera, finanzas públicas o hacienda pública. En la doctrina extranjera es habitual el concepto de fiscal policy, o política de presupuesto para distinguirlo de otras manifestaciones como la de política monetaria o cambiaria (Lacarra, Marcelo, *Política Fiscal y Dinero*, Depalma, Buenos Aires, 1968, págs. 4 y 17). Sólo por desconocimiento puede relacionarse a la expresión de política fiscal que se vincula con el ejercicio de facultades de contralor fiscal, a cargo de la Administración, que nada tienen que ver con la *fiscal policy*, herramienta normativa de regulación económica del Congreso e integrante también de la política de la prosperidad (Oyhánave, J., "Poder...", cit., pág. 23).

individuales, en tanto se relacionan entre sí, como de éstas vinculadas con el actuar del Estado en cumplimiento de sus fines propios<sup>14</sup>.

Aplicación de lo dicho se advierte en el derecho privado, tanto en el derecho comercial llamado precapitalista, como en el Código italiano de 1942, que incorpora un concepto de empresa y de derechos atinentes al trabajo. Por igual en Francia, la aplicación del Código Napoleón implicó una definición del derecho de propiedad, de manera de consolidar derechos económicos<sup>15</sup>.

9. Es cierto que el problema económico está siempre detrás del ordenamiento jurídico pues forma parte de la denominada causa típica de los negocios, regulada por el derecho privado. Quiere decir que para quienes aceptan la tesis causalista, detrás de cada contrato o relación jurídica subyace siempre la *intention facit* perseguida, de la cual la *intention iuris* sería el revestimiento jurídico, y cada negocio debe responder a su causa típica pues de lo contrario se daría una simulación, lo cual de suyo no es ilegítimo, salvo que se perjudique a terceros<sup>16</sup>.

Pero queda en claro que ese aspecto privado de la economía que no hace sino resaltar el vínculo entre economía y Derecho, no es el que se describe de modo prioritario en los textos constitucionales, que sólo establecen los contornos en los que pueden expresarse los derechos; más bien en general el texto constitucional está directamente dirigido a fijar los límites y competencias del poder público. De allí que el enfoque que en estas lecciones se hace del problema constitucional está limitado exclusivamente a esta última configuración y tiene que ver con el derecho público.

<sup>14</sup> Ghersi, Carlos, "Aproximación al estudio del análisis económico del Derecho y su distinción con el derecho económico", J.A., 10-IV-1996.

<sup>15</sup> El autor citado en la nota anterior comenta la obra del profesor español Luis Díez-Picazo, quien en su anterior obra de 1974 distingue el orden público económico, como derecho económico público, frente al derecho privado económico. Entre nosotros Esteban Cettelly en el año 1973, en trabajos publicados en la revista *Informe* de la Universidad Argentina de la Empresa propició la identificación del estudio del derecho económico concebido como una calificación del Derecho en cuanto enfoca sus consecuencias económicas, y que tiene verdadero auge luego de la Primera Guerra Mundial al dictarse el conocido conjunto de normas dirigidas (ver entre otras separata de la revista *Informe*, citada, año IV, nro. 34 y año V, nro. 36). Tampoco puede omitirse la obra del académico Enrique Olivera.

<sup>16</sup> Las calificaciones del derecho tributario conocen bien las dificultades de relacionar en esta rama, los aspectos económicos y jurídicos. El tema apuntado es el tercer día lugar entre nosotros a la discusión entre Francisco Martínez, *Estudios de Derecho Fiscal*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1972, pág. 169 ("El criterio económico y la importancia que para el derecho fiscal tiene la divergencia en el negocio jurídico entre la intención económica (*intention facit*) y la intención jurídica (*intention iuris*), y Dino Jarach, recientemente fallecido, *El Hecho Imponible*, 2ª ed., Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1971. Se trata allí si para interpretar las leyes fiscales: deben atenderse a la realidad económica con prescindencia de las figuras jurídicas o si el principio de la consideración económica, tal como es previsto por el art. 12 de la ley 11.683, sólo será aplicado a la posibilidad de prescindir de una figura jurídica, cuando esta última no es la que corresponde a la intención económica perseguida.

## II. LAS ESCUELAS ECONÓMICAS Y LA FUNCIÓN DEL ESTADO

10. Para analizar el vínculo entre el problema económico —en cuanto a la participación del Estado en su solución— y la estructura jurídica es conveniente comenzar por un rapidísimo repaso de las doctrinas económicas, para desembocar en los distintos modelos de Estado que permitan apreciar a grandes rasgos, las características propias de su funcionamiento en cada uno de ellos y finalmente, su inscripción en las cartas constitucionales a través del tiempo.

Los primeros desarrollos de ideas económicas estuvieron vinculados ya sea a cuestiones religiosas o filosóficas, pero su característica fue la de una exposición fragmentaria y mezclada con ese otro tipo de investigación.

11. *El mercantilismo.* Generalmente se atribuye al mercantilismo el primer hito en el largo camino de la evolución de las doctrinas económicas, ya que si bien esas ideas no constituyen propiamente una teoría general, al menos consistían en respuestas a problemas de idéntica naturaleza, siendo importante resaltar aquí que se produjeron principalmente en oportunidad de la constitución de los grandes Estados nacionales. Es en los siglos XVII y XVIII, luego de las guerras religiosas, que los problemas derivados de la moneda —que ya habían sido detectados con mucha anterioridad— y el balance comercial, dieron pie para propiciar el fomento de las exportaciones como un modo de obtener la moneda metálica que sería el bien movilizador y demostrativo de la riqueza de una Nación. De allí se deriva la adopción de medidas para aumentar la producción interna y desalentar las importaciones, que producían el efecto contrario. Así se ubican las distintas corrientes como el comercialismo inglés, el industrialismo francés o el bullenismo español (conservación de metales preciosos en lingotes). La tarea de asesoramiento a los monarcas se denominó *cameralismo* (Alemania), pero esas diversas manifestaciones fueron evolucionando hacia un denominador común consistente en un robustecimiento de la actividad estatal orientada no sólo hacia el fomento y la producción, sino también a la utilización de mecanismos prohibitivos, como productos todos ellos de una acción artificial por parte del Estado, es decir, una limitación de la libertad y consecuentemente de los derechos de los ciudadanos para obtener los recursos necesarios para el fortalecimiento del poder real.

12. *La fisiocracia.* A esta teoría sucedió en el tiempo una exposición tendiente a buscar un sistema más racional, que permitió derivar consecuencias, de principios generales, los cuales se infieren de la existencia de un orden económico, a semejanza de lo que ocurre con los fenómenos naturales. Por ello esta corriente se denominó, precisamente, la fisiocracia, que trató de identificar un conjunto de leyes no establecidas por la volun-

dad humana, sino más bien por imposición divina, del que se derivaba un orden natural que no debe ser interferido. Por otro lado la actividad económica que aparecía como más conforme a la naturaleza, es el trabajo de la tierra, que era la única actividad de producción efectiva en la cual no solamente se recuperaba lo invertido sino que producía un excedente. Cualquier otra actividad resulta ser sólo transformadora de una riqueza originaria y ejercida por la clase identificada como estéril, en cuanto su rédito sólo proviene de la clase productiva, o de los propietarios de los fundos (cuadro económico de Quesnay sobre la distribución de la riqueza).

13. *La escuela clásica.* A estas ideas sobrevienen las del liberalismo o escuela clásica, así denominada porque fue la primera en abordar y resolver el problema central de la economía que no es otro que la explicación del valor que los bienes tienen, o sea sus precios y las relaciones que de ellos derivan sobre los distintos factores de la producción y el reparto de los beneficios o réditos. La riqueza de las naciones (que es la síntesis del título de la obra de Adam Smith de 1776) no está ya en la tenencia de la moneda, ni en la producción agraria, pues son sólo manifestaciones aisladas e insuficientes, sino que se da por la incorporación del trabajo del hombre, que es lo que agrega a los bienes nuevo valor. En realidad los bienes que tienen valor son los limitados y útiles, algunos de ellos son reproducibles a voluntad, de modo que en su valor incide primordialmente el costo de producción, mientras que otros son dados por la naturaleza en cantidad fija (la tierra) por lo que su valor está determinado por el grado de rareza o por su escasez<sup>17</sup>. Lo esencial es, por consiguiente, el funcionamiento lo más libre posible de los diversos mercados en los que se determinan los precios de los distintos bienes, pues de allí deriva una asignación racional y eficiente.

Posteriormente, la escuela clásica se desdobra en dos corrientes: la objetivista que analiza el problema económico más bien desde el lado de la producción, la oferta y sus costos; y la subjetivista que hace hincapié en la utilidad o importancia que los bienes tienen para los sujetos, no ya como condición del valor, sino como medida de él. Es el enfoque desde la demanda.

Desde el punto de vista de lo que aquí interesa debe recalcarce que esta doctrina como es sabido privilegia la decisión individual porque se supone que ella responde a un principio fundamental en materia económica que es el de la división del trabajo: cada sujeto debe dedicarse a la tarea para la que tiene mejores aptitudes y menores costos. De este modo si cada quien realiza la labor para la que está más habilitado, el conjunto

<sup>17</sup> Véase Vito, Francesco, *Economía...*, cit., pág. 74.

social se beneficia y existe una mayor eficiencia de la comunidad. Es bien explícita la metáfora de la mano invisible que guía a los individuos que, buscando su propio interés, logran el mayor bienestar general, pero lo más importante es que esa conclusión impone la abstención estatal, la neutralidad del actuar del Estado, tanto en su actividad financiera como en su poder de policía, pues en ambos casos se producen interferencias que afectan la combinación más adecuada y eficiente de los factores productivos.

14. *La ofensiva social.* En este rápido bosquejo y supersimplificación de los elementos básicos de las distintas corrientes, cabe agregar que la teoría clásica cuyo dominio es el terreno de las ideas aún perdura, hubo de sufrir numerosas reformulaciones, pero manteniendo el aspecto central del protagonismo del individuo para elegir y apropiarse de los distintos factores de producción, es decir, la asignación eficiente de ellos. Básicamente los momentos de crisis fueron impulsados de un lado por el avance de las ideas de contenido social, y de otro por la presencia de acontecimientos que llevaron a admitir modificaciones esenciales, que no siempre fueron mantenidas en el tiempo.

En el plano de las ideas la reacción sobrevino con la instalación de las doctrinas socialistas, concretadas en la teoría del plusvalor de Marx que partiendo de la conclusión clásica de estar el valor de los bienes determinado por el trabajo en ellos incorporado, debía el rédito corresponder a quienes lo generan, es decir, la clase trabajadora, de modo que la percepción de beneficios por los capitalistas y empresarios no constituye sino plusvalía. Esta circunstancia conduce en definitiva a propiciar la propiedad pública de los bienes de producción, de modo de evitarla y revertir el rédito de la producción a la clase trabajadora.

15. En el plano de los hechos, aun dejando de lado la revolución soviética del año 1917, fueron los acontecimientos producidos durante la primera mitad del siglo XX los motivos determinantes de las reformas en el pensamiento liberal del mundo occidental. Las dos guerras mundiales y la gran depresión ocurrida en los años 1929/1930 son tomadas como factores desencadenantes. Esta última como es sabido fue de mucha importancia porque demostró que el modelo liberal ortodoxo no podía funcionar en determinadas circunstancias. La solución para las crisis, conforme a este modelo, se basaba sobre todo en la ley de las salidas o los desemboques de J. B. Say, a estar a la cual, cada productor que lleva al mercado sus bienes, obtiene compradores para ellos, corrigiéndose los posibles excesos de la sobreproducción y los desabastecimientos, en algún momento, con lo cual en el largo plazo se logra el equilibrio del sistema por el propio juego de las reglas del mercado. Precisamente esas fluctua-

ciones integran la base de los ciclos económicos propios de la economía capitalista.

En el plano jurídico desde el final del siglo XIX toma auge la doctrina del servicio público, como acción estatal a la que no son aplicables las disposiciones del derecho privado (sentencia o *arrêt* "Blanco", en Francia, 1873). Más adelante el servicio público pasa a ser examinado como una manifestación de la soberanía que refleja una vocación de servicio para la comunidad (Duguit). En la tercera década de este siglo se ubica la clásica controversia sobre los alcances y la regulación de este instituto, que con variantes aún perdura. En base a su función social se gestó como es sabido un importante proceso de nacionalización o estatización de empresas privadas. También la fijación de los precios o tarifas fue utilizado como técnica antiinflacionaria.

16. Otro factor importante para el debilitamiento que sufrieron las ideas liberales en su oportunidad fue la Segunda Guerra Mundial, repotenciando las ideas surgidas en la Primera Guerra Mundial y ordenando el mundo económico bajo el predominio de los EE.UU. trasladándose el intervencionismo del plano nacional al internacional mediante la creación del F.M.I. y los acuerdos de Bretton Woods<sup>18</sup>.

Es decir, los conflictos bélicos justifican el actuar del Estado, que se acrecienta diluyendo la libertad de elección y los derechos de los particulares, en el objetivo de la conflagración. El Estado ejerce, por un lado, su poder de policía para restringir los derechos de los particulares y conducirlos hacia ese objetivo final: afecta la libertad de la industria, la libertad de contratar, la propiedad privada, limita los beneficios, fija precios máximos, establece precios mínimos de algunos bienes, incrementando la actividad regulatoria. Y lo mismo la actividad financiera por parte del Estado. Entonces pasa algo que es bastante conocido, una vez que se inician tales acciones, y se controlan los derechos de los particulares, resulta difícil retrotraer luego esa situación. Antes de la primera guerra mundial la justificación de la injerencia estatal era la existencia de monopolios naturales o concertados (acuerdos entre empresas). Luego, en la Segunda Guerra Mundial esto se modifica, asumiendo el rol del Estado una justificación totalmente distinta.

Esto es lo que en definitiva conduce al intervencionismo económico: por un lado el desarrollo de las ideas económicas y por otro la realidad provocada por las conflagraciones y el agravamiento de las fases depresivas de los ciclos económicos. La aceptación de algún grado de redistribu-

<sup>18</sup> Vid. Spota, Alberto A., "Nueva dimensión pública de lo económico", *L.E.*, 3-V-1995, nro. II, págs. 33 y sigs.

ción de la riqueza, para permitir satisfacer las necesidades de todos, robustaciendo la prestación de servicios públicos y la actuación del Estado para evitar también catástrofes económicas. Se elaboran así las muletas del Estado intervencionista, lo cual perfilará también, como se verá luego, los elementos constitutivos del Estado social de Derecho.

17. La teoría liberal no permitía que el Estado reaccionara frente al desarrollo creciente de la crisis de 1929, que no había tenido semejanza con las fases depresivas hasta entonces conocidas. Se requería una corrección no en el largo plazo, al que apuntaba la duración de la crisis y su profundidad, sino de modo preventivo, para evitar sus consecuencias conocidas: desocupación, quiebra de entidades financieras y establecimientos fabriles, caída de los precios en todos los mercados. Los principios de la teoría clásica, entonces en vigor, impedían la intervención del Estado, tanto en materia de actividad financiera (recursos, gastos y resultado presupuestario) como respecto de cualquier otra modalidad de control, pues el poder de policía sólo se podía ejercer en su versión restringida, para proteger la salud, el orden o la moral públicas. Frente a un contexto de crisis económica, caracterizada básicamente por la retracción de la inversión privada, es decir, que la actividad individual no encuentra alicientes para invertir en los procesos de producción, los ingresos particulares caen y con ellos los recursos del Estado que de ellos se nutren (recaudación fiscal, que es el recurso genuino). Al disminuir ésta, a su vez, por exigencia del principio del equilibrio presupuestario, deberá disminuirse el gasto, reduciéndose la inversión pública, los ingresos que ésta genera en los proveedores y contratistas, y por consiguiente, se retroalimenta el proceso recesivo.

18. *La reformulación de Keynes o revolución keynesiana.* Es enfrentando esta situación que cambian las ideas económicas y los especialistas tratan de buscar nuevos rumbos. Entre otros Keynes y sus seguidores sostuvieron que deba aumentarse el gasto público, o sea producir desfinanciamiento del gasto presupuestado. Añadiendo gasto público, aumenta el ingreso de los que lo perciben, quienes a su turno, y siguiendo el proceso gasto-ingreso, aumentan el poder de ahorro y de consumo en las distintas fases y vueltas de las relaciones económicas de modo que el mayor ingreso permite un mayor consumo y éste a su vez provoca el desarrollo de nuevas inversiones, desencadenando los efectos multiplicador y acelerador del ingreso y las inversiones. Este impulso del multiplicador y acelerador, admite ser calculado a partir del efecto del gasto inicial que se incorpora. Se sustenta en la existencia de factores ociosos, que en virtud del nuevo gasto público son inducidos y reincorporados al proceso productivo.

19. La adopción de estas políticas keynesianas, anticíclicas, llevaron a que en casi todos los países se impusieran los presupuestos deficitarios con gastos cuya financiación no era prevista, y se desarrolló una ecuación, que demuestra en una curva la relación entre la inflación y el desarrollo. A mayor inflación, mayor desarrollo y viceversa, incorporándose otros factores de la producción que habían quedado al margen, y suponiendo el poder de convocatoria del gasto estatal no financiado con impuestos pues, como se vio, estos últimos al disminuir el ingreso privado, provocan un efecto recesivo, que es lo que se trata de evitar.

Esta doctrina, en la práctica, tropezó con muchos inconvenientes para establecer la oportunidad e intensidad del gasto nuevo, y así se llegó a modalidades de equilibrio económico en niveles perversos, como el cese de crecimiento con inflación<sup>19</sup>. No plena ocupación provocada por la oferta de dinero, como resulta de la curva de C. A. Philips, sino inflación con desocupación (estanflación). Sobre todo porque es difícil no sólo conseguir que aumente la inversión privada, que es el objetivo de todas estas políticas, sino asegurar la productividad de las inversiones mediante una combinación eficiente de los factores, lo que se ha cuestionado que pueda ocurrir con la inversión estatal.

Cuando no existe ese mayor potencial de factores productivos, o no existe la posibilidad de combinarlos adecuadamente, el impacto del gasto público no consigue los objetivos buscados y se frustra, y lo único que se logra es un aumento nominal de precios, es decir inflación sin un mayor desarrollo<sup>20</sup>.

20. *La crisis petrolera*. Es a partir de 1973, después de la crisis petrolera, que volvieron a tener auge generalizado las ideas económicas liberales, en el sentido de evitar los excesos a los que habían conducido las políticas de déficit presupuestario. El Fondo Monetario Internacional propició y presionó sobre las naciones en desarrollo de las que era consultor y acreedor para el respeto del equilibrio presupuestario y la prescindencia, por parte del Estado, de aquellos servicios que no se consideran fundamentales o básicos para que el Estado los desempeñe y que serían las causantes de ese mayor gasto público ineficiente.

<sup>19</sup> Hansen, Alvin, *Política Fiscal y Ciclo Económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1963, pag. 312.

<sup>20</sup> La rápida descripción que figura en el texto, se desarrolla en las materias pertinentes, como Finanzas Públicas. Ver una buena ampliación en Jarach, Dico, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Caggallo, Buenos Aires, 1963 y Nordeglia, Roberto M., *Manual de Finanzas Públicas*, 2ª ed., A.Z. Buenos Aires, 1968.

21. *La nueva embestida liberal. La reforma del Estado.* El resultado negativo en que concluyó la aplicación de políticas intervencionistas, al que se sumó la asombrosa caída del régimen soviético, no podía menos que alentar un retorno a las fuentes del modelo liberal: reducción de las funciones del Estado y rigurosidad en el manejo de las cuentas fiscales, reubicando las competencias de la banca central.

Quiere decir que, como era generalmente indicado, si el Estado moderno no puede desentenderse en su política económica, de los tres grandes objetivos: equilibrio del sistema, mayor desarrollo y redistribución, los caminos seguidos para atenderlos fueron conceptualmente modificados, pues aunque no se asegura ya que el Estado deba ser neutral, lo que se propicia es que reduzca su funcionamiento, sin adoptar los cometidos propios de dirección del sistema económico y respetando la armonía entre la libertad y los objetivos indicados<sup>21</sup>.

Ello implica un cambio filosófico sobre varias cosas: el concepto de lo público y lo privado, la fijación de las necesidades que deben ser atendidas por el Estado, la amplitud con que deben ejercerse la libertad y los derechos y, simultáneamente, la determinación de nuevos deberes a su cargo cuyo reconocimiento y mantenimiento a veces no es fácilmente conciliable con el mayor grado de libertad individual.

22. Como un ejemplo de lo señalado es posible apreciar, aunque sea de un modo superficial, lo que ocurre en Argentina. Como en otros países y reflejando lo indicado en el punto anterior, el retorno a las fuentes se produce a partir de la conocida trilogía de desestatización, desregulación y privatización, filosofía que tuvo por punto de arranque la situación de emergencia<sup>22</sup> y que ha suscitado una violenta disputa en todos los campos indicados, de la que sólo nos ocuparemos acá en relación con el concepto de servicio público, por su relación con la evaluación del principio de igualdad y su relación con la libertad en el constitucionalismo moderno.

Como muestra de la situación señalada, se redefinieron las funciones del Banco Central y la política monetaria (ley 24.144), alentando la reestructuración de las entidades financieras; se determina un régimen

<sup>21</sup> Haller, Helma, *Política Financiera*, D. Financiera, Madrid, 1963, págs. 172 y sigs.

<sup>22</sup> Ello lleva a reflexionar si se trata, efectivamente, de una nueva concepción del Estado y sus fines, o más bien de una respuesta a situaciones casuales. Ver leyes 23.696 y 23.697. Los temas principales de estos cuerpos legales constituyen temas centrales del derecho constitucional económico, como el papel de los servicios públicos, la responsabilidad del Estado, el arreglo de la deuda interna, el fomento de determinadas actividades, la creación del Banco Central y el financiamiento del Tesoro, etc., todo lo cual se examinará más adelante.

de paridad cambiaria (ley 23.928); se propicia el ajuste de las cuentas públicas, financiando el gasto preponderantemente con recursos tributarios, aunque sin negar la utilización de empréstitos —en función de la tasa de interés y los límites de aquellos—, anunciando simultáneamente la reducción del gasto público; coincidentemente se consolida la deuda interna impaga (ley 23.928) y se impone el mecanismo de privatización de empresas y activos estatales (ley 23.696); por último se anuncia el fin de las regulaciones de la actividad privada bajo todas formas, aun las vinculadas al fomento (promoción industrial, ley 23.697; dec. 2384/91, ratificado por ley 24.023).

En ese marco parece claro que los objetivos de equilibrio del sistema y desarrollo económico (lucha contra el paro o desocupación) son realizados por caminos totalmente inversos a los propiciados por la teoría intervencionista, apareciendo la redistribución, o meta de la justicia social, como también es denominada, como un producto ulterior o subsidiario de los otros fines prioritarios.

23. *La crisis del servicio público.* Ejemplo de lo señalado es la controversia en torno al concepto de servicio público, que aparece como una reminiscencia de la distinta posición que había asumido la doctrina administrativa en el marco del sistema jurídico de derecho público denominado *régimen administrativo* imperante generalmente en el continente europeo (por contraposición con el *comercio law*, bajo el cual el actuar de la Administración está reglado por las mismas normas de Derecho que gobiernan a los particulares y se aplica por iguales tribunales). Sobre el servicio público se señalan distintas posiciones semejantes a las asumidas por la denominada Escuela de Burdeos (Duguit) que propicia la gestión, prácticamente exclusiva por el Estado, de los servicios públicos, y que sería distinta de la aceptada por Hauriou (Escuela de Toulouse). La primera conduciría a desplazar para el servicio público, incluso el poder reglamentario general, sujetándolo a un ámbito aproximado al de una situación especial; mientras que la segunda, compartida por otras corrientes generalizadas, recurre a criterios corrientes de exorbitancia frente a normas jurídicas comunes.

En este sector —como en otros, a cuya repercusión no es ajeno el ahora conocido como proceso de globalización o más bien, universalización de conocimientos y consecuentemente de relaciones económicas— se intuye el cambio en los fundamentos económicos, comerciales, técnicos e incluso políticos en que se apoya su accionar<sup>23</sup> es decir, de un mundo

<sup>23</sup> Vid. Canagone, Juan C. "Presente y futuro de la regulación económica", L.L., 1<sup>o</sup> VII-1998, con cita de un trabajo de Gaspar Ariza Ortiz y de De la Cuitara Martínez, del 14-VI-1996 en la Universidad Austral.

que vuelve al juego de las leyes del mercado, aunque siga la modalidad de un arbitraje por el Estado en defensa de la competencia.

En concreto la discusión abarca la existencia y características de la decisión del Estado para asumir la titularidad del servicio (*publicatio*); el régimen jurídico especial que debe gobernarlo (se habla de la fuga del derecho administrativo) y consecuentemente el mantenimiento o no de la distinción entre servicio público o servicio de interés general<sup>24</sup> así como los distintos ámbitos en que uno u otro operarían.

24. *El principio de subsidiariedad, referido al servicio público.* Existe una tendencia a concebir al servicio público dentro de la teoría que desarrolla el principio de subsidiariedad, que parte de la base general de que el Estado sólo debe intervenir —es decir, en general, regular la actividad de los particulares— cuando estos por sí o mediante grupos intermedios no pueden desarrollarla (ver más adelante su relación con la teoría del Estado social de Derecho, nro. 50). Para el caso particular de los servicios públicos, la decisión de prestarlos por el Estado, incorporando una actividad industrial o comercial a dicho régimen de gestión pública, exigirla una declaración expresa (no puede resultar implícita) del Congreso (principio de legalidad, pues se limitan derechos de los particulares) teniendo en cuenta que se sustraen determinadas actividades del ámbito de las libertades económicas para someterlas a una regulación.

El tema, referido a la ideología del servicio público, plantea numerosas facetas:

a) se sostiene a veces que la Constitución de 1853 no preveía cláusula alguna que autorizase al Estado a realizar la gestión directa de los servicios públicos, pues el derecho de ejercer actividades de naturaleza económica sólo resultaba reconocido en forma expresa a favor de los particulares (art. 14, Const. Nac.);

b) no obstante la constitución liberal, en la segunda mitad del siglo se dio un proceso de nacionalización de los principales servicios públicos;

c) la jurisprudencia se enfocó para atribuir un carácter más bien contractual a la relación que vincula al prestatario con el Estado;

d) con el proceso de reforma del Estado y a partir del artículo 10 de la ley 23.696 (1989) se proclama un "principio antirregulatorio" relacionado con el ya mencionado principio de subsidiariedad, conforme al cual sólo sería admisible la regulación pública de su prestación, para

<sup>24</sup> Dejando de lado los servicios sociales o asistenciales, de contenido no económico en los que no se niega la gestión estatal, aunque parece que en estos días también la prestación de estos servicios quedaría sometida a crítica.

garantizar su continuidad y regularidad y en la medida en que el funcionamiento del mercado no permita la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, es decir, cuando la presencia de posiciones dominantes distorsione el mercado;

e) la regulación económica constituiría entonces una de las funciones esenciales, pero del Estado subsidiario, para imponer como emanación del poder de policía, límites y topes al ejercicio de la libertad, cuando no exista la posibilidad de prestar el servicio según las reglas de la libre concurrencia;

f) esta idea guardaría armonía con lo propuesto por el nuevo artículo 42 de la Constitución Nacional en cuanto impone a las autoridades el deber constitucional de proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados;

g) quedan excluidas, claro está, de ese principio desregulatorio, las prestaciones de naturaleza no económicas denominadas servicios sociales y asistenciales;

h) el principio constitucional de igualdad (art. 16, Const. Nac.) juega como una garantía de los usuarios para obtener igual trato jurídico y económico, sin discriminaciones, salvo los derivados de la distinta situación en que se presentan los usuarios; y se refiere tanto al acceso como al precio o tasa que percibe el prestatario<sup>25</sup>.

25. Es de advertir que esa posición puede ser objetada en distintos aspectos:

a) Es cierto que la Constitución de 1853 no preveía de modo específico la facultad (no la declaración de un derecho, sino la competencia) del Estado de disponer qué actividades industriales o comerciales podían ser consideradas y consecuentemente gobernadas como servicios públicos, pero salvo que se acepte una tesis totalmente restringida sobre el poder reglamentario de los derechos (arts. 14 y 28, Const. Nac.) como la que se siguió por ejemplo en *Fallos*, 137:212 ("Criet, H.S.", 1922) la falta de autorización constitucional expresa no puede entenderse como prohibición (art. 75, inc. 32, Const. Nac.).

b) Tampoco puede entenderse a la ley 23.696, dictada exclusivamente para una situación de emergencia, en el sentido de crear una "obligación privatizadora". Se trata más bien de una cuestión de conveniencia: su propio artículo 10 se enmarca en la línea de exclusión regulatoria, en los supuestos en que se considere necesario, es decir, queda a

<sup>25</sup> Para un desarrollo de esta concepción del servicio público: Casagor, J. C., "El servicio público y las técnicas concisionales", *L.L.*, 1985-C-1174, especialmente págs. 1176, 1176/1183 y 1188.

discreción del órgano legislativo y con base en ella del Poder Ejecutivo, determinar los supuestos y los modos de privatización.

c) Pero lo esencial es la inteligencia que se haga del principio de igualdad. Éste en el constitucionalismo moderno ha sido entendido como la necesaria respuesta para lograr que los derechos que se declaran o garantizan, no tengan eficacia sólo para algunos, es decir, para aquellos que en el campo económico pueden satisfacer sus necesidades por vía del mercado (art. 75, inc. 23, Const. Nac.).

De allí que sea obligación del Estado, como defensa de la dignidad de todos, poner a disposición también tales bienes y servicios, aun asumiendo su costo como un gasto público, financiado a través del presupuesto, cuando aquella eficacia del principio de igualdad no pueda ser cumplida de otro modo.

d) El principio de subsidiariedad debe ser entendido en relación con lo anterior, es decir, supone que la actividad económica de los particulares por la vía del mercado, permite satisfacer las necesidades que se consideran responden a la obtención del desarrollo humano imprescindible. Éste es un concepto indeterminado, aunque desde luego es inaceptable que sea sólo el funcionamiento de las reglas del mercado en libre concurrencia lo que decide la regulación pública, sino algo más profundo que es la efectiva satisfacción de las necesidades colectivas que hagan a la dignidad de la persona.

e) El artículo 42 de la Constitución Nacional crea nuevos derechos al usuario y al consumidor, no a los concesionarios de los servicios públicos, ni puede por ende ser entendido como que repliega el poder reglamentario del Estado. Más bien le impone obligaciones para hacer cumplir determinadas objetivos, en beneficio de los usuarios. No puede extraerse de él, entonces, la consecuencia contraria, es decir, impedir que el Estado asuma en virtud de una decisión justa y democrática, la gestión propia de un servicio que califica como público.

### III. MODELOS DE ESTADO. ATRIBUCIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS EN MATERIA ECONÓMICA

26. Una vez analizado el problema económico y los modos de la actuación del Estado, para confrontarlos como se verá luego, a su regulación jurídica en el marco constitucional, es preciso el bosquejo de los tres clásicos modelos o tipos para afrontar el problema económico: por un lado el modelo de Estado liberal, por otro el modelo de Estado intervencionista y en el tercer lugar se ubica el modelo socialista ortodoxo. No se trata de explicaciones rigurosas, sino tan sólo de prototipos, líneas, tendencias; implica un proceso de síntesis para tratar de examinar brevemente cómo es el funcionamiento de los Estados.

27. *El modelo liberal.* De lo ya relacionado al examinar la evolución de las doctrinas económicas se colige que acá la fijación de las necesidades por satisfacer y los modos de satisfacción son decisión principal de un único protagonista que es el individuo, es decir que el problema económico es sustancialmente resuelto por particulares con los medios que disponen y de los que se apropian merced al reconocimiento del derecho de propiedad. Son éstos quienes deciden qué bienes se producirán, cómo se van a combinar y en qué cantidad, los distintos factores productivos, en qué momento se utilizarán estos medios y quién recogerá los beneficios. Tal decisión resulta del funcionamiento de los distintos mercados, en los que se logra el más eficiente resultado.

Por eso mismo el Estado, aunque deba tener una participación necesaria para el mantenimiento de la vida en sociedad—tiene una función económica neutral, tanto en su actividad financiera satisfaciendo necesidades públicas estrictamente consideradas esenciales, como excluyendo acciones regulatorias y de control, porque cualquier interferencia en las definiciones eficientes del mercado disminuye la asignación óptima.

28. Este modelo, entonces, difícilmente admite el ejercicio del poder de policía en materia económica, aceptando la reglamentación de los derechos sólo por razones de moralidad, salubridad u orden público, pero rechaza su empleo con fines económicos. No es concebible regular, más allá de las operaciones con títulos públicos en el mercado abierto, la tasa de interés, ni otorgar líneas de redescuento, ni fijar el tipo de cambio, ni controlar precios ni salarios ni importaciones.

En cuanto a la actividad financiera, los gastos públicos deberán ser los menores posibles, pues el gasto interfiere en las decisiones de los particulares, de modo que la decisión de satisfacer muchas necesidades consideradas públicas, quiebren el cálculo económico eficiente, y la correcta asignación que se hace en el mercado.

Por eso el gasto debe ser lo mínimo indispensable, para la propia existencia del Estado, y estos gastos son los que tienen que ver con la seguridad interior, con la defensa externa y con el mantenimiento de los poderes del Estado para que éste pueda subsistir (Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Legislativo, la Administración Pública y servicios y necesidades básicas del Estado).

29. Los recursos se rigen por iguales reglas; deben ser lo más limitados posibles y utilizarse aquellos que provoquen la menor interferencia, al modificar los costos empresarios.

Desde el punto de vista de la economía moderna sólo hay tres clases de recursos posibles o esenciales, a los que incidentalmente podemos agregar un cuarto. Pero recursos que pueden ser permanentes hay sólo tres.

a) El sistema tributario, es decir, el conjunto de los impuestos, tasas y contribuciones. Consisten en un flujo de medios obligatoriamente obtenidos de los particulares. Este flujo está representado, desde el punto de vista jurídico, por el establecimiento de prestaciones de dar sumas de dinero, obligaciones *ex lege* (su base está en la ley).

b) El empréstito público, es un préstamo de consumo tomado por el Estado, y a diferencia del caso anterior, el flujo se produce por un acuerdo de voluntades, pudiendo tratarse de un préstamo interno o externo.

c) La emisión monetaria, o creación de moneda sin el correlativo incremento, en un primer momento, de los bienes que la respaldan. Como es el Estado el que fija el valor de la moneda, entonces puede emitirla para financiar el gasto público. La carta orgánica, en vigor, del Banco Central (Ley 24.144) impide utilizar los mecanismos jurídicos que la anterior preveía a estos fines, a los que se accedía con carácter permanente.

Cada uno de estos tres modos de financiar el gasto produce consecuencias distintas, que se examinan en su momento.

d) Todavía existe otro modo de financiamiento (no permanente), con recursos originarios: recursos que provienen del patrimonio del Estado, de sus bienes del dominio público o privado y de la venta de los bienes privados del Estado, como los provenientes del proceso de privatizaciones.

30. En el modelo liberal los impuestos deben ser los menores posibles, hay que acudir poco al patrimonio de los particulares, lo contrario reduce la posibilidad de decisión individual de éstos. Por ello se utilizan principalmente pocos impuestos proporcionales, con fines puramente recaudatorios, de modo que todos paguen de igual manera, para no alterar la situación básica de la cual se partió.

La curva de Laffer demuestra que existe un punto de inflexión a partir del cual son decrecientes los rendimientos de nuevas presiones de la tributación.

Salvo excepciones (derechos aduaneros), no puede haber impuestos con fines extrafiscales, que afecten la combinación de los factores que hacen los particulares, deben ser tributos neutrales.

31. En lo que atañe al crédito interno, ocurre que hay una transferencia de disponibilidades o medios de pago al Estado. Como esta transferencia depende del beneficio o utilidad ofrecido, incide sobre la tasa de interés, es decir, el Estado actúa en los mercados. Presiona en el mercado de capitales y se eleva la tasa de interés, desplazando las posibilidades de inversión privada.

Examinado desde la perspectiva o el momento de la deuda interna que se genera, también se produce otro fenómeno. El Estado entrega títulos públicos a determinadas personas tenedores nacionales que pasan

a ser acreedores por esos títulos públicos. Para pagar esa deuda que contrae éste deberá financiarla, debiendo imponer nuevos impuestos para el futuro para poder atender al pago y es posible que se produzca una distribución de riqueza desde los contribuyentes a los tenedores de los títulos públicos. Esa redistribución puede afectar los niveles de riqueza y la dirección de las expectativas de consumo e inversión privadas.

Para el empréstito externo se toman recursos del mercado externo, de modo que no se presiona en el mercado local de capitales y no hay efectos sobre la tasa interna de interés, salvo su baja originaria, ni se traspasan ahorros disponibles por los particulares nacionales.

Pero después, al vencimiento, hay que devolver esa moneda extranjera, pagando en la misma moneda, lo que condiciona la balanza de pagos. Luego se deberá exportar más para tener la moneda extranjera, o un nuevo financiamiento, aumentando la carga de los intereses internacionales.

32. El modo principal de emisión monetaria consistía, aparte de los redescuentos creadores de moneda, en los adelantos que el Banco Central realiza facilitando fondos a la Tesorería y se supone que estos fondos tienen que ser devueltos al Banco Central para su ulterior inutilización. Al existir una mayor cantidad de dinero y no una mayor cantidad de bienes, suben los precios de éstos (proceso inflacionario). Al producirse ese fenómeno se sostiene que la emisión monetaria actúa de forma análoga a un impuesto reduciendo el poder de compra de los particulares, por vía de desvalorización de sus tenencias monetarias.

33. Finalmente los recursos y los gastos se confrontan en el presupuesto. En el modelo liberal no se admite su desequilibrio, de modo que recursos y gastos deben emparejarse, pues un exceso de los primeros supone restar medios de los particulares que llevan a cabo una asignación eficiente, mientras que un exceso de los segundos, aparte de implicar una ampliación no admitida de los fines estatales, obliga a equilibrar el presupuesto mediante recursos no genuinos, es decir, no tributarios (deuda e emisión).

34. *El modelo intervencionista.* Este modelo aun manteniendo como en el caso anterior la apropiación de recursos en base al derecho de propiedad y el consiguiente funcionamiento de las reglas del mercado, responde a una filosofía diferente.

Se parte de las limitaciones del modelo anterior que deja librado a las propias fuerzas de los participantes en el mercado —salvo la legislación antimonopolio—, la fijación de las necesidades por cubrirse y los

beneficios que el proceso productivo genera, y desatiende así el concepto de justicia social o redistribución, cuyo logro se atribuye como función del Estado.

A ello se suma la necesidad de un intervencionismo técnico, es decir tendiente a mantener el equilibrio del sistema económico, principalmente a través de la fijación del valor de la moneda y la política anticíclica, así como la búsqueda del pleno empleo, para evitar los resultados indeseados a que conduce el manejo de las decisiones económicas sólo por los particulares. En especial, con respecto a los mercados, el Estado tiene que intervenir para asegurar un nivel de vida mínimo, o sea, el acceso y el grado de salud pública, de educación, y aun de la satisfacción de diversas y crecientes necesidades que son decididas por el propio Estado imperativamente, pues no se concibe que estos fines sean determinados por el mercado que deja afuera a importantes grupos y actores sociales que no pueden acceder a él.

Se amplía así el concepto de necesidades públicas, sea que fueran satisfechas directamente por el Estado o por la organización de medios privados bajo la responsabilidad de aquél, así como sus competencias o funciones.

35. En cuanto a la política de gastos y recursos públicos (política fiscal o de presupuesto), tiene que amoldarse a la nueva perspectiva; entonces el sistema tributario tendrá que ser reelaborado de alguna forma, no sólo con el fin de obtener mayores ingresos públicos (investigación sobre la presión tributaria) sino con la búsqueda de fines extrafiscales, o sea impuestos no ya (aunque sí también) para recaudar, sino para cumplir objetivos extrarecaudatorios, extrafiscales, porque esa intervención que hace el Estado también la hace por la vía de los impuestos. La estructura tributaria adquiere un sesgo de progresividad, o sea hace tributar más a quienes detentan mayor riqueza (capacidad económica) en relación con los que no tienen tanto, o presentan situaciones especiales, utilizando a tal fin los impuestos directos que permiten precisar mejor la capacidad contributiva y no impuestos indirectos que sólo dan un indicio de esa capacidad, por ejemplo a partir de las ventas o consumos, y que castigan por igual al pobre que al rico. En cambio, por el impuesto directo se puede apreciar cuál es la situación personal del contribuyente y establecer el tributo sobre la base de esa apreciación directa de su riqueza.

36. El modelo clásico sólo admite una suerte de regulación monetaria a través del empréstito público. Sucede que el Estado lo utiliza como una medida para intervenir sobre la tasa de interés, aumentando o disminuyendo la tenencia de títulos públicos (operaciones en el mercado abierto), de este modo se provoca respectivamente una disminución o aumento en la tasa de interés en el mercado de capitales.

Pero el intervencionismo puede utilizar el empréstito en el mercado interno como una forma de redistribución, observando quiénes son los tomadores de los títulos y quiénes los pagadores de los impuestos. Si son las mismas personas que tienen los títulos públicos y aquellos que pagan los impuestos, entonces lo que sale de un bolsillo va a parar al otro. Pero puede ser también que los títulos se coloquen entre los que tienen mayor capacidad económica e impongamos impuestos indirectos que gravan a toda la población. Se produce una redistribución al revés, los que menos tienen dan a los que más tienen (éste es un problema de las finanzas públicas que no desarrollaremos acá).

Pero la acción intervencionista normal mediante el empréstito, se vincula con la financiación de los gastos públicos, cuyo incremento es propio de este modelo y se conecta básicamente con el programa de obras públicas utilizado principalmente en la lucha contra el paro y la desocupación. Por otra parte, se acepta la emisión monetaria como recurso público, puesto que permite aumentar el gasto estatal y utilizar por apreciación del ya señalado efecto multiplicador y acelerador, factores desocupados aumentando el producto interno y por consiguiente la renta nacional que el mismo refleja. Quiere decir que un incremento originado en la base monetaria, suponiendo constante la velocidad de circulación de la moneda, puede reactivar la economía y la mayor producción de bienes y servicios y consiguiente retribución de los factores, y permite que esa ecuación entre bienes y servicios y la cantidad de moneda, logre un equilibrio en un nivel superior, suponiendo, como se dijo, determinadas situaciones (*carteris paribus*).

37. Es sabido que el presupuesto es una previsión sobre cuál va a ser la acción financiera pública. De allí, que su aprobación por el organismo del Estado que la determina, es decir, el Poder Legislativo, ha sido diseñada incluso en los textos constitucionales con rango de ley, por entender que no tiene un efecto interno sólo en la Administración al determinar la dimensión y contenido de los recursos y los gastos públicos. Es la imagen de la actividad financiera y también un modo de delimitar el poder, pues todos los años se autorizan y clasifican en él qué gastos se van a hacer y qué recursos va a utilizar el Estado, y por extensión cómo incide en el sistema económico.

En este modelo la ley ya no necesariamente tendrá que presentar un presupuesto equilibrado, como ocurre con el anterior. Habrá momentos y circunstancias en que sea conveniente un déficit para actuar contra el paro o evitar una recesión (déficit sistemático) en otros momentos será necesario mantener el equilibrio del presupuesto. Se trata según se ha dicho, de utilizar el presupuesto con un propósito operacional<sup>24</sup>, pero que

<sup>24</sup> Lazzaro, Marcelo, *Política...* cit., pág. 2. Este autor señala que para el premio Nobel de Economía J. Tobin, el déficit puede proceder no de un exceso de gasto, sino de la

de todos modos de la pauta de la dimensión del poder. También se sostiene que el presupuesto pasa a formar parte de un plan indicativo, no obligatorio para el conjunto de la economía.

Se ve así que aun utilizando iguales mecanismos, en este tipo de actividad financiera los recursos, el gasto y el resultado presupuestario cambian de dimensión y de objetivo.

38. Además, el modelo intervencionista tiene de común con el liberal el funcionamiento de los distintos mercados, es decir que sigue siendo la oferta y la demanda de bienes privados lo esencial del sistema económico. Pero la diferencia con el caso anterior es que si bien se mantiene el protagonismo de los individuos para poder desarrollar las relaciones económicas que consideren conveniente, por distintas causas interviene el Estado para modificar esas decisiones.

39. *El modelo socialista.* Hay aquí una diferencia fundamental con los anteriores y es que no está el régimen del mercado, o sea no funcionan los mercados libres, pues no está reconocido constitucionalmente el derecho de propiedad, que permite la disponibilidad de los factores de la producción y la fijación de sus precios. Las decisiones que se tomaban en los distintos mercados son sustituidas por un mecanismo que se denomina planificación centralizada y obligatoria. La propiedad por el Estado de los bienes de producción y la existencia de un poder de disposición del factor trabajo, permiten programar el conjunto de las actividades de la población, desapareciendo prácticamente y salvo supuestos marginales, la distinción entre sector público y privado de la economía. El plan da así respuesta al problema económico: qué es lo que se produce, quién va a producir, en qué momento, con qué combinación de factores y para quién será el beneficio de la producción.

Los dos modelos anteriores suponen el ejercicio del derecho de propiedad, del derecho de ejercer la empresa que se escaja, exige también un reconocimiento de la libertad contractual, que son la base para el funcionamiento del régimen de los mercados.

En este modelo, en cambio, el Estado establece las condiciones del proceso productivo y lo organiza de una manera obligatoria. Se sustituyen las decisiones del mercado por la planificación centralizada y obligatoria, que consiste en establecer cuáles son las metas o los fines que se desean alcanzar en materia económica y a su vez los objetivos y tareas

---

debilidad del sistema económico y del elevado desempleo, doctrina en suje también entre nosotros.

necesarias para obtener esas metas o fines (encadenamiento de fines y objetivos). También consiste en distribuir los distintos factores de la producción dentro de ese diagrama.

Entonces los dos aspectos concurrentes de la acción económica estatal señalados en este trabajo, el ejercicio del poder de policía y las regulaciones, por un lado, carecen de objeto, y la actividad financiera por otro, tiene un sentido totalmente distinto. Por empezar esta planificación es obligatoria y la actividad financiera queda reducida a un segundo plano, dado que se supone que las necesidades que son públicas, son cumplidas por los objetivos fijados por el plan. Pese a ello se cumple aquella frase del economista Keynes: "sólo hay dos cosas seguras: la muerte y los impuestos", porque aun en este régimen de planificación centralizada, existe un sistema tributario. Claro es que estos impuestos tienen un sentido distinto, lo que se busca es controlar que el plan funcione correctamente, que no se produzcan desequilibrios en ese plan y así existen impuestos a los negocios de las empresas, que son gravadas cuando aumentan las ventas por fuera de lo planificado, o incluso cuando tienen mayores beneficios que los esperados.

De modo que los impuestos sirven para ir controlando, durante su curso, que se cumplan los objetivos del plan: forman parte del control de gestión y permiten con otras medidas adecuar los objetivos a las circunstancias, incluso reprogramando los precios (los precios no son estipulados por el mercado, sino que surgen de contratos planificados). El control de gestión consiste en asimilar la información que se obtiene por éste y otros medios, y reciclarla, es decir, analizarla y reelaborar los objetivos originalmente fijados para adecuarlos a su nueva situación.

También existen gastos públicos, pues con el producido de esos impuestos lo que se hace es apoyar o robustecer los objetivos del plan que se consideren más necesarios, por ejemplo la educación. Pero todo esto funciona de manera subsidiaria, lo esencial es el funcionamiento del plan, y toda esa actividad financiera coopera y colabora con el desarrollo de ese plan, que a diferencia de la planificación sólo indicativa del modelo anterior, es obligatorio.

Es innegable que luego de la caída del régimen soviético, ha perdido interés el análisis exhaustivo del modelo socialista ortodoxo, siendo que los diversos países que lo seguían, han variado hacia formas más o menos próximas al modelo intervencionista, al reconocer la libertad económica y el derecho de propiedad en los medios de producción; claro es que con una intensidad variable. De todos modos desde los cambios en la Constitución soviética de 1977 había comenzado un movimiento para aglizar el funcionamiento del sistema económico y la correspondiente planificación<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Quiroga Lavín, H., "El orden económico constitucional", I.L., Actualidad del 28-VI-1988. Recuerdo que en 1983 surgieron los documentos críticos de la Academia de Cien-

#### IV. LA INSERCIÓN DE LOS DISTINTOS MODELOS EN LAS CONSTITUCIONES (EVOLUCIÓN DE LOS TEXTOS, LAS IDEOLOGÍAS Y LOS ACONTECIMIENTOS)

40. *El constitucionalismo llamado clásico.* Nacido al fin del siglo XVIII y en el XIX, se caracterizó por contener mecanismos para lograr el respeto de los derechos individuales frente a la acción estatal, objetivo plasmado tanto por la inclusión de una declaración de derechos, cuanto por la descripción de los procedimientos bajo los que se ejerce el poder, es decir que la parte dogmática y la organizativa confluyen a la misma finalidad de poner límites al poder.

La diferencia entre las formulaciones anteriores en el tiempo (Inglaterra, siglo XVII y española), con las declaraciones de los estados norteamericanos y las de la Revolución Francesa, consistió básicamente en que aquellas implicaron la confirmación de situaciones o derechos preexistentes que se aspiraba a mantener, y que, además, correspondían a agrupaciones o categorías particulares, que presuponian la existencia de un poder absoluto del gobernante que se pretendía limitar. Por el contrario, el constitucionalismo del siglo XVIII significó una propuesta más bien universal, un modelo para todos los pueblos, un proyecto dirigido a obtener el bienestar general por vía del respeto a la libertad.

Simultáneamente en materia económica los fundamentos y las conclusiones de las ideas clásicas llevaron al reconocimiento absoluto del derecho de propiedad, que en el orden de las relaciones privadas plasmó luego en el funcionamiento libre de la oferta y la demanda de los bienes apropiables, así como la libertad contractual en todos los órdenes, derribando incluso la reglamentación de las corporaciones que afectaron las relaciones laborales.

No es casual así que esa correlación en el tiempo influenciara en los textos de las declaraciones de derechos. Sin embargo, de esa sincronía no sería dable colegir una igual coincidencia en el tiempo entre los ideales del liberalismo político y las ideas propias del liberalismo económico, pues el primero es anterior al absolutismo<sup>40</sup>.

En ese marco, la acción estatal, como encarnación de un poder cuyo antecedente fue la monarquía y el absolutismo, resulta desechable, en cuanto imponía límites a la libertad y los derechos. Previamente como es

cito socialista (Papeles de Novosibirski, antecedentes de las medidas adoptadas en la prsovieta).

<sup>40</sup> Vid. Barbaresco, Eduardo, "Problemas actuales de la justicia distributiva. [El liberalismo político y el liberalismo económico deben necesariamente estar consustanciados]", E.C., 3-1-1996.

sabiduría institucionalización del Estado de Derecho produce la sumisión del propio Estado y de su Administración, a las normas jurídicas dictadas por los órganos competentes, de modo que sólo éstas constituyen el fundamento racional de la obligatoriedad (art. 19, Const. Nac.). Ésta no surge ya en nombre del rey sino de la ley.

La noción de servicio público como obligación a cargo del Estado, quien determina los emprendimientos respectivos, así como su gobierno, era desconocida en el marco de las competencias de un Estado cuyas acciones debían más bien limitarse o circunscribirse a las esenciales: defensa exterior, seguridad interior, administración de justicia y poder de policía reglamentadora de los derechos sólo para el mantenimiento del orden, la moral y la salud pública. Su desarrollo es muy posterior, recién en el siglo XX.

41. *La tensión entre Constitución y realidad social.* Durante el siglo XIX el problema de la contradicción entre libertad y Estado se solucionaba básicamente del siguiente modo: para el liberalismo o constitucionalismo llamado burgués, la observancia de la ley es la condición necesaria para la libertad; por otra parte existe el derecho a una igual libertad, que es tácito supuesto de toda ley. Desde 1848 existe la tendencia de considerar como Constitución, al documento formalmente escrito, pudiendo decirse que a partir de 1880 todos los países europeos, a excepción de Rusia, poseían una Constitución<sup>29</sup>.

Otro costado del pensamiento está reflejado en la idea hegeliana del Estado-Nación, como liga de intereses y servicio de medios o necesidades; se le desliga del pueblo y conduce a la centralización igualadora, y la unidad de la economía y del Derecho.

El manifiesto socialista de 1848 proclama que la estructura social se ha de fundamentar sobre la producción económica, formando el determinismo histórico la conciencia de una inevitable transformación.

También por su lado el nacionalismo avanza sobre la vieja idea de la indigencia de los pueblos, como situación que debe ser superada.

42. Estas ideas necesariamente debieron influir sobre la estructura del constitucionalismo clásico y los modos de interpretar sus disposicio-

<sup>29</sup> Baeza, Juan, *Historia de las Doctrinas Políticas*, Aguilar, Madrid, 1948, pág. 345. Si bien la doctrina del contrato social predispone favorablemente para la ordenación en forma escrita, fue el autor del *Esprit de Lois* (Montesquieu) quien sistemáticamente de tal manera los elementos observados en la tradición inglesa, que no se trata sino de propia teoría en la que se inspiró el movimiento constitucional europeo (pág. 405). También se dice la llamada *Constitución americana* (pág. 368) que se liga al constitucionalismo y se anticipa al desarrollo europeo, no sólo de América del Norte, sino también del Sur (pág. 368).

— *no se admitirán cambios de estructura del poder. Hay así una doctrina entre Constitución y la estructura social, que no es mecánica ni asume el ribete de dependencia pues aquella también es capaz de actuar sobre la última, como un programa que debe aplicarse; pero no es menos cierto que sin necesidad de cambio radical de la Constitución, o reforma expresa de sus disposiciones, la alteración de la estructura social produjo mutaciones de aspectos parciales<sup>20</sup>.*

Al respecto es conocida la tesis que señala que frente al Estado liberal, la manifestación práctica resultó ser el intervencionismo administrativo o lo que es semejante, que los principios de la teoría clásica en materia económica, y por consiguiente, su reflejo en el constitucionalismo liberal o burgués, nunca fueron verdaderamente aplicados o no lo fueron en su totalidad<sup>21</sup>.

Ello necesariamente demuestra la existencia de apartamientos o mutaciones constitucionales, circunstancia que seguramente en periodos posteriores (siglo XX) lleva a preferir constituciones de textos más genéricos y de contenido neutral, que permitan adoptar y recoger la realidad social de signo muy dispar.

43. *La segunda generación constitucional.* Se cita como una inflexión en el constitucionalismo clásico la admisión de ideas sociales desarrolladas a partir de la segunda mitad del siglo XIX, pero sobre todo luego de la primera posguerra. En este sentido resultan entromizadores del ideario intervencionista, la Constitución de México (5-II-1917) y la alemana de Weimar (1919). Este enfoque se hace naturalmente dejando de lado lo ocurrido frente al modelo socialista ortodoxo, fundante de la Constitución soviética de 1918 y las de países complementarios, y está bien esa exclusión pues como ya se ha dicho este sistema resulta un marco jurídico del todo diferente, al desconocerse el derecho de propiedad sobre los medios de producción, lo que implica la inexistencia de mercados en el sentido tradicional.

<sup>20</sup> Gerardo Peláez, *Manuel, Derecho Constitucional Comparado*, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1967, pág. 125. Señala este autor que desde el punto de vista político se da este fenómeno, por ejemplo en el cambio de apreciación del sufragio o el declinar de la Cámara de los Lores en Inglaterra. Se advierte así la diferencia entre reforma constitucional, y mutación constitucional —distinción atribuida a Leiberd (1895), en la que permanece invariable el texto, pero se da una incongruencia entre las normas escritas y la realidad jurídica constitucional (pág. 137).

<sup>21</sup> Quiroga Lavé, H., "El orden...", cit., *L.L. Actualidad*, 28-31-1968, con cita de Basols Cama, M., *Constitución y Sistema Económico*, Tecnos, Madrid, 1962, pág. 25.

La característica de esas constituciones es que tratan de modo específico el problema económico, a diferencia de las anteriores, y parecen pronunciarse por la necesidad de la intervención estatal.

44. De las dos constituciones antes mencionadas, la que ha exhibido divulgación ha sido la de Weimar. Releyendo la Constitución mexicana de 1917, y teniendo en cuenta su extensión, así como la índole de sus disposiciones, se explica ese aparente olvido, pues algunas de ellas no dejan de ser sorprendentes —como las referidas a las asociaciones religiosas y en general al régimen de la propiedad de las tierras, su ocupación y expropiación y la llamada reforma agraria, art. 27— y que, en algún caso, hasta podría considerárselas hoy discriminatorias. Pero dejando de lado esos aspectos que indudablemente conducen a negar el calificativo de neutral, la Constitución mexicana de 1917, en cuanto aquí interesa, tiene también la doble característica de contener una declaración de derechos y la organización del poder. Pese a ello se agrega una apreciación especial por las atribuciones otorgadas al Estado incluso en materia tributaria (art. 32); el régimen dominial de la propiedad que es atribuido a la Nación, que tiene el derecho de transmitir el dominio a los particulares, constituyendo así la propiedad privada (art. 27) y el tratamiento de los monopolios de todas clases incluidas las situaciones que generen ventajas exclusivas indebidas en favor de una o varias personas, con perjuicio del público en general o de alguna clase social (art. 25) excluyendo de esa connotación a las asociaciones de trabajadoras. También incluye un título específico (el sexto, art. 123) sobre el trabajo y la previsión social.

Se colige así la diferencia sustancial entre esa Constitución y las catalogadas como clásicas, liberales o burguesas, y aun con la configuración del propio Estado de Derecho, puesto que si bien pone al Estado bajo el imperio jurídico, la configuración de los derechos de los particulares no deja de ser muy peculiar.

45. Muy distinto es el contenido y la estructura de la Constitución de Weimar —que sucedió a la monárquica de Bismarck— y que fue considerada como verdadera Constitución por contener decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia política concreta del pueblo alemán, referidas a la democracia, a la república, a favor del Estado liberal de Derecho, con sus principios, derechos fundamentales y división (no separación) de poderes<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Schmidt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Revista de Derecho Privado, Madrid, págs. 27, 33 y 35. Schmidt señala que presentaba una reunión de programas y principios positivos basados en distintos contenidos y convicciones políticas, sociales y religiosas: garantías individuales de libertad personal y propiedad privada y puntos de programa socialista que reflejaba auténtica contraposición de clases vigentes a la sazón despatchados

Como otras constituciones basadas en el individualismo, contiene una decisión en el sentido de la libertad clásica: libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, de industria y comercio, etcétera; pero aquí particularmente el Estado aparece como servidor, no sólo custodio de los derechos, lo que comienza a ser un cambio notable.

Está, como los precedentes anteriores, presidida por dos principios: el de *distribución* (libertad del individuo, ilimitada en principio, y facultad del Estado para invadirla, limitada) y el de *organización* por la división del poder estatal que se encierra en un sistema de competencias circunscriptas<sup>31</sup>.

También es característico del Estado de Derecho el excluir injerencias en la esfera de la libertad individual según una ley, es decir que la Administración está sometida por la reserva o preeminencia de la ley (Mayer y la independencia judicial, aun en las causas contra el propio Estado)<sup>32</sup>.

De allí deriva el principio de que la ley no es el límite para un accionar amplio de la Administración, sino que es el requisito o condición habilitante.

46. La Constitución de Weimar (14-VIII-1919) contiene la declaración de derechos y deberes fundamentales de los alemanes, la inviolabilidad del domicilio, secreto de correspondencia, libertad de asociación, propiedad privada, junto a nuevos postulados. Se ha señalado así que los derechos reconocidos de coalición o de huelga no son ya derechos de libertad en el sentido del Estado liberal de Derecho, pues cuando un grupo social logra que le dejen actuar de ese modo, la libertad ya no significa actuación ilimitada del individuo, sino el libre aprovechamiento de la fuerza social mediante organizaciones sociales<sup>33</sup>.

---

sólo bajo la fórmula de un compromiso. Pese a que se le atribuyó un carácter mixto o un grado intermedio entre las concepciones burguesas y socialistas, y a que valga como programa una serie de ofertas sociales, no se extrajeron consecuencias políticas específicas de los principios del socialismo, rechazándose expresamente la adopción de una Constitución de tipo socialista, y aceptando un cambio la forma política y los principios del Estado de Derecho.

<sup>31</sup> Schmidt, C., *Teoría...*, cit., pág. 147. Es el mismo principio que el del art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y del art. 3º de la Declaración de Derechos de Virginia 1776.

<sup>32</sup> Es muy interesante acá el análisis que sobre esta hace McEwan, Charles H., *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*, Nota, Buenos Aires, 1958, en el que plantea el problema, que sigue siendo actual, entre los límites del Derecho y la voluntad soberana (pág. 170), es decir, la antigua distinción entre *ius cogens* y *gubernaculum* o *ius de Estado*, que se manifiesta en la no aceptación de la revisión judicial para decretados estos de gobierno, por caso, la declaración de emergencia (pág. 14 y nota 6).

<sup>33</sup> Así lo sostiene Schmidt, señalando que en muchos artículos de esta Constitución los derechos reconocidos son sólo garantizados "dentro de los límites" o "con arreglo" a la

También están enumerados derechos del individuo a prestaciones positivas del Estado (derecho al trabajo, a la asistencia y socorro de las familias; a la educación, formación e instrucción). Se ha interpretado que estos nuevos derechos no presentan igual estructura que en la concepción actual: presuponian una organización estatal a la que debía incorporarse el individuo, vale decir que son condicionales pues ha de mediar su incorporación. En una palabra, no guardan identidad con otros derechos considerados fundamentales<sup>26</sup>.

47. *El Estado social de Derecho*. A las dificultades de adecuación sucedidas bajo el imperio del constitucionalismo clásico, que sufrió como se indicó antes, la inflexión hacia opciones sociales tanto en la modulación de la declaración de derechos como en la acción del Estado, admitiendo —como en el caso de Weimar o la Constitución de México— la existencia de derechos llamados sociales o derechos de prestación a cargo del Estado, se sumó una nueva inflexión provocada por acontecimientos específicos como la Segunda Guerra Mundial y la depresión de los años 1929-1930, así como la instalación del colectivismo soviético. El enfrentamiento del constitucionalismo con la crisis del Estado de Derecho —que aparecía insuficiente para obtener el principio de igual libertad— y los regímenes políticos de signo totalmente diverso, como el fascismo, llevan a acuñar la idea del Estado social o Estado social de Derecho, expresión atribuida a Herman Heller<sup>27</sup>.

Esa idea está reflejada en las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, como la italiana de 1947 y la de Alemania Federal del 8-V-1949. Esta última, aparte de las declaraciones de derechos (art. 2/19) enuncia de modo expreso que la república que instaure es "un Estado federal, democrático y social" (art. 20, punto 1).

48. Es precisamente por ello que se ha entendido que esa Constitución refleja la concepción económica entonces predominante, la inspirada

---

ley libertad de comercio e industria, intercambio económico); incluso la propiedad por su contenido y límite resultan de la ley (pág. 153), que no es igual a la inevitabilidad, a discrecionalidad del dominio.

<sup>26</sup> Schmidt, C. *Teoría...* cit., pág. 196. Es clásica la distinción entre derechos de primera generación o fundamentales, de segunda generación (sociales y económicos) y aun de tercera, como los ambientales y los del usuario y consumidor.

<sup>27</sup> Así lo indica García Pelayo, M., *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Aguilar, Madrid, 1982, citado por Carrón, Walter, "Una visión introspectiva del nuevo control de constitucionalidad colombiano", E.D., 148-932. En el mismo sentido Stein, L., *Derecho Público*, Aguilar, Madrid, 1973, pág. 189.

en la economía social de mercado como procedente del llamado neoliberalismo<sup>38</sup>.

Es conocida la posición del Tribunal Constitucional Federal que declaró que la mencionada Constitución adhiere al principio de la neutralidad en materia político-económica<sup>39</sup>, en el sentido de que no se enlaza en una política determinada. Precisamente por ello es que estas constituciones por su amplitud permitieron afirmar políticas económicas de signo contrario, desde opciones socialdemócratas, hasta opciones liberal-clásicas.

El legislador de tal régimen debe instaurar un orden económico cuya base consista en la igualdad jurídica y en la igualdad real, haciendo posible para todos el más amplio desarrollo de la personalidad. Aparece por consiguiente como principio no discutido, el de que el Estado social se define por establecer obligaciones sociales a cargo del Estado, el que puede ser compelido a su cumplimiento.

49. *La obligación social del Estado.* La definición de Estado social de Derecho no resulta directamente de los textos constitucionales, debe ser extraída de la inteligencia de sus normas. Se ha señalado con acierto que no implica quitar algo del concepto clásico de Estado de Derecho (como conjunto de mecanismos de garantía efectiva de la libertad y los derechos) sino agregarle algo más, o sea, otorgarle no sólo un contenido formal, sino sustancial<sup>40</sup>, que no es otro que garantizar el respeto a la dignidad humana, y su perfeccionamiento, es decir, la búsqueda del orden social justo.

Esta idea coincide plenamente con el desarrollo que formula Stein<sup>41</sup> a partir del contenido histórico de ese concepto, o sea, la imposición en las cartas constitucionales modernas, de una obligación a cargo del Esta-

<sup>38</sup> Stein señala como representantes de esa escuela a W. Ekelohert, y a F. Böhm como transportador al plano jurídico ese tipo de economía. De todos modos indica que la Constitución de Bahun fue entendida por otros escritores de manera dispar, como instaurando un orden económico mixto (Hauer), o aun como reclamando un régimen que garantice la economía social de mercado (Ehrlich). Stein, *L. Derecho...*, cit., pág. 185.

<sup>39</sup> Sentencia del 26-VI-1974. Stein destaca que con arreglo al art. 15, incluso sería factible la expropiación de medios de producción, pues se admiten allí fines de colectivismo de la tierra, el suelo, los espacios naturales y los medios de producción pero bajo la reserva de ley. Ahora este autor que esta posibilidad no se tuvo seguramente a la vista al promulgar la ley fundamental (pág. 188).

<sup>40</sup> Carrara, Walter, "Una visión...", cit., quien referencia la elaboración de la Corte Constitucional de Colombia respecto de la Constitución de ese país de 1891. Adicionalmente la opinión coincidente de Sánchez Agesta, Luis (*El Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1980, pág. 42), en el sentido de que social implica una calificación de los fines que el Estado debe asumir, que parece ser un mandato para el legislador y los jueces.

<sup>41</sup> Stein, *L. Derecho...* cit., pág. 188.

do, a la que se suma su rol para conseguir una cohesión social en los derechos fundamentales.

Con respecto a lo primero, esa obligación se da en el marco de necesidades sociales que deben ser fijadas y atendidas directamente por el Estado; y también encargándolo de custodiar el funcionamiento de la economía en su conjunto. Coincidentemente pasa a ser misión del Estado la necesidad de imponer límites jurídicos a empresas económicas, subordinando el principio de máxima ganancia al de cobertura de las necesidades, pues el reconocimiento de la renta se basa en la simultánea satisfacción de las necesidades sociales<sup>42</sup>.

Por consiguiente se inserta aquí la consigna de que el individuo no es sólo objeto de una posible actividad del Estado, "sino portador de derechos propios en cuanto participa de la comunidad estatal. Mientras que, en un principio, el auxilio social fue concebido exclusivamente como una obligación de quien debía prestarlo, sin atribuir un derecho correspondiente a los necesitados, ahora, por el contrario, del principio del Estado social se deriva, sobre todo, tal derecho. Esto mismo es aplicable a las demás prestaciones del Estado"<sup>43</sup>.

La otra conclusión (conexión social de los derechos) se refiere a que el propio Estado social se dirige a evitar que por aplicación de la filosofía del Estado de Derecho (liberal), todos los derechos fundamentales sean atribuidos del mismo modo, sin tener en cuenta la distinta situación social de los afectados. El Estado social en cambio garantiza tales derechos pero en un orden social de libertad e igualdad, lo que significa reformar la protección jurídica de los débiles y reducir la de los poderosos, vigilando la libertad de estos últimos para que su ejercicio no conduzca a una carga sobre los otros. De esta manera, la igualdad formal del Estado se sustituye por una igualdad material<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Este tema remite al principio del beneficio social, analizado por los heredistas como causa del tributo, que es un instrumento de redistribución.

<sup>43</sup> Stein, L., *Derecho...*, cit., pág. 190.

<sup>44</sup> Stein, L., *Derecho...*, cit., pág. 191. Este autor describe con toda precisión la diferencia entre uno y otro concepto del Estado: "En el Estado de Derecho liberal, todos los derechos fundamentales tenían formalmente la misma posición jurídica, sin referencia a la situación social de los afectados. En el ámbito de la economía, los derechos fundamentales se refieren a la protección de la propiedad y a la libre competencia. Teóricamente, ambas estaban a la disposición de todos en igual medida, sin dar importancia al hecho de que la empresa no tuviese en propiedad objetos de valor estimable ni estuviese en situación de realizar actividades empresariales. Lo mismo puede decirse de la libertad de contratación, esto es, del derecho de cada cual a celebrar los contratos que le sean más favorables. Este derecho se concedía por igual al hambriento como al panadero que disponía de la última provisión de pan en una situación de necesidad; a los parados como al empresario que disponía de los puestos de trabajo. Al Estado le resultaba indiferente que se burlaran del hambriento cuando pedía pan a un precio moderado, o del parado cuando reclamaba trabajo en condiciones adecuadas. Ambos tenían el derecho de concertar contratos que les fue-

Se construye entonces el concepto histórico del Estado social, como el sistema que adopta mecanismos jurídicos efectivos para hacer realidad el principio de igualdad para todos, compatibilizando por ende la libertad con la igualdad en la búsqueda del perfeccionamiento de la persona humana bajo un orden social justo<sup>45</sup>.

50. *El Estado subsidiario.* Frente a lo señalado existe importante doctrina que, reexaminando las funciones del Estado aprecia la existencia de un nuevo modelo: el del Estado subsidiario proveniente de la quiebra del Estado de bienestar, que correspondió a las funciones intervencionistas acordadas bajo la doctrina del Estado social de Derecho, concepto este último que debería revisarse. Para ello el fundamento de la intervención estatal en el plano económico y social está dado por el principio de subsidiariedad<sup>46</sup>, característico de la economía social de mercado, cuyas bases son la libertad y competencia propias del Estado subsidiario bajo el cual toda injerencia debe ser subordinada y sólo puede tener lugar cuando el individuo, las comunidades internacionales y las asociaciones no están en condiciones de solucionar los problemas existentes.

Incluso se sostiene que esa versión se ha dado frente al atraso del derecho constitucional positivo en las naciones europeas, y que fue compensado con el adelanto de algunos aspectos en el derecho comunitario<sup>47</sup>.

ses favorables y a ellos correspondía ver cómo lo lograban. Esta concepción liberal de los derechos fundamentales los convirtió en derechos de las minorías dominantes, permitiéndoles desarrollar plenamente su poder social”.

<sup>45</sup> No otra es la doctrina que considera ejercicio del poder de policía «lícito conceder a los trabajadores remuneraciones que les aseguren un nivel de vida adecuado (art. 14 bis, Const. Mex.) “toda vez que cuando la libertad de contratar entra en conflicto con la libertad contra la opresión, ésta debe prevalecer sobre aquélla, porque así la requieren los principios que informan un orden social justo” (CSJN, “Práctico”, 20-V-1960, Fedico, 246843, com. 7). Tal doctrina reproduce la opinión del juez Hughes de la Suprema Corte de EE.UU. en “West Coast ex. Parrish” (350 US 379).

Como destaca Eldart Campos, parece irrefutable que la libertad económica forma parte de la libertad indivisible, pero es también necesario computar la igualdad al lado de la libertad, para que la libertad económica no rinda beneficios solamente sectarios (Tratado... cit., nota 3, pág. 187).

<sup>46</sup> Vid. Casagrea, J. C., *La Intervención...*, cit., págs. 111, 114 y 120.

<sup>47</sup> En rigor el Tratado de la Unión Europea formula el principio de subsidiariedad desde una perspectiva que no guarda relación alguna de cara al vínculo entre el Estado y los individuos, pues se refiere a la distribución de competencias entre la comunidad —que sólo interviene, conforme a ese principio, en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros— y éstos últimos, pero nada se agrega a la oportunidad en que haya de actuarse y la intensidad de esa actuación sobre los derechos de los particulares. Lusa, J. V., *El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, pub. de la Comisión Europea, pág. 103.

Pege a lo argumentado, no parece que lo señalado haya tenido una aceptación semejante en el derecho positivo. En particular en lo que hace a nuestra Constitución Nacional la inclusión de un capítulo sobre nuevos derechos (arts. 41, 2do. párr., y 42, 2do. párr.) y al incorporar como obligación estatal propia la conducente al desarrollo humano (art. 75, inc. 19) que se agrega a las disposiciones de los artículos 14, 14 bis, 28 y 75, incs. 18, 23 y 32, no parece fácilmente compatible con la definición de un Estado subsidiario.

51. *Las demás constituciones europeas de posguerra.* La Constitución francesa de 1946 (reformada en 1958) agrega, junto a los derechos clásicos, otros considerados generalmente como sociales, de los que de todos modos se había sostenido que estaban implícitos con anterioridad (Duguit), e incorporó además formas de sujeción de la economía del Estado, aunque se ha considerado que sus principios van apenas más allá de la Constitución de Weimar que se había explicado también como neutral. Pero esta Constitución define concretamente a Francia como una república democrática y social (art. 1<sup>o</sup>), lo que si bien se interpretó en algún momento como que es un término impreciso<sup>48</sup>, se refleja no solamente en la enunciación de los nuevos derechos, sino en la posibilidad de considerar propiedad de la colectividad las empresas cuyas explotaciones tengan o adquieran los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho (preámbulo). Por otra parte la creación del Consejo Económico permite la variada participación de grupos sociales para decidir las prioridades económicas.

En ese mismo sentido se orienta la interpretación del principio de igualdad (material) del artículo 3<sup>o</sup>, 2do. párrafo de la Constitución italiana (1947), trasunto de la cláusula del diputado Collie Basso<sup>49</sup> conforme a la cual se encarga al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación en la organización política, económica y social del país.

La Constitución española de 1978 reafirma la primacía del valor constitucional de la dignidad de la persona humana y su consecuencia, que es el desarrollo integral. En cuanto a la relación libertad/igualdad, a los fines que nos ocupan, es encuadrada en el concepto —análogo a lo ya explicado— del Estado social y democrático de Derecho "que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Es en base a esa enunciación que debe entenderse el principio de libertad de mercado (art. 38).

<sup>48</sup> García Felayo, M., *Derecho...*, cit., pág. 406.

<sup>49</sup> Fernández Segado, F., "La teoría...", cit., pág. 369.

32. Para concluir estas nociones introductorias se podrían resumir los planteos anteriores señalando que el tránsito entre el Estado de Derecho o Estado liberal de Derecho hacia el Estado social de Derecho, supone una nueva concepción del principio de igualdad, que se manifiesta en la admisión de nuevas funciones por parte del Estado que a su vez pueden ser entendidas como derecho para quienes son objeto de su ejercicio. En tal sentido es compartible la conclusión de que el nuevo inciso 23 del artículo 75 de la Constitución Nacional señala con claridad la adopción de los principios del constitucionalismo social, imponiendo al Estado medidas de acción positiva<sup>30</sup> y otorgando la garantía en caso de omisión (art. 43, 1er. párr.: recurso de amparo), siempre dentro del marco de lo que sea razonable (art. 28, Const. Nac.).

Ello implica atribuir interés jurídico a la satisfacción de determinadas necesidades de contenido económico, siendo menester examinar el grado de operatividad de los derechos que la atribución de tales funciones suscita.

Por la misma razón parece que el Estado queda habilitado a adoptar los mecanismos pertinentes que pueden incluso, requerir la limitación de ciertos derechos individuales contrapuestos a esos fines. Se vuelve a plantear así la confrontación de intereses fundante de la facultad reglamentadora de los derechos, entendiendo a éstos como no absolutos, pero tampoco como frustrables o postergables discrecionalmente.

La pregunta final es: ¿existe contradicción entre los nuevos fines atribuidos al Estado en las constituciones modernas, abandonando el neutralismo, y los derechos clásicos que declaran o reconocen también esas constituciones?

El derecho constitucional económico que describe por ejemplo la Constitución de 1994 debe sin duda dar las respuestas, pero ello exige un grado de desarrollo que recién se insinúa en estas hojas, que sólo pretendieron reunir elementos para construirías.

<sup>30</sup> Bidart Campos, G., *Tratado...* cit., T. VI, pág. 378.



## LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE ENCUESTA Y LA ACEPTACIÓN DE SU COMPETENCIA POR PARTE DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

GABRIEL PABLO VALLADARES  
JOSÉ ALEJANDRO CONSIGLI

### I. INTRODUCCIÓN

La Comisión Internacional de Encuesta —cuya competencia es de naturaleza voluntaria y requiere de una declaración expresa de aceptación— es una institución prevista en el artículo 90 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (de aquí en adelante DIH), que podrá investigar las denuncias que le formulen los Estados parte de ese Protocolo, sobre cualquier hecho que pueda constituir una infracción grave o violación grave al DIH, y asimismo podrá facilitar mediante sus buenos oficios el retorno a una actitud de respeto a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977.

Si bien la idea de encuesta no es nueva en el ámbito internacional, la institucionalización de las investigaciones tal como está dispuesta por el artículo 90 del Protocolo I —en el sentido de su peculiaridad funcional— representa un notorio progreso respecto de otros mecanismos de aplicación del DIH que —sus habiendo demostrado su validez— tienen límites más restringidos: por ejemplo investigaciones solicitadas a organizaciones no gubernamentales.

El Departamento Federal Suizo de Asuntos Exteriores<sup>1</sup>, en su condición de depositario de los Convenios de Ginebra, comunicó al Comité In-

<sup>1</sup> Art. 93, p. 1: "El presente Protocolo será ratificado lo antes posible. Los instrumentos de ratificación serán depositados en poder del Consejo Federal Suizo, depositario de los Convenios".

ternacional de la Cruz Roja (de aquí en adelante CICR) que la República Argentina depositó, el 11 de octubre de 1996, la declaración de reconocimiento de la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta, de conformidad con el artículo 90 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra<sup>2</sup>.

Ello significa que nuestro país es el sexto Estado sudamericano que en tiempo de paz acepta *ipso facto* y sin acuerdo especial la competencia de la Comisión Internacional que instituye el Protocolo I<sup>3</sup>. Hasta el momento otros cincuenta Estados han aceptado también su competencia.

A fin de comprender con mayor claridad cuáles son las obligaciones que nuestro país ha contraído al aceptar la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta, comenzaremos por repasar sus antecedentes y analizar su génesis, estructura y funciones. Después trataremos con detalle el procedimiento de encuesta y la competencia a partir de las normas contenidas en su Reglamento y en las disposiciones del artículo 90 del Protocolo I. Avanzaremos seguidamente sobre las obligaciones jurídicas de nuestro Estado respecto a las encuestas de la Comisión y por último haremos un balance crítico de los posibles beneficios y desventajas.

## II. ANTECEDENTES E HISTORIA DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE ENCUESTA

El artículo 90 del Convenio de Ginebra de 1929 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña previó un mecanismo similar al procedimiento de la Comisión ahora establecida por el artículo 90 del Protocolo I. Aquel artículo disponía básicamente que, en caso de que un Estado parte considerase que se habían violado los términos del Convenio, a petición de uno de los beligerantes se debía abrir una investigación según la forma que se acordase entre las partes interesadas y, si se comprobaba la existencia de la violación denunciada, los beligerantes deberían cesar en esa actividad y reprimirla a la brevedad posible.

<sup>2</sup> Art. 90. 2. a), p. 1: "En el momento de firmar, ratificar o adherirse al Protocolo, o ulteriormente en cualquier otro momento, las Altas Partes contratantes podrán declarar que reconocen *ipso facto* y sin acuerdo especial, con relación a cualquier otra Alta Parte contratante que acepte la misma obligación, la competencia de la Comisión para proceder a una investigación acerca de las denuncias formuladas por esa otra Parte, tal como lo autoriza el presente artículo".

Art. 90. 2. b), p. 1: "Las declaraciones antes mencionadas serán presentadas al depositario, que enviará copias de las mismas a las Altas Partes contratantes".

<sup>3</sup> Luego de Uruguay (17-VII-1990); Chile (24-IV-1991); Bolivia (10-VII-1992); Brasil (23-XI-1993) y Colombia (17-IV-1996).

Esta norma constituyó un significativo progreso legal, porque nada se había previsto en los convenios anteriores al respecto; sin embargo, nunca se puso en marcha encuesta alguna. Es probable que ello se debiera a la falta de un inicio automático del procedimiento en cuestión. En ese sentido, cabe mencionar que durante la XV Conferencia Internacional de la Cruz Roja se señaló que dicho artículo 30 sería de difícil aplicación, ya que presuponia el acuerdo entre las Partes para iniciar una investigación, hubo quienes indicaron la conveniencia de adoptar un procedimiento casi automático<sup>4</sup>.

En 1937 el Comité Internacional de la Cruz Roja emprendió trabajos para mejorar y reforzar el artículo 30 del Convenio de Ginebra de 1929 proponiendo un procedimiento de encuesta, pero esas recomendaciones no fueron tomadas en cuenta.

Terminada la Segunda Guerra Mundial, el CICR propuso desarrollar y perfeccionar las normas del DIH a la luz de las dramáticas experiencias vividas durante la conflagración. Así, en 1945 se iniciaron los trabajos a nivel de expertos y en 1949 —sobre esa base y convocada por el gobierno suizo— se celebró la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, de la que participaron sesenta y tres Estados<sup>5</sup> y el CICR a título de experto<sup>6</sup>. En su seno se adoptaron cuatro tratados internacionales<sup>7</sup>.

Los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 contienen normas que aluden al procedimiento de encuesta —52 (I), 53 (II), 132 (III), y 147 (IV), en forma común—. Cabe apuntar que los Estados no han conseguido llevar a cabo ninguna investigación en virtud de ellos, probablemente, una vez más, por carecer de un sistema automático que inicie el procedimiento citado.

En 1974 se reunió una nueva Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los Conflictos Armados, convocada una vez más por el gobierno sui-

<sup>4</sup> *Los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto 1949. Comentarios*, publicado bajo la dirección de Jean S. Pictet, CICR, Ginebra, 1952, I, ad art. 52, pág. 421.

<sup>5</sup> Entre ellos la República Argentina, que en la sesión de clausura firmó también el Acta Final.

<sup>6</sup> Cf. Gutiérrez Posas, Hortensia D. T., *Modernos Derecho Internacional y Seguridad Colectiva*, Zavalla, Buenos Aires, 1965, págs. 348 y sigs.

<sup>7</sup> Los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 adoptados por la Conferencia Diplomática son: el Convenio I para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el Convenio II para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas navales en el mar; el Convenio III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y el Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

zo, que tenía por objeto estudiar dos proyectos de Protocolos adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, preparados después de consultas oficiales y privadas, por el CICR. En 1977 la Conferencia adoptó los dos Protocolos<sup>8</sup>.

Ya al comienzo de los trabajos preparatorios para la Conferencia Diplomática de 1974-1977, los expertos destacaron la necesidad de un control de las normas aplicables en caso de conflicto armado. Dos enmiendas presentadas durante la Conferencia fueron el origen del artículo 90 del Protocolo I, generándose un amplio debate sobre el tema. El texto que finalmente se aprobó en sesión plenaria, es un compromiso entre las diferentes tendencias que aparecieron durante la Conferencia<sup>9</sup>.

El primer Estado en reconocer la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta, fue el reino de Suecia el 31 de agosto de 1979: aceptó (*ipso facto* y sin acuerdo especial con relación a cualquier otra Alta Parte contratante que reconociera la misma obligación, la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta para investigar acerca de las denuncias formuladas por ese otro Estado respecto de posibles infracciones o violaciones graves al DIH.

Otros países nórdicos de amplia tradición en el respeto de los derechos humanos —Finlandia, Noruega y Dinamarca— siguieron a la brevedad el ejemplo de Suecia.

En septiembre de 1980, la XV Mesa Redonda organizada por el Instituto Internacional de Derecho Internacional Humanitario de San Remo, formuló algunas recomendaciones. Los participantes de la Mesa Redonda consideraron que las consultas sobre los métodos de trabajo del CICR y de la Comisión permitirían determinar mejor el respectivo enfoque y garantizar una complementariedad necesaria<sup>10</sup>. Sin duda que la Comi-

<sup>8</sup> Los Protocolos adoptados por la Conferencia Diplomática (1974-1977) son: Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; y Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

<sup>9</sup> Cf. Krill, *Francis*, *La Comisión Internacional de Encuesta, CICR, Ginebra*, págs. 297 y sigs. El citado autor agrega que uno de los proyectos emanaba de las delegaciones de Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda y Suecia, el otro, de la delegación de Pakistán. Ambas propuestas eran similares esencialmente en la constitución de una Comisión Permanente para investigar toda violación grave de las normas del derecho de los conflictos armados. Señala, también, que las objeciones más graves provenían de muchas delegaciones que se oponían a la jurisdicción obligatoria de la Comisión, a su derecho de iniciativa, así como a su competencia para pronunciarse no sólo sobre cuestiones de hecho, sino también de Derecho.

<sup>10</sup> XV Mesa Redonda del Instituto Internacional de Derecho Humanitario (San Remo, 4 y 8-IX-1980), *Revista Internacional de la Cruz Roja*, enero-febrero 1981, CICR, págs. 68 y sigs.

sión es un medio suplementario para el respeto del DIH, pero distinto del CICR<sup>11</sup>.

El 20 de noviembre de 1980, el vigésimo Estado —Canadá— hizo la declaración prevista en el artículo 90 del Protocolo I: esta vigésima declaración permitió tener por cumplidas las condiciones necesarias para la constitución de la Comisión. A finales del año 1980, Suiza, como depositaria de los Convenios de Ginebra, convocó mediante nota diplomática una reunión de representantes de los Estados que habían hecho la declaración del artículo 90 con miras a elegir, por voto secreto, los miembros de la Comisión. El 25 de junio de 1981 eligieron la primera composición de la Comisión.

La reunión inaugural de la Comisión se celebró el 12 y 13 de marzo de 1982. La Comisión, adoptó para sí el nombre de Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta y aprobó su reglamento el 8 de julio de 1982.

Durante la así llamada guerra fría, ninguna de las dos superpotencias hizo la declaración de aceptación. Después de 1980, la Federación Rusa aceptó la competencia. Curiosamente es el único miembro permanente del Consejo de Seguridad de la ONU que lo ha hecho<sup>12</sup>. Los Estados Unidos de América aún no ratificaron ni adhieron al Protocolo I<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Si bien los Estados nunca han iniciado una encuesta en las técnicas de los cuatro Convenios —arts. 22, 53, 132 y 149 común—, el CICR ha recibido varias peticiones para su realización. Vgr. en 1986 referentes al conflicto italo-etíope; en 1983 en el problema de Katyn, etc.

<sup>12</sup> El CICR no puede participar en una investigación más que en virtud de un encargo que se le haya conferido con anterioridad de conformidad con un Convenio o con un acuerdo especial de todas las partes interesadas. No obstante, no se constituye nunca al mismo en comisión investigadora. Se limita a elegir, fuera del CICR, a las personas competentes para formar parte de tal Comisión. Solo celebrará en una investigación si el procedimiento ofrece todas las garantías de imparcialidad y si se facilitan a las partes las medios de hacer valer su tesis. Ha de recibir también la garantía de que no se efectuará sin su consentimiento comunicación pública alguna respecto a la solicitud de investigación o a la investigación misma. En principio, el CICR sólo participará en una comisión investigadora y en las condiciones indicadas anteriormente, si el objeto de esa investigación es una infracción grave contra los Convenios de Ginebra o contra los Protocolos adicionales. De ninguna manera participará si haciéndolo dificultar o impedirle sus actividades tradicionales en favor de las víctimas de los conflictos armados o si se compromete su reputación de imparcialidad y de neutralidad. Extraído de "Operaciones del Comité Internacional de la Cruz Roja en caso de violaciones contra el derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 44, marzo-abril 1981, págs. 19 y sigs.

<sup>13</sup> La Federación Rusa accedió a la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en la Organización de las Naciones Unidas.

<sup>14</sup> Sobre la posición de los Estados Unidos de América ver Rash, J. Ashley, "La Comisión Internacional de Encuesta", *Revista Internacional de la Cruz Roja, CICR*, marzo-abril 1991.

### III. COMPOSICIÓN Y ESTRUCTURA DE LA COMISIÓN

#### a) Estructura general y funcionamiento

La Comisión está compuesta por quince miembros y tiene su sede en Berna, Suiza. Se reúnen toda vez que lo consideran necesario para el cumplimiento de su cometido, debiendo hacerlo por lo menos una vez al año. Si un tercio de sus miembros lo solicita o si la mesa<sup>14</sup> así lo decide, también se reúne.

La Federación Helvética, como depositaria de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos, garantiza los servicios de su Secretaría. Los idiomas oficiales y de trabajo son el francés y el inglés.

El quórum de ocho miembros basta para constituir la celebrando sus reuniones en la sede, a menos que la misma Comisión o la Mesa dispongan otra cosa. Las reuniones son cerradas y confidenciales y las decisiones son generalmente tomadas por consenso. En caso contrario, rigen una serie de disposiciones para la votación de las propuestas o las enmiendas a éstas.<sup>15</sup>

#### b) De los miembros y su elegibilidad

Los quince miembros deben reunir condiciones de "alta reputación moral y de reconocida imparcialidad"<sup>16</sup>; duran en su mandato cinco años.<sup>17</sup>

La elección de los miembros es secreta, y sus nombres son obtenidos de las candidaturas que realizan los Estados que han hecho la declaración del artículo 90 del Protocolo I. No es necesario que la persona cuya candidatura presente un Estado sea ciudadano de éste, tanto más por cuanto la Comisión velará porque haya una representación geográfica equitativa en su conjunto.<sup>18</sup> Para la provisión de una vacante en caso de dimisión, está previsto un sistema complejo de sucesivas votaciones.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> La mesa está constituida por el presidente y los vicepresidentes 1º y 2º de la Comisión Internacional Humanitaria de Escucha.

<sup>15</sup> Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Escucha, Parte II "Funcionamiento de la Comisión", Capítulos I y II.

<sup>16</sup> Artículo 90. 1.a), p. 1.

<sup>17</sup> Artículo 90. 1.a), p. 1.

<sup>18</sup> Regla 5.1, último párr., Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Escucha.

<sup>19</sup> Regla 5.2., Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Escucha, "De no haber consenso, se aplicarán las disposiciones siguientes: a) Cuando ningún candidato obtenga la mayoría requerida en el primer escrutinio, se procederá a una segunda votación, pero ésta se limitará a los dos candidatos que hayan obtenido el mayor número de votos. b) Si la segunda votación no es decisiva y si se requiere la mayoría de los miem-

... o persona quienquiera  
hacer una declaración so-

en cualquier momento a  
...ento grave<sup>20</sup>. Asimismo,  
...ción alguna o hacer declara-  
...gitimamente de su moralidad  
...Protocolo. En caso de duda, la  
...idas al respecto<sup>21</sup>.

...olo ni el Reglamento acerca de  
...de poseer los miembros de  
...estado el tema desde 1977, coin-  
...altidisciplinaria; será entonces  
...estiones de estrategia y mando  
...ialmente con un amplio cono-  
...comandados—, profesionales de la  
...apo y expertos en ciencias exact-

...os a un presidente, así como a  
...n periodo de dos años con dere-  
...los tres forman la Mesa de la

... vicepresidente puede concluir  
...ción o dimitir de sus funciones

...en la que los miembros tienen derecho  
...tiene resultado alguno en esta tercera  
... candidatos que obtuvieran el mayor  
...ivamente. Se votará alternativamente  
...alta elegido un miembro. El Las elec-  
...harán mediante votación secreta. Es  
...a de los miembros presentes". Y regla  
...ente regla servirá durante el tiempo

...acional Humanitaria de Encuesta.  
...acional Humanitaria de Encuesta;  
...ción con imparcialidad, en conciencia y  
...de este Reglamento, incluidas las re-

...acional Humanitaria de Encuesta.  
...acional Humanitaria de Encuesta.

... aceptarán instrucciones de ninguna autoridad  
... que sea, y sirven a título personal<sup>22</sup>, debiendo  
...lomas antes de entrar en funciones<sup>23</sup>.

Durante su mandato, deberán responder  
... una convocatoria del presidente salvo imediatam-  
... los miembros no pueden llevar a cabo ocu-  
...ciones públicas que puedan hacer dudar  
... y de su imparcialidad en el sentido del  
... Comisión será la encargada de tomar medi-

Nada específico señalan, ni el Protoco-  
... las características profesionales que han  
... integren. Los distintos autores que han tr-  
...ciden en que la composición debiera ser m-  
... importante contar con especialistas en cu-  
... militar, en derecho internacional —espe-  
...cimiento del derecho de los conflictos de  
... medicina, investigadores con trabajo de cas-  
...tas, entre otros.

### e) Presidente y precedencia

La Comisión elige entre sus miembros  
... un primer y segundo vicepresidente, por u-  
...cho a la reelección. Como antes se apuntó  
... Comisión.

El mandato de un presidente o de un  
... si éste deja de formar parte de la Comi-

...ltros presentes, se procederá a una tercera votación,  
... a votar por cualquier candidato elegible. Si no se da  
... votación, en la siguiente solo se votará por los dos  
... número de votos en esa tercera vuelta, y así sucesi-  
... por todos los candidatos elegibles y hasta que res-  
... ciones a las que se hace referencia en esta regla se  
... elige el candidato que obtenga la mayoría de vot-  
... 3.3: "Un miembro elegido de conformidad con la pre-  
... que reste del mandato de su predecessor".

<sup>20</sup> Regla 1.1, Reglamento de la Comisión Inter-

<sup>21</sup> Regla 1.2, Reglamento de la Comisión Inter-  
... "Ejercerá sus funciones de miembro de esta Comi-  
... de conformidad con las disposiciones del Protocolo  
...lativas al secreto".

<sup>22</sup> Regla 2, Reglamento de la Comisión Inter-

<sup>23</sup> Regla 3, Reglamento de la Comisión Inter-

antes del término normal de éstas, la Comisión pueda elegir un sucesor por el periodo restante por mayoría en votación secreta<sup>24</sup>.

La precedencia de los miembros, después del presidente y de los vicepresidentes, se establece de acuerdo con la antigüedad en el cargo y entre los de igual antigüedad por orden de edad<sup>25</sup>; es un mecanismo similar al utilizado por otras Comisiones y Cortes Internacionales.

El presidente dirige los debates de la Comisión y desempeña todas las demás funciones que le confían el Protocolo, el Reglamento y la Comisión —permaneciendo en el ejercicio de sus funciones bajo su autoridad—, debiendo garantizar la continuidad y celeridad en el funcionamiento de ella<sup>26</sup>.

El presidente podrá ser reemplazado temporalmente por el vicepresidente en caso de vacancia o, especialmente, si el Estado del cual es nacional el presidente va a ser parte en una encuesta.

#### d) Gastos

Los gastos administrativos de la Comisión serán sufragados mediante contribuciones de las Altas partes contratantes que hayan hecho declaraciones de conformidad con el artículo 90, párrafo 2do. del Protocolo I y, también, mediante contribuciones voluntarias.

<sup>24</sup> Regla 6, Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta.

<sup>25</sup> Regla 7, Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta.

<sup>26</sup> Disposiciones del Protocolo I relativas a las funciones del presidente de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta:

Art. 3, a): "A menos que las Partes interesadas convengan en otra cosa, todas las investigaciones serán efectuadas por una sala integrada por siete miembros designados de la siguiente manera: 1) Cinco miembros de la Comisión, que no sean nacionales de las Partes en conflicto, nombradas por el presidente de la Comisión sobre la base de una representación equitativa de los regiones geográficas, previa consulta con las partes en conflicto...".

Art. 3, b): "Al recibir una petición para que se proceda a una investigación, el presidente de la Comisión fijará un plazo apropiado para la constitución de una sala. Si uno de los dos miembros ad hoc no hubiesen sido nombrados dentro del plazo señalado, el presidente designará inmediatamente los que sean necesarios para completar la composición de la sala".

Regla 30, Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta:

"Poderes del presidente: El presidente declara la apertura y la clausura de cada reunión de la Comisión, dirige los debates, garantiza la aplicación del presente Reglamento, da la palabra, somete los asuntos a votación y postula las designaciones. El presidente, con sujeción al presente Reglamento, tendrá el control de los procedimientos de la Comisión y del mantenimiento del orden de sus reuniones. El presidente puede, durante el debate de un punto del orden del día, proponer a la Comisión que se limite el tiempo de intervención de cada orador, así como el número de intervenciones de cada uno de ellos sobre una misma cuestión y cerrar la lista de los oradores. También puede proponer que se aplaque o se concluya el debate, así como que se levante o se suspenda una sesión".

#### IV. PROCEDIMIENTO DE ENCUESTA

Podríamos decir que existe un procedimiento preparatorio de la encuesta y un procedimiento de encuesta propiamente dicho.

El procedimiento preparatorio se inicia con la presentación de la solicitud de encuesta ante la secretaria de la Comisión. ¿Quiénes pueden presentar la solicitud? Estimamos que toda parte en un conflicto armado internacional puede, aunque no sea parte en el Protocolo I, dirigirse a la Comisión en relación con una denuncia de infracción o violación grave de los Convenios y del Protocolo I.

Existen dos modos de aceptar la competencia de la Comisión: mediante declaración o de manera *ad hoc*.

Si la parte peticionante ha hecho con anterioridad la declaración del artículo 90, puede imponer la encuesta a toda otra parte que haya hecho la misma declaración. En cambio si cualquiera de las partes —denunciante o denunciada— no hubiera aceptado, o no acepte posteriormente —según se verá enseguida— la competencia de la Comisión, ésta no tiene capacidad para realizar la investigación.

En el caso de que se presente una solicitud de encuesta de conformidad con el artículo 90, 2. d) del Protocolo I y no se disponga aún del consentimiento de la o las otras partes, la secretaria debe transmitir a esa o esas partes la solicitud con la petición de su consentimiento, puesto que la falta de aceptación de la competencia de la Comisión es subsanable ya que un Estado que no haya suscripto la declaración del artículo 90, podrá aceptar la competencia de la Comisión para que investigue solamente esa situación particular. Además, aquellos Estados que son parte en el Protocolo I, pueden hacer en cualquier momento la declaración aceptando la competencia general de la Comisión.

El pedido de la parte que solicita la intervención de la Comisión, debe exponer ciertos contenidos mínimos:

- los hechos —con indicación de la fecha y el lugar donde acontecieron— que según el peticionante configuran una infracción grave o una violación grave;
- los medios de prueba que el solicitante estima que podrá aducir para demostrar su alegaciones;
- la autoridad de la parte a la que todas las comunicaciones relativas a la encuesta deben dirigirse, así como la forma más rápida de ponerse en contacto con esa autoridad;
- la solicitud deberá ir acompañada, en la medida de lo posible, de los documentos originales mencionados en la lista de los medios de prueba o, en su lugar, de copias legalizadas de ellos<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Regla 29, Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta.

Una vez recibida la solicitud de encuesta, el presidente de la Comisión informará inmediatamente a las otras partes interesadas, con una copia de la solicitud y sus anexos lo antes posible, indicando a la parte demandada la posibilidad de presentar observaciones relativas a la admisibilidad de la solicitud presentada.

Si no hubiese acuerdo respecto a su competencia, la Comisión deberá resolver la situación mediante procedimientos acelerados de consultas.

La Comisión informará a la parte denunciante si la solicitud no cumple las condiciones mencionadas en la regla 20 o si una encuesta no puede llevarse a cabo por cualesquiera otras razones. Para el caso de que la Comisión decida realizar la encuesta, todas las partes serán informadas de ello<sup>28</sup>.

Comienza seguidamente lo que sería el procedimiento de encuesta propiamente dicho.

Podría darse el caso de que la parte solicitante desista de la encuesta una vez que la Comisión haya decidido comenzarla. Para morigerar tal supuesto, el Reglamento dispone que la sala a cargo de la encuesta sólo podrá interrumpir el procedimiento si cuenta con el consentimiento de todas las partes en el conflicto.

A menos que las partes interesadas convengan en otra cosa, todas las investigaciones serán efectuadas por una sala que se compondrá de cinco miembros de la Comisión nombrados por el presidente —quien designará también quién presidirá la sala—, sobre la base de una representación equitativa de las regiones geográficas, previa consulta con las partes en conflicto, quienes deberán nombrar a dos miembros *ad hoc* —que no sean nacionales de esas partes— quienes representarán sus intereses.

El quórum de cinco miembros bastará para constituir la sala. Nada aclara el Protocolo I o el Reglamento de la Comisión acerca de si con la simple presencia de los cinco miembros —sin incluir los miembros *ad hoc*— se conforma el quórum o si, por el contrario, la cifra de cinco debe completarse con la presencia de uno o dos de esos miembros<sup>29</sup>.

El presidente de la sala recibe todos los documentos relativos al caso *sub examine*, y bajo su responsabilidad se inventariarán y conservarán hasta que termine la encuesta. A partir del momento de la recepción quedan depositados en la Secretaría de la Comisión y los representantes autorizados por las partes pueden proceder a su consulta.

<sup>28</sup> Regla 21, Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta.

<sup>29</sup> Cabe aclarar que ninguno de los miembros de la sala puede ser nacional de alguna de las partes del conflicto. Según Bosch, J. Ashley, "La Comisión...", *cit.*, "los miembros *ad hoc* no necesitan ser miembros de la Comisión, su función es más bien la de representar a la parte que les ha designado y deben contribuir a crear una atmósfera de confianza en la sala".

Luego que la Comisión establezca las líneas directrices a seguir, la sala invitará a las partes en conflicto a asistirle y presentar pruebas, para después decidir acerca de su admisibilidad y de su fiabilidad.

Durante la encuesta la sala puede recabar también toda prueba que estime pertinente—inclusive la testimonial— y efectuar una investigación *in situ*. En este último caso, el presidente de la Comisión recordará a las partes que durante ella se debe garantizar a los miembros de la sala y a sus acompañantes los privilegios e inmunidades necesarias para ejercer sus funciones, así como tomarse todas las medidas de seguridad y protección que resulten adecuadas para el cumplimiento de sus propósitos<sup>20</sup>. En cualquier caso los privilegios e inmunidades no serán menos amplios que los que la Convención de 1948 sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas otorga a los expertos en misión.

Durante la investigación *in situ* los miembros de la sala dispondrán—en el ejercicio de sus funciones— de identificaciones visibles especiales en el idioma local y podrán separarse para llevar la encuesta en más de un lugar por vez. También podrán adoptar medidas destinadas a la conservación de elementos de prueba.

Todas las pruebas serán íntegramente comunicadas a las partes, pudiendo éstas presentar a la Comisión sus observaciones al respecto. Si la Comisión lo considera necesario puede indicar a la sala que efectúe una encuesta complementaria.

Al terminar la encuesta, la Comisión redactará un informe en base a los resultados obtenidos por la sala, que será enviado a las partes. A partir de ese momento, la Comisión considerará en particular si procede a efectuar gestiones para facilitar, mediante sus buenos oficios, el retorno a la observancia de los Convenios y los Protocolos.

No se hará público ningún dato de carácter personal sin el consentimiento expreso de la persona concernida. Todos los que participan de la sala y los miembros restantes de la Comisión, como así también expertos que ayudan en la encuesta, están obligados durante su mandato y tras la expiración de éste, a guardar secreto acerca de los hechos e informaciones de los que hubiesen tenido conocimiento durante el cumplimiento de sus funciones<sup>21</sup>. La Comisión tampoco hará públicas las conclusiones a menos que así lo soliciten la totalidad de las partes.

En cuanto a los gastos del procedimiento de encuesta, serán definidos por el presidente de la Comisión tras consultar a la Secretaría.

<sup>20</sup> Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta, Parte III, Capítulo III, "Procedimiento de encuesta".

<sup>21</sup> Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta, Parte III, Capítulo VI, "Informe y obligación de confidencialidad".

También el presidente fijará el monto del anticipo que la parte solicitante debe abonar para solventarlos. En caso de presentarse denuncias recíprocas a la sala, cada una de las dos partes anticipará el cincuenta por ciento de los fondos necesarios.

## V. LA COMPETENCIA DE LA COMISIÓN

El artículo 90. 2. c) del Protocolo I establece que la Comisión tendrá competencia para:

A) Proceder a una investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave o violación grave tal como se define en los Convenios o en el Protocolo I;

B) Facilitar, mediante sus buenos oficios, el retorno a una actitud de respeto a los Convenios o al Protocolo I.

### a) Generalidades

La Comisión sólo puede pronunciarse en caso de haberse alegado una infracción grave o una violación grave de los Convenios.

Es importante tener en claro que en caso de una violación o infracción grave imputable a un individuo, compete en principio a los Estados conocer acerca de la infracción cometida aplicando su derecho penal. La Comisión solamente está habilitada a entender cuando la infracción o violación grave es el resultado de una práctica deliberada de un Estado, y ello siempre que medie una solicitud de encuesta.

Cabe acotar también que el Estado que no condena al individuo culpable de una infracción grave del DIH, viola por su parte su obligación legal de reprimir las inobservancias del DIH. Entendemos que en tal caso, si el Estado ha hecho la declaración de aceptación de la competencia de la Comisión, cualquiera de las partes contratantes podría presentar una solicitud de encuesta en tal sentido y la Comisión podría investigar y, si se comprueba la alegación, realizar gestiones oficiosas para que el Estado dé cumplimiento a los Convenios y al Protocolo I y para que castigue al infractor.

Decíamos que la Comisión sólo puede investigar alegaciones de infracciones o violaciones graves; quedan excluidas entonces todas aquellas infracciones y violaciones que no lo son.

Aquí se marca una diferencia frente al sistema de encuesta previsto en los artículos 52 (I), 53 (II), 132 (III) y 149 (IV) común de los Convenios, que estipulan una competencia *rationis materiae* más amplia, ya que abarca toda violación o infracción a esos tratados. Pero pareciera que las ventajas que presenta la encuesta en los Convenios por la mayor exten-

sión de su competencia, se pierden por carecer de un sistema automático de inicio como el de la Comisión que ahora estamos estudiando.

Puede pasar que la Comisión reciba una solicitud de encuesta respecto de un hecho que no constituya una infracción o violación grave a los Convenios o al Protocolo I; en tal caso bien podría sugerir a los Estados que adopten el mecanismo de encuesta previsto en los cuatro Convenios de Ginebra. Nada impide tampoco que un Estado acuda directamente a este último método ante una violación o infracción grave.

#### *b) Infracciones graves*

En los artículos 50 (I), 51 (II), 130 (III) y 147 (IV) común de los Convenios de Ginebra, están calificadas como infracciones graves algunas de las violaciones que pueden cometerse contra personas o bienes protegidos por sus normas.

Así, se consideran infracciones graves en el sentido de las normas de los Convenios:

- el homicidio intencional, la tortura y los tratos inhumanos;
- el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
- la toma de rehenes y la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
- la deportación o el traslado ilegal o la detención ilegal;
- el hecho de forzar a una persona protegida a servir a las fuerzas armadas de la potencia enemiga y
- el hecho de privar a un prisionero de guerra u otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones de los Convenios de Ginebra.

En los artículos 11, apartado 4 y 85, apartados 2 y 4 del Protocolo I, también se han codificado otras infracciones graves.

J. Ashley Roach propone dividir estas infracciones en dos categorías, a saber:

- 1) Una referida a actividades relacionada con el combate y los experimentos médicos. Para que estas acciones sean consideradas infracciones graves se debe haber actuado con intencionalidad para causar la muerte o al menos atentar gravemente contra la integridad física o la salud.
- 2) La segunda categoría de infracciones graves serían las definidas en el artículo 85, párrafo 4to., siendo la condición para que sean calificadas como tales que se cometan intencionalmente.

Estarían incluidas en la primera categoría las siguientes conductas:

- hacer objeto de saqueo a la población civil o a personas civiles;

— lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;

— lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos en la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa<sup>32</sup>;

— hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas;

— hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate;

— hacer uso péfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el Protocolo;

... — las mutilaciones físicas;

— los experimentos médicos o científicos; y

— las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes, salvo si están justificadas en razón del estado de salud de la persona o si están de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas o con las condiciones previstas en los Convenios. Al respecto los Protocolos disponen las excepciones posibles;

— toda acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una parte distinta de aquella de la que depende.

La segunda categoría está representada por las siguientes acciones:

— el traslado por la potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, en violación del artículo 49 del IV Convenio;

— la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles;

— las prácticas del *apartheid* y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañan un ultraje contra la dignidad personal;

— el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimo-

<sup>32</sup> Tanto en este caso como en el mencionado al supra, el art. 45, 3. a) y b) expresa "...que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2.º a) (sic)".

nio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, causando, como consecuencia, extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la parte adversa del apartado b) del artículo 83 y cuando tales monumentos históricos, lugares de culto u obras de arte no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares;

— el hecho de privar a una persona protegida por los Convenios o aludida en el párrafo 2do. del presente artículo de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente.

### *c) Violaciones graves*

Las violaciones graves no están explícitamente definidas ni en los Convenios ni en el Protocolo I. Las palabras "violaciones graves" son utilizadas en el Protocolo I en dos artículos.

La primera vez en el artículo 89 al disponerse que ante situaciones de violaciones graves de los Convenios o el Protocolo, los Estados se comprometerán a actuar juntos o separados en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas y de conformidad con su Carta; la segunda vez, al definirse la competencia de la Comisión en el artículo 90.

Según el Comentario de los Protocolos realizado por el CICR, debe interpretarse que "violaciones graves" son aquellos comportamientos contrarios a los Convenios y los Protocolos que tengan naturaleza grave pero que no estén en el elenco de infracciones graves. Se trataría de actos aislados de naturaleza grave, y comportamientos de naturaleza grave debido a la frecuencia con que se presentan a nivel individual o a la repetición sistemática de los mismos o a las circunstancias y violaciones globales.

La Comisión es una institución con capacidad para investigar hechos, no para juzgar. Ella sólo debe determinar si sucedieron o no los hechos reputados por la parte peticionante de la investigación como violaciones o infracciones graves a los Convenios o al Protocolo I.

La Comisión no tiene facultad para emitir un juicio formal acerca de si los hechos alegados por la parte peticionante, en caso de comprobarse que ocurrieron, constituyen una infracción o violación grave.

¿Es acaso que la Comisión debe aceptar comentar una encuesta por el solo hecho de que la parte que la alega sostenga que se trata de una violación o infracción grave a los Convenios o el Protocolo I?

¿Corresponde que previamente se realice un estudio formalmente jurídico de los hechos narrados en la solicitud de encuesta para determinar si constituyen infracciones o violaciones graves?

A la primera pregunta, nuestra respuesta es negativa y en cuanto a la segunda, coincidimos con François Krill en que es evidente que para poder evaluar la amplitud de su cometido, los miembros de la Comisión

deberán efectuar una primera evaluación jurídica. Si así no lo hicieran, podrían abocarse a una encuesta por situaciones que no se corresponden con la competencia expresamente aceptada por los Estados parte.

#### *d) Los buenos oficios*

La otra función a cargo de la Comisión es facilitar mediante sus buenos oficios, el retorno a una actitud de respeto de los Convenios y el Protocolo I.

Ello supone la comunicación de las conclusiones acerca de los hechos investigados o la indicación de medios para terminar con el conflicto, no obstante que, como se sostuvo *af supra*, cuando emita las recomendaciones que crea pertinentes evitará expresar en su informe un juicio o comentario sobre el derecho aplicable.

Entendemos que dentro de esta competencia se incluyen la ayuda para que se lleguen a establecer mecanismos de conciliación y cualquier otro medio que permita el retorno al respeto del DIH.

## VI. ARGENTINA Y LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE ENCUESTA

Al tratar la declaración de aceptación de competencia, el artículo 90 nada especifica acerca de los plazos para la entrada en vigor de esta cláusula. Podemos suponer que se debe aplicar la regla general recogida en el artículo 95.2 del Protocolo I, que establece que la entrada en vigor para los casos de adhesión ocurrirá seis meses después de manifestado el consentimiento en obligarse. Si así fuera, la declaración realizada por la República Argentina en octubre de 1996 comenzó a surtir efectos el 11 de abril de 1997.

En el supuesto de que se desatase un conflicto armado internacional que involucrara a la Argentina, debemos tener en cuenta que de los seis Estados latinoamericanos que han aceptado la competencia de la Comisión, cuatro son limítrofes con nuestro país: cualquiera de ellos podría solicitar una encuesta ante una supuesta violación o infracción grave realizada por nuestro Estado, en los términos de los Convenios o el Protocolo I.

Asimismo, si uno de los Estados que haya reconocido la competencia de la Comisión fuera elegido como potencia protectora por una de las partes involucradas en el hipotético conflicto con nuestro país, dados los supuestos normativos de cualquier infracción o violación grave, también esa potencia podría presentar una solicitud de encuesta ante la secretaría de la Comisión para que se investigue la conducta de nuestro Estado.

Lo concreto es que Argentina puede ser objeto de una encuesta de la Comisión, si el Estado que la solicita reconoció *ipso facto* y sin acuerdo especial la obligación emanada del artículo 90 del Protocolo I. Pensamos

que en tal caso nuestro país no podrá oponerse bajo ningún aspecto al ingreso de los investigadores —porque el artículo 80.4 a) *in fine* no pide ningún consentimiento previo— y deberá facilitar los medios y cooperar para que la encuesta se lleve a cabo<sup>23</sup>.

Diferente sería el caso si el Estado que solicita la investigación aceptó la competencia en forma *ad hoc*. En este supuesto, aunque nuestro país haya realizado la declaración de competencia en tiempo de paz, deberá prestar su consentimiento expresamente para recibir esa encuesta en particular. En caso de negarse la Comisión no podrá realizar la encuesta.

Argentina siempre ha sido respetuosa del DIH. La guerra de las Malvinas Argentinas / Falklands Islands, último conflicto bélico que involucró a nuestro país, es prueba fiel de lo antedicho. Durante el Seminario para Profesores de Derecho Internacional de Argentina y Uruguay, organizado por el CICR y la Universidad Austral en mayo de 1996, los participantes destacaron que la actuación de nuestro Estado durante el conflicto mencionado fue de total acatamiento a las normas del DIH<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Para una opinión contraria cfr. Roach, J.A., "La Comisión...", cit., pág. 191.

<sup>24</sup> Nos parece interesante transcribir parte de las conclusiones: "... Es la primera oportunidad donde se cumple en gran medida con el Convenio II de Ginebra de 1949. La Argentina y el Reino Unido invocaron los Convenios de Ginebra. El derecho internacional humanitario se aplicó ampliamente y de buena fe por ambas partes y se le permitió al CICR desplegar actividades humanitarias sin ningún tipo de trabas. No hubo obstáculos políticos para su desarrollo.

Además se aplicó el contenido del Convenio IV, aunque sin que hubiera reconocimiento formal de su aplicación. Un ejemplo claro de ello es que ambos Gobiernos se pusieron de acuerdo con el CICR para establecer una zona neutralizada alrededor de la catedral de Puerto Argentino para la protección de los civiles.

Se destaca la nominación de potencias protectoras, Brasil y Suiza, con toda la amplitud prevista en las Convenios, así como la actuación del Uruguay, quien respetó su carácter neutral y jugó un rol positivo en la devolución de heridos y prisioneros. También se confió al CICR el mandato de potencia sustituta.

El Convenio III se aplicó satisfactoriamente en cuanto a las visitas del CICR, a los prisioneros de guerra, así como respecto de su inmediata devolución una vez cesadas las hostilidades. Incluso algunas personas fueron entregadas aun antes de la finalización del conflicto.

No hubo comprobación de violaciones graves al derecho internacional humanitario. Sin embargo, en cuanto a las medida de aplicación de dicho derecho se notó deficiencia. Por ejemplo, en la oficina de información, así como la carencia de medallas de identificación de los combatientes...

Además, el conflicto de las Islas Malvinas significó un claro ejemplo para el desarrollo del derecho internacional humanitario, que culminó con la incorporación de algunas normas al Manual de San Remo sobre el derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados en el mar. En especial las disposiciones vinculadas al establecimiento de una zona neutral en alta mar —la Red Cross Box— como la que oportunamente dispusieron las partes en conflicto, que consultó el primer antecedente en la materia.

Cfitemos oportuno aprovechar todo tiempo de paz para planificar cómo ha de responder el Estado ante las obligaciones contraídas para el caso de un conflicto armado.

En el marco de las iniciativas institucionales de los Estados para el respeto y aplicación de las normas del DIH, existen diversos medios que en tiempo de paz pueden allanar el camino ante una eventual presentación de un conflicto y ante la probabilidad de un pedido de encuesta.

La Comisión Interministerial de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario creada por decreto presidencial 933/94<sup>38</sup> podría comenzar a estudiar en su seno las medidas de orden administrativo y financiero oportunas, e inclusive asesorar al Poder Legislativo a redactar, con la colaboración de expertos en la materia, los proyectos de leyes necesarias para su eventual implementación<sup>39</sup>.

Asimismo consideramos que nuestro país cuenta con personalidades del mundo académico, jurídico, diplomático, científico y militar con cuyos nombres se debería realizar un listado para presentarlos como candidatos a miembros de la Comisión en las futuras renovaciones de sus integrantes.

## VII. CONCLUSIONES

Nos parece un importante avance que nuestro país haya aceptado la competencia de la Comisión. Es un acto que contribuye a reforzar la aplicación y el respeto del DIH.

<sup>38</sup> La creación de la Comisión de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario fue publicada en el Boletín Oficial el 27-VI-1994 por Dec. 933/94. Su objeto es efectuar estudios y proponer las medidas que considere convenientes para: a) la aplicación y puesta en práctica del DIH a través de las normas de orden legislativo o reglamentario y medidas que garanticen la vigencia de los referidos tratados; b) la creación y la difusión de las normas del DIH, vigentes en la República Argentina.

La Comisión está integrada por dos representantes del Ministerio de Defensa, dos del Ministerio del Interior, dos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y dos del Ministerio de Justicia. Tiene además una secretaria que funciona en la Secretaría de Asuntos Militares del Ministerio de Defensa.

<sup>39</sup> Existen experiencias en el resto del mundo que avalan nuestra propuesta, vgr. la Comisión Interdepartamental de Derecho Humanitario de Bélgica, creada por decisión del Consejo de Ministros el 20 de febrero de 1987, cuyo objetivo fundamental es estudiar las medidas nacionales de aplicación de los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra en la época del tema. El 18 de marzo de 1987, Bélgica constituyó al Estado depositario de la declaración de aceptación de la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta. Poco tiempo después la Comisión Interdepartamental —similar a la Comisión Interministerial de nuestro país— empujó trabajos para examinar las medidas de aplicación que implican el reconocimiento de esta competencia. Cf. Offermans, Marc, "La Comisión Interdepartamental de Derecho Humanitario de Bélgica", *Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 104, CICR, marzo-abril de 1991, págs. 175 y sigs.

La institucionalización de la investigación tiene como ventaja sustantiva que no se subordina el inicio de la encuesta al acuerdo de partes durante el conflicto. La aceptación de la competencia en tiempo de paz facilita notoriamente tal procedimiento.

También es importante resaltar que los Estados demuestran, al aceptar la competencia de la Comisión, su vocación de respeto hacia el DIH. Ello alienta a pensar que el escepticismo y la falta de preocupación en humanizar la guerra de parte de algunos sectores, cederá ante la vocación estadual por intentar que ésta sea más controlada y menos dañina.

En este sentido, la aceptación de la competencia de la Comisión puede ayudar a disuadir a los Estados de efectuar un empleo indiscriminado de los medios bélicos a su alcance.

También ayudará a evitar que se tomen decisiones de mando militar que puedan resaltar violatorias de los derechos de las víctimas de la guerra.

Siendo que aún el mecanismo de encuesta de la Comisión no fue puesto nunca en marcha, es difícil avizorar qué desventajas podría tener.

No obstante ello, consideramos importante advertir que en tanto y cuanto los miembros de la Comisión no extralimiten sus atribuciones, es de esperar el éxito de sus gestiones. En este campo juzgamos poco oportuno que en su reunión inaugural la Comisión hiciera declaraciones en el sentido de que aceptaría investigar otro tipo de infracciones a los Convenios o al Protocolo I e inclusive referidas a conflictos no internacionales. La Comisión manifestó en esa ocasión que estaba dispuesta a investigar también otras violaciones al DIH, incluidas las que se cometen durante conflictos armados no internacionales<sup>37</sup>.

La Comisión sólo puede investigar infracciones o violaciones graves a los Convenios o al Protocolo I. Que los miembros de la Comisión amplíen la competencia expresamente otorgada por los Estados es contrario a derecho y al sistema internacional vigente. Conductas de ese tipo podrían hacer que los Estados que aún no han aceptado la competencia de la Comisión sigan renuentes a hacerla, y que los Estados parte puedan considerar vulnerada su voluntad soberana, toda vez que sólo habían aceptado una competencia más restringida.

A nuestro juicio, la composición actual de la Comisión muestra un perfil mayoritariamente, y quizás excesivamente, cercano al mundo jurídico<sup>38</sup>. Si bien consideramos que es importante contar con personalidades

<sup>37</sup> Véase "Informe sobre la Protección de las Víctimas de la Guerra", CICR, Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra — Ginebra, 30 de agosto al 1.º de septiembre de 1983 —, pág. 457.

<sup>38</sup> El 20 de octubre de 1986 la Comisión Internacional de Encuesta quedó integrada por las siguientes personas:

del área del Derecho, debe recordarse que no se trata de un organismo jurisdiccional, sino de un ente destinado básicamente a la verificación de hechos, con capacidad suficiente para su comprobación y en tal caso, para ejercer buenos oficios y propiciar la vuelta a la observancia del DDI.

Es obvio que, para determinar si la denuncia contenida en la solicitud que se presenta ante la Secretaría de la Comisión constituye o no una infracción o una violación grave en el sentido de los Convenios o los Protocolos, la asistencia de un jurista es casi imprescindible. Sin embargo, ello no agota la diversidad de cuestiones que se han de plantear ante dicho organismo. Por ende, resultaría más apropiado que sus miembros, además de cumplir con los requisitos del artículo 90 del Protocolo I, representen también una pluralidad de disciplinas vinculadas al peculiar tipo de investigación de la Comisión, como señalan distintos autores<sup>29</sup>.

Consideramos que los Estados que aún no han aceptado la competencia de la Comisión deberían hacerlo. La mayor facilidad que otorga la Comisión para el control de las acciones de los Estados en tiempos de conflicto armado, haría más directa la aplicación de la institución de la responsabilidad internacional. Opinamos que si la mayor parte de la comunidad internacional acepta la competencia de la Comisión, la posibilidad de su actuación tendrá un efecto disuasivo para los beligerantes y ayudará seriamente a evitar excesos, especialmente al momento de medir la necesidad militar, ante un objetivo que pueda afectar a las personas o bienes protegidos por el derecho a los conflictos armados.

Por último, toda investigación que ayude a hacer cesar los daños y sufrimientos de las víctimas de la guerra y a restaurar el respeto del DDI, contribuirá en cierto sentido al restablecimiento y mantenimiento de la paz mundial.

Presidente: Prof. Luigi Condorelli (Italia), profesor de Derecho. Vicepresidente I<sup>o</sup>: Prof. Ghaleb Djabbal (Argelia), médico cirujano. Dr. Marcel Dubuclet (Francia), médico. Prof. Román Jaseca (Polonia), profesor de Derecho Internacional. Prof. Fritz Karlsruhan (Alemania), profesor emérito de Leyden. Sir Kenneth Keith (Nueva Zelanda). Dr. Valeri Kuznetsov (Rusia), juez. Embajador Erich Kuzbach (Austria), diplomático. Dr. Pavel Linka (R. Checa), director división DIP, Ministerio de Defensa. M. Mihnea Motor (Rumania), director adjunto del Ministerio de Asuntos Extranjeros. Prof. Paulo Sérgio Pinheiro (Brasil), politólogo y jurista. Embajador Arpad Prandler (Hungría), diplomático y jurista. Dr. Hernán Salinas Berges (Chile), jurista. Dr. Carl Ivar Skarstedt (Suecia), ex presidente de la Corte de Apelación. Dr. Santiago Torres Bernárdez (España), ex profesor de la CJI.

<sup>29</sup> Françoise Krill, Erich Kuzbach, J. Ashley Roach, entre otros.

**BIBLIOGRAFÍA**

- BLOWDELL, Jean-Luc, "Crímenes de guerra", *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Ed. Universidad Católica, 1996.
- DITTLI, María Teresa - Pellandini, Christina, "El Comité Internacional de la Cruz Roja y la aplicación del sistema de represión de las infracciones de las normas del derecho internacional humanitario", Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 123, CICR, mayo-junio 1994, págs. 241-256.
- GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T., *Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva*, Zavalia, Buenos Aires, 1996.
- KRILL, Françoise, "La Comisión Internacional de Encuesta, el papel del CICR", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 104, CICR, marzo-abril 1991, págs. 204-221.
- OFFERMANS, Marc, "La Comisión Interdepartamental de Derecho Humanitario", Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 104, CICR, marzo-abril 1991, págs. 165-178.
- ROACH, J. Ashley, "La Comisión Internacional de Encuesta, Artículo 90 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 104, CICR, marzo-abril 1991, págs. 179-220.
- SANDOZ, Yves y otros, *Commentaires des Protocoles Additionnels*, CICR, 1977.

**Documentos internacionales**

Convenio de Ginebra de 1929.

Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta del 8 de julio de 1992.

Actas de la XV Mesa Redonda del Instituto de Derecho Internacional Humanitario de San Remo.

Los autores agradecen la colaboración y asesoramiento brindado por la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja para Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay y también a la Dra. Hortensia D. T. Gutiérrez Posse por las valiosas sugerencias recibidas de su parte.



## ENSAYOS



# HISTORIA Y ETNOGRAFÍA EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA TEORÍA DEL ESTADO: EL PENSAMIENTO DE GIAMBATTISTA VICO

FERNANDO A. BIRMAN\*

## I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es delimitar y esclarecer, a través del pensamiento de uno de los fundadores de la ciencia social contemporánea, el rango de posibles relaciones entre el estudio histórico-etnográfico y la especulación teórica sobre el Estado. Partiendo de modelos estrictamente racionales (idealismo absoluto de Hegel), donde el papel de la historia —si bien esencial en el desarrollo— es irrelevante a la hora de fundamentar el poder estatal, y pasando por modelos con fuerte perfil antropológico (contractualismo Rousseauiano que postula un hipotético y fundante estado de naturaleza), se busca desentrañar las complejas relaciones que pueden mediar entre el plano teórico y el plano práctico en la elaboración de teorías sobre el Estado.

El estudio de la obra de Giambattista Vico (1668-1744) promete ser un buen método para abordar esta cuestión.

## II. DESARROLLO

### *1) Escepticismo viqueano en torno a la posibilidad de una ciencia social*

El supuesto epistémico básico sobre el que se asienta la obra de Giambattista Vico es la asimilación del *verum*, lo verdadero, y el *factum*, lo

\* Investigador en la UBA, Ayudante 1° en la cátedra Filosofía de la Ciencia en la Facultad de Filosofía y Letras, UBA.

hecho. Esta identidad establece que verdadero es un valor aplicable sólo a aquello que es creado por la propia subjetividad cognoscente. Dicho de otro modo lo único que ofrece conocimiento cierto (y en sentido estricto, verdadero conocimiento) es aquello que el sujeto que se dispone a conocer está habilitado para crear y objetivar. Dice Vico: "el criterio y regla de lo verdadero es haberlo hecho"<sup>1</sup>, con lo cual el plano de lo accesible al conocimiento humano queda rigurosamente restringido. Podemos tener verdades en torno a las ciencias formales, como la geometría y la matemática, pues es el hombre quien por "convención creó para sí un mundo de formas y números"<sup>2</sup>. En cambio, es imposible acceder a un conocimiento sobre la naturaleza y el orden físico pues, dice Vico, no es el hombre sino Dios el artífice del mundo<sup>3</sup>. El escepticismo viquiano en torno a la posibilidad de una ciencia empírica es contundente. "Demostramos lo geométrico porque lo producimos; si pudiésemos demostrar lo físico, lo produciríamos"<sup>4</sup>.

Ahora bien, ¿es posible para Vico teorizar racionalmente en el ámbito de lo social? O dicho con lenguaje viquiano: ¿es posible desarrollar una ciencia del mundo civil? En este período previo a la redacción de la *Ciencia Nueva*, la respuesta de Vico es negativa. Dice en *Crítica del Ideal de la Formación Humana en Nuestro Tiempo* (pág. 62): "las acciones de los hombres no pueden ser medidas con la regla rectilínea de la razón, que es rígida, sino que deben ser examinadas con la flexible regla lesbía que no dirige los cuerpos hacia sí, sino que se adapta a los cuerpos". No es posible formular una ciencia que tenga como objeto al Estado (y, en particular, al Derecho), pues el plano de lo pragmático —la actividad secular del hombre— es esencialmente irracional. La actividad humana, como el mundo físico, no es dable de ser reducida a un conjunto de principios de valor universal<sup>5</sup>. Para el Vico de este período resulta imposible elaborar una teoría del Estado pues la vida del hombre se halla de continuo regida por "el capricho, la temeridad, la ocasión, el azar"<sup>6</sup>, de modo que las instituciones que le sirven de marco aparecen como igualmente azarosas. Todo

<sup>1</sup> Vico, Giambattista, *Sabiduría Primitiva de los Italianos*, trad. J. Ciccara, Instituto de Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras, UBA, 1938, pág. 34.

<sup>2</sup> Vico, G., *Sabiduría...*, cit., pág. 33.

<sup>3</sup> "El hombre en sus intentos de investigar la naturaleza advierte, al fin, que de ninguna manera podía averla, por no tener dentro de sí los elementos de que se componen las cosas", Vico, G., *Sabiduría...*, cit., pág. 32.

<sup>4</sup> Vico, G., *Crítica del Ideal de la Formación Humana en Nuestro Tiempo*, trad. R. Krebs, Instituto de Investigaciones Histórico-Culturales, Santiago de Chile, 1945, pág. 58.

<sup>5</sup> Vico mantiene la idea de ciencia que ya había defendido Aristóteles, *id.*, la ciencia es un conjunto de principios universales establecidos con certeza.

<sup>6</sup> Vico, G., *Sabiduría...*, cit., pág. 30.

intento por darle al Estado un carácter racional, ya sea de un modo descriptivo —como el Hegel de los *Principios de la Filosofía del Derecho*—, ya sea de un modo normativo —como la vena contractualista de moralidad kantiana— está condenado al fracaso.

### III. HISTORIA Y ETNOGRAFÍA

En su *Autobiografía*<sup>7</sup> Vico narra que tras haber pasado largos años entregado al estudio del pasado histórico y legendario de diversos pueblos (o como él la denomina, la tradición vulgar de las naciones), hizo el siguiente y trascendental descubrimiento: vio que los mitos o fábulas antiguas no son meras fantasías, ni tampoco profusas alegorías que expresan verdades filosóficas, sino que son la manifestación, mediante caracteres poéticos, de verdades históricas. Dicho de otro modo, el relato de hazañas heroicas, de guerras entre pueblos, de intercambios comerciales, de costumbres jurídicas y penales, no es una ociosa invención de poetas que buscan sólo entretener a un auditorio, sino que son la manifestación de verdades de carácter histórico-etnográfico, que no sólo revelan al investigador los comportamientos y creencias de un pueblo, sino que también permiten entrever las formas político-institucionales en un determinado momento<sup>8</sup>.

Con la antorcha de este nuevo método crítico, dice Vico, es posible descubrir que tanto la sociedad civil como el Estado son productos humanos. En cada época, en cada ámbito geográfico, diversos grupos se dieron a sí mismos sus propias costumbres, leyes e instituciones. Ahora es posible inclinarse sobre la historia y ver allí donde todo era capricho y azar, el sentido y la necesidad. Es posible estudiar la evolución de la sociedad humana y desarrollar una teoría del Estado que dé cuenta de este despliegue. El primitivo escepticismo viquiano acerca de encontrar leyes para la vida mundana del hombre es abandonado y reemplazado por un proyecto vasto y ambicioso: la elaboración de una ciencia del mundo civil.

<sup>7</sup> Vico, *Autobiografía*, trad. F. González Vicen, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1948.

<sup>8</sup> Por ejemplo, para establecer las costumbres jurídicas del pueblo griego primitivo, el investigador cuenta, entre otros documentos, con los relatos míticos de *La Ilíada* y *La Odisea*: "Las fábulas heroicas fueron historias verdaderas de los héroes y de sus costumbres heroicas, que se descubre que surgieron en todas las naciones en el tiempo de su barbarie; de modo que los dos poemas de Homero resultan ser dos grandes tesoros para el descubrimiento del derecho natural de las gentes griegas o de bárbaras", Vico, *Op. Privilegio de una Ciencia Nueva en torno a lo Naturales Comunes de las Naciones* (1744), trad. E. de la Villa, Texaco, Madrid, 1993, parágrafo 7.



## V. FILOSOFÍA Y FILOLOGÍA EN LA CIENCIA NUEVA

Vico elabora una teoría que da cuenta de la evolución del Estado desde su instancia mítica y tribal hasta su pleno desarrollo en formas de gobierno monárquicos o republicanos. Ahora bien, ¿qué papel cumple en esta especulación teórica la evidencia histórico-etnográfica? ¿Se complementa con la razón, o es subsidiaria de ella? Al parecer Vico no se halla dispuesto a conceder que su obra se basa meramente en un amplio relevamiento historiográfico. Sin embargo, señala repetidamente (como se apuntó más arriba) que es el estudio de las tradiciones y leyendas populares lo que le permite trazar los lineamientos generales de la "historia ideal eterna", como denomina a este despliegue temporal de la sociedad y del Estado humanos. Esta tensión entre el estudio de lo que pertenece al ámbito de lo práctico y la reflexión en el ámbito de lo teórico es lo que debemos elucidar ahora.

Vico engloba bajo el término "filología" lo que nosotros denominamos "estudio del ámbito de lo práctico". Dice al respecto: "Esta dignidad en su segunda parte define como filólogos a todos los dramáticos, historiadores, críticos, que se ocupan del conocimiento de las lenguas y de los hechos de los pueblos, tanto en casa, como son las costumbres y las leyes, cuanto fuera, como son las guerras, las paces, las alianzas, los viajes, los comercios"<sup>12</sup>. Para delimitar, por otro lado, el "ámbito de lo teórico", Vico utiliza el término "filosofía". En uno de sus axiomas (que él denomina "dignidades") afirma: "La filosofía contempla la razón, de donde surge la ciencia de lo verdadero"<sup>13</sup>. En vista de esto, la tensión existente en la Ciencia Nueva entre el rol que cumple la razón teórica y el estudio de la evidencia empírica puede reformularse como una tensión entre el papel de la filosofía y el papel de la filología en el pensamiento de Vico.

Como se sostuvo anteriormente, las respuestas que la filosofía del Derecho y diversas teorías del Estado dieron a este problema son variadas y, en ciertos casos, antagónicas. Hegel, por un lado, sostuvo que el Estado es la manifestación misma de la Razón, de modo que de parte del sujeto que conoce, el acceso a esta verdad, a este logos, es estrictamente racional. Asimismo, en sus *Principios de la Filosofía del Derecho*, estableció que la eticidad, el Derecho mismo, no es sino la objetivación de lo que en el plano subjetivo aparece como segunda naturaleza (frente a la primera naturaleza de orden volitivo-natural), como lo propio de la Razón ac-

<sup>12</sup> Vico, G., *Ciencia Nueva*, cit., parágrafo 138.

<sup>13</sup> *Ibid.*, parágrafo 138.

tualizada<sup>14</sup>. Por otro lado, y contrariamente, los filósofos que vieron en la naturaleza del Estado el producto de un contrato original, meramente hipotéticos en ciertos casos, asentaron la fuerza de sus argumentos en cierta evidencia antropológica, si no verdadera, al menos verosímil y explicativa<sup>15</sup>.

Vico, a diferencia de ambos planteos, tiene una actitud más oscilante. Por momentos parece insinuar que el mero razonar permite por sí sólo acceder a verdades inamovibles sobre la naturaleza del Estado, el Derecho y la sociedad. En otros momentos afirma que el estudio historiográfico es el que demuestra ciertas verdades. La relación entre filosofía y filología, como se ve, aparece incierta.

## VI. Matices DE UNA RELACIÓN

Vico sostiene que el rol de la filosofía en la Ciencia Nueva es el de asentar, en forma axiomática, los parámetros de modificación de la mente humana a lo largo del tiempo. Pero dado que, para este autor, el estudio del hombre y sus instituciones puede abordarse plenamente a partir del análisis de estos parámetros de modificación mental, resulta que, aparentemente, la filosofía permite agotar el tema de investigación sin dejar un lugar de relevancia a la inspección historiográfica. Ernan McMullin, en su artículo "La teoría de la ciencia en Vico", resume esta posibilidad con la siguiente pregunta: "¿Si el filósofo pudiera realmente descubrir la verdad por sí mismo, en qué le ayudaría el filólogo?"<sup>16</sup>. Responder a esto requeriría un análisis detallado de todos los pasajes de la Ciencia Nueva en los que Vico hace explícita la relación entre filosofía y filología. Sin embargo, dado que estos pasajes llevan a formular una relación que, si bien tiene características precisas, presenta diversos matices de acuerdo al balance del aspecto teórico y del aspecto práctico, resultará suficiente que a continuación sólo transcribamos ciertos ejemplos paradigmáticos.

a) "Un léxico tal (el conjunto de lenguas ancestrales) se muestra necesario para conocer la lengua con la que habla la historia ideal eter-

<sup>14</sup> Cf. Hegel, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, Tercera Parte: La eticidad, trad. J. L. Vernal, Edhasa, Barcelona, 1988; y Dujovne, L., *La Filosofía del Derecho de Hegel e Heidegger*, Segunda Parte, Omega, Buenos Aires, 1962.

<sup>15</sup> Cf. D'Auria, A. A. - Balerdi, J. C., *Estado y Democracia. Propuestas para una Teoría del Estado Digno-representativo*, Docencia, Buenos Aires, 1996.

<sup>16</sup> McMullin, Ernan, "La teoría de la ciencia en Vico", en Tagliacozzo, Giorgio - Mooney, Michael - Verene, Donald Phillip (comp.), *Vico y el Positivismo Contemporáneo*, FCE, México, 1987, págs. 60/81.

na, sobre la cual transcurren en el tiempo las historias de todas las naciones, y para poder fundamentar con ciencia la autoridad o confirmar de cuanto se razona en el derecho natural de las gentes y, por tanto, en toda jurisprudencia particular"<sup>17</sup>. Este pasaje parece revelar que la razón especulativa, aplicada a la elucidación de la naturaleza del Derecho y del Estado, asciende al nivel de disciplina científica gracias a la intervención confirmatoria del material historiográfico. Dicho con lenguaje viquiano, es aparentemente la filología la que, con su fuerza confirmatoria, transforma a la filosofía en ciencia.

b) "Por todo esto, esta ciencia, a través de la contemplación de esa providencia infinita y eterna (la historia del género humano), halla ciertas pruebas divinas con las cuales se confirma y demuestra"<sup>18</sup>. Aquí, como en el caso anterior, el estudio historiográfico aporta las pruebas necesarias para confirmar lo dicho por la razón. Sin embargo, a diferencia de (a), en este pasaje el producto de la razón ya tiene *status* científico antes de asentarse en las pruebas filológicas correspondientes.

c) "Esta misma dignidad demuestra que les ha faltado la mitad tanto a los filósofos que no acertaron sus razones con la autoridad de los filólogos, como a los filólogos que no cuidaron de verificar su autoridad con la razón de los filósofos"<sup>19</sup>. La razón, y por ende la científicidad<sup>20</sup>, están aquí del lado de la filosofía, independientemente de las pruebas historiográficas que aporta la filología<sup>21</sup>.

d) "Aquí la filosofía se dedica a examinar la filología (o sea, la doctrina de todas las cosas que dependen del arbitrio humano, como son todas las historias de las lenguas, de las costumbres y de los hechos tanto de la paz como de la guerra de los pueblos), y la reduce a forma de ciencia, al descubrir en ella el diseño de una historia ideal eterna, sobre la cual transcurren en el tiempo las historias de todas las naciones"<sup>22</sup>. Contrariamente a lo dicho en (a), aquí se afirma que es el razonar especulativo el que le otorga carácter científico al relevamiento historiográfico.

<sup>17</sup> Vico, G., *Ciencia Nueva*, cit., parágrafo 35.

<sup>18</sup> *Ibidem*, parágrafo 343.

<sup>19</sup> *Ibidem*, parágrafo 340.

<sup>20</sup> Vico asume razón con científicidad. Téngase en cuenta para esto lo frase ya citada: "La filosofía contempla la razón, de donde surge la ciencia de lo verdadero". *Ciencia Nueva*, cit., parágrafo 128.

<sup>21</sup> A idénticas conclusiones nos conduce el parágrafo 328: "De ahí que, por las pruebas filosóficas anteriores, las filológicas, que las siguen después, sirven al mismo tiempo para confirmar su autoridad con la razón y confirmar la razón con su autoridad".

<sup>22</sup> Vico, G., *Ciencia Nueva*, cit., parágrafo 7.

of<sup>23</sup> Estas son las pruebas filosóficas que usará esta ciencia y, en consecuencia, las que son absolutamente necesarias para conseguirla. Las filosóficas deben ocupar un lugar secundario<sup>24</sup>.

Como se ve a partir de (a)-(e), Vico oscila entre una posición "empirista", en la cual el carácter científico del razonar teórico depende del material histórico-etnográfico que le da apoyo, y una posición "racionalista", en la cual la científicidad de este razonar es independiente de la investigación práctica (si bien, en cierto modo, no puede prescindir de ella).

Ahora bien, ¿debe interpretarse esta oscilación como una falta de claridad, como una laguna (en términos de Piaget) de la argumentación viquiana? La respuesta que defendemos aquí, y que se apoya en los desarrollos de McMullin, es que no. El argumento es el siguiente. La *Ciencia Nueva* entrelaza tres tipos diferentes de razonamientos: uno que va de los axiomas a las consecuencias que de ellos se derivan (razonamiento deductivo); otro que va de la evidencia histórica a los axiomas mediante la adición de hipótesis explicativas (razonamiento retroductivo); y un último que va de la evidencia histórica a los axiomas mediante la generalización de instancias particulares (razonamiento inductivo). Así, "lo que caracteriza a la *Ciencia Nueva* es la forma en que estos tres tipos de razonamiento se entretajan y la conciencia que tiene Vico de la importancia de combinar los de tipo axiomático y retroductivo de una manera particular en el contexto de las ciencias sociales"<sup>24</sup>. Vemos, entonces, que la oscilación de Vico en torno a los aspectos teóricos y prácticos de su teoría sobre el Derecho y el Estado no es sino la diversa manifestación de tipos de razonamiento distintos (ya que algunos enfatizan el carácter heurístico del razonar, en tanto que otros privilegian las generalizaciones empíricas). Los pasajes que subrayan la importancia de la investigación histórica se asientan en razonamientos inductivos y, en menor medida, retroductivos. Los pasajes que, contrariamente, ponen el acento en la especulación teórica y delegan a un segundo plano la investigación práctica, se asientan en razonamientos deductivos. El pensamiento de Vico no es, por lo tanto, inconsistente y resulta un medio útil para echar luz sobre posibles vías de razonamiento en la teorización sobre el Estado.

## VII. Conclusión

A lo largo de este trabajo se procuró delimitar y esclarecer el rol que cumple la investigación histórico-etnográfica en la formulación de teorías

<sup>23</sup> Vico, G., *Ciencia Nueva*, cit., parágrafo 351.

<sup>24</sup> McMullin, E., "La teoría...", cit., pág. 89.

del Estado. Abordando la obra de Giambattista Vico como propuesta teórica que media entre el racionalismo a ultranza de autores como Hegel y el interés antropológico fundante de posturas contractualistas como la rousseauniana, se buscó explicitar posibles (y divergentes) vías de argumentación para una teoría del Estado. Se llegó a la conclusión de que Vico recurre a distintos tipos de razonamiento que hacen hincapié, tanto en el aspecto teórico especulativo, como en el aspecto empírico (entendiéndose por esto la inspección histórico-etnográfica), y que combina estos tipos de razonamiento de modo de alcanzar una propuesta teórica que, al menos en principio, escape al dogmatismo sectorio (que amenaza a las propuestas que desconocen o tergiversan la realidad histórica) y supere, al mismo tiempo, el mero relevamiento historiográfico.



## PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN: HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN EPISTEMOLÓGICA\*

HERNÁN L. FOLGUEIRO\*\*

### I

Los procesos penales tienen como objeto el descubrimiento de la verdad histórica. Esta frase, presente en casi todos los ordenamientos procesales vigentes en nuestro país, puede ser analizada desde diferentes ángulos. Generalmente se ha hecho hincapié en el estudio de los medios probatorios por los cuales puede concretarse este objetivo. El eco de los métodos de la inquisición para la concreción de los fines del proceso, volcó a los juristas argentinos al estudio de los reparos que se debían poner al Estado en el ejercicio del poder de persecución.

Sin embargo, esta noble batalla política (de oposición entre un proceso inquisitivo y un proceso acusatorio) no agota la discusión acerca de la problemática de la búsqueda de la verdad. Los dos sistemas tienen en común la postulación de un modelo de conocimiento: determinan, por consiguiente, un modelo epistemológico<sup>1</sup>.

La intención de este trabajo es dejar de lado el aspecto de la problemática que contraponen un sistema a otro. Como sistema de conocimiento,

\* Este trabajo fue presentado como monografía final en el curso Derecho Penal y Procesal Penal Estadounidense, dictada por Alberto Bevino, llevado a cabo en el primer bimestre del segundo cuatrimestre de 1996 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Entre las congnas se solicitaba una producción especialmente analítica.

\*\* Abogado, egresado de la UBA.

<sup>1</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Capítulo 1, Epistemología: La crisis del derecho penal, Trotta, Valladolid, págs. 32 y sigs.

intentaremos poner de manifiesto algunos interrogantes relacionados con el modelo epistemológico que postula el Código Procesal vigente en el ámbito federal<sup>2</sup> a partir del análisis del denominado principio de intermediación.

En este contexto, este trabajo tiene la finalidad de investigar cuáles son los argumentos que se pueden enunciar para una fundamentación de este principio. Las dificultades que presenta esta tarea son múltiples, ya que la mayoría de los procesalistas lo describen por extensión, es decir, describiendo cada uno de los elementos que componen el principio. Dicen, por ejemplo, que la intermediación consiste en la presencia ininterrumpida de todos los participantes del proceso durante el debate en el que se incorporan los elementos probatorios para la decisión del caso<sup>3</sup>. Sin embargo, si se investiga en la literatura jurídica cuáles son los fundamentos del principio (es decir, buscar una definición por comprensión), se encontrarán sólo expresiones vagas e imprecisas. Lo que sí aparece claro en este contexto es que el principio de intermediación sólo adquiere significación en un proceso oral y contradictorio.

Ahora bien, con el propósito de lograr mayor claridad expositiva, podríamos tomar dos fundamentos elementales de este principio según los siguientes criterios:

En primer lugar, el juicio por jurados impone que la prueba deba producirse frente a quienes tienen la facultad de juzgar. Denominaremos a este postulado *fundamento institucional*.

En segundo lugar, debemos aclarar que el procedimiento penal está concebido para la determinación de la existencia o inexistencia de un fenómeno histórico, y en este sentido podemos afirmar que el proceso es o lleva implícito un método de adquisición de conocimiento<sup>4</sup>. En este senti-

<sup>2</sup> Esencialmente el análisis se centra en el estudio del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984). Sin embargo, los problemas tratados pueden servir para evaluar los modelos procesales denominados "mixtos".

<sup>3</sup> Cfr. por todos, Baumann, Jürgen, *Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 68 y sigs.

<sup>4</sup> Nos limitaremos aquí a analizar el objeto del proceso como método de conocimiento de los hechos con absoluta prescindencia de toda valoración normativa. En este sentido vale destacar que el fenómeno de conocimiento presenta tres elementos principales: el sujeto, la imagen y el objeto. En el marco del proceso, el sujeto es conformado por quienes tienen el poder de juzgar (jueces, profesionales o jurados), el objeto está constituido por el fenómeno a conocer (el hecho histórico) y la imagen es la representación que el sujeto se forma del objeto. Con esta formulación se pretende establecer que el principio de intermediación, como presupuesto establecido para desarrollar la actividad del conocimiento de un fenómeno, debe hacer respetar las relaciones entre sujeto y objeto de conocimiento. Según este criterio es correcta evaluar la estructura del proceso penal a la luz de los conceptos estipulados por la teoría del conocimiento. Sobre la problemática de la teoría del conocimiento consultar: Husserl, J., *Teoría del Conocimiento*, 3ª ed., trad. José Guss, Losada, Buenos Aires, 1934.

de, el principio de inmediación puede ser comprendido como una regla epistemológica dentro del proceso penal. A la concepción del principio de inmediación en estos términos, es decir, como regla de conocimiento, la llamaremos *fundamento epistemológico o lógico*. Cabe aclarar que la clasificación que aquí se ensaya tiene la única finalidad de clarificar la exposición. Por consiguiente, no debe entenderse que estos fundamentos sean excluyentes, o que se deba preferir uno u otro.

## II

En la literatura jurídica argentina aparecen los fundamentos antes descriptos pero con una particularidad; quienes derivan el principio de inmediación de la exigencia constitucional del juicio por jurados, no se pronuncian acerca del fundamento lógico y quienes encuentran su base en una exigencia lógica, dejan de lado el institucional. Veamos:

Vélez Mariconde, con cita de Framarino, sostiene:

"El principio racional de Inmediación (...) exige que las pruebas lleguen al ánimo del juzgador 'sin sufrir alteración alguna por influjo extraño a su naturaleza', vale decir, que los elementos de convicción lleguen directamente al espíritu del sujeto que en definitiva ha de valorarlos, de suerte que en su recepción no se interpongan otras personas que consciente o inconscientemente puedan turbar la natural eficiencia de tales elementos, y tergiversar así la verdad de los hechos dando una base falsa a la justicia".<sup>5</sup>

Este autor, con la finalidad de sanjar la polémica "juicio escrito vs. juicio oral", afirma que el juicio oral, público, contradictorio y continuo, es el mecanismo más idóneo para lograr la reproducción lógica del hecho ilícito; el mecanismo más apto para el descubrimiento de la verdad. Teniendo en cuenta la clasificación propuesta en el punto I, podemos decir que esta tesis representa un ejemplo de la "fundamentación lógica" del principio.<sup>6</sup>

Por su parte, Maier interrelaciona la problemática del principio de inmediación con la oralidad y publicidad del proceso, y con la exigencia

<sup>5</sup> Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, T. 1, 3ª ed., 2ª reimp. actualizada por los Dres. Manuel N. Ayón y José I. Caffarena Narco, Marcos Lerner, Córdoba, pág. 419.

<sup>6</sup> La negativa de Vélez Mariconde a aceptar el mandato constitucional de que los juicios sean decididos por un jurado popular, tal vez veló a este autor a fundamentar la vigencia del principio de inmediación en un argumento que dejara de lado la participación popular.

constitucional del juicio por jurados<sup>7</sup>. Preocupado también por la necesidad de un juicio oral —público— contradictorio y continuo, que posibilite al acusado el "goce" de un debido proceso, desarrolla una dogmática del principio de inmediación a partir de la forma republicana de gobierno y de la necesidad de la participación popular en la administración de justicia. Por ello, podemos decir que Maier es un sostenedor del "fundamento institucional" del principio de inmediación<sup>8</sup>.

Como se puede apreciar, tanto Vélez Maricónde como Maier, sostienen que el principio de inmediación debe integrar el proceso penal pero desde diferentes posturas. Tal vez, los distintos frentes de lucha que presentaba y todavía presenta el modelo procesal penal argentino (p. ej. la necesidad de desterrar la escritura como medio para el desarrollo del debate), imposibilitaron un análisis profundo de este principio.

### III

Como el objeto de esta exposición es el de comparar el sistema de enjuiciamiento estadounidense y el argentino, trataremos de conjeturar en este apartado cuáles son los posibles pilares del principio estudiado en el modelo estadounidense.

De las múltiples aristas que presenta el modelo procesal penal estadounidense para un análisis comparativo, tomaremos aquellas relevantes para el desarrollo de este trabajo<sup>9</sup>. En primer término, debemos destacar que la inexistencia de una instrucción formalizada determina necesariamente que en el debate se concrete el verdadero juicio. De esta manera, el principio de inmediación se ve plasmado en el hecho de que la prueba se deba producir o presentar frente a las partes y frente a quienes tienen la potestad de decidir el caso (jurados).

Con los criterios que se han plasmado en el punto I para evaluar el principio de inmediación, aparece claro que el "fundamento institucio-

<sup>7</sup> Maier, Julio B. J., *Derecho Penal Procesal Argentino*, T. I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 1988, págs. 418, 514, 601 y 602.

<sup>8</sup> En la obra de Maier se encuentran expresamente una fundamentación epistemológica del principio de inmediación, sin embargo podría deducirse a partir del análisis que realiza en relación a la problemática de la verdad como objeto del procedimiento. Cfr. Maier, J. B., "Derecho...", *cit.*, págs. 562 y sigs. Esta tesis es seguida por Sándor, Alberto, M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, págs. 96 y sigs.

<sup>9</sup> El modelo estadounidense será descripto acortadamente. Por ello, deberá entenderse que las conclusiones que se derivan de esta monografía son sólo parciales y provisionales. Sin embargo, la comparación con el modelo estadounidense no puede servir para razanar acerca del estado de la discusión de esta problemática en el modelo procesal argentino.

nal" surge de la existencia del juicio por jurados para la mayoría de los juicios en materia criminal<sup>10</sup>.

La vigencia del "fundamento epistemológico" se manifiesta a través de la audiencia prevista para la selección de los miembros del jurado (*voir dire*). En la audiencia del *voir dire* tanto el juez que la preside como las partes tienen la facultad de interrogar a los candidatos a jurado con el objeto de determinar si el postulante tiene algún tipo de preconcepto o idea que lo condicione para el veredicto, de esta manera, se excluirá del jurado —por ejemplo— a quien haya tenido conocimiento del caso a través de los medios de comunicación.

En el caso "Irvin vs. Dowd"<sup>11</sup> la Suprema Corte entendió que un jurado que se ha formado una opinión previa al juicio, por los medios de comunicación, aun cuando manifieste que al momento de fallar la excluirá, no puede ser imparcial<sup>12</sup>.

También en la audiencia del *voir dire* se indaga al candidato a jurado con relación a los prejuicios raciales, étnicos o religiosos, así, las partes pueden recusar con causa a aquellas personas que manifiesten algún tipo de discriminación<sup>13</sup>.

Si tenemos en cuenta que el fenómeno del conocimiento se produce a través de una representación ideológica de un objeto extraño al sujeto, podemos decir que el *voir dire* contribuye a que las representaciones que se puedan producir en el sujeto no se vean predeterminadas por un prejuicio. En efecto, sin bien es cierto que:

"No existe ningún objeto que, en todo caso, no esté constituido por el conocimiento subjetivo. Los objetos del conocimiento están a nuestra disposición solo dentro del conocer, y solo se puede juzgar la fidelidad de su reflejo por medio del conocimiento dentro de los procesos cognoscitivos. El hecho de que el concepto de una cosa coincida con esa cosa no es resultado de un procedimiento abstracto mensurable, sino de un proceso en el cual sujeto y objeto se encuentran implicados recíprocamente"<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Artículo 3, apartado 2, y 6a. Enmienda, Constitución de los EE.UU.

<sup>11</sup> U.S.S.C. "Irvin vs. Dowd", 366 U.S. 717, citada por García, Luis M., *Juicio Oral y Medios de Prensa*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, pág. 75.

<sup>12</sup> La American Bar Association ha establecido el estándar 8-3.3 para determinar en qué casos es procedente el cambio de jurisdicción del juicio cuando la publicidad del hecho impida un juicio justo e imparcial. Cfr. García, L. M., *Juicio...*, cit., pág. 77; Carró, Alejandro D., *El Enjuicio en el Penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudela, Buenos Aires, 1990, pág. 64.

<sup>13</sup> Cfr. Cavallero, Ricardo, J. - Herdler, Edmundo, S., *Justicia y Participación*, Universidad, Buenos Aires, 1988, págs. 110/112.

<sup>14</sup> Husserl, Wladimir, *Crítica al Derecho Penal de Hegel*, trad. de Patricia S. Ziffer, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, pág. 88.

El *voir dire* nos otorga elementos para afirmar que el modelo de enjuiciamiento estadounidense trata de minimizar los problemas que presentan inicialmente las relaciones entre sujeto y objeto de conocimiento, de tal forma que estos problemas no se traduzcan en preconcepciones que hagan del juicio una comprobación de los preconcepciones de los miembros del jurado.

#### IV

El "fundamento institucional" del principio de inmediación, como se vio, deriva de la exigencia constitucional del juicio por jurados. En consecuencia, la mejor manera de sostener la vigencia del principio es la de instrumentar un debate en el cual los jurados en una audiencia oral, ininterrumpida y contradictoria determinen la existencia o inexistencia de un hecho ilícito. De este modo, es posible afirmar que:

"La existencia del jurado produce consecuencias que van más allá de su papel decisorio. Así, la presencia de un jurado que no ha tenido contacto alguno con el caso obliga a las partes a desarrollar toda su actividad probatoria frente a este grupo de ciudadanos, actividad que caracteriza al juicio e impone, por necesidad, el principio de inmediación en la recepción de la prueba"<sup>15</sup>.

Para la "fundamentación lógica" del principio, no podemos dejar de lado las palabras de Vélez Maricónde, quien a nuestro criterio, coloca correctamente al principio de inmediación en el universo de la epistemología.

Ahora bien, veamos si la estructura del proceso penal responde a los parámetros epistemológicos aceptados como válidos por las ciencias, o bien si es posible establecer algún paradigma que fundamente exclusivamente la reconstrucción de la verdad judicial. Como se dijo, la generalidad de los procesalistas sostienen que el descubrimiento de la verdad es la meta del proceso penal. ¿Es compatible esta afirmación con algún paradigma científico vigente? Aquí una posible respuesta:

"Biología, física, antropología, psicología y sociología de la organización se dedican desde hace largo tiempo, con grandes recursos personales y materiales, a describir con tanta precisión y acierto como sea posible datos relativamente poco numéricos, intentando establecer correctamente las relaciones en que se encuentran entre sí. Sin embargo, la metodología de la investigación empírica rechaza conferir el predicado 'ver-

<sup>15</sup> Bovio, Alberto, "Ingeniería de la verdad", *No Hay Derecho*, nro. 52, Buenos Aires, 1995, nota 28.

dadero' a los conocimientos obtenidos del modo expuesto. Lo que de ellas puede afirmarse es que 'no son todavía falsas'. Y esto no se debe a que la metodología empírica se exprese con precaución o prudencia, pues cuando una tesis es falsa lo afirma con claridad. La precaución solamente se muestra respecto de las afirmaciones positivas de veracidad... El proceso penal, por su parte, y en comparación con las inversiones de las ciencias empíricas, invierte bien poco en el esclarecimiento de la verdad"<sup>16</sup>.

A la luz de estos argumentos, queda claro que el proceso penal no responde al paradigma vigente en materia de investigación científica. En este orden de ideas, para una fundamentación epistemológica del principio de inmediación que responda a parámetros de racionalidad, se halla necesaria la incorporación al proceso penal de las reglas de investigación aceptadas como válidas por las ciencias empíricas.

Sin embargo, si bien el derecho penal comparte con las ciencias empíricas la necesidad de comprobar la existencia de un hecho —para corroborar o refutar una hipótesis—, los postulados judiciales (ej. A mató a B) no son susceptibles de contrastación mediante la experiencia. Por consiguiente la asimilación de un modelo a otro no sería enteramente posible.

En el proceso de reconstrucción de la verdad judicial de un hecho posible se da un constante entrecruzamiento entre lo empírico y lo normativo. Las distintas reglas que regulan el método de reconstrucción judicial de la verdad condicionan necesariamente el resultado de la operación<sup>17</sup>. En este orden de ideas afirma Ferrajoli: "la verdad procesal fáctica es en verdad un tipo particular de verdad histórica, relativa a proposiciones que hablan de hechos pasados, no directamente accesibles como tales a la experiencia; mientras, la verdad procesal jurídica es una verdad a la que podemos llamar clasificatoria, al referirse a la clasificación o calificación de los hechos históricos comprobados conforme a las categorías suministradas por el léxico jurídico y elaboradas mediante la interpretación del lenguaje legal"<sup>18</sup>.

Más allá de las diferencias descriptas, dentro de este original modelo de conocimiento que postularía el derecho procesal penal, es posible encontrar algunas alternativas, en el marco de posibilidades que actual-

<sup>16</sup> Haeuserer, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 145. Cf. por todos, Popper, Karl R., *La Lógica de la Investigación Científica*, Tecnos, Madrid, 1993.

<sup>17</sup> Por ejemplo, una hipótesis de culpabilidad de un imputado se puede estar sometida permanentemente a verificación.

<sup>18</sup> Ferrajoli, L., *Derecho...*, cit., pág. 52.

mente se encuentran al alcance de los legisladores, que doten de racionalidad a lo que los juristas denominan *principio de inmediación*:

a) Que exista una clara división entre quienes ejercen las facultades decisorias y requirentes. Que los fiscales investiguen, que los defensores defiendan y que los jueces decidan, parece lógico desde todo punto de vista. Que un juez se forme un preconcepto del caso con el análisis de la investigación estrecha el margen de operatividad de la regla de inmediación.

b) Que exista la posibilidad de la incorporación en el juicio de declaraciones (claramente reproducibles) mediante la lectura de las de la instrucción, pulveriza la regla lógica de que los elementos a valorar lleguen al sujeto cognoscente de modo distorsionado.

c) Que exista la posibilidad de que el debate se divida en dos fases, una en la que se discute la existencia de un hecho punible y la culpabilidad del imputado, y otra en la que se debate la determinación de la pena, posibilitaría la aislación de los objetos de estudio, y por consiguiente maximizaría la operatividad de la regla de inmediación.

Como se vio brevemente, la operatividad de la regla de inmediación más que un principio vigente es una expresión de deseos de los juristas. Por consiguiente, es necesario producir un debate para adecuar las reglas del proceso penal a un parámetro racional de indagación de la verdad.

Tal vez, algunos de los interrogantes planteados en este trabajo encuentren respuesta en las siguientes palabras: "Nuestra ciencia no escapa a las reglas que muestran el avance del conocimiento en todas las ciencias. Si frecuentemente caemos en equívocos a este respecto, será porque no sabemos ubicarnos dentro de una adecuada teoría de la ciencia"<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1995, pag. 27.

## LA INSTRUCCIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO

MARTA ANGÉLICA MACÍAS

### I. INTRODUCCIÓN

El tema a abordar mediante este trabajo es el de la instrucción por el Ministerio Público. Este instituto aceptado en algunas legislaciones modernas, incluidas algunos códigos procesales de provincias argentinas, es víctima de serios reparos. Sin embargo, existe y se aplica, aunque con distintas modalidades. A pesar del rechazo que ha sufrido en nuestro país, no es posible dejar pasar por alto la influencia de autores que lo propician y de los códigos extranjeros que lo acogen como el de Francia, Italia y Alemania, por nombrar algunos.

Luego de introducir en el tema a través de una breve reseña histórica, nos proponemos estudiar la instrucción por el Ministerio Público como posibilidad de preparar el ejercicio de la acción penal, sus características, su procedencia, la naturaleza jurídica, conclusión y transformación. Para hacerlo es necesario tener en cuenta, además de la opinión de diversos autores, los códigos de Mendoza, Córdoba y el de Italia.

El tema más interesante estará dado por el hecho de que se ha objetado a la instrucción fiscal desde el punto de vista constitucional, nos proponemos demostrar que dichas críticas no son certeras y que reglamentado debidamente puede llegar a ser viable su implementación.

Tal vez al momento de este trabajo, los reparos que se le pudieran hacer a la instrucción por el Ministerio Público puedan parecer obsoletos. De hecho la institución ha evolucionado tanto que en algunas legislaciones ya no aparece en forma tímida y como modo excepcional frente a la instrucción jurisdiccional, sino como la que procede por regla general y hasta como la única con la que se inicia el procedimiento penal.

Indudablemente para su viabilidad habrá que asegurarse algunas formas o requisitos que resguarden los derechos del individuo que se enfrenta al proceso penal, pero bien fijados los límites a la actividad ins-

tructura por el Ministerio Público, la implementación de este instituto acerca el enjuiciamiento penal al sistema acusatorio.

Que proceda en forma excepcional o como regla para iniciar el procedimiento penal en los casos de delitos de acción pública será una cuestión a decidir políticamente.

### *1) Antecedentes históricos*

La inquisición es el sistema que vinculado a la nueva forma de distribución política del poder, identifica la actuación del derecho penal como función del Estado. Este sistema se desarrolla durante los siglos XIII a XVIII y la transformación que produjo en el derecho penal consistió principalmente en expropiar de los ciudadanos el poder de reaccionar contra el ofensor, transmitiendo dicho poder al Estado que podía proceder aun de oficio. Imperan los principios de oficialidad de la persecución penal y el de legalidad que impone el deber de perseguir penalmente toda hipótesis delictiva conocida. Las máximas fundamentales de la Inquisición son la persecución penal pública de los delitos, siendo obligatorio su ejercicio y la instrumentación del procedimiento tendiente a averiguar la verdad histórica a través principalmente del tormento, como método para conocerla.

Con el arribo de la república constitucional y la finalización de la monarquía absoluta decae el sistema inquisitivo de enjuiciamiento penal y se intenta volver a las formas acusatorias, sin embargo algunas de las reglas de la Inquisición se mantuvieron vigentes y continuaron aplicándose. La Revolución Francesa y todo el movimiento reformista que ella introdujo y que alcanzó carácter general durante el siglo XIX, introdujo el sistema inquisitivo reformado. El nuevo sistema acoge los principios inquisitivos esenciales pero no en forma absoluta sino que ceden ante el reconocimiento de valores individuales como la dignidad humana.

"La mixtión resulta, entonces, de haber instaurado un procedimiento inquisitivo en esencia que se realiza a similitud de la forma acusatoria o, si se quiere, con límites para el Estado en el ejercicio del poder en homenaje a la persona humana"<sup>1</sup>. El sistema mixto o inquisitivo reformado mantiene la realización pública y obligatoria del derecho penal a cargo del Estado, encomendando a un órgano estatal la misión de perseguir obligatoriamente y ejercer la acción penal iniciándola e impulsándola sin depender de la voluntad persecutoria de un sujeto privado. El respeto a las formas acusatorias consiste en asegurar al imputado una serie de garantías a su favor que lo resguarden en su dignidad humana, así se prohíben los tratos crueles como forma de obtener la verdad histórica y se reafirman los principios de juicio previo e inviolabilidad de la defensa.

<sup>1</sup> Maier, Julio, *La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público*, Lerner, Buenos Aires, 1973, pag. 17.

La inquisición con un solo órgano realizaba la investigación, el inquisidor reunía en su persona las funciones de perseguir y de decidir. En el sistema inquisitivo reformado, si bien es el Estado el que conserva todo el poder penal, su competencia se halla escindida entre órganos encargados de la persecución penal y otros con poder de decidir. "La separación formal de estas funciones fue necesaria para garantizar la defensa individual: ella se reputó imposible sin crear un acusador (contradictor) que circunscribiera la imputación concreta que el imputado estaba facultado a resistir y contestar, con todos los medios legítimos a su alcance, y sin dotar de un grado aceptable de imparcialidad al juzgador, consistente en evitar que él se comprometiera, antes del fallo, con la hipótesis delictiva, afirmándola desde la iniciación del procedimiento"<sup>2</sup>.

La persecución de oficio que comienza en el siglo XIII, va a materializarse durante el siglo XIV en un órgano específico, al que se lo denominará más tarde Ministerio Público, cuyo antecedente son los procuradores del rey y procuradores fiscales, que se encargaban en un principio de la renta real, de perseguir las enmiendas y todos los derechos debidos al rey, luego con potestad de excitar la jurisdicción penal real por denuncia e injerir en el procedimiento penal. Más tarde, adquirieron la calidad de funcionarios permanentes y pasaron a intervenir en defensa del interés de la comunidad en los procedimientos criminales.

El Código Criminal francés de 1808, que recepciona el sistema inquisitivo reformado de enjuiciamiento penal, resultado de una mixción entre la Ordenanza Criminal de 1670 y la Ley de Enjuiciamiento de 1791, mantuvo el órgano público de perseguir obligatoriamente, adoptando un principio inquisitivo como es la actuación de oficio del derecho penal no bien conocido el hecho constitutivo de un probable delito.

En el derecho penal moderno los principios de legalidad y de oficialidad se mantienen vigentes. El Estado reacciona de oficio ante el conocimiento de la infracción penal, es decir no depende de la voluntad privada cuando se trata de delitos de acción pública. En la Argentina el artículo 71 del Código Penal establece que deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales con excepción de las que dependieren de instancia privada y las acciones privadas.

Se conserva la máxima inquisitiva de persecución penal pública pero ahora distinguiendo las funciones de requerir y de decidir, encargándolas a órganos estatales distintos, el Ministerio Público y el tribunal, respectivamente. Resurgen, entonces los aforismos de *neto corte acusatorio, ne procedat iudex ex officio y nemo iudex ex parte*. Al juez le está vedado actuar de oficio, ya que el ejercicio de la acción penal le co-

<sup>2</sup> Maier, Julia, *Derecho Procesal Penal Argentino*, T. I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, pag. 545.

responde al ministerio fiscal quien tiene el deber de requerir la actividad jurisdiccional salvo los casos en que en virtud del artículo 71 antes mencionado, la acción dependa de instancia privada. El artículo 5° del Código Procesal Penal de la Nación así lo establece: "La acción penal pública se ejercerá por el ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley".

De esta manera se logra que el órgano que decide se mantenga extraño al conflicto planteado, lo que va en resguardo del derecho de defensa del imputado y acerca el proceso penal al proceso de partes<sup>3</sup>. Es necesario que para que intervenga el juez haya previamente un requerimiento de la actividad jurisdiccional a cargo de un órgano distinto, que circunscriba el objeto de la imputación y permita que quien decide esté dotado de cierta imparcialidad. Lo más paradójico de todo esto es que un órgano que se originó en la inquisición, hoy está reformulado de tal manera que sirve a los fines acusatorios.

El procedimiento penal moderno se divide en etapas, por lo menos dos: una etapa preparatoria mediante la cual se reúnen los elementos necesarios para fundar la acusación y una etapa definitiva o final en la que se resuelve la cuestión y se aplica el derecho penal material. Es indudable que esta última etapa corresponde que sea presidida por un órgano jurisdiccional, la primera en cambio, puede ser realizada por un juez o por el Ministerio Público. Sobre esta última posibilidad versará este trabajo.

## 2) La instrucción

La instrucción es la etapa preparatoria, preliminar, de realización necesaria en los procesos de juzgamiento de los delitos de acción pública. Mediante ella se tiende a reunir los elementos de convicción necesarios para fundar el requerimiento de elevación a juicio (acusación)<sup>4</sup> o evitar el juicio penal, precipiando el sobreseimiento del imputado en virtud de no haberse hallado elementos probatorios suficientes que acrediten la existencia del hecho o su responsabilidad en el mismo.

Con respecto al órgano encargado de realizarla, éste puede ser jurisdiccional, que en nuestra legislación nacional es el juez de instrucción,

<sup>3</sup> Si bien se verá más adelante, no se puede asimilar el Ministerio Público como parte del proceso penal.

<sup>4</sup> "El requerimiento de elevación a juicio es una cabal acusación donde se manifiesta la voluntad del representante de la acción pública de perseguir penalmente a una persona" (Tril. Oral Crim. Capital, Nro. 7, del 18-10-1993).

pero también puede estar a cargo del Ministerio Público Fiscal, como lo recepcionan algunos códigos de procedimiento provinciales (por ej. el Código de Córdoba, ley 8123 y el de la provincia de Mendoza, ley 1908) siguiendo al respecto la tendencia de legislaciones extranjeras.

El Código italiano de 1930 recepcionaba las dos clases de instrucción, la formal y la sumaria. La instrucción formal era la llevada a cabo por un órgano jurisdiccional en los casos de delitos de competencia de la *corte d'assise* o del tribunal. La instrucción sumaria la realizaba el Ministerio Público cuando la prueba era fácil o se trataba de delitos menores y concluía con el requerimiento de citación a juicio, de sobreseimiento o de archivo. Mediante ella se puede mandar al imputado al debate sin una decisión jurisdiccional instructoria.

En nuestro país, salvo los códigos provinciales que han recogido la instrucción por el Ministerio Público aunque adaptándola, hay resistencia a imponer un órgano sin funciones jurisdiccionales a cargo de una de las etapas del proceso. Como dice Clarif Olmedo: "no se trata de la investigación preliminar a cargo de los organismos policiales, destinada a integrar el sumario de prevención. Tampoco se refiere a los actos que pueden practicar algunos oficiales administrativos del Poder Ejecutivo para que sirvan de fundamento a la correspondiente denuncia ante la autoridad judicial. La cuestión se proyecta al proceso penal en su pleno desarrollo, vale decir cuando la actividad se dirige ya específicamente a obtener una acusación para dar base a un juicio plenario, o a evitar el inicio de ésta mediante un sobreseimiento." Así se la había estructurado también en Italia en donde "con el inicio de la instrucción sumaria coinciden la promoción de la acción penal y el inicio de la relación procesal"<sup>5</sup>.

El problema está en dilucidar si las críticas que esta institución merece son realmente obstáculo para su implementación. Previamente se debe introducir al lector en lo que es la instrucción por el Ministerio Público, cuándo procede, cuáles son sus límites y conclusión. Se advierte que no se ha dado en todas las legislaciones de manera igual, sin embargo hay notas comunes que la distinguen y caracterizan.

Por otra parte, la instrucción por el Ministerio Público se ha ido desarrollando y ya hay legislaciones que la recepcionan adoptándola como regla o que la instauran como única instrucción, y siendo por lo tanto excepcional la instrucción jurisdiccional.

<sup>5</sup> Clarif Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editor, Buenos Aires, 1960, pág. 333. Leone, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. 1, trad. E. Sentis Melendo, Ejae, Buenos Aires, 1963, pág. 141.

La instrucción por el Ministerio Público puede ser denominada de diferentes maneras: instrucción sumaria o investigación sumaria, para diferenciarla de la instrucción formal, judicial o jurisdiccional, así como bajo los nombres de procedimiento fiscal preparatorio o citación directa.

## II. INSTRUCCIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO

### 1) Origen histórico<sup>6</sup>

El Código de Instrucción Criminal francés de 1808 organizó el Ministerio Público, dotándolo del monopolio exclusivo de la persecución penal, pero la labor de investigación y decisión propia de la etapa preliminar fue adjudicada en principio al juez de instrucción. Es decir la tarea instructoria le era ajena al Ministerio Público. "La razón de ser de que se colocara el procedimiento en manos de un juez de instrucción, quitándolo de las manos del órgano encargado de la persecución penal (Ministerio Público), residió en la importancia que pretendió acordarse a ciertas actas de la instrucción preparatoria, incorporándolas al debate".

Sin embargo, la instrucción preparatoria a cargo del juez de instrucción sólo era obligatoria cuando se trataba de un crimen y facultativa en caso de otros delitos, por lo que en esos procesos se autorizaba un procedimiento que eliminando la instrucción jurisdiccional permitía la citación directa a juicio. La ley del 20 de mayo - 1<sup>o</sup> de junio de 1863 amplió la utilización de la citación directa para los delitos correccionales en flagrante aun cuando el imputado se hallare detenido. En estos casos podía el Ministerio Público constatar el hecho y remitir las actas a la Cámara de Consejo si eran suficientes para fundar la apertura de la instrucción definitiva, de requerirse mayores comprobaciones entonces sí debía acudir al juez de instrucción.

Estos antecedentes influyen aún hoy en las legislaciones que adoptaron la instrucción por el Ministerio Público, como veremos más adelante la procedencia de este instituto está a veces circunscripta a ciertos casos entre los que se incluyen los delitos cometidos en flagrancia. Por otra parte, los límites a la instrucción preparatoria del Ministerio Público radican en el valor que se le acuerda a los actos realizados por dicho órgano y a la necesidad o no de requerir entonces la actuación del juez de instrucción. Es de destacar que es este último aspecto el utilizado mayormente como argumento de crítica.

### 2) Caracterización

Clarió Olmedo<sup>7</sup> la denomina instrucción sumaria y la define como un "procedimiento investigativo y crítico de limitadas proporciones en cuanto

<sup>6</sup> Cfr. Maier, J., *Derecho...*, cit., T. I-B, punto 5, E, 3, y *La Investigación...*, cit., pág. 32.

<sup>7</sup> Maier, J., *Derecho...*, cit., pág. 123.

<sup>8</sup> Clarió Olmedo, J., *Tratado...*, cit., T. VI, pág. 343.

a la eficacia que pueda tener con respecto al juicio plenario mediante la introducción de los actos cumplidos en él por lectura en el debate<sup>9</sup>.

Se refiere a un procedimiento investigativo porque se trata de una indagación preliminar y preparatoria. Es crítico al momento de su conclusión por requerimiento de citación a juicio o de sobreseimiento. Es de limitadas proporciones por cuanto los actos del procedimiento carecen de valor para fundar la sentencia definitiva de condena o absolución. Es sumaria por ser su procedimiento de trámite breve y consistir en una simple investigación preliminar.

Está a cargo del órgano requirente, es decir del Ministerio Público, específicamente encargada al agente fiscal o fiscal de instrucción.

Tiene por finalidad reunir los elementos necesarios que sirvan para la acusación o para el pedido de sobreseimiento. Por lo tanto, no es la finalidad la que distingue a la instrucción por el Ministerio Público de la formal, ya que tanto una como otra tienen por objeto la comprobación del delito, la búsqueda y conservación de las pruebas, la identificación y sometimiento procesal de sus autores, para concluir, finalmente, en un requerimiento de justicia según los elementos de cargo o de descargo reunidos<sup>10</sup>.

La diferencia con la instrucción llevada a cabo por el juez de instrucción, radica en el órgano distinto que practica una y otra y en el hecho de que en la realizada por el Ministerio Público no hay ejercicio de jurisdicción<sup>11</sup>.

He aquí el rasgo que determinará toda la instrucción sumaria, por un lado le otorgará mayor flexibilidad, puesto que las formas que rodean la instrucción jurisdiccional al otorgar mayores garantías de justicia también le imprimen una rigidez al procedimiento que en algunos casos, de acuerdo con el tipo de infracción de que se trate resultará innecesaria<sup>12</sup>.

Por otro lado, no podrán ser llevados a cabo por el Ministerio Público ciertos actos que requieran ser rodeados de garantías jurisdiccionales. De ser necesario realizarlos, se los deberá solicitar al juez para que se realicen bajo su control, asegurando la efectiva posibilidad del ejercicio del derecho de defensa al imputado. Los actos que ejecute el Ministerio Público durante la instrucción tienen una función requirente y por lo tanto de ser actos definitivos o irreproducibles deben ser llevados a cabo con las mayores garantías jurisdiccionales.

<sup>9</sup> Conf. Manzini, *Vicinas, Derecho Procesal Penal*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Radin, T. IV, Ejes, Buenos Aires, 1953, pág. 373. Maier, J., *La Investigación...*, cit., pág. 20.

<sup>10</sup> Conf. Maier, *La Investigación...*, cit., pág. 30; Clarif. Olmedo, J., *Tratado...*, cit., T. VI, pág. 343.

<sup>11</sup> Conf. Vilar Maricónde, *Derecho Procesal Penal*, T. I, Marcos Lerner, Córdoba, 1961, pág. 412.

### 3) *Procedencia*

La instrucción sumaria, como instrucción excepcional, procede en casos de delitos leves y de faltas graves cuando la prueba es sencilla. En estos casos la instrucción jurisdiccional resulta sobreakundante e innecesaria. La admisibilidad de este tipo de instrucción en el caso de delitos leves se debe a que en éstos, la prueba es sencilla y en general no proceden actos coercitivos que regularan la intervención del juez. En caso de delitos graves, corresponde que la instrucción sea llevada a cabo por el juez de instrucción salvo que el imputado haya sido sorprendido en flagrancia, en cuyo caso será viable la instrucción sumaria fundada en la facilidad de la prueba.

En Mendoza se procede por citación directa en los casos por delitos de acción pública reprimidos con pena máxima de dos años de prisión, multa o inhabilitación y en las causas por delitos cometidos en audiencias judiciales.

Quedan excluidas las causas de ejercicio privado que carecen de todo tipo de instrucción preparatoria, las seguidas contra menores y por faltas, las causas por delitos conminados con pena de reclusión, los asuntos complejos que exijan una investigación complicada y por lo tanto prolongada y cuando exista algún obstáculo fundado en privilegios constitucionales. El Código de Mendoza excluye expresamente la instrucción sumaria cuando proceda una medida de seguridad (art. 372).

La procedencia de la instrucción sumaria se basa fundamentalmente en el criterio de la facilidad de la prueba. Con relación a la cantidad y calidad de la pena, ésta será irrelevante cuando el imputado haya sido sorprendido en flagrancia o el delito se cometió en estado de arresto. En todos estos casos la prueba aparece evidente.

Debe ser realizada en un período de tiempo breve, que deberá serlo aún más de encontrarse el imputado detenido. El Código de la provincia de Mendoza fija que "el requerimiento de citación directa deberá ser presentado ante el tribunal competente dentro de los quince días a contar de la detención del imputado o, si éste se encontrara en libertad, dentro del mes de comenzada la información" (art. 378). Más adelante fija la posibilidad de que dicho plazo sea prorrogado por diez días como máximo, previo el informe que el agente fiscal debe presentar al juez manifestando las causas de la demora, siendo la decisión judicial irrecurrible.

En la legislación italiana el plazo no estaba fijado a no ser que el imputado se encontrara en estado de custodia preventiva, en cuyo caso debía ser realizada en el término de cuarenta días.

La investigación a cargo del agente fiscal requiere formalidades menos estrictas, sin embargo no es así para todos los actos ya que hay algunos que deben ser realizados bajo ciertos requisitos y en otros casos deberán ser practicados por el juez de instrucción.

Los actos que necesariamente deben estar rodeados de ciertas formalidades son por ejemplo, la detención, la recepción de la declaración indagatoria, inspecciones, requisas personales, secuestros y la excarcelación. Estos actos deben realizarse según las disposiciones de la instrucción formal.

El Ministerio Público puede cumplir todos los actos inherentes a la instrucción adecuados a la brevedad del trámite y al órgano que los realiza, de tal forma hay actos excluidos porque son incompatibles con el rito de la instrucción sumaria y otros porque implican ejercicio de jurisdicción.

Dentro de la primera categoría de actos exceptuados están aquellos que por complejidad y duración son incompatibles con la instrucción sumaria, lo que aparejará como consecuencia que ésta se transforme en jurisdiccional o formal, y deban remitirse los autos al juez de instrucción.

Dentro de la segunda categoría de actos, aquéllos que implican ejercicio de jurisdicción, están los actos definitivos e irreproducibles como por ejemplo la aplicación de penas o de medidas de seguridad, la sentencia de sobseimiento o el decreto de citación a juicio. La producción de estos actos no implica la transformación de la instrucción en formal sino que deben ser realizados bajo todas las formalidades previstas por la ley y practicados por el juez de instrucción.

Podemos preguntarnos qué pasa si el juez no está de acuerdo con la realización de los actos definitivos e irreproducibles solicitados por el agente fiscal. Siguiendo a Manzini<sup>12</sup> nos parece que lo más apropiado será sostener que "como la providencia implica el ejercicio de jurisdicción (...), no está obligado el juez a secundar el requerimiento del Ministerio Público (...) de manera que puede negar dicha aplicación provisional si le parece inoportuna, sin posibilidad de impugnación para el Ministerio Público". Con respecto al requerimiento de elevación a juicio, éste obliga al tribunal a avocarse, en cambio en el caso del requerimiento de sobseimiento hay posturas contrarias que serán analizadas *infra* en el punto 5.

El imputado debe tener la oportunidad y el derecho de objetar la procedencia de la instrucción sumaria pudiendo pedir que sea llevada a cabo por ante el juez de instrucción. Tanto los códigos de Córdoba como el de Mendoza prevén esta posibilidad, el juez debe requerir las actuaciones y resolver. De acuerdo con el Código de Procedimientos de Córdoba (art. 333), se debe resolver en 24 horas y la resolución será apelable por el fiscal de instrucción o por el imputado, sin efecto suspensivo. En Mendoza (art. 373), la resolución judicial al respecto es sin sustanciación y sin recurso y no hay un plazo fijado para que el juez resuelva.

En todo momento se debe respetar el derecho de defensa del imputado, tanto material como técnica. La primera mediante la declaración inda-

<sup>12</sup> Manzini, V., *Directo...*, cit., T. IV, págs. 285 y 286.

gatoria que corresponde ser tomada desde el primer momento del procedimiento y según las formalidades prescriptas para la instrucción formal. La defensa técnica se garantizará posibilitando al imputado que nombre un abogado defensor y si éste no lo hiciera se lo deber designar de oficio, debiendo estar designado al momento de la declaración indagatoria.

Con referencia a la coerción personal del imputado, Clarifé Olmedo sostiene que "la atribución del agente fiscal para conseguir la comparecencia del imputado a los fines de la declaración indagatoria es amplia. (...) Puede citarlo o detenerlo, observando las formas específicas sobre el particular". Entiende "que conviene limitar la facultad de ordenar directamente la detención a los casos en que la ley impone hacerlo sin orden judicial a la policía, y en los demás pedirla al juez de instrucción. Asimismo, el agente fiscal puede resolver la libertad del imputado, sea provisional o caucionada"<sup>13</sup>. Por último, la garantía de la libertad individual está asegurada por el menor plazo que se establece para requerir la citación a juicio cuando el imputado estuviere detenido.

Hasta aquí nos hemos referido a la instrucción fiscal como un procedimiento excepcional, sin embargo no todas las legislaciones lo receptionan así. En Córdoba la investigación penal preparatoria es realizada por el fiscal de instrucción y sólo en el caso de que existieren obstáculos fundados en privilegios constitucionales estará a cargo del juez de instrucción (arts. 301 y 340). Para Córdoba la investigación fiscal es la regla y la jurisdiccional la excepción, quedan a salvo los casos que sean competencia del juez correccional y del juez de menores.

El término de duración de la instrucción fiscal está fijado en el artículo 337: "La investigación fiscal deberá practicarse en el término de dos meses a contar de la declaración del imputado. Si resultara insuficiente el fiscal podrá solicitar prórroga al juez de instrucción, quien podrá otorgarla por otro tanto, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá concederse hasta por ocho meses más".

En Italia ya no existe una instrucción sumada y una instrucción jurisdiccional, ambas han sido suplantadas por una "investigación preliminar" a cargo del Ministerio Público bajo el control directo del juez de las investigaciones preliminares. Mediante ella también se trata de determinar si concurren los presupuestos para la apertura a juicio oral ya que desarrollará las investigaciones y averiguaciones necesarias para el ejercicio de la acción penal, pero sin la exhaustividad en la investigación, ca-

<sup>13</sup> Clarifé Olmedo, J., *Tratado...*, cit., T. VI, pág. 387.

racterística de la instrucción jurisdiccional, ni la sumariedad de la instrucción sumaria.

En el Código actual de procedimiento penal italiano, se reafirma el valor puramente interno de los actos realizados durante la investigación preliminar ya que éstos carecen de valor probatorio para ser utilizados posteriormente durante el juicio y la limitación de las facultades del Ministerio Público de realizar determinados actos, como por ejemplo la adopción de medidas cautelares y actos que pudieran afectar derechos fundamentales, los que podrán ser ejecutados exclusivamente bajo el control del juez de la investigación preliminar. A la legislación actual italiana ya no se le podrán adjudicar las críticas que bajo la vigencia de la ley anterior recibía el instituto de la instrucción sumaria a la que se llegó a calificar de jurisdiccional.

Actualmente el Código italiano fija el plazo máximo en seis meses a contar desde la fecha de inscripción del imputado en el registro de noticias de delitos, término dentro del cual el Ministerio Público deberá pedir la apertura del juicio (art. 405) pudiendo prorrogarse sin que supere los dieciocho meses (art. 407).

Como vemos la instrucción por el Ministerio Público puede adoptar diversas formas según la decisión política que se adopte, así puede coexistir con la instrucción jurisdiccional ya sea que ésta sea la regla o la excepción, o ser el único tipo de instrucción pero siempre resaltando el valor requirente de sus actos y la función controladora de un juez para determinadas actuaciones.

#### 4) *Naturaleza jurídica*

La instrucción penal a cargo del Ministerio Público es una especie dentro de la instrucción genérica, a la que los autores califican de acusatoria o de parte<sup>14</sup>. Es una especie de la genérica, en cuanto coincide en la finalidad con la instrucción formal. Esto no es lo que sostiene Vèlez Mariconde para quien la instrucción sumaria es un "proceso sin instrucción" por entender que la primaria es función del juez y no del Ministerio Público<sup>15</sup>.

Se la califica de acusatoria o de parte porque es realizada por el acusador público y no interviene la garantía jurisdiccional. Sin embargo, no se entiende bien el calificativo de parte, si no es por el hecho de que se le quiere hacer destacar sus rasgos acusatorios, o entendiendo parte en sentido formal. El Ministerio Público no puede ser considerado parte en el

<sup>14</sup> Cfr. Mantini, V., *Derecho...*, cit., T. I, pág. 274, y Maier, J., *La Investigación...*, cit., pág. 28.

<sup>15</sup> Vèlez Mariconde, *Derecho...*, cit., pág. 408, nota 48.

proceso, ya que no actúa con fines personales, con un interés subjetivo, sino con una finalidad eminentemente pública, por lo que su interés es tal en cuanto esté convencido de acuerdo con los elementos probatorios a su alcance, de la culpabilidad del imputado. Su interés es público y consiste en la actuación correcta de la ley, de ahí que debe aclararse que el Ministerio Público no está enfrentado al imputado y puede requerir el sobreseimiento cuando concurren las condiciones para ello. Así entendido el Ministerio Público, regido por el principio de imparcialidad, también podría llevar a cabo actos a favor del inculcado en el sentido de esclarecer su verdadera responsabilidad en el hecho. El Código italiano así lo establece en su artículo 358 al posibilitar que las investigaciones que efectúe puedan también ser favorables a la persona objeto de las investigaciones.

No puede entenderse que la instrucción del Ministerio Público sea de naturaleza jurisdiccional. La función jurisdiccional a cargo del Poder Judicial, dirime conflictos de intereses que alteran el orden social. El acto típico jurisdiccional es la sentencia dictada por un órgano imparcial e independiente, el juez o tribunal. La actividad jurisdiccional se caracteriza por el carácter definitivo de sus resoluciones y el pronunciamiento hecho por un órgano imparcial e independiente. La instrucción "prepara para el ejercicio de la acción, condición necesaria de la jurisdicción, y no debería desembocar en ninguna conclusión de contenido decisorio con respecto a la pretensión punitiva"<sup>16</sup>.

Tal como estaba legislada la institución en Italia, bajo la vigencia del Código de 1930, fue objeto de severas críticas sobre todo en este aspecto, pues magnificó los poderes del Ministerio Público y el valor de sus actos. En la instrucción sumaria el juez de instrucción no interviene nunca salvo contadas excepciones como ser la impugnación de la denegatoria a la libertad provisional y la aplicación de penas accesorias y medidas de seguridad. La ley italiana extendía a la instrucción sumaria todas las normas que disciplinan la instrucción formal colocando en plano de igualdad a los actos instructorios realizados por el ministerio público con los realizados por el juez de instrucción. Es por todo lo anterior que la instrucción sumaria fue considerada por algunos autores italianos de carácter jurisdiccional<sup>17</sup>.

Dejando de lado el precedente italiano y regulada conforme a lo desarrollado anteriormente es que sostenemos que la instrucción por el Ministerio Público no es de carácter jurisdiccional por no reunir los elementos que distinguen el ejercicio de jurisdicción. Es en razón de ello que

<sup>16</sup> Maier, J., *La Investigación...*, cit., pág. 30.

<sup>17</sup> Éste es el parecer de Leone, G., *Tratado...*, cit., págs. 92, 93 y 143.

determinados actos son excluidos de su competencia y pueden ser realizados sólo bajo el contralor del juez<sup>18</sup>.

La cuestión está en determinar, justamente por el hecho de no ser ejercicio de jurisdicción, hasta qué punto es procedente una instrucción de estas características, si es que se toma la decisión política de implantarla. La decisión debe ser adoptada preguntándose primero cómo se quiere estructurar el proceso penal y la forma de asegurar en la mayor medida posible las garantías constitucionales del individuo. Al encargar la investigación al Ministerio Público se distinguen claramente las funciones que en cada etapa deben ejercerse: en una primera etapa, preliminar, se ejercerán funciones requirentes en base a la investigación realizada, en una segunda etapa, se ejercerán funciones decisorias en base a las pruebas aportadas. La nítida separación implica que el órgano decisor no esté en conocimiento de lo que hace el de investigación y se intenta llegar cuanto más a un proceso acusatorio o de parte.

Aun cuando el Ministerio Público perteneciera al Poder Judicial, esto no significaría que la actividad desarrollada durante la instrucción sea ejercicio de jurisdicción, porque ateniéndonos a la finalidad de ésta su esencia no consiste en dirimir conflictos de interés sino que sólo debe atribuírsele una función requirente a su actividad ya que prepara la acción penal.

Refiriéndola a la ubicación institucional del Ministerio Público, hay quienes sostienen que es de carácter administrativo, si éste depende del Poder Ejecutivo y otros que le asignan carácter judicial si, por el contrario, está ubicado dentro del Poder Judicial. Para Maier<sup>19</sup> esta instrucción merece ser calificada de judicial, pero no sólo atendiendo a la posición institucional del órgano que la practica sino también al deber de objetividad de sus actos y su meta final de realización del derecho penal.

Según nuestra Constitución Nacional, reformada en 1994, el Ministerio Público es un órgano independiente, cuyos miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones (art. 120). Hasta el momento no se ha dictado la ley que lo reglamente, sin embargo la Constitución pretende un órgano extrajudicial. Cabe preguntarse si esta norma obliga a las provincias que lo han reglamentado dentro de alguno de los poderes a adecuarlo como órgano independiente. Nos aventuramos a responder afirmativamente en base a los artículos 5° y 123 de la Constitución Nacional.

Tal como aparece delineado, el Ministerio Público es un órgano extrajudicial, al no estar ubicado dentro de ninguno de los poderes del Estado,

<sup>18</sup> Por ejemplo el Código Procesal Penal de Mendoza establece que los actos definitivos e irreproducible deben ser practicados bajo pena de nulidad por el juez de instrucción (art. 315).

<sup>19</sup> Maier, J., *La Investigación...*, cit., págs. 26 y 29.

lo que indudablemente le otorgará mayor autonomía e independencia, que deberá ser asegurada por el modo de designación y remoción de sus miembros. La Constitución nombra a dos de sus funcionarios, el procurador general de la Nación y el defensor general de la Nación. Una ley establecerá cómo debe completarse el Ministerio Público. Lo que queda claro es que las dos partes que se encuentran enfrentadas en el pleito, fiscales y defensores, ya no dependen de la misma autoridad jerárquica.

La reforma constitucional mejora la situación institucional del Ministerio Público que dependía funcionalmente del Poder Ejecutivo, lo que era aberrante al sistema republicano por el interés que el Ejecutivo padiera tener en algún proceso judicial y por el hecho de que el controlado controlaba al controlante.

### 5) Conclusión y transformación

La instrucción por el Ministerio Público concluye con:

a) El requerimiento de citación a juicio que debe ser presentado directamente ante el tribunal competente para su realización, es presupuesto de éste que el imputado haya prestado declaración indagatoria. Se debe requerir la citación a juicio si hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimidado.

b) El requerimiento de sobressimiento que se dirige al juez de instrucción.

c) El archivo de las actuaciones que se dispondrá cuando no se pueda proceder o cuando el hecho no encuadre en una figura penal. En este último supuesto, el Código de Córdoba prevé que si se hubiera recibido la declaración indagatoria, el archivo debe requerirse al juez de instrucción (art. 334).

Hay que analizar qué pasa si, ante el requerimiento de sobressimiento o la desestimación de la denuncia, el juez no está de acuerdo con el pedido del agente fiscal. La solución se divide en dos posturas: una sostiene que si el juez no está de acuerdo con el requerimiento fiscal debe abrir el trámite instructorio a su cargo, la otra entiende que la cuestión debe resolverse por el superior jerárquico dentro del Ministerio Público.

Las diferentes posturas pueden resumirse en el pensamiento de Clará Olmedo y de Maier, respectivamente<sup>39</sup>. Tanto una como otra solución afectan principios procesales, la primera el de *se procedat iudex ex officio* y la segunda el de legalidad.

El artículo 359 del Código de Córdoba resuelve que se deberán elevar las actuaciones al fiscal de Cámara de Acusación. Si éste coincidiera

<sup>39</sup> Clará Olmedo, J., *Tratado...*, cit., T. VI, pág. 367. Maier, J., *La investigación...*, cit., pág. 61.

con lo solicitado por el inferior, el juez resolverá en tal sentido. En caso contrario el fiscal de Cámara formulará el requerimiento de citación a juicio. Del mismo modo se decide en el Código de Mendoza, con la salvedad de que si el fiscal está de acuerdo con el juez, el sumario pasará en vista a otro agente fiscal, el que formulará requerimiento de elevación a juicio en virtud de los fundamentos del superior.

Consideramos que habiendo fundamentos en favor de una y otra postura y que cualquiera de las soluciones afectan principios procesales penales, la decisión de cuál adoptar dependerá en gran medida de la ubicación institucional del Ministerio Público. Si éste está dentro del Poder Ejecutivo, la mejor solución será que el juez practique la instrucción a su cargo y requiera la elevación a juicio, de lo contrario el proceso penal podría verse influenciado por cuestiones políticas que hagan no aconsejable el inicio de la acción penal contra determinada persona en virtud del interés que el Poder Ejecutivo tenga en la causa. Si por el contrario el Ministerio Público dependiese del Poder Judicial o fuese un órgano extrapoder, el superior jerárquico dentro de éste debe resolver como lo propugnan las legislaciones provinciales mencionadas anteriormente.

Cuando se trata de la instrucción sumaria ésta se puede transformar en formal. Cuando vence el término fijado por ley para realizar la instrucción, el agente fiscal podrá requerir una prórroga o la instrucción formal. Negada la prórroga o vencida ésta, se convierte en instrucción formal por lo que las actuaciones son remitidas al juez para su continuación. La otra posibilidad es que el agente fiscal estime que no hay mérito para la citación directa a juicio ni para requerir el sobressimiento, entonces debe solicitar una prórroga extraordinaria que implicará un requerimiento de instrucción jurisdiccional.

#### 6) Admisibilidad

La admisibilidad constitucional de un instituto de las características referidas dependerá de que éste respete las garantías constitucionales de juicio previo, juez natural y defensas en juicio.

La instrucción por el Ministerio Público como vimos, no puede entenderse que afecte la garantía del juicio previo, entendido éste como un proceso regular y legal que derive en una sentencia fundada en ley anterior al hecho del proceso. Se trata de una instrucción preliminar al juicio propiamente dicho, no implica ejercicio de jurisdicción ya que los actos cumplidos durante ella tienen sólo función requirente y son meramente preparatorios del juicio en sí. El hecho de que se la prefiera encargar a un juez, se debe a que durante ella pueden realizarse actos que afecten de manera definitiva todo el curso posterior del proceso o derechos subjetivos de vital importancia para el imputado.

Para salvar este escollo se excluyen de la órbita de la instrucción fiscal los actos que implican ejercicio de la jurisdicción, que pudieran afectar

derechos fundamentales o que sirvan como medio de prueba para el juicio oral y de ser necesarios se los debe encomendar al juez de instrucción.

Estando de acuerdo en que es necesaria una instrucción previa al debate, que ésta se inicie ante el conocimiento que las autoridades tomen de la existencia de un hecho que pueda constituir un delito, ¿qué otro fundamento más allá de la necesidad de realizar ciertos actos que puedan afectar garantías constitucionales del individuo, avala la decisión de encargarla a un juez? Es evidente la importancia de esto, sin embargo el instituto de la instrucción por el Ministerio Público está construido de tal forma que dichos actos se realicen exclusivamente por el juez de instrucción bajo pena de nulidad. Por otro lado "no es muy acorde con la imparcialidad que debe presidir el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el desempeño de tareas de inquisidor que cumple el juez de instrucción. Y a pesar de que la investigación se puso a su cargo, buscando mayores garantías para el sospechoso, los resultados en este aspecto no han sido precisamente paradigmáticos"<sup>21</sup>.

Cuando la instrucción está a cargo del juez de instrucción, el fiscal debe basar la acusación en una investigación de la cual él no participó, ya que las pruebas fueron seleccionadas y producidas por el juez, restando para el fiscal de instrucción una tarea de contralor. No puede menos que ser calificado de absurdo.

Estando la instrucción a cargo del Ministerio Público el órgano decisor no toma conocimiento de la causa hasta el momento en que le sea elevado el caso a juicio y por lo tanto se evita el prejulgamiento y se mantiene ajeno e imparcial a la cuestión deducida por las partes.

Juez natural es el competente designado por ley anterior al hecho del proceso. Debe entender en la causa y dictar sentencia. Se entiende que la investigación por el Ministerio Público tampoco afecta esta garantía que se asegura completamente al excluirse de la competencia de la investigación fiscal determinados actos que implican el ejercicio de jurisdicción, que afectan derechos fundamentales del individuo o que sean definitivos e irreproducible. La actuación por el Ministerio Público tiene una función requiriente y sus actuaciones carecen de valor probatorio en el juicio. En el debate oral y contradictorio presidido por el juez natural, se debe aportar la prueba en la que finalmente se basará la sentencia.

Por último, la inviolabilidad de la defensa de la persona y sus derechos abarca no sólo la defensa material sino también la técnica. El imputado debe gozar del derecho a ser oído, a controlar la prueba de cargo y ofrecer prueba de descargo, valorar la prueba producida y designar un

<sup>21</sup> Caffarena Nicco, José J., "La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional", *Doctrina Penal*, año 10, ars. 10, oct.-dic. 1987, De Palma, Buenos Aires, pág. 676.

defensor de su confianza, si así no lo hiciera o no tuviera medios para ello deberá designársele uno de oficio. Durante la instrucción y en la primera oportunidad y en todo caso antes de la declaración del imputado, se lo invitará a designar defensor. Se asegura al imputado su participación y la de su defensor en las diligencias ya que pueden proponer medidas y en caso de que el fiscal las rechace por considerarlas no pertinentes o útiles, se les da la posibilidad de ocurrir ante el juez de instrucción. Por último y como para terminar de asegurar la efectiva vigencia del principio de inviolabilidad de la defensa, el imputado podrá objetar la procedencia de la instrucción por el Ministerio Público y requerir el control jurisdiccional.

A nuestro modo de ver no hay planteo constitucional que no haga viable la instrucción por el Ministerio Público, siempre y cuando respete las garantías acordadas por la Constitución. Tal como está legislada la institución en los modelos que seguimos durante el estudio, parece efectivamente que dichas garantías están resguardadas.

Falta analizar si cabe hacer alguna otra objeción al instituto en análisis. Alcalá Zamora y Castillo considera cuestiones funcionales y crítica a la instrucción sumaria deshechándola para así evitar: "a) que el procedimiento comience con una cuestión de competencia (entre Ministerio Público y Judicatura) acerca de si la instrucción ha de ser sumaria o formal, y b) que el fiscal se conduzca en la instrucción sumaria más como un acusador que como instructor, sin contar con que mediante ella no se descarta la intervención del juez, lo que determina una dualidad instructora, cuyas ventajas son harto discutibles"<sup>21</sup>.

Estas observaciones deben ser tenidas en cuenta al tomarse la decisión política de implantar la instrucción por el Ministerio Público, para que de hacerlo funcione con mayor efectividad.

Si descartar estas críticas, conviene aclarar que actualmente la instrucción por el Ministerio Público puede suplantar a cualquier otra instrucción como sucede en Italia, con lo que no se suscitarían cuestiones de competencia y con referencia a la segunda crítica, hay que sopesar qué ventajas se prefieren, si las de un procedimiento más parecido al de parte, que convierta al órgano decisor en un verdadero sujeto imparcial y una instrucción más ágil o la complejidad y poca practicidad de la instrucción jurisdiccional, limitando la función del órgano requirente a la de controlar de una prueba no producida por sí mismo.

La decisión de implementar una instrucción realizada por el Ministerio Público, ya sea que ésta sea sumaria y procedente en algunos casos en forma excepcional, o que lo sea como regla frente a la instrucción jurisdiccional o como única clase de instrucción, es una cuestión política pero nada obsta a su existencia. El legislador evaluará su conveniencia y

<sup>21</sup> Alcalá Zamora y Castillo, *Nieto. Derecho Procesal Penal*, T. 2, Kraff, Buenos Aires, 1946, Cap. XV, pág. 358, ara. 24.

mérito. Por nuestra parte, estimamos aconsejable la instrucción por el Ministerio Público, es necesario separar las funciones de acusar y de juzgar, revalorizando el carácter meramente requirente de los actos practicados en la instrucción, los que no pueden servir como medios de prueba a utilizar en el debate. Se debe dejar en claro que aun cuando la instrucción fiscal sea la única clase de instrucción con la que comience el proceso penal, la actuación de un juez en esta etapa no se descarta por entero, porque éste tendrá el deber de actuar a pedido del Ministerio Público, de la víctima o del imputado, para controlar determinados actos que deban ser llevados a cabo por autoridad jurisdiccional. Sólo en este supuesto, esos actos podrán ser utilizados como prueba ante el tribunal decisor. Por último es menester que se permita durante la instrucción la intervención efectiva de la defensa desde el primer momento. Un procedimiento de enjuiciamiento penal así estructurado se acerca más al sistema acusatorio y garantiza mejor los derechos del imputado además de servir mejor a los fines de justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Derecho Procesal Penal*, Kraft, Buenos Aires, 1945.
- CAFFERATA NORES, José I., "La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional", *Doctrina Penal*, año 10, nro. 40, oct.-dic. 1987, Depalma, Buenos Aires, págs. 675 a 687.
- CLARÁ OLMEDO, Jorge, *El Proceso Penal. Su Génesis y Primeras Críticas Jurisdiccionales*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1960.
- "El nuevo proceso penal italiano", *Documentación Jurídica*, t. XVI, nro. 61, en.-mar. 1989. Estudio preliminar por Marco Villagómez. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1989.
- LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1963.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- *La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público. Instrucción Sumaria o Citación Directa*, Lerner, Buenos Aires, 1975.
- MANZINI, Vincenzo, *Derecho Procesal Penal*, trad. S. Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1963.
- VÉLEZ MARCONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed. actualizada por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1981.

## EL CONCEPTO DE PELIGROSIDAD Y LA LIMITACIÓN TEMPORAL A LA MEDIDA DE INTERNACIÓN \*

SABRINA NAMER

### I. INTRODUCCIÓN

En su lucha contra los abusos de la monarquía al utilizar el derecho penal, a mediados del 1700, el marqués de Beccaria decía:

"Los hombres abandonan generalmente la elaboración de las reglas más importantes a la prudencia de cada día, o a la discreción de aquellos cuyos intereses consisten en oponerse a las leyes más providentes que por naturaleza hacen universales los beneficios y resisten al esfuerzo por el que tienden a condensarse en unos pocos, colocando a una parte la totalidad del poder y de la felicidad y a otra toda la debilidad y la miseria. Por eso, sólo después de haber pasado a través de mil errores en las cosas más esenciales a la vida y a la libertad, sólo después de la fatiga que da el sufrir los males hasta el extremo, se sienten inducidos a remediar los defectos que los oprimen y a reconocer las más palpables verdades, las cuales, precisamente por su propia simplicidad, escapan a las mentes vulgares, no a menudo a analizar los asuntos, sino a recibir sus impresiones todas de un golpe, más por tradición que por examen".

Estas palabras sirvieron de introducción a la obra *De los Delitos y de las Penas*, en la cual el autor manifestó la importancia de limitar el poder punitivo del monarca, reglando tanto la situación merecedora de sanción, como el tiempo y tipo de pena a aplicar; todo lo que se conoce

\* Trabajo presentado en el primer congreso del año 1986 en el curso "Forensología Forense" a cargo del Dr. Mariano Castro.

hoy con el nombre de "principio de legalidad", sin el cual prácticamente no se concebiría al derecho penal moderno.

Sin embargo, en el umbral del siglo XXI aún queda una zona librada a la prudencia y discreción de los operadores, como a sus impresiones y sentimientos personales, y sobre la cual, un Estado que se llame respetuoso de la dignidad del hombre, deberá comenzar a pensar: esta zona es la abarcada por las conocidas "medidas de seguridad".

El proceso de limitación que sufrió el derecho penal desde la época de Beccaria, no se reflejó en absoluto en el conjunto de "medidas" que se aplica a quienes —en el mejor de los casos— cometen delitos sin haber podido motivarse por la norma; ello así, pese a que en la práctica, las diferencias materiales entre dichas medidas y la pena, son casi inexistentes.

Los pilares que dan origen a esta situación son dos: el concepto de "peligrosidad" del autor, que obra como permiso de intervención para el Estado, y el miedo a lo diferente, de una sociedad que está acostumbrada a defenderse de aquello que no entiende o no conoce.

En este contexto obran los operadores (peritos, jueces, abogados, etc.), sobre cuyas espaldas cae la responsabilidad de decidir cuándo debe cesar una medida de seguridad, y en consecuencia, la de dejar libre a un sujeto que fue tildado de "peligroso" y cuyos actos posteriores probablemente nunca dejarán de verse a la luz de este apodo.

Este trabajo tiene como principal objetivo, poner de relieve la forma en que opera el sistema con respecto a los imputables, y sentar algunas pinceladas que ayuden a repensar este problema.

## II. EL NACIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Con la aparición del principio de culpabilidad en el derecho penal, según el cual sólo será aplicable una pena al autor de un delito si éste tuvo la posibilidad de motivarse por la norma, es decir, de actuar conforme a Derecho, el Estado se vio desprovisto de la posibilidad de aplicar coerción sobre aquellos individuos que también produjeran un mal a la sociedad, pero que no se encontraban en condiciones físicas o psíquicas de motivarse por la norma. A raíz de ello, como complemento de la pena como medida de excelencia, se incorporaron las medidas de seguridad a fin de que existiera una legitimación para poder operar sobre aquellos sujetos cuyas conductas eran no deseadas por la sociedad, pero no eran susceptibles de ser reprochadas por incapacidad de motivación (doble vía del derecho penal).

Al respecto Günter Stratenwerth expresa:

"Según su origen histórico, estas medidas jurídico-penales no se concibieron sobre la base de especiales necesidades

terapéuticas, sino con el fin de sortear las limitaciones que son consecuencia del principio de culpabilidad. La idea ha sido desarrollada por primera vez en el siglo XVIII por E. F. Klein y encontró principios de realización en el derecho general prusiano de 1794. Allí puede leerse que los ladrones y otros delincuentes que pudieran llegar a ser peligrosos a causa de reprobables tendencias provenientes de su carácter cruel, no deben ser puestos en libertad luego de cumplida la pena hasta que no demuestren que se encuentran en condiciones de vivir de una manera honorable. Independientemente de esto, Carl Stoss, el autor del Código Penal suizo, procuró superar la oposición entre fines de la pena de la retribución y de la prevención especial, proponiendo penas vinculadas con la culpabilidad y medidas orientadas a la prevención especial<sup>1</sup>.

En el mismo sentido, complementando la idea expuesta, Claus Roxin manifiesta:

“La autolimitación del poder de injerencia del Estado que se deriva de la vinculación a la medida de la culpabilidad si bien por regla general posibilita una compensación adecuada entre los requerimientos de protección estatales y los intereses de libertad de los sometidos al derecho, en el caso particular, la peligrosidad de un autor para la generalidad puede ser tan grande que la pena, según la culpabilidad, no sea suficiente para asegurar en forma efectiva a la generalidad de sus ataques<sup>2</sup>.”

Las medidas de seguridad entonces, nacieron como complemento del principio de culpabilidad, y se basan en las características peligrosas del sujeto que puso en riesgo la seguridad social, no por una actitud contraria a Derecho, sino por no poder obrar de otro modo.

Como no puede dejar de observarse, estas medidas responden en su origen, al más puro positivismo criminológico: las características de algunos sujetos los hacen de por sí peligrosos, y la sociedad debe arbitrar los medios necesarios para defenderse de ellos, evitando así consecuencias dañosas. Como ya veremos, estas ideas que parecen haber quedado destruidas del derecho penal moderno —que no interviene a partir de las características de un sujeto, sino por las de un determinado hecho— aún se mantienen firmemente arraigadas en la problemática que nos ocupa.

El fin de las medidas de seguridad es entonces de tipo preventivo, dado que se trata de que el sujeto afectado por ellas, no cometa con posterioridad delitos.

<sup>1</sup> Stratenwerth, Gustav, *Derecho Penal*, Edersa, Madrid, pág. 21.

<sup>2</sup> Roxin, Claus, “Fin y justificación de las penas y las medidas de seguridad”, en *Determinación Judicial de la Pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pág. 43.

### III. EL PROBLEMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

Esta concepción de las medidas de seguridad es también la acogida por el artículo 34, inciso 1° de nuestro Código Penal.

Respecto de los incapaces, el Código establece una diferenciación entre los enajenados y no enajenados.

a) Enajenados: el segundo párrafo del artículo 34 dispone: "En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás".

Esta medida es aplicable tanto a autores de delitos que hayan comenzado a cumplir su pena y luego caigan en estado de enajenación, como a autores que hayan cometido el hecho ya enajenados, a autores de conductas efectuadas con error de tipo condicionado por enajenación y a involuntables alienados.

b) No enajenados: el supuesto está regulado por el primer párrafo del artículo 34, el cual expresa: "El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas, o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones".

Este párrafo abarca los supuestos de autores de injustos inimputables no enajenados, autores de conductas atípicas por errores de tipo psíquicamente condicionados que no provengan de enajenación, los involuntables no enajenados y sujetos que actúan por errores de tipo o prohibición culturalmente condicionados.

Por su parte, el párrafo tercero del mencionado inciso, establece —complementando al primer párrafo— que: "En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso".

### IV. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO "PELIGROSO"

Como ya se ha dicho en la introducción al presente trabajo, la utilización del término "peligroso" es la llave de acceso que el Estado posee para utilizar este medio de control social tan efectivo.

El término en general, y las interpretaciones que de él se hacen, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, son tan vagas, que per-

miten considerar supuestos totalmente diferentes según la época y las concepciones políticas e ideológicas imperantes.

Es entonces, que el sentido y alcance del término en cuestión, constituyen la piedra angular del tema que nos ocupa: los límites a las medidas de seguridad, y en particular, a la internación manicomial.

Entrando ya a la cuestión, el término "peligro", significa riesgo o contingencia eminente de que suceda algún mal.

Por su parte, el término "peligrosidad" presenta varias acepciones:

"Probabilidad de que un individuo cometerá o volverá a cometer un delito" (Jiménez de Asúa).

"Peligrosidad criminal es la probabilidad de que un hombre cometa un crimen o bien el conjunto de condiciones de un hombre que hacen de él un probable autor de delitos" (Sebastián Soler).

"Situación de peligro subjetivo que ha de deducirse de una cuidadosa investigación del individuo desde los puntos de vista antropológico, psíquico y patológico, así como de los factores familiares y sociales que lo rodean" (Gisbert Calabrig).

"Estado jurídico biológico surgido de la esencia psicosocial del propio individuo y que le concede singulares dotes para infringir de manera sistemática la ley penal a lo largo de su existencia" (Bonnet).

En una obra escrita en el año 1987, por Jorge Riá y Guillermina Tavelle de Riá, puede leerse:

"En general, se acepta que el estado peligroso admite dos variedades, una predelictual y otra postdelictual.

"La variedad predelictual, denominada también 'peligrosidad social' por Ferri o 'capacidad para delinquir' por Rabinet, y a la que podríamos denominar potencial, corresponde al que presentan aquellos individuos que si bien no han delinquido nunca, reúnen todas las características que los hacen proclives a la comisión de delitos.

"La variedad postdelictual, a la que Ferri denomina 'peligrosidad criminal' y Francis llamará 'estado de inmediata criminalidad' corresponde a aquellos individuos que habiéndose iniciado en el delito exhiben características de probabilidad de reincidencia. Ello trae aparejada la existencia de dos posiciones jurídicas contrapuestas con respecto a la oportunidad del inicio del juicio de peligrosidad. Así, la que requiere como exigencia para la iniciación de dicho juicio la comisión previa de un delito (variedad postdelictual), y la que no requiere tal exigencia, considerando suficiente que el individuo posea las características necesarias (variedad predelictual)"<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Riá, Jorge - Tavelle de Riá, Guillermina, *Psiquiatría Forense*, Lerner. Buenos Aires, 1987, pág. 323.

Cabe aclarar que en el marco del presente trabajo, estas consideraciones no serán tenidas en cuenta porque la aplicación de una medida basada en la peligrosidad predelictual constituye un claro resabio del positivismo criminológico y una intervención del Estado en una zona claramente amparada por el principio establecido por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo, no se puede dejar de mencionar que esta concepción existe aún hoy, ya que hay quienes consideran que se puede aplicar una medida de las establecidas por el artículo 34 del Código Penal pese a no estar comprobada la comisión de un injusto penal.

Ahora bien, a la hora de determinar quién es el encargado de formular el juicio de peligrosidad, si el perito o el juez, encontramos posiciones contrapuestas:

Para Tavella y Riú, a tal fin, es necesario distinguir entre peligro y estado peligroso:

“...el peligro es el fundamento del tratamiento jurídico que el Tribunal ‘podrá’ o ‘deberá’ según el caso, administrar al actor, y para lo cual deberá contar ineludiblemente con el asesoramiento médico-legal. De ahí la importancia que reviste para el perito médico tener bien en claro el concepto del peligro que pueda generar la afección mental que presenta el encartado, como así también para el magistrado, comprender que la evaluación de la existencia de dicho peligro es materia de exclusiva valoración psiquiátrica-forense, y en ningún caso asumir la temeraria decisión de resolver por sí en contrario a lo que al respecto aconseja el médico perito. ...consideramos un despropósito pretender que el perito médico emita opinión sobre si el examinado se encuentra en estado peligroso, ya que a lo más que podrá aspirar el examen médico pericial es a informar sobre la situación psicopatológica del mismo, pues el diagnóstico del estado peligroso es de exclusiva competencia del juzgador”<sup>4</sup>.

Por su parte, Soler sostiene que siendo la peligrosidad una condición subjetiva el individuo será tanto más peligroso cuanto más se evidencien en la estructuración de su personalidad los caracteres médicos-psicológicos de peligrosidad, y lo confiere a los peritos médicos la mayor importancia en el tema llegando a expresar que el juicio de peligrosidad es preferentemente psiquiátrico-psicológico.

Ahora, si bien es cierto que por regla general los dictámenes de los peritos no son vinculantes para el juez, el que efectivamente podrá hacer un análisis del contexto en que se plantea el juicio de peligrosidad, cabe preguntarse si verdaderamente puede tomarse la opinión del experto que

<sup>4</sup> Riú, J. - Tavella de Riú, G., *Psiquiatría...*, cit., págs. 329 y 322.

expresa que el sujeto está en peligro (de dañarse a sí mismo o a terceros), como un elemento más, a la hora de determinar la cesación o no de la medida de seguridad.

Entendemos que por más que del contexto surja que el sujeto no presenta signos de peligrosidad, si del informe médico surge que es peligroso para sí y para terceros, prácticamente ningún juez determinará la cesación de la medida de seguridad, razón por la cual, a nuestro criterio, se torna imperativo un análisis no en abstracto acerca de la peligrosidad, sino en concreto, es decir, un informe por parte del perito acerca de las dimensiones de esa peligrosidad, a fin de que el juez resuelva esa suerte de colisión entre lo que significa que el sujeto siga bajo los efectos de la medida o que la sociedad sea la que deba soportar esos efectos, tema este que luego trataré de profundizar.

Distinto es el caso de que del informe médico surja que la peligrosidad desapareció, dado que aquí si el juez, si considera que de los demás factores a analizar (como ser los sociales y legales) surge que el sujeto puede ser aún peligroso, puede a su criterio mantener o no la medida.

Finalmente, cabe hacer mención de los parámetros que en general se consideran para efectuar un juicio de peligrosidad; ellos son de índole médico-psicológicos, sociales y legales.

Los índices médico-psicológicos o subjetivos comprenden los diferentes tipos de psicosis y de personalidades anormales, antisociales o psicopáticas; los sociales son los aportados por el entorno que circunda al individuo; los legales están dados por los antecedentes policiales y criminológicos.

## V. RELACIÓN ENTRE LA INDETERMINACIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD Y EL JUICIO DE PELIGROSIDAD

La forma en que la jurisprudencia ha interpretado la relación entre las enfermedades mentales y la peligrosidad ha evolucionado en los últimos años.

Al respecto Raúl E. Zaffaroni expresa:

"Las primeras interpretaciones fueron en general más inflexibles que los criterios jurisprudenciales actuales. Así, Emilio C. Díaz afirmaba que por el mero hecho de la enajenación o la incapacidad penal la ley consideraba que estaba probada automáticamente la peligrosidad, concepto al que daba una amplitud tal que resultaba como efecto de cualquier enfermedad mental, lo que descartaba cualquier posibilidad de que el sometido a la medida, en algún momento pudiera ser transferido a una custodia ordinaria conforme al Código Civil.

"El razonamiento era que cualquier incapaz penal era peligroso por su enfermedad, que la medida no podía cesar hasta que la desaparición del peligro fuese absoluta y radical, lo que importaba la desaparición de la enfermedad misma. Conforme a este criterio no se admitió la cesación de la medida para un alienado, aun cuando los médicos certificaron que había cesado su peligrosidad, en razón de que no había cesado su alienación y se exigió que el juicio sobre cesación de peligrosidad fuese totalmente asertivo"<sup>2</sup>.

En los últimos diez años, la jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal parece comenzar a inclinarse hacia un criterio más restrictivo de la aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad, pese a lo cual vincula, en la mayoría de los casos, la cesación de la medida a la desaparición absoluta de la peligrosidad, sin hacer ningún tipo de consideración al respecto.

En el caso "Hwang", del 15-VI-1983, puede leerse:

"...Debe declararse el cese de la internación del procesado, no obstante la contradicción existente entre los dictámenes médicos respecto a si desapareció o no la peligrosidad, ya que para mantener internada a una persona luego de 15 años no es suficiente la teórica y genérica posibilidad de la amenaza o del riesgo a protagonizar conjuntamente por el recluso, sino que se necesita algo más específico y palpable".

En el caso "Suinchisky, Edgardo", pese a haberse abusado al procesado, se decidió:

"No obstante absolverse al procesado por ser éste peligroso debe imponérsle la medida de seguridad contemplada en el art. 34, inc. 1° del Código Penal, que en el caso consiste en establecer un sistema de atención médica de carácter ambulatorio, sin perjuicio de que, de ser necesario, se lo recluya en un establecimiento adecuado".

En el caso "Sáenz Valiente", de noviembre de 1986, puede leerse en la disidencia del Dr. Donna lo siguiente:

"...Adviértase el profundo desfase que se lograría advirtiendo que toda personalidad psicopática es inimputable, y por ende tal como lo sostienen los peritos médicos, peligrosos para sí y para terceros. La conclusión es que se vaciarían las cárceles y se llenarían los hospitales creadas a tal efecto, con las consecuencias de que un juez no podría tener el control del cumplimiento de la pena, que quedaría en manos de los médicos, violándose las garantías constitucionales que existen en la Constitución Nacional.

<sup>2</sup> Zaffaroni, Raúl E., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. V, Ediar, Buenos Aires, pág. 483.

"Además, no se puede decir que estamos en la duda y por lo tanto, hay que estar a lo más favorable al imputado. No alcanza a ver este razonamiento, porque desde la perspectiva futura del proceso manteniendo el criterio de la imputabilidad, se le da la esperanza de salir de su encierro, aun en hipotético caso de que sea después de muchos años de prisión. La alternativa contraria, la condena de por vida a permanecer en un establecimiento de seguridad, sin la esperanza mínima de salir de ese sitio"<sup>6</sup>.

En el caso "Ullmann", de mayo de 1990, la Cámara volvió aparentemente a la forma de razonar que al comienzo de este acápite exponía el Dr. Zaffaroni, es decir, a unir indefectiblemente la peligrosidad con la enfermedad mental:

"La pena sólo puede estar dirigida como intimidación general y con fines individuales de retribución proporcional a la culpabilidad, a individuos que tengan capacidad para captar el significado de la sanción. Quien no ha tenido libertad de voluntad para optar por fines conforme a derecho, sólo puede quedar sujeto a una medida de seguridad curativa, y hasta tanto subsista la enfermedad mental que lo hace peligroso" (considerando 12 del voto del Dr. Tossani).

De lo que puede observarse a través del análisis de la evolución de la jurisprudencia, surge que, en mayor o menor medida, la decisión acerca de la limitación a la medida impuesta, queda sujeta a la desaparición de la peligrosidad, no advirtiéndose ningún tipo de valoración al margen que permita deducir el intento de modificar este criterio.

Por su parte, este criterio también es el sostenido por la doctrina, así Tavella - Rió expresan:

"No cabe duda de que resulta tarea difícil diagnosticar la peligrosidad que puede revestir una persona, pero estamos convencidos que mucho más ardua es la tarea que compete tanto a magistrados cuanto a peritos, llamados a determinar sobre el caso de la peligrosidad... jamás se accederá a la extinción de un individuo que revista peligrosidad"<sup>7</sup>.

Como ya lo planteáramos en la introducción al presente trabajo, el problema con este criterio absoluto es precisamente el grado de exposi-

<sup>6</sup> Lo llamativo a mi criterio de esta voto, es el reconocimiento de que en la práctica son iguales las penas a las medidas de seguridad privativas de libertad. Por otra parte, también puede percibirse el intento de algunos jueces de forzar el caso hacia la imputabilidad —lo que se da en la mayoría de las veces en casos de delitos menores— a fin de que rijan las reglas del principio de legalidad, y no la indeterminación de la medida.

<sup>7</sup> El problema se presenta principalmente en aquellos supuestos en que el autor tiene una lesión cerebral o una perturbación susceptible de ser solucionada con la ingesta de un medicamento. Aquí podría decirse que el sujeto con ese medicamento no es más peligroso, pero subsiste su peligrosidad.

ción de aquel que debe determinar que la peligrosidad ha desaparecido en un todo, a lo cual debe agregarse la pregunta acerca de cuándo se puede asegurar que un sujeto, ya sea en condiciones normales o anormales, no cometerá en el futuro un ilícito.

La última parte de este trabajo estará destinada a exponer los criterios limitadores que han surgido de la doctrina, y a tratar de encontrar alguno que permita la adopción de medidas no extremas, tendientes a aminorar el peso de la decisión de dejar libre a un imputable para aquellos que deban tomarla, y repartir las consecuencias de la situación entre el sujeto que no se puede motivar por la norma y la sociedad en su conjunto, que deberá aceptar estar eventualmente "desprotegida" a cambio del reconocimiento de la dignidad humana.

## VI. CRITERIOS LIMITADORES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1) Una de las primeras formas expuestas por la doctrina para limitar la aplicación de las medidas de seguridad privativas de la libertad, es el principio de proporcionalidad.

Al respecto, H. Jeschack expresa:

"Las medidas no son penas y por consiguiente no están sometidas al principio de culpabilidad sino al de proporcionalidad que rige de un modo inmediato y general como principio fundamental del Estado de Derecho... dada la profunda intervención en los derechos del afectado que suponen las medidas. En el enjuiciamiento de la proporcionalidad debe atenderse a la significación de los delitos cometidos por el autor y de los que cabe esperar cometa en el futuro, así como al grado de peligro que procede de él, es decir, a la probabilidad de nuevos delitos. La proporcionalidad de una medida depende sobre todo de la significación de los delitos que cabe esperar en el futuro del autor. Del principio de proporcionalidad se deriva a la hora de elegir entre varias medidas que vienen en consideración, el principio de la menor intervención posible"<sup>8</sup>.

Por su parte, Santiago Mir Puig nos dice:

"También las valoraciones sociales deben orientar la proporcionalidad de las medidas de seguridad. Hay que añadir que éstas deben guardar proporción no sólo con los beneficios sociales que pueden aportar, sino más en concreto, con el grado de la peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad

<sup>8</sup> Jeschack, H., *Tratado de Derecho Penal*, T. 2, Bosch, Barcelona, pág. 1116.

del hecho cometido y de los que sea probable que pueda cometer. Sería conveniente, además, que sólo se admitieran medidas de internamiento cuando concurriera peligro de comisión de delitos considerablemente graves<sup>9</sup>.

Finalmente Claus Roxin, tras hacer un paralelo entre los fines de la pena y los de las medidas de seguridad, y arribar a la conclusión de que ambas coinciden en cuanto a su finalidad preventiva de delitos, expresa:

"Pena y medida de seguridad por lo tanto no se diferencian entre sí por el objetivo, sino por la limitación. La medida de seguridad está vinculada en su duración y gravedad no a la medida de la culpabilidad, sino solamente al principio de proporcionalidad que permite inferencias más amplias que lo que le está autorizado a la pena.

"De ello se deriva la cuestión de cómo puede ser justificada la facultad estatal para sanciones-medidas de seguridad tan intensas. La respuesta sólo puede surgir de la idea de la ponderación de bienes, según esto, una libertad puede ser privada cuando su utilización conducirá, con gran probabilidad, a perjuicios para otros, los cuales, en su totalidad, son mucho más graves que las restricciones que debe tolerar el que causa el peligro por la medida de seguridad. Con relación a este, valer y dignidad del hombre se encuentran... con todo su peso del lado de la balanza. Cuanto más sean valorados por el ordenamiento jurídico, tanto más estrecho será el círculo de peligros contra los cuales entran en consideración medidas de seguridad precautorias"<sup>10</sup>.

Con el principio de proporcionalidad entonces, aparecerá un primer freno a la imposición de medidas de seguridad. Estas medidas no podrán imponerse ante la mera posibilidad de cometer delitos (tal como lo expresa el concepto de "peligrosidad" utilizado por la doctrina) sino que deberán aplicarse sólo si los delitos que se llegaron a cometer pudieran poner en peligro un bien jurídico de mayor entidad que la libertad personal.

Para que el juez pueda hacer esta apreciación, a la hora de efectuarse el informe pericial, no alcanzará con determinar la peligrosidad en abstracto, sino que de ser posible, habrá que especificar qué tipo de delitos se esperan del sujeto incapaz.

2) Si en el caso concreto se estableciera que el sujeto muy probablemente atentará contra bienes jurídicos fundamentales, como la integridad física o la vida misma (y en razón de ello se considerara necesaria la internación), el Estado deberá tratar por todos los medios de efectuar una tarea tendiente a reinsertar al sujeto en la sociedad.

<sup>9</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, pág. 113.

<sup>10</sup> Roxin, Claus, "Fin...", cit., págs. 44/45.

En este contexto, se encierra el problema de las conocidas "salidas a prueba" con las que —en virtud del apego a los criterios doctrinarios y jurisprudenciales expuestos, que exigen la absoluta desaparición de la peligrosidad— en la actualidad no hay consenso.

En ese sentido puede leerse la siguiente manifestación de Tavella - Rúa:

"Por más que nos esforzamos no llegamos a comprender qué se quiere significar con ese tipo de 'alta a prueba'. Cabría preguntarse: ¿Para probar qué?... ¿Para probar si el paciente externado, reintegrado a su medio familiar, la mayoría de las veces bastante conflictivo, vuelve o no a realizar un acto delictivo?... ¿Y si lo vuelve a realizar, qué pasa?... ¿Nos contentaremos con decir que no había pasado su peligrosidad y que debe volver a internarse?... ¿Y de los resultados delictivos quién se responsabiliza?... Preferimos no continuar planteándonos interrogantes de muy difícil respuesta a no dudar, y en cambio advertir a los peritos médicos que sólo puede aconsejarse la externación cuando no quede la menor duda de que la peligrosidad ha cesado..."<sup>11</sup>.

Con un criterio totalmente contrario, y en pos de la reinserción gradual del incapaz a la sociedad, el Dr. Zaffaroni expresa:

"...si bien se ha destacado siempre que la cesación de la medida debe ser irrevocable, no admitiéndose su condicionalidad ni salidas a prueba, lo cierto es que la evolución del tratamiento psiquiátrico, que reduce la función del manicomio, y la necesidad terapéutica de salidas transitorias en una suerte de régimen progresivo, han hecho que en la práctica los tribunales, previo informe o pedido del establecimiento, autoricen estos regímenes de paulatina reintegración social del recluso..."

"Por consiguiente, nos parece evidente que por reclusión manicomial o en establecimiento especial debe entenderse en la actualidad el sometimiento del paciente a un régimen institucional de tratamiento psiquiátrico, sin que pueda privárselo de ninguno de los pasos que demanda ese tratamiento, incluyendo las salidas periódicas para su paulatina readaptación a la vida libre. Con el dictamen favorable de los peritos el tribunal no puede negar estas medidas, porque son parte del tratamiento que debe controlar."

"El dictamen de los peritos, en estas salidas de prueba, no podrá declarar que ha cesado el peligro, porque en tal caso no se impediría la salida a prueba, sino la cesación de la medida. Bastará que los peritos acrediten que el paciente ha si-

<sup>11</sup> Rúa, J. - Tavella de Rúa, G., *Psiquiatría...*, cit., pág. 335.

canzado un grado tal de recuperación que indica la necesidad de entrar en esa fase del tratamiento. El tribunal podrá imponer al establecimiento la obligación de informar periódicamente acerca de la marcha del tratamiento y del estado del paciente, pudiendo revocar la autorización cuando tenga elementos para creer que las condiciones que la hicieron aconsejable hayan desaparecido o que el paciente no responde positivamente de ella<sup>12</sup>.

Como puede observarse, para los primeros autores citados, no es conducente la aplicación de salidas a prueba en virtud de que, cuando éstas se otorgan, se supone que la peligrosidad del individuo no habría desaparecido totalmente; en una postura contraria, Zaffaroni acepta estas salidas, bajo la concepción de que ellas pueden autorizarse a pesar de que no esté acreditada la desaparición total de la peligrosidad, con el simple hecho de suponer razonablemente que ella ha disminuido a tal punto que el sujeto pueda reinsertarse en la sociedad.

En la lógica del presente trabajo, que sostiene la tesis de que no es necesario, a fin de permitir la externación del sujeto, la fehaciente comprobación de que la peligrosidad ha desaparecido, sino que se exige un análisis global del caso, debiendo ponderarse siempre la necesidad de la aplicación de la medida en función de los bienes que se protegerán, estas salidas son perfectamente aceptables.

Es cierto que en algunos casos el criterio del médico que consideró que el sujeto podía reinsertarse a la sociedad, pese a no haber desaparecido totalmente su peligrosidad, puede ser erróneo, pero aquí también debe entrar en consideración una relación de costos y beneficios.

En primer lugar, habría que preguntarse ante qué situaciones un médico puede decir de la noche a la mañana que la peligrosidad ha desaparecido con certeza total, sin tener un mínimo de duda: ¿cuántos médicos, de cualquier otro ámbito, están en condiciones de dar un diagnóstico exacto con respecto a cualquier enfermedad? En efecto, en otras ramas de la medicina, el médico puede efectuar diagnósticos que luego no se verifiquen, y nadie lo cuestionará si aquél se efectuó dentro del marco de las reglas del arte, es decir, si el profesional tuvo razones suficientes para pensar que la diagnosticada era la enfermedad que el paciente tenía.

En este contexto, si un perito tiene razones suficientes para pensar que el sujeto está en condiciones de reinsertarse en la sociedad, pese a no haberse comprobado la desaparición total de la peligrosidad, no hay por qué impedir la salida a prueba del incapaz.

A nuestro modo de ver, debe regir un criterio similar al *ix dubio pro reo*, en virtud del cual, ante la duda acerca de la peligrosidad o no del sujeto, debe prevalecer la tarea de reinsertión social, siendo precisamente

<sup>12</sup> Zaffaroni, E., *Tratado...*, cit., págs. 465/466.

esa duda; la que dé lugar a las salidas a prueba y no a la total internación, pero nunca la que determine —como lo sostienen Taveira y Eid— que el sujeto deba seguir internado *in eternum*.

Es cierto que se pueden cometer errores, pero también en derecho penal con el principio mencionado existe el "riesgo" de que sujetos que no eran inocentes queden libres, sin que por ello el principio mismo sea cuestionado.

3) Finalmente, ante el supuesto de que debido a los bienes en juego, y a que el sujeto no esté en condiciones de salir a prueba, se torne necesario continuar con la internación, cabe presentar un último límite relacionado ahora con el delito cometido y el tiempo de pena establecido para él. Al respecto el Dr. Zaffaroni manifiesta:

"Igualmente, en el caso de que la medida corresponda, no podrá afirmarse que ésta puede llegar a ser perpetua en cualquier supuesto. Si se trata de una medida formalmente penal, lo lógico es que ella no pueda exceder el límite máximo coninado para el hecho que le sirve de base en el caso de que hubiese presentado todos los caracteres delictivos. No es justificable desde ningún punto de vista que una medida asistencial y administrativa resulte más lesiva de bienes jurídicos que la medida máxima de la reacción penal que hubiese tenido lugar en caso de delito.

"Puede argumentarse que ese tiempo máximo puede transcurrir sin que el recluso haya curado su dolencia. En tal caso, si ha pasado ese tiempo máximo y no ha cesado el peligro de que se dañe a sí o a terceros, y por ende, menos aun puede decirse que el sujeto haya curado o haya remitido su dolencia, la permanencia del peligro será justamente lo que justifique su incorporación al régimen de legislación psiquiátrica menos gravosa del artículo 482 del Código Civil"<sup>12</sup>.

Este último criterio también es de gran importancia dado que, pese a que la peligrosidad persista, no existen motivos para olvidar por completo el delito que el incapaz cometió y por el cual se le aplicó una de las medidas establecidas por el artículo 34.

En efecto, la diferencia que existe entre un robo y un homicidio por ejemplo, no puede ser olvidada porque el sujeto sea incapaz; por el contrario, debe ser siempre el parámetro objetivo, si no de imposición, cuanto menos de limitación de las medidas.

<sup>12</sup> Zaffaroni, E., *Tratado...* cit., pág. 483.

## VII. CONCLUSIONES

El proceso de limitación por el cual pasó el derecho penal, también se impone en relación con las medidas de seguridad privativas de libertad, principalmente, por ser ellas en la práctica de iguales características que la pena.

La total desaparición de la peligrosidad no debe ser el único criterio para permitir la externación; debe considerarse esta peligrosidad en concreto y ponderarse con la gravedad de la medida que afectará al incapaz.

La sociedad debe ceder —a cambio del reconocimiento de la dignidad humana del sujeto incapaz— una porción de su seguridad, y permitir la reinserción del incapaz pese a la no comprobación de la desaparición absoluta de la peligrosidad, siempre que existan razones suficientes para creer que el sujeto podrá vivir en sociedad.

En ese sentido, se debe permitir a los peritos el dudar, y aconsejar la externación si consideran que existen razones para hacerlo, sin que ello sea concebido como una posibilidad de complicaciones personales si el sujeto vuelve a cometer un delito. A un juez no se lo cuestionaría porque dejó libre a alguien que volvió a cometer un delito, eso era lo que debía hacer.

Es cierto que existen riesgos, y que esta concepción no será tan segura como la que sostiene que el sujeto debe estar internado hasta quedar comprobada su inocuidad; pero estos riesgos son saludables, porque responden a las concepciones de una sociedad que no toma al hombre como medio para cumplir con sus objetivos, sino como un fin en sí mismo.



## PÉRDIDA DE CHANCES DE CURACIÓN Y SOBREVIDA

JUAN SONODA

### I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

#### 1) *El despotismo del azar*

La palabra "azar" viene del árabe *záh* (azahar, en castellano) término éste que designaba a una flor que se pintaba en una de las caras de los dados usados para jugar<sup>1</sup>. Sin embargo, a lo largo de los siglos la palabra ha sacrificado algo de su sentido lúdico para entrar a formar parte en muchas de las circunstancias de nuestra vida<sup>2</sup>. Esto, de todas maneras, no ha sido aceptado por todos de forma pacífica. Muchas voces se han alzado contra la mera suerte o mala suerte como factor influyente en la existencia de hombres y mujeres:

— El cristianismo reserva la palabra "providencia" para la atribución al hombre de sus suertes y desgracias. Éstas no son fruto de la casualidad sino que se hallan previstas en la voluntad de un ser superior que procede con arreglo a un plan divino. Otras religiones, como la musulmana, llevan este fatalismo a grados más extremos.

— Al racionalismo, basado en la firme convicción de la omnipotencia de la razón humana, le es repugnante todo suceso que no merezca su lugar en la cadena de causas y efectos, siendo éstos indignos de llamar la atención de la razón humana.

— El voluntarismo rechaza la intromisión del azar por considerar que significaría desconocer el libre albedrío del que el hombre está dotado, y que pone en acto mediante el ejercicio de su voluntad.

<sup>1</sup> Corominas, Juan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, Gredos, Madrid, pág. 76.

<sup>2</sup> O, dicho de una manera aparentemente contradictoria, nuestro concepto de la vida tal vez se haya vuelto más lúdico.

— Por último, el Derecho, sea por la adopción de una o de otra de las convicciones anteriores<sup>3</sup>, o de otros motivos no mencionados, no admite en su seno (al menos no abiertamente) la participación del azar en la distribución de derechos y obligaciones a favor de o contra los sujetos cuyas conductas regula.

Ihering, por ejemplo, sostenía que la norma jurídica debe ser abstracta o general, en reemplazo de las normas individuales que emanan de la voluntad del soberano. La abstracción y la generalidad son las mínimas garantías de un orden de Derecho, ya que la orden individual sólo tiene por fin la satisfacción del interés de quien la emite:

“Bajo un régimen semejante al desarrollo del sentimiento jurídico llega a ser un imposible [...]. La masa bajo un régimen despótico no conoce más que la obediencia, la sumisión, la sujeción [...]; no tiene fuerza de resistencia contra lo que cree inevitable, se duerme en la apatía. Esta disposición, formulada como dogma, se convierte en fatalismo; todo lo que ha de suceder ha de suceder, no en virtud de una ley, siempre lógica consigo misma, y que imponiéndose a quien la conoce y observa, le deja su independencia y seguridad, sino por la fatalidad del azar, contra el cual nada protege [...]. En el terreno del derecho, esta situación que domina, no la ley, sino el azar, se llama arbitrariedad”<sup>4</sup>.

De igual manera, el derecho francés del siglo pasado rechazaba la intrusión del azar dentro del sistema jurídico, y ningún hecho ajeno a la voluntad de las personas era fuente de responsabilidad<sup>5</sup>. En este sentido,

<sup>3</sup> Por supuesto, no son las únicas concepciones o motivos por los que se condena el recurso a la suerte, y tal vez ni siquiera sean los más importantes. Su inclusión es el simple efecto ejemplificativo. En realidad la cuestión es mucho más compleja: es difícil que un poder consolidado (de la naturaleza que sea) admita abiertamente que sus conductas tienen un componente aleatorio (esto es, que podrían ser de la manera que dicho poder impone, o de cualquier otra) ya que esto implicaría, en numerosos supuestos, socavar las bases mismas de ese poder. Como algunos ejemplos extremos podríamos imaginar un régimen teocrático como los de Europa medieval o, saltando las distancias, como el fundamentalismo islámico de Irak, y aun sin ir tan lejos, nuestro sentido común se rebela a creer que en un orden jurídico tenga lugar la casualidad. El dilema está lejos de ser novedoso; recordemos el diálogo entre Trasímaco y Sócrates que Platón describe en el primer capítulo a libro de *La República*.

<sup>4</sup> Ihering, Rudolf von, *El Fin en el Derecho*, Bellasra, Buenos Aires, 1976, pág. 174.

<sup>5</sup> Piaggio, Anibal Norberto, “Azar y certeza en el derecho de daños”, E.D., 153-739. Esta concepción, por supuesto, no es privativa del derecho de daños sino que abarca a todo el derecho. Tal vez, el ámbito donde más influencia ha tenido haya sido el del derecho de los contratos. Recordemos una de las grandes obras de la doctrina nacional, de Marco Aurelio Rinaldi, *Soberanía y Crisis del Contrato*, Abelada-Parrot, Buenos Aires, donde este gran jurista hace una defensa de la autonomía de la voluntad frente al intervencionismo estatal, y frente a institutos como el abuso del derecho, la lesión y la imprevisión.

Vélez escribe en la nota al artículo 900 del Código Civil: "El elemento fundamental de todo acto es la voluntad del que lo ejecuta, es por eso que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el Derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito". Así, vemos que para la materialización de la responsabilidad eran imprescindibles dos elementos:

- La existencia de una causa física conocida.
- La atribución de dicha causa a la acción culpable de un individuo.

## II. EL TEMA

### 1) *El azar del Derecho*

En la actualidad, el pensamiento imperante en el siglo XIX ha cedido, relajándose los límites impuestos por la máxima "no hay responsabilidad sin culpa". Es así como se pasa de castigar al autor, a resarcir a la víctima, y de resarcir a la víctima, a buscar un *criterio justo de distribución de los daños*<sup>6</sup>. De esta forma se insertan en los distintos ordenamientos, a la par de los tradicionales factores subjetivos de atribución, nuevos factores objetivos basados en el riesgo. Asimismo, aparecen factores de garantía o seguridad, se reconoce a la equidad como fuente de obligaciones, y se introduce el concepto de la "socialización de los daños" mediante la creación de fondos de garantía<sup>7</sup>, e incluso mediante la extensión del seguro<sup>8</sup>. Vemos así que traemos a la suerte de vuelta de su exilio jurídico, produciéndose una verdadera "recuperación del azar"<sup>9</sup>.

El azar, la casualidad, antes tan temidos, pasan al centro de la discusión al ser considerados por distinguidos juristas como criterios válidos de reparto<sup>10</sup>. La Dra. Alicia M. Perugini de Paz y Geuze escribe<sup>11</sup>:

<sup>6</sup> Para un mejor desarrollo de esta evolución, ver Masset Irujo, Jorge, *Responsabilidad Civil*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, Cap. I.

<sup>7</sup> Piaggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 799.

<sup>8</sup> Masset Irujo, J., *Responsabilidad...*, cit., pág. 33.

<sup>9</sup> Piaggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 799. Continuando con la escrita en la nota 5, también esta evolución es privativa del derecho de daños. Basta leer lo escrito por Marolla en el año 1989 respecto del estado actual del derecho de los contratos (en "Evolución contemporánea del contrato", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, no. 26, 1989, pág. 699, citado por Marolla, Augusto M., *Contracto y Proceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990).

<sup>10</sup> Vgr. el profesor que determina los temas de examen mediante un "botiflero", etc.

<sup>11</sup> Perugini de Paz y Geuze, Alicia M., "Reflexiones en torno al concepto del azar en una obra clásica; la de Werner Goldschmidt", *E.O.*, 138-803 y sigs.

"Lo arbitrario puede resultar meramente aparente si debajo de la superficie voluntarista late el ritmo sistemático de la razón. Me refiero a determinados supuestos en los que la casualidad desempeña el papel de criterio de reparto [...]. En numerosas ocasiones acuden los hombres conscientemente a la casualidad como criterio de reparto porque desearían de hacer una elección racional [...]. En numerosas circunstancias auténticas dificultades materiales para arribar a soluciones aparentes y profundamente razonables traen como consecuencia una alianza con la casualidad. En otras circunstancias tal alianza se ve motivada por la amenaza de imparcialidad y por ende de injusticia".

Es de esta manera como, en perjuicio del principio "no hay responsabilidad sin culpa", finalmente terminamos soportando un cierto azar en nuestro ordenamiento, con el fin de "simplificar el camino que conduce a la reparación"<sup>12</sup>. Es así como una persona pasa de sufrir sus propias chances a sufrir también las ajenas.

## 2) *Un daño cierto*

La posibilidad de ser indemnizado por pérdida de una chance ha dejado de ser discutida en nuestra doctrina y jurisprudencia<sup>13</sup>. Bastamente Alsina lo define como un daño actual y cierto, que se da cuando, como consecuencia del incumplimiento de un contrato o de la comisión de un hecho ilícito, el acreedor o la víctima se ven privados de obtener una ganancia probable o de evitarse un perjuicio conjeturable. Lo indemnizable es la "oportunidad" o la "esperanza", en la medida en que tengan suficiente fundamento, y no la ganancia o daño evitables mismos<sup>14</sup>. Gabriel Stiglitz y Carlos Echevesti la describen como acontecimientos de los que no puede extraerse con absoluta certidumbre que han generado consecuencias dañosas al sujeto que alega el perjuicio, por tratarse de ventajas o pérdidas cuya producción no dependía exclusivamente del sujeto imputado, por estar asimismo sometidas a un riesgo distinto que genera posibilidades a favor y en contra. Afirman estos autores que la incertidumbre no obsta a la reparación si del balance de las probabilidades a favor y en contra surge una proporción basada en probabilidades suficientes de que la chance se perdió con motivo del comportamiento del agente<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad...*, cit., pág. 29.

<sup>13</sup> A modo de ejemplo: en la red informática de tribunales, respecto de fallos de la Corte Suprema, y de los fueros Civil y Comercial nacionales y federales, a la vez "pérdida de una chance", responden 74 fallos.

<sup>14</sup> Bastamente Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 8ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 152.

<sup>15</sup> En Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad...*, cit., págs. 224 y 226.

En definitiva, ninguna controversia hay acerca de que la pérdida de una chance es un daño cierto en la medida de que las posibilidades de materialización de dicha chance sean reales, y que el resarcimiento se refiera a esta "esperanza", y no a la ganancia o perjuicio evitables de esta posibilidad.

### 3) Un autor incierto

Aquí abandonamos el terreno del elemento "daño" para penetrar en los territorios de la causalidad. Se trata de establecer en caso en el que, dado el actuar conjunto de dos o más agentes, no es posible determinar a ciencia cierta a cual de ellos es atribuible el resultado. A diferencia del caso anterior, aquí no nos hallamos frente a una causalidad cierta que produce un daño incierto, sino de un daño cierto producido por una causalidad incierta.

En el terreno específico de la pérdida de chances de curación o sobrevivencia, se da la concurrencia del agente patógeno con la conducta del médico, por lo que es preciso hacer algunas aclaraciones:

— El actuar de este profesional por definición concurre con otros agentes dañosos. Sin el "agente patógeno" que altera la situación de "homeostasis" del paciente, causando la enfermedad, no se explica la intervención del médico<sup>16</sup>. Por ello, en la gran mayoría de los casos el profesional interviene en un proceso ya desencadenado que causó y está causando daños, y que de continuar, los causará aún mayores.

— Dentro de este proceso, hay veces donde es oscura la incidencia del actuar del galeno en el resultado dañoso. Respecto a esto, cabe hacerse las preguntas que formula el Dr. Anibal Piaggio: "¿Qué papel ha jugado la actividad del médico en la producción del daño y de un resultado negativo para el paciente?; su comportamiento profesional ¿ha sido la causa de un lactuoso o agravante resultado, o ha contribuido, y en qué medida, al mismo?"<sup>17</sup>.

Respecto de este tema se ha dicho que la actividad probatoria de la víctima se ve obstaculizada, en muchos de estos casos, por la desigualdad existente en la relación entre el médico y el paciente por ser aquél un profesional y éste un lego en la materia. Se sostiene que el afectado se halla en inferioridad de condiciones para desentrañar los hechos ocurridos, mientras que el profesional "se encuentra en una situación probatoria privilegiada"<sup>18</sup>. En esta previsión se basa el artículo 1625 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación de

<sup>16</sup> Esto, claro está, sin perjuicio de la fundamental importancia de la labor preventiva.

<sup>17</sup> Piaggio, A. N., "Azor...", cit., pág. 817.

<sup>18</sup> Altieri, Adolfo A. - López Cabana, Roberta M., "Carga de la prueba en los litigios de medios", C.L., 1989-B-253.

1987, qué ha contado con el apoyo de prestigiosas juristas<sup>20</sup> y merecido la realización de enojados estudios<sup>21</sup>, mediante el cual se produce la total inversión de la carga de la prueba, pasando a pesar sobre el profesional la demostración de haber actuado sin culpa.

Como otra forma de paliar las dificultades que la efectiva acreditación del nexo causal conlleva cuando la acción presumiblemente dañosa del médico se integra al cuadro patológico, confundiéndose con él<sup>22</sup>, la jurisprudencia francesa desarrolló una fórmula tendiente a suplir esta incertidumbre en la relación causal; agotada la investigación acerca de la causalidad sin lograr una prueba definitiva acerca de la autoría del profesional, no es posible imputarle sin más la indemnización integral del daño, pero sí es indemnizable la parte de él consistente en la pérdida de chances de curación o supervivencia<sup>23</sup>.

Esta última tesis generó adherentes y detractores, tanto en la doctrina extranjera como en la nacional. Al respecto, reproducimos la cétera crítica del maestro Trigo Represas:

"En estos casos se ha sostenido que resulta inútil y peligroso recurrir a la noción de pérdida de una chance; que lo que así impropriadamente se denomina no es más que la insuficiente información del juez sobre la manera en que el destino ha encadenado los hechos; y que cuando se responsabiliza a un médico por entenderse que 'su culpa ha implicado la pérdida de una chance de curación o de sobrevivir el paciente, se lo hace simplemente porque existe una posibilidad de que él hubiese causado el daño'. Es decir, que se lo condena en base a una 'duda', la que por el contrario debiera ser interpretada, en materia civil, a favor y no en contra del demandado, como igualmente aprovecha al acusado en el campo penal: *in dubio pro reo*"<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Tal aserto es demostrado por el despacho de mayoría emitido por la comisión nro. 4 ("La responsabilidad civil de los profesionales liberales en la ley de unificación") en las Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, realizadas en Lomas de Zamora en el año 1986.

<sup>21</sup> Entre otros: Altarini, A. - López Cabana, R., "Carga...", cit., y Lorenzetti, Ricardo, "La responsabilidad civil del médico en el proyecto de unificación civil y comercial", L.L., 1988-B-934.

<sup>22</sup> Vemos así que ambas doctrinas tienden a una misma finalidad: hacer posible la reparación a pesar de una supuesta desigualdad factica entre el galano y su paciente. Pero mientras que la presunción de culpa implica una inversión de la carga de la prueba en materia respecto de la culpa (y por ende, implícitamente respecto del nexo causal), la PCHCS significa una atribución parcial de autoría. De esta manera, vemos que son también antitéticos, para la elección de una hace innecesario la aplicación de la otra.

<sup>23</sup> Piaggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 817.

<sup>24</sup> Trigo Represas, Félix A., "Pérdida de la chance de curación y daño cierto, servido de mala praxis", L.L., 1986-C-38.

De todas formas, cabe aún preguntarnos qué sucede cuando el actuar culposo del profesional está fuera de toda duda, si bien sigue siendo dudosa la magnitud de su incidencia en el resultado final. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho:

"El o que ha incurrido en un razonamiento objetable al reconocer que el causante era portador de una precaria posibilidad de supervivencia, y después afirmar que el fallecimiento igualmente se iba a producir, pues esta conclusión sólo puede admitir como premisa el carácter irremediablemente mortal de la patología del enfermo y en la sentencia no se verificó este presupuesto sino una limitada chance de sobrevivida, lo que demuestra la existencia de una contradicción que priva de apoyo racional a la conclusión a la que se arribó. [Es precisamente] la frustración de esa chance de supervivencia originada en la ausencia de una oportuna y diligente atención médica, aspecto no ponderado en función de la importancia de los valores y derechos en juego ni del alcance del deber profesional y contractual de los demandados, lo que justifica la descalificación del fallo"<sup>24</sup>.

Conviene entonces distinguir qué influencias puede tener la actividad médica en la causación del resultado. Al respecto, centraremos nuestra atención en la clasificación de hipótesis presentada por el Dr. Piaggio<sup>25</sup>:

– El daño sufrido razonablemente encuentra su causa adecuada en una mayor fragilización o exposición en la que quedó el enfermo por el actuar del profesional.

– No es posible demostrar que la actividad del galeno constituya una causa adecuada, pero sí que ha constituido una *conditio sine qua non*.

– No resulta factible establecer la magnitud de la participación del agente en el daño integral, sabiendo sólo que tal hecho no fue totalmente indiferente.

En la primera hipótesis no hay pérdida de chances, sino daño cierto. En la segunda, esto dependerá de la teoría de la causalidad que se adopta: si se aplica la de la equivalencia de las condiciones, procederá la condena contra el médico. Si se adopta la de la causalidad adecuada, será aplicable lo escrito para el próximo supuesto<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> CSJN, 24-X-1989, en "Amante, Lezzer y otros s/Asociación Mutual Transporte Automotor (A.M.T.A.) y otros", S.E., 126-678 y sigs., con comentarios del Dr. Germán Hilarit Campos.

<sup>25</sup> Piaggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 820.

<sup>26</sup> La lógica de este razonamiento es impecable y cuenta con una coherencia irrefutable en el campo de la teoría. Pero si nos dedicáramos hacia "el terreno fangoso de los hechos", sería interesante tomar en cuenta el fallo "Solim de Nudelman c/ O.S.S.E.N.", dictado por la CNCJn., Sala C, el 17-VI-1985 (L.L., 1985-C-30), con voto del Dr. Chazarreta, al que adhieren los Dres. Durastona y Vedia y Alborniz. La cuestión tiene su origen en una operación cuyo fin era el de corregir una artrosis en la mandíbula y, "no obstante que no fue comprobada una deficiente cirugía, a raíz del tratamiento, se a el tiempo de la operación, sea con posterioridad, se produjo una parálisis del nervio ciático popliteo externo" (teoría

En el tercer caso, es posible valerse de dos criterios:

— Distinguir la operatividad causal de la culpa médica en el daño final —lo que llevaría a la admisión de la responsabilidad total en contra del galeno de la simplemente ocasional, que no traería responsabilidad alguna.

— Distinguir entre el daño integral sufrido por el paciente y un daño intermedio específico e indemnizable como rubro autónomo, consistente en esta peor situación en la cual la negligencia lo colocó<sup>27</sup>.

Llegados a este punto, es necesario reflexionar qué situaciones son las que serían posibles de ser incluidas dentro de la pérdida de chances/ causa, si por hipótesis decidiéramos aceptarla provisoriamente.

### III. ALGUNAS PRECISIONES ACERCA DEL TEMA

#### 1) *La vida después de la muerte*

"Sobrevivir" es "vivir después de determinado suceso"<sup>28</sup>; en este caso el suceso en cuestión es la enfermedad. Por otra parte, es posible preguntarse si debemos considerar que el vocablo "sobrevivida" tiene un significado análogo o si, por el contrario, debemos asignarle otro distinto.

En la práctica médica se llama "sobrevivida" al lapso incierto de tiempo que transcurre entre el momento de la declaración de una enfermedad terminal y el momento de su resultado final, la muerte. Es decir, a partir de la comprobación de un estado irreversible, el paciente entra en una suerte de "tiempo de descuento", que será más o menos prolongado según

que, deberemos recordar, ya que es protagonista de un caso similar —"Hijas S.A.T.S.A."— que será citado más adelante en razón de la cual la actora perdió la flexión del tobillo y de los dedos. Asimismo, dicho voto afirma, en el considerando II que "es una realidad no discutida que con posterioridad al acto quirúrgico, se comprobó el déficit irreversible en la movilidad del extremo inferior de la demandante. Es decir que sin dicho antecedente operatorio no se hubiera llegado a tal consecuencia" (la bastardilla es nuestra). Veamos entonces la similitud de estas afirmaciones con las posturas de la teoría de la causalidad sine qua non, máxime si con el resto del fallo no se demuestra que el resultado fue una consecuencia previsible de la operación, sino que se limitó la cuestión a establecer la impropiedad de otras posibles causas. La solución final es ciertamente justa para este caso en particular ¿pero se ajusta a los criterios de causalidad prescritos por nuestro Código? No es nuestra intención arajar siempre sobre un modoloso pronunciamiento emitido por magistrados y juristas de la talla de los citados, máxime si el resultado final resulta justo para el caso en particular, como se da en esta ocasión.

<sup>27</sup> Según el autor citado en el texto, ésta es la postura adoptada por la Corte de Casación limonense, en "Correas v. Gutierrez et autres", op. cit., pág. 821.

<sup>28</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 19ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1973.

las circunstancias de cada caso en particular<sup>29</sup>. A su vez, no es exagerado decir que depende de la pericia, aptitud y, sobre todo, de la experiencia y calidad humana del profesional cuánto y cómo vivirá el paciente en este desdichado estado.

No es irrelevante que el paciente viva pocos días o varios años desde el diagnóstico del mal cuyo inevitable desenlace se desconoce. Asimismo, tampoco es indiferente la posibilidad de quien sufre la enfermedad de tener, dentro de sus posibilidades, una "calidad de vida" lo más cercana posible a lo normal. En estos casos, un tratamiento eficaz puede dar al afectado un lapso de vida lo suficientemente amplio como para considerarlo como una verdadera "vida después de la muerte".

Por el contrario, la negligencia o grossera ineptitud del médico que provoca un notable acortamiento del lapso de tiempo habitual de sobrevida, según lo considerado normal por los criterios médico-estadísticos del caso, provoca un daño cuya autonomía es meridiana. No es posible hablar aquí de un "daño intermedio", y menos aún de una pérdida de chances. El perjuicio consiste en la pérdida de meses o incluso años de la vida de una persona, en el padecimiento de agudos dolores, y de toda la suerte de pesares que hacen que una situación de por sí desgraciada se haga más intolerable aún<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Por supuesto, este tema no es nada sencillo. Cada persona es distinta, y cada cuadro presenta sus caracteres propios. Lo que es más, respecto de ciertas enfermedades, como por ejemplo el sida, el estado actual del tratamiento (tratamientos psicológicos, "ciclitos de pastillas", etc.) hace dudosos determinar si estamos hablando de sobrevida o de una mera enfermedad crónica.

<sup>30</sup> No se tiene duda de que se trata de un daño que debería ser reparado, aunque si parece dudoso que efectivamente llegue a serlo. Estimamos que se trata de un daño moral que, basadas en la hipótesis de que la naturaleza contractual del vínculo médico-paciente, quedará al arbitrio judicial no sólo respecto de su extensión sino también en cuanto a su existencia misma (art. 323, Cód. Civ.). Asimismo, cabe preguntarse si tienen legitimación activa los herederos y sucesores: sobre esta cuestión es claro el artículo 1038, que niega la transmisibilidad de la acción por daño moral a herederos y sucesores universales. No obstante, también es digno de tener en cuenta el artículo 1078, que establece que si del hecho resulta la muerte de la víctima, tendrán acción los herederos forzosos. Sin embargo, en este caso el daño no consiste propiamente en la muerte del sujeto, pues ésta tiene su causa en la enfermedad, sino en este tiempo de "sobrevida" del que se ve privado el paciente. Por ello, no habría óbstatulo a que este inicio la acción en vida (porque el tratarlo de un daño futuro no le hace menos cierto) y que dicha acción sea continuada por los herederos, pero no sería posible que éstos iniciaran la acción en nombre del causante, ya que el daño moral es personal de quien lo sufre. Llegados a este punto, ninguna duda cabe de que los herederos forzosos no podrán ejercer la acción por un título derivativo, pues queda en pie la pregunta de si pueden hacerlo a título propio. Estimamos que a nadie le es indiferente la muerte anticipada de un hijo, un padre o un cónyuge por el hecho culpable de un profesional. El tiempo perdido en su compañía sin duda vulnera una aflicción legítima que merece una tutela jurídica. Esta acción a título propio podría incluso estar fundada en el citado artículo 1078 (pues quien puede lo más, también puede lo menos). Aun así, puede hacerse esta pregunta: ¿sería aplicable el artículo 1123 a este efecto del contrato entre el médico y su

Habrá notado el lector que hemos salido del terreno de la causalidad, saltado el cerco de vuelta hacia los territorios del daño. Es por ello que se hace necesario diferenciar el *acortamiento o empeoramiento culpable del lapso o condiciones de sobrevivencia*, de la *pérdida de chances de supervivencia* en sentido estricto.

## 2) Un enfermo riesgoso

En determinadas circunstancias es necesaria la exposición al paciente a una serie de riesgos en miras de su curación. Es más, el riesgo se encuentra presente en numerosas decisiones que tanto médico como paciente deben asumir a lo largo del tratamiento. No necesitan explicación los peligros que acarrea la administración de anestesia, o el llamado "riesgo quirúrgico". Ni qué hablar de los peligros de tratamientos como la quimioterapia y la radioterapia, en la curación del cáncer, o de los efectos secundarios de drogas como el AZT en el tratamiento del sida, que han llevado a afirmar a algunos especialistas que, en ciertos casos, la muerte no se producirá por la enfermedad sino por los efectos devastadores de la droga.

Estas consideraciones llevan a autores como Carlos Ghersi a sostener que cuando, dada la patología del paciente, nos encontramos en una situación de riesgo, situando al facultativo en una operación at pica, basta por parte de éste acreditar que se adoptó una técnica operatoria generalmente aceptada como prudente para las circunstancias del caso, para considerar que la lesión surge del estado agravado del paciente. De esta manera, el concepto de culpa pasa a ser desdibujado por la aparición de otro factor: el riesgo asumido por el paciente<sup>31</sup>.

---

paciente? Es indudable la existencia de un daño en una legítima afección, pero recordemos que por hipótesis, estaríamos hablando de responsabilidad contractual, por lo que no serían rearscribibles las consecuencias medistas, calidad esta que cobrar  asiguar el daño moral del descendiente, ascendiente o cónyuge, pues surge de la conexión entre el mal actuar del profesional que anticipa la muerte de la víctima, con un hecho distinto, que es el sufrimiento de los mencionados pacientes.

<sup>31</sup> Ghersi, Carlos. "Responsabilidad médica. Culpabilidad y riesgo asumido", L.L., 1987-B-319, comentando el fallo "Rojas, Mercedes L. c/Asociación de Trabajadores de la Salud Argentina", CT\* Civ. y Com. La Plata, Sala II, 5-VIII-1986. Dice dicho fallo (al de 1  instancia, confirmado luego por la Cámara): "De la valoración de la pericia me he formado la convicción de que estamos en presencia de una operación de difícil realización [...] y no se me escapa que si bien toda operación lleva implícito un riesgo quirúrgico, en el caso, éste se resulta por la patología de la actora [...] Dada la característica textural crónica de la patología de la actora, la sección del nervio cístico pop teo externo puede pasar desapercibida en el transcurso de la operación [...] No escapa a nadie que la lesión del nervio CPE es un riesgo en una operación de la naturaleza de la presente; riesgo que se vio agravado por la patología de la actora y las circunstancias médicas que describe la pericia".

Este es el caso del profesional que, enfrentado a una operación sumamente riesgosa y complicada por lo delicado del estado del paciente, provoca un daño que compromete seriamente la situación del enfermo, incluso haciendo imposible su curación. No se trata del riesgo medio de una operación o tratamiento habituales sino del que surge de situaciones excepcionalmente agravadas.

De lo expuesto deducimos que los requisitos serían:

— Que el facultativo se desempeñe con la diligencia y pericia que requiere la naturaleza de la operación, adoptando un método generalmente aceptado.

— Que la patología del paciente sea de tal gravedad que eleve por encima de lo normal y habitual el riesgo de la operación.

— Que el daño sufrido por el paciente esté en adecuada relación con el riesgo mencionado, no siendo eximibles los meros actos culpables cuya posibilidad de materialización nada tienen que ver con las especiales circunstancias del caso.

— Finalmente, debe haber una razonable proporción entre el riesgo corrido y la curación buscada (vgr. de no operarse el paciente llegaría al mismo resultado).

— — — — —  
 Al no poder continuar con el artículo debido a su extensión, y principia la serie de conclusiones que éste pueda merecer, no cabe más que alabar la bondad de este enfoque desde lo práctico. Si nos obstináramos en hacernos fuertes en la posición contraria, cuanto más grave fuera el estado del paciente, menos profesionales estarían dispuestos a hacerse cargo de él. La enfermedad no sólo generaría un peligro para el paciente: enfermedad y enfermo podrían poner en grave peligro al médico.

Retomando la cuestión, podemos decir que nos encontramos ante un actuar del médico que habitualmente no lleva a un hecho dañoso, resultado al que finalmente se llega por las excepcionales circunstancias del caso<sup>32</sup>. Vemos así la similitud con otra de las hipótesis de la pérdida de una chance: la del hecho que constituye una *conditio sine qua non*, sin llegar a estar relacionado al resultado por un nexo adecuado de causalidad.

Pero hemos de notar que en el caso de los riesgos asumidos no estamos tratando el tema de la causalidad, sino el de la evaluación de la prueba de la culpa en las obligaciones de medios. A primera vista, podemos encontrar una sospechosa similitud entre estos dos supuestos, pero un análisis sistemático nos llevaría a concluir que no es así:

<sup>32</sup> Es necesario aclarar que aquí no hay duda acerca del nexo causal, sino de la culpabilidad.

Teorías	¿Hay causa adecuada?	¿Hay culpa?
Riesgo asumido	Si	No
Condicio sine qua non	No	Si
Pérdida de chance de C. y S.	No	Si

Sin embargo, estos enfoques aparentemente antitéticos, ¿son en verdad tan distintos? Parafraseando a Borges, podríamos decir que nos encontramos ante las dos caras de la misma moneda que son tal vez, ante Dios, iguales.

#### IV. CAMBIO DE TEMA

##### *D) El buen médico de familia y el médico previsor*

¿Cuál es el deber de diligencia del médico? Como primera medida, analicémos unos ejemplos:

"El cirujano demandado tomó las precauciones que prescribe la prudencia ordinaria concretada en reglas admitidas por los expertos como ciertas, no hubo desconocimiento técnico por parte del mismo, y adoptó las precauciones elementales marcadas por la técnica moderna"<sup>23</sup>.

"Si bien es cierto que en el ramo medicinal que debe regir es el de la discrecionalidad, manifestándose por la libertad de elección, no es menos cierto que si el profesional utilizó un método generalmente aceptado como apto y circunstanciado por una actividad pre-operatoria (análisis, estudios, etc.) no existe antijudicialidad y el criterio judicial respecto del tema no puede ser severo"<sup>24</sup>.

"No responde el médico en cuanto al método de curación prescripto si se trata de uno de los sistemas aceptables, pues el criterio dominante en la materia es que el profesional sólo debe poner en juego el caudal de preparación que el título acredita, salvo casos de negligencia grave, negligencia inexcusable o falta grossera"<sup>25</sup>.

Estas afirmaciones podrían sintetizarse en la obligación de observar la diligencia del médico "medio", esto es, observar la conducta considerada correcta para el promedio de los profesionales. A su vez la obligación

<sup>23</sup> En el fallo "Ejeda c/A.T.S.A.", anteriormente citado.

<sup>24</sup> Ghersi, C., "Responsabilidad...", cit., pág. 324.

<sup>25</sup> Bustamente Alsina, J., Teoría..., cit., pag. 487.

impuesta por el artículo 902 del Código Civil es interpretada por esta postura de la siguiente manera:

– No es exigible al profesional un conocimiento mayor al de la media de su género. Si el caso requiere del conocimiento de un especialista, su obligación se reduce a derivarlo al que resulte idóneo. Respecto del especialista, cabe admitir un deber de diligencia análogo si bien, esta vez, contemplando el mayor nivel de exigencia que la especialización impone.

Vemos así que adopta un criterio que hace recordar al del "buen padre de familia", ya que nos encontramos frente a un criterio objetivo de conocimiento y diligencia. La diferencia sería, "a vuelo de pájaro", que tomar en cuenta al médico "medio" no garantiza que la operación estadística de establecer el "promedio" de los profesionales nos dé por resultado un buen profesional. Pero la diferencia podría ser sólo aparente; se necesita mucho coraje para afirmar que es justo disculpar la ineptitud del individuo amparándola en mediocridad general<sup>26</sup>. Por todo esto, no es vano sospechar que este viejo "buen padre de familia" no sólo gura de buena salud, sino también que estudia medicina y está muy próximo a recibirse.

Y a su vez, ¿de qué hechos será autor este "buen médico"?... De los que fueran previsibles de acuerdo con "todas las circunstancias susceptibles de ser conocidas por el agente al momento de la actividad"<sup>27</sup>, evaluadas a la luz de su "conocimiento medio"<sup>28</sup>. De vuelta hemos pasado de la culpabilidad a la causalidad pero, ¿realmente lo hemos hecho? Aunque la moneda gire sólo vemos una cara.

## 2) La justicia de los grandes números

Hemos visto que la pérdida de chances de curación y supervivencia es usada como fundamento del deber de reparar por la Corte de Casación

<sup>26</sup> Tal es el criterio del conocido fallo "Bielmo c/Clínica Baxterica", L.L., 1977-D-91.

<sup>27</sup> Than, Traeger y Von Hippel, citados por Anibal Piaggio en la obra anteriormente mencionada, pág. 856, nota 40.

<sup>28</sup> No es posible terminar el análisis de estas posturas sin remarcar otra de sus grandes falencias: el dejar de lado el problema de la relatividad del conocimiento científico, que se mueve dentro del ámbito de lo opinable. Los antiguos medicamentos hoy son venenos; los tratamientos de ayer, hoy son comparados con la tortura. Lo que para unos es evidente y conveniente para otros es ridículo y peligroso; lo que hoy es para todos cierto y apropiado, mañana puede ser dejado de lado. A esta se refiere Thomas Kuhn cuando postula que la ciencia trabaja a través de "paradigmas". Cada paradigma es una concepción acerca del mundo que no sólo determina los métodos para el estudio del objeto, sino también los problemas a resolver, y el objeto mismo. La comparación del científico en el paradigma es tal que todo lo que se halla fuera de él no es meramente irrelevante. Simplemente, no existe. Para un mejor desarrollo, ver Kuhn, Thomas, *Historia de las Revoluciones Científicas*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

francesa. De igual manera, vemos que nuestra propia Corte Suprema de Justicia no es indiferente a esta creación doctrinaria, habiéndola aplicado, si bien no reiteradamente, sí en términos que no dejan lugar a dudas<sup>39</sup>.

Sin embargo, no es claro el mecanismo mediante el cual se llega a establecer esta responsabilidad pues si bien se impone la obligación de indemnizar la pérdida de chances por parte de quien presuntamente ha contribuido culpablemente a ello, no se establecen los criterios fundantes de esta atribución. El nexo causal que vincula el actuar del sujeto activo de la obligación resarcitoria con el hecho dañoso es azaroso e incierto, por basarse en la mera posibilidad (es decir, que la acción valorada pudo probablemente haber sido causa del evento, lo cual implica admitir que también pudo no haberlo sido), aserto que podría llevarnos a concluir que la valoración de cada caso en particular en principio carecería de un adecuado sustento fáctico. En síntesis, se hace una imputación de la pérdida de chances "en abstracto", pero sin llegar a exponer ni justificar los extremos que fundarían su aplicación concreta.

De todas formas, también se ha dicho que lo que es oscuro e indeterminado en el hecho aislado, deja de serlo en la medida en que adoptamos una visión más global. Los eventos que individualmente considerados son aleatorios e inciertos cambian su naturaleza al ser observados en conjunto. La consideración de los hechos en forma plural permite "despejar reglas constantes", las "reglas del azar". De esta forma lo fortuito e imprevisible aparece domesticado por el cálculo estadístico y probabilístico, por la "ley de los grandes números"<sup>40</sup>. Este elemento, a primera vista novedoso, lleva ya un buen tiempo al servicio del Derecho.

- Lo vemos en el contrato de seguro, donde el "riesgo asegurable" es la clave de la determinación de sus otros elementos, como el monto de la prima o el alcance de la cobertura.

- En el área de la salud, jubilación y seguridad social en general es el factor clave para establecer las posibilidades de prestación y el monto de los aportes. No en vano se habla también de "previsión social".

- En el ámbito del derecho del trabajo tiene fundamental importancia en lo que hace a las convenciones colectivas de trabajo, que necesariamente deben tomar en cuenta los intereses de vastos sectores económicos y ocupacionales.

- Lo vemos (¡curiosa coincidencia!) en los contratos de medicina "prepaga", en los que el elemento riesgo es muchas veces determinante del alcance de la cobertura (y muchas otras encubre la intención de eludir el cumplimiento de las prestaciones<sup>41</sup>).

<sup>39</sup> En el citado fallo "Amante s/AMTA".

<sup>40</sup> Paggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 758, nota 3, citando a Alain Rénaudet.

<sup>41</sup> Por ejemplo, "Avezca, Enrique s/Centro Médico Santa Fe", L.L., diario del 12-V-1997.

Respecto de nuestro tema, cabe considerar ciertas variables estadísticas que podrían resultar esclarecedoras para la valoración del actuar concreto del presunto agente causal:

- Probabilidades de supervivencia y curación del paciente.
- Probabilidad de éxito del tratamiento u operación aplicado.
- Porcentaje de tratamientos y operaciones exitosos y fallidos.
- En los casos de intervenciones fracasadas, los motivos que generalmente llevan a dicho fracaso.

De esta forma, podríamos decir que el hecho individual se encuentra ahora contenido en un margen más amplio, que nos permita valorarlo con mayor acierto. Así, puede argumentarse que, debiendo ser el daño atribuido a alguien (sea el contribuyente, el dañador o la víctima), ¿no es más justo que quien tiene una culpa en su causación se lleve la peor parte? Y también podría decirse que, de todas maneras, la indemnización siempre será directamente proporcional a la probabilidad de causalidad, lo que de cierta forma reflejaría la medida de su negligencia.

Pero la utilidad de estas herramientas en algunos campos no necesariamente implica que sea suficiente una adecuada evaluación estadística para lograr un reparto equitativo de bienes y males. No es lo mismo crear un fondo de garantía solventado mediante el impuesto o promover la utilización de un seguro que cubra los riesgos quirúrgicos, que establecer la obligación de indemnizar un daño de causación incierta en la medida de la mayor o menor probabilidad de autoría. En los dos casos podemos servirnos de la misma información estadística, e incluso llegar a idénticos resultados respecto de la víctima. Pero mientras que en el primero la distribución es proporcionada entre todos los sujetos del sistema del que se trate, en el segundo el imputado podría verse obligado a resarcir consecuencias que no causó, sufriendo un sacrificio especial del cual surge un beneficio incausado a favor de la comunidad.

### 3) ¿Acaso nos abruma la culpa?

Continuemos con el análisis de la cuestión anterior: habíamos dicho que manejamos una herramienta útil pero no infalible para el reparto de la fortuna. Esto es así porque, como toda cosa en este mundo, necesita ser usada en una forma mínimamente coherente. El criterio de los grandes números debe ser aplicado a muchas personas para evaluar un gran número de conductas, y no para sobrecargar los hombros de un solitario individuo con pesados cálculos y falsas certezas<sup>42</sup>. Podríamos decir que de

<sup>42</sup> No olvidemos que existe una justicia conformativa y una justicia distributiva, y que para lograr la "Justicia" es preciso tener en cuenta a ambos. No sólo es importante quién recibe la reparación sino que también es preciso asegurarnos tener en cuenta de

esta forma nos aseguramos la reparación del daño injusto, pero ¿acaso sabemos qué es más injusto?

Personalmente opino que nos encontramos frente a una solapada maniobra que realice la culpa en detrimento del nexo causal<sup>43</sup>.

Vemos que estos dos elementos son en ocasiones tan similares que se hace difícil (y a veces imposible) distinguirlos en forma acabada. Esta similitud hace que sus contenidos sean fácilmente intercambiables para quien no está alerta a sus sutilezas. Por ello no es extraño que se intente suplir la ausencia de uno con la magnificación de la otra, "olvidándose" que no puede haber culpa si ésta no está referida a un autor determinado<sup>44</sup>. Lo que es más, las decisiones fundadas en la doctrina de la pérdida de chances de curación y supervivencia pocas veces se preocupan en fundar fícticamente esta atribución de posibilidades, contentándose con resaltar lo reprochable de la conducta obrada.

De esta maneas, al mismo tiempo que se crea un mecanismo de imputación comparable al llamado "derecho penal de autor", paradójicamente se desperdicia la oportunidad de aprovechar las ventajas que los datos estadísticos podrían brindarnos de decidimos a acotar su campo de acción, ubicándolos en su correcto lugar. Esta clase de información podría ser fuente de verdaderas presunciones *hominis*, que de ser graves, precisas y concordantes con otros elementos de juicio aportados<sup>45</sup>, aliviarían sensiblemente la carga probatoria de la víctima.

quien lo recibe, pues si escogemos a la persona errada en definitiva lo único que se hace es trasladar el daño sufrido a quien no tiene por qué sufrirlo. Así, pagaríamos una injusticia con otra.

<sup>43</sup> Al respecto, ver tabla supra, punto III, 2). Vemos que en definitiva, el criterio tomado en cuenta para establecer la responsabilidad no es más que la presencia o ausencia de culpa.

<sup>44</sup> Aún más, recién ahora podemos observar que es imposible hablar de culpa si ésta se refiere a un autor (si hubiéramos hecho esta observación antes hubiera sido imposible continuar el trabajo). Aún tomando factores objetivos de medición de la culpa, como el del "buen padre de familia", es importante recordar que el objeto de nuestra condena no es la persona inepta sino el acto ilícito, y que para juzgar lo ilícito del acto es conditio sine qua non contar antes con tal acto. O, dicho de otra manera, una persona sólo es culpable respecto de sus hechos, y no por lo que tal vez haya hecho. Y si queremos basar la responsabilidad en factores de atribución distintos de la culpa, pues bien, que así sea, pero no olvidemos que un criterio de atribución lleva implícito también uno de distribución, y que la conjugación de ambos debe llevarnos a un resultado justo.

<sup>45</sup> A un paso del final de esta exposición, es preciso volver sobre uno de los temas tratados al principio: la presunta desigualdad probatoria del particular frente al profesional. A nuestro entender, esta revela un carácter sumamente relativo. Si bien no es posible negar que existe al momento en que se convienen y ejecutan las prestaciones en cuestión, es dudoso que subsistan al momento de ventilarse el asunto en juicio, pues los derechohabientes (y también los abogados diligentes) tienen la posibilidad de hacerse asesorar por profesionales cuyos conocimientos son equiparables (e incluso muy superiores) a los del imputado. Asimismo, no conviene olvidar la vieja máxima res ipsa loquitur (la cosa

De no aceptar estas condiciones, pronto dejaríamos de proteger al paciente de la conducta ilícita del médico, para pasar a despojar a uno para favorecer a otro, sin saber mucho acerca de ninguno. No podríamos hablar de *daño injusto*, pues lo será tanto uno como el otro.

Es verdad que en el derecho moderno asistimos a una "alianza entre la justicia y el azar", como es también cierto que el nuevo derecho de daños tiene como meta procurar a la víctima una situación menos incierta, "ampliando las fronteras de legitimados activos y pasivos"<sup>44</sup>, allanando el camino de la reparación. Pero tampoco es falso afirmar que imponer que un individuo soporte los males de un tercero, sin que contemos para ello con un factor no ya solamente de atribución, sino también de distribución idóneo, no es reparar estos males sino multiplicarlos.

¿Estamos tratando de proteger a la víctima, o de culpar al culpable por su sola culpa?

---

hablo por sí misma) pues muchas veces la respuesta de nuestros dudas se hallará en el mismo cuerpo de la víctima; conociendo los efectos es más sencilla llegar a las causas. A esto agreguemos que el tratamiento u operación nunca pueden estar del todo indocumentados, pues hay ciertos documentos a los que se puede tener acceso en forma relativamente poco complicada (estudios clínicos, radiografías, recetas de medicamentos e indicaciones para su aplicación, etc.). De igual manera, la historia clínica —si bien insuficiente por sí misma para eludir la responsabilidad— es un importante elemento de juicio. Y si quisiéramos trabajar sobre el tema, facilitando la tarea de la víctima, podríamos considerar la sugerencia por Augusto M. Morello acerca de las cargas probatorias dinámicas (es decir, que cada uno pruebe los extremos que tiene más a mano). Para terminar, si a todo esto le sumáramos las presunciones *hominis* que podrían surgir de datos estadísticos, podríamos llegar a la conclusión de que no es poco razonable tener por inocente al imputado cuyo autoría no se demuestra.

<sup>44</sup> Tal como propone el maestro Néstor Irujo.



**UNIVERSITARIAS**



## EL RITUAL

SUSANA BEATRIZ PALACIO

"Pobre Luis María, qué idiota casarse conmigo.  
No sabe lo que se hecha encima. O debajo, como dice Nora,  
que pesa de emancipada intelectual".

JULIO CORTÁZAR Lejana

Todavía tenía el privilegio —sólo quedaban muy pocos— de mantener su juzgado y su despacho en el Palacio de Justicia.

El fuero estaba disperso por los más insólitos lugares de Buenos Aires y la Corte había resuelto también su traslado, aunque sin fecha.

Tan luego a él, Luis María Sánchez Orduña, tercera generación de magistrados del fuero civil, que lo sacaran de su ventanal a la Plaza Lavalle.

Aquella mañana, como todas, había llegado al juzgado a las 10, y con la puntualidad que marcan las rutinas, José, el ordenanza, le acercaba la taza de café.

Miró a su alrededor y con la consabida consagración de los ritos, todo estaba dispuesto en los lugares de siempre, tareas que cumplía Gómez, su fiel prosecretario.

A la derecha del escritorio, la pila de expedientes sin problemas, simplemente para firmar. A la izquierda, una más pequeña de asuntos para conversar o con proyectos de resoluciones que requerían la consulta.

Pronunciando a través de dos golpes de nudillos en la puerta apareció Gómez.

— Buen día doctor.

— Buenas Gómez. ¿Novedades?

Nunca había novedades, Gómez le informaba que todo andaba muy bien, que se había ofrecido otro estudiante de leyes como meritario para

reforzar la Mesa de Entradas, cada vez más atestigada de impacientes abogados; que lo había llamado el doctor Pereyra, para invitarlo a almorzar en la Asociación de Magistrados y cosas por el estilo sin mayor importancia.

Luego comentaban los expedientes de consulta, Sánchez Orduña daba sus instrucciones y por último firmaba el despacho que había a su derecha. Así era todos los días.

Pero esa mañana de mayo, Gómez en vez de relatar las novedades de la rutina diaria, le anotició:

— Doctor, quiero avisarle que el viernes 27 tiene que estar en el juzgado a las 8.

— ¿A las 8? Gómez, ¿me quiere explicar para qué tengo que estar en el juzgado a las 8?

— No soy yo el que le cita, doctor. Ocorre que una abogada requiere su presencia en una audiencia de testigos señalada para esa hora.

— La prueba de testigos la toma el secretario, Ud., o cualquier empleado. Yo no tengo porqué estar, lo manda el ritual.

— Doctor, lo que pasa es que la abogada presentó un escrito invocando el artículo 34, inciso 1° del Código Proce..., perdón doctor, del ritual.

Para Sánchez Orduña, el Código Procesal era un Código menor, por algo eran códigos locales y no nacionales. Por ello era que en todo su juzgado, en todas las resoluciones, sentencias y aun conversaciones se debía usar la expresión "el ritual" para referirse a aquel viejo Código de Procedimientos —mero manual de ritos y formas— hoy elevado a Código Procesal Civil y Comercial, en mérito al esfuerzo de profesores que sumidos en el desparpajo, querían llevarlo a una categoría científica más importante que la física o la genética.

— Y me quiere decir Gómez ¿cuál es el motivo por el cual tengo que bancarme el capricho de una abogada que debe estar loca?

— Doctor, la abogada, la doctora Islas, es una joven profesional que defiende a sus clientes con bastante inteligencia. El pedido de su presencia en la audiencia está planteado por escrito, en los expedientes que están a su izquierda y tenemos que resolverlo hoy, porque lo retuve sin resolver para que me viniera a ver por la demora, y cuando vino, traté de disuadirla. Le hablé del recargo de tareas que soportaba el juzgado, de la cantidad de sentencias que Ud. tenía que dictar, que le llevaban tantas horas...

— ¿Y qué le dijo la doctora Islas?

— Que ella no era responsable de esos problemas, y que lo que pedía, si bien no era lo usual, lo necesitaba para la suerte de su defensa.

— Esa abogada debe ser una de las tantas viejas que dan vueltas por el tribunal, creyéndose las dueñas totales de la razón, aunque no la tengan.

— Doctor... no es así, disculpe, pero la Dra. Islas no es vieja. Es una treintatera, digamos de treinta y cinco para abajo, alta, elegante, bonita y además inteligente. Basta leer sus escritos. Según los chismos de la Mesa de Entradas, viste muy bien, anda casi siempre de minifalda y nadie le saca los ojos de encima.

— Gómez, no puedo creer que Ud. se haya iniciado hace veinte años como meritorio de mi padre. Mejor dicho, ahora me doy cuenta por qué en veinte años, Ud. solo ha llegado a prosecretario. Gómez, Ud. es un mediocre y un haboso. No se le ocurrió nada para evitarnos este disgusto.

A la una y diez, la Dra. Islas apoyó su portafolio en el mostrador. Las dos meritorias y el empleado permanente de la Mesa sabían qué expediente pediría. Ni siquiera se lo preguntaron. Cuando llegó su turno, lo pusieron en sus manos.

Leyó: "Buenos Aires, mayo 20 de 1894. Hágase saber a las partes que la audiencia señalada para el día 27 del corriente a las 8 horas, a los fines de recibir la prueba testimonial, se celebrará con la asistencia del suscripto (art. 34, inc. 1° del ritual). Notifíquese a las partes por secretario y con habilitación de días y horas. Doctor Luis María Sánchez Orduña. Juez Nacional en lo Civil".

Sánchez Orduña entró al comedor de la Asociación de mal humor y tarde. Pereyra también tenía cara de pesado. Pereyra era secretario de Superintendencia de la Corte.

— Qué cara Luis.

— La tuya no está muy distinta.

— Pasa que te llamé para almorzar juntos, porque ya no puedo hacer más nada por vos.

— ¿A qué te referís, al traslado?

— Sí, al traslado. Te mostramos Bartolomé Mitre, Maipú, Alsina. Ninguno te vino bien y el tiempo se acaba, Luis, no te podemos tener más en el Palacio.

— Hagan lo que quieran Pereyra; vos que también sos tan inútil como Gómez, mi prosecretario y que te iniciaste de meritorio con mi abuelo, no sirven para nada. Parece que una señorita de minifalda, con patente de abogada me camina por encima, y los burócratas distribuidores de la Corte, deciden dónde tiene que impartir Justicia un Sánchez Orduña.

Se apoltronó en el sillón.

Cerró los ojos y rememoró.

Casi treinta años de familia judicial. Cuando tenía 15 años y aun antes, su padre, juez Nacional en lo Civil y su madre la señora del juez, almorzaban los sábados con sus hijos en casa de su abuela, juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil junto con su abuela, la señora del juez de Cámara.

El almuerzo transcurría entre charlas sociales y judiciales.

A los 18 años entró por un tubo a la Facultad. Era egresado del Buenos Aires y en ese mismo tiempo su padre lo insertó de meritorio en el juzgado de Gutiérrez Acuña.

En la Facultad conoció a Matilde. Absolutamente desinteresada por el Derecho. Hacía tiempo y esperaba su tiempo. Matilde no avanzaba, simplemente concurría.

Cuando Sánchez Orduña tuvo que rendir Proceso I, tuvo que esforzarse algo, digamos no mucho, lo suficiente para no hacer quedar mal a sus ancestros. Bastó con un cocktail de Carnelutti, Chiovenda, Alsina y Couture para traspasar el puente de la ciencia autónoma del ritual.

Proceso II fue distinto. Cuatro años de juzgado. No abrió ni un solo libro; ni siquiera asistió a ninguna clase. Leyó tres veces el en ese entonces Código de Procedimientos, únicamente para no llegar a decir lo que está escrito y jamás se cumple. Con esa dosis de sarcasmo y de falsía, cumplió debidamente.

Graduado, su primer destino fue secretario del juzgado de Gutiérrez Acuña, telefónico pedido de su padre.

Ceremonioso novio de Matilde, que abandonó su vocación por el Derecho, a la tercera frustración académica de primer año, al tercer año como secretario celebró sus nupcias.

Desde el sillón y apoltronado, Sánchez Orduña memoraba sin precisar: ¿Y sus nupcias judiciales, cuándo fueron?

¿Acaso en el acto de su concepción, su augusto padre, estaría elucubrando algún considerando de una sentencia?

Y su madre, la distinguida esposa de V. S. ¿estaría previendo que Laura Sauto, la modista de la familia judicial, la esperaba mañana y temprano?

Faltaban pocos meses para celebrar las bodas de plata. Estaba prevista la misa y luego la cena de honor... La renovación de los votos. Los hijos del matrimonio eran el impagable Luis María (h), ya casi abogado y auxiliar de cuarta del juzgado de Mario Paz, y Mónica que concurría diariamente al egregio edificio de Figueroa Alcorta.

No existían los almuerzos en familia. Matilde casi siempre compartía alguna dieta con amigas. Luis María (h) algún que otro bocadito con su cofradía de aspirantes a la cercana judicatura. Mónica disimulando la lectura colectiva de algunos apuntes, en Las Artes o Plaza Francia. Sánchez Orduña, ritualmente, en la Asociación de Magistrados.

Por las noches, casi todas, cenaban sin los hijos. Comentarios baladíos y luego alguna película del cable.

La noche previa a la audiencia, Sánchez Orduña relejó el ritual por las dudas. Estaba convencido de que la inoportuna abogada que alteraba sus costumbres se había preparado para ponerlo a prueba. Desde que

Gómez le hiciera la breve descripción del personaje, había comenzado a imaginarla. De la imaginación pasó a la fantasía y de la fantasía a una creciente ansiedad por conocerla.

Matilde inquirió la inusual lectura de esa noche. Le respondió pretestando un pleito complicado que hasta lo obligaría a concurrir al día siguiente al juzgado mucho más temprano que lo habitual.

A la mañana siguiente, más pulcramente vestido que nunca, conducía el automóvil por Avenida Libertador. Eran las 8 y le asombró lo despejado del tránsito a esa hora.

La audiencia la llamaría puntualmente a las 8,30. Entró a su despacho y le sorprendió la presencia de Gómez con el rostro iluminado.

— Doctor, tengo una muy buena noticia para Ud. No tendrá que tomar la audiencia. En vez de la Dra. Islas, vino otro abogado que pidió excusas por haber solicitado su presencia ya que él la consideraba innecesaria. Gonzalo ya está tomando la audiencia. Llamé a su casa pero Ud. ya había salido.

— Bueno Gómez, que me traigan café y el diario que hoy no pude leer en casa...

Se sentó en el sillón, lo giró y se quedó mirando la Plaza Lavalle.

A las 10.30 lo llamó Pereyra.

— Luis, el lunes entrás de feria por mudanza.

— ¿Dónde me mandaron?

— Lo siento Luis, al puerto, Avda. de los Inmigrantes, hice todo lo posible por...

Le cortó.



## LAS TESIS DOCTORALES EN DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (1829-1960)

FERMIN PEDRO UBERTONE

### I. INTRODUCCIÓN

A veces algunos docentes de Derecho nos acordamos de que nos hacemos decir "doctores", pero no lo somos. Somos abogados, y unos pocos —solamente unos pocos— son, además doctores.

Muchos hemos hecho y completado los cursos de Doctorado, pero nunca hemos elaborado la tesis, y así continuamos: abogados, con el doctorado cursado, pero sin el título de "doctor".

Sentimos una sensación de culpa. Nos parece que "antes todos eran doctores de veras", y que ahora estamos en un nivel menor.

Esta situación (pocos doctores) tiene seguramente varias explicaciones. Una de las razones puede consistir en el hecho de que no se requiere ese título para el ejercicio profesional, ni de la abogacía, ni de la magistratura, ni de las otras formas de desempeño de la profesión jurídica.

Otra explicación, complementaria de la anterior, puede hallarse en la diversificación de la oferta de carreras y cursos de posgrado que ofrecen las universidades y otras instituciones de estudios superiores, ya sean públicas o privadas, que data desde hace relativamente pocos años. Antes el doctorado era la única alternativa existente; ahora no. Como ejemplos en el ámbito estatal, podemos citar las carreras de posgrado que se ofrecen en el Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP), el Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ISEN), la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE), la Escuela Superior de Economistas de Gobierno (ESEG), etcétera; y estas carreras tienen un acentuado perfil de especialización que califican para un área de actividad profesional determinada, por lo que parecen tener más atracción que el doctorado. Éste ha quedado como importante para las actividades de investigación (¿cuántos abogados, en nuestro país, se dedican a la inves-

tigación?) y docencia, aunque tampoco en estos campos resulta actualmente indispensable.

De todos modos, sería interesante averiguar algo sobre las tesis doctorales en Derecho presentadas en la Universidad de Buenos Aires; aunque apenas sea lo que el azar haya traído hasta nuestro escritorio<sup>1</sup>.

## II. ABOGACÍA Y DOCTORADO

Desde hace muchos años estamos acostumbrados a pensar a la carrera de abogacía como una carrera larga, de seis años de duración estimada (que en el caso de muchos cursantes se excede largamente), y el doctorado como algo posterior, que requiere por lo menos dos años más antes de comenzar a elaborar la tesis.

Efectivamente, esto es así; pero no siempre ha sido así. Veamos lo que hemos podido averiguar<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Este punto I es la versión escrita (por primera vez) de algunas reflexiones personales sobre el tema. Respecto de él, no hay fuente documental irrevocable.

<sup>2</sup> Para la parte general del punto II, o sea la relativa a la Universidad, a la Academia y a los planes de estudio, se han utilizado las siguientes obras:

Catalo, Vicente Devuldo, *La Facultad de Derecho después de Casares*, Eliche, Buenos Aires, 1951 (Libro muy interesante, que estudia el período 1852-1857. La única observación que se le podría hacer es el título de la obra, ya que en esa época la unidad universitaria considerada no se llamaba "Facultad" sino "Departamento", por lo menos según resulta del mismo libro. Lavagna, Ricardo, "Antecedentes históricos sobre la creación de la jurisdicción y de la historia del derecho patrio en la Argentina", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, "Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 1946, tomo III, p. 149; Juan José Montes de Oca, *Fundador de la Cátedra de Introducción al Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1941; Roscoroni, Atílio, *Los Abogados en el Congreso de Tucumán*, Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires, s.f. [¿La Plata?], Año del Sesquicentenario de la Independencia [1955?]; Saavedra Lamas, Carlos, "El gobierno de la creación pública [curso] del Ministro de Instrucción Pública doctor... en la apertura de cursos de la Universidad de La Plata, el 25 de abril de 1916", Anexo II, p. 4323, en Saavedra Lamas, Carlos, *La Universidad y el Gobierno de la Instrucción Pública. Discursos pronunciados por el Dr... en el Colegio Nacional de Buenos Aires, el día 28 de octubre de 1941, al haberse cargo del Rectorado de la Universidad*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1941.

Ciertamente, esta bibliografía es escasa; suficiente para una información básica sobre el tema, pero no para un conocimiento completo y preciso. Pero quisimos evitar el riesgo de que, al profundizar el marco regulatorio, termináramos cambiando el objeto de este trabajo. Lo que en este punto se dice, pues, debe ser tomado como una aproximación informativa al tema, sin que nuestro texto pueda ser utilizado como fuente sobre el asunto.

Hasta 1815 no hubo en Buenos Aires universidades ni instituciones de estudios jurídicos superiores. Se estudiaba en Chuquisaca (Charcas), algunos en Córdoba, y los cuyanos en Chile.

En ese año se funda la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica, que habría de continuar funcionando separadamente hasta principios de la década de 1870, cuando es incorporada a la Universidad de Buenos Aires. Como se ve, la Academia es anterior a la Universidad (fundada en 1821) y en cierta medida su precursora.

La enseñanza de la Academia era acentuadamente práctica, tanto en sus métodos como en sus contenidos. El método era el de casos, sobre la base de casos concretos reales y recientes, que los alumnos preparaban y debatían, unos en la posición de abogados de la parte actora, otros de la parte demandada. El contenido eran los asuntos usuales en los juicios de la época. El curso duraba 3 años, y allí se obtenía el título de abogado.

En 1825 se funda la Universidad de Buenos Aires. En ella los estudios de Derecho se efectuaban en el Departamento de Jurisprudencia (no se llamaba Facultad), duraban 3 años (en alguna época, sólo 2), y concluían con el título de doctor. Más precisamente el de Doctor en Jurisprudencia, que era el único autorizado para esta área de estudios, aunque en algunos casos se otorgaron irregularmente otros títulos de doctor (v.gr. en derecho canónico). La enseñanza de la Universidad era principalmente teórica, comparativa y filosófica, centrada en el derecho civil y el derecho canónico, con omisión de algunas importantes áreas de la legislación positiva vigente, que se estudiaban en la Academia.

Así pues, los estudios de abogacía y doctorado estaban separados; y cuando fueron vinculados por la existencia de las dos instituciones, los estudios de la Academia (abogacía) eran posteriores a los de la Universidad (doctorado).

Esto es completamente diferente de lo que estamos acostumbrados. Y sin embargo, ése es el esquema que actualmente funciona en Italia. En la universidad el estudiante obtiene el título de doctor, y puede comenzar a ejercer la profesión con ciertas limitaciones en cuanto a los tribunales donde puede actuar (no cualquiera). Para acceder al título de abogado (y a una competencia profesional más amplia) tiene dos alternativas: una es rendir un "examen de Estado"; pero como es muy difícil, casi nadie afronta esa prueba. El otro camino, el usual es ejercer la profesión determinado número de años, y a partir de esa experiencia obtener el título de abogado. Así pues, en Italia, ser abogado "es más" que ser doctor. Al revés que entre nosotros; similar a lo que estamos contando sobre los primeros tiempos de la enseñanza jurídica en Buenos Aires.

Hacia 1857 se modificó la asignación de tiempos a los estudios en una y otra institución: 4 años en la Universidad y 2 años en la Academia, pasando algunas materias teóricas de la Academia a la Universidad; pero el sistema en conjunto subsistió unos cuantos años más.

Así pues, en las primeras épocas (por lo menos hasta 1857), la tesis doctoral o disertación correspondía al final de una carrera de 2 o 3 años de duración, la cual se iniciaba a continuación del colegio secundario (a veces previo examen de ingreso).

Recién a partir de 1857, la carrera pasa a tener una duración de 4 años.

Años más tarde, en la década de 1870, se reforman los planes de estudio de las carreras jurídicas, y la misma organización de la Universidad, La Academia, hasta entonces separada de la Universidad, es incorporada a esta en 1871, y el nuevo plan de estudios ya está diseñado para 6 años de duración, al cabo de los cuales se podían obtener los títulos de abogado y de doctor. Este plan cambia la relación temporal entre uno y otro título: las dos carreras duran los mismos 6 años; pero para "optar al título de doctor" (como se decía entonces), además de los estudios completos de abogacía, era necesario agregar la presentación y exposición de la tesis. O sea que es entonces cuando se pasa al esquema al que ahora estamos acostumbrados.

Valga comentar que para obtener el título de doctor era necesario que la tesis fuera aprobada por la autoridad competente. La historia de la UBA registra algunos casos de tesis rechazadas. El más conocido es de Alfredo L. Palacios, en el año 1900: se le rechaza una tesis sobre "La miseria en la República Argentina", invocándose que no se ajustaba al reglamento de la Facultad, aunque lo más probable es que fuera por razones ideológicas relativas al contenido de la tesis. Ante esa situación, Palacios prepara rápidamente otra tesis, sobre un tema menos comprometido o con estilo más neutro, "Disposiciones generales de nuestro Código sobre quiebras", y ésta sí le es aceptada<sup>3</sup>.

Este episodio ya nos va mostrando algo: la tesis doctoral no era un trabajo de largos años de investigación, se podía hacer bastante rápidamente. Sin desmerecer en lo más mínimo las capacidades de Alfredo L.

<sup>3</sup> Lo relativo al caso de Alfredo L. Palacios ha sido tomado del libro de Columba que a continuación se cita, complementado por datos del listado de tesis doctorales que se menciona más adelante.

Cabe advertir que el testimonio de Columba se basa en conversaciones con Palacios posteriores a los hechos. Estas ocurrieron en 1900, y Columba ingresó al Senado de la Nación como taquígrafo recién en 1907; su trato con Palacios, frecuente y fluido, se inicia unos años después. No obstante, no hay ningún motivo para dudar de la veracidad de lo dicho; más bien al contrario, todo concuerda. Columba, *Samán. El Congreso que yo he visto*. 1906-1943. 3.<sup>a</sup> ed., Columba, Buenos Aires, 1988, obra completa —tres tomos agrupados en un solo volumen—. Lo citado y transcrito, T. I, pág. 124. (Esta obra puede ser consultada en la Biblioteca del Congreso de la Nación, en varias ediciones, bajo distintos números).

Palacios, uno de los políticos argentinos más destacados de este siglo, el joven abogado pudo hacer en muy poco tiempo dos tesis doctorales, reconociendo el mismo que debió escribir la segunda "en tiempo premioso, porque se vencía el término de presentación".

Aparentemente, el plazo reglamentario era muy breve, de manera tal que los estudiantes debían ir elaborando la tesis doctoral al mismo tiempo que preparaban los exámenes de las últimas materias de la carrera, y la terminaban de escribir poco después. Este hecho lo confirma expresamente en el año 1897 otro destacado político argentino, Vicente C. Gallo, quien años después habría de llegar a ser —entre otros cargos públicos de la mayor jerarquía institucional— rector de la Universidad de Buenos Aires. Lo hace en la "Advertencia" que, a manera de prólogo, precede a su tesis sobre el juicio político (una de las pocas cuyo texto hemos podido examinar), como disculpándose —innecesariamente, en nuestra modesta opinión— por las limitaciones de su trabajo y de la bibliografía consultada<sup>4</sup>.

Tenemos, pues, una carrera de abogacía de 6 años de duración previa a la tesis doctoral: pero el plazo para elaborarla, muy breve, descartaba cualquier posibilidad de investigaciones largas y pacientes. Lo cual no significa que no se produjeran documentos valiosos; simplemente se trata de marcar la diferencia con la situación actual.

De todos modos, es interesante señalar que en la misma época la situación del doctorado era similar en España. Así resulta de una carta publicada a principios de 1930 por don Luis Jiménez de Asúa, en la que critica una medida gubernamental relativa al doctorado, y se dirige al ministro de Instrucción, Sr. Callejo, hombre que había llegado al ministerio proveniente de la cátedra universitaria. Y le dice: "Acaso el señor Callejo, perteneciente a una quinta intelectual en la que los jóvenes se preparaban para la enseñanza sin grandes esfuerzos, recuerde que en sus lejanos años mozos el estudiante escribía con premura una tesis doctoral sin más documentos que el recuerdo confuso y desvaído de las lecturas de los textos oficiales. Terminaba sus cursos del doctorado y luego, en aquel estilo, junto a sus familias orgullosas del flamante doctor, redactaba su 'memoria' creada por el suave viento de los campos natales. Pero las épocas mudan y hoy la 'tesis' doctoral no se compone con auxilio de la buélica"<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Gallo, Vicente C., *Juicio Político. Estudio Histórico y de Derecho Constitucional*, Imprenta de Pablo E. Coni e Hijos, Buenos Aires, 1897. (Esta obra puede ser consultada en la Biblioteca del Congreso de la Nación, bajo el n.º. 73-940).

<sup>5</sup> Jiménez de Asúa, Luis, "El doctorado y la cátedra. Breve comentario a una real cédula", en Jiménez de Asúa, Luis, *Palacio - Figueras - Polanco*, 3ª ed., Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, Monte Lirio, Madrid, 1930. Lo citado y transcrito, pág. 288.

Tiempo después, hacia 1910, vuelve a cambiar el plan de estudios, que pasa a exigir 5 años para el título de abogado y 7 (o sea: 2 más) para el de doctor. Recién entonces se configura la actual situación del doctorado con "más" que el título de abogado: el resultado de un trabajo de investigación y análisis, volcado en un prolijo documento escrito.

No sabemos si después, en algún lapso intermedio este esquema fue modificado; si así fue, se volvió luego a él. El conocimiento de las sucesivas reglamentaciones que rigieron el doctorado en nuestra Facultad (con cursos, sin cursos; con padrino de tesis o sin él; con propuesta y autorización de tema o no) sería muy interesante para poder profundizar el asunto. ¿Estarán recopiladas y publicadas? ¿Las tendrá todas juntas en sus archivos alguna oficina de la Facultad o de la Universidad? Esperemos que sí.

En resumen: el régimen de doctorado en la Universidad de Buenos Aires ha ido variando a lo largo del tiempo. Muy desacertado sería imaginar los trabajos de tesis doctoral de todas las épocas sobre la base de los parámetros actuales.

### III. EL CONJUNTO DE LAS TESIS

#### a) Fuentes

La Universidad de Buenos Aires ha recopilado el listado de las tesis doctorales en Derecho presentadas en la Universidad desde su creación. El resultado se ha publicado en un libro que abarca desde 1829 hasta 1960; habiéndose agregado después un Suplemento con datos complementarios para el lapso 1827-1866<sup>6</sup>.

También la UBA ha publicado folletos —que en conjunto abarcan todo el período 1961-1982— conteniendo la lista de las tesis doctorales presentadas en toda la Universidad, aunque clasificadas por facultad. Estos documentos permiten completar el lapso —con relación a las tesis de Derecho— desde la creación de la universidad hasta 1982<sup>7</sup>. Sobre la

<sup>6</sup> Instituto Bibliotecológico, *Tesis Presentadas a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1827-1960*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973.

La edición de 1982 incluye unas ciento setenta y dos tesis, emitidas en la publicación original.

<sup>7</sup> El Instituto Bibliotecológico de la UBA ha publicado varios folletos, cada uno de los cuales abarca un período bianual o trienal. En conjunto cubren, con continuidad desde 1961 hasta 1982. Pueden ser consultados en la Biblioteca del SIBRI (Sistema de Bibliotecas y de Información) de la Universidad de Buenos Aires, organismo continuador del Instituto Bibliotecológico.

base de esas folletos hemos confeccionado un listado acumulativo del período 1961-1982, que incluye la referencia de trescientos treinta y ocho tesis<sup>8</sup>.

Para los datos a partir de 1982, hace un tiempo hemos solicitado por nota la información a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y estamos a la espera de la respuesta<sup>9</sup>. Con esto, podríamos poner al día el listado. Pero eso queda para un trabajo futuro, cuando dispongamos del material y del tiempo para algún análisis, aunque sea somero.

Mientras tanto, vamos a formular algunos comentarios relativos a la información que surge del libro relativo al amplio período 1829-1980<sup>10</sup>.

Se trata de un trabajo muy valioso por el volumen de la información reunida y por las naturales dificultades que plantea una investigación histórico-documental de tal alcance temporal.

Como es de imaginar, la obra tiene algunos errores y omisiones que no desmerecen la importancia y utilidad del trabajo realizado. Son los normales en una recopilación de esta magnitud, tanto por la extensión del lapso abarcado como por la cantidad de material reunido. Los autores ofrecen una breve explicación metodológica sobre criterios, fuentes utilizadas y modos de trabajo; tal vez se les podría haber pedido un mayor detalle, para facilitar la confrontación con otras fuentes y su actualización posterior.

Entre los errores que hemos observado (o datos a revisar, que tal vez sean correctos) se puede mencionar:

- algunos autores con dos tesis doctorales en épocas cercanas, a veces con título parecido y otras veces no; v.gr. Manuel Arauz Castex (tesis nros. 3521 y 3595).
- la misma tesis citada dos veces, según distintas ediciones y mencionando una vez la versión manuscrita o mecanografiada y la otra la versión impresa.
- algún apellido mal transcrito, v.gr. Héctor Rodolfo Orlandini (tesis nro. 3900) casi seguramente es Héctor Rodolfo Orlandi.

<sup>8</sup> Ubertone, Fermín P., *Trésis Presentadas a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1961-1982)*, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1987.

<sup>9</sup> La nota de pedido de los datos a partir de 1982 fue presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA el 3 de octubre de 1988. El expediente se halla registrado como "Actuación nro. 3940".

<sup>10</sup> Por razones de índole práctica nuestro trabajo deja de lado el suplemento y se apega únicamente en el primer listado. Ese, pues, es el marco de referencia de este informe.

— omisiones, muchas de ellas relativas a la época más antigua, que otros autores citan en sus trabajos históricos; aunque también otras más recientes (años 1922 y 1938), que hemos detectado por la casualidad de haber conocido personalmente a los autores<sup>11</sup>.

#### *b) Cantidades, promedios y secuencias*

En esa obra se han identificado casi 4.000 tesis doctorales: la lista llega hasta el nro. 3942, a las que se deben sumar seis números bis (evidentemente, datos encontrados cuando la obra y sus índices ya estaban terminados), lo que nos da un total de 3948 tesis doctorales en Derecho presentadas en la UBA.

Si tomamos los ciento treinta y dos años del período abarcado por el libro comentado, tenemos un promedio de casi 30 tesis doctorales por año (más precisamente: 29,9). Hay años en que el número sobrepasa grandemente ese promedio, pero otros ni se acerca.

Tomados los datos por decenio, se observa que la cantidad de tesis va creciendo, de modo tal que al principio las tesis de cada decenio son más que todas las que hasta entonces habían sido presentadas desde la creación de la Universidad. Lógicamente, llega un momento en que el volumen de lo ya acumulado es grande, y se torna difícil duplicarlo en un decenio y ese punto puede ubicarse en el año 1870. Pero en las cinco décadas siguientes el número de tesis continúa aumentando; a punto tal que las tres décadas que corren de 1891 a 1920 son aquellas en las que mayor cantidad de tesis se produce: 2.360, a un promedio de 78,6 tesis por año. Después el número decae, llegándose en la década de 1931 a 1940 a la cantidad más baja desde 1860: solo 7 tesis por año como promedio; y aunque después las cifras suben, ya no se vuelven a alcanzar las cantidades de fines del siglo pasado y principios de éste. Sería interesante poder analizar por qué.

#### *c) Reiteración de temas*

Un asunto que llama la atención es la reiteración, en determinadas épocas, de tesis sobre el mismo tema en el mismo año o en años próximos, a veces con el mismo título, palabra por palabra. Como ejemplo

<sup>11</sup> Sobre el caso de 1928 hemos de volver más adelante. El caso de 1922 es la tesis de Adolfo Gourdy, titulada "Bases para el fomento y la reglamentación de las cooperativas rurales", que puede consultarse en la Biblioteca de la Facultad, en cuyos ficheros se encuentra registrada bajo el número topográfico 259.10378. La hemos visto personalmente a principios de 1996. Esta tesis fue calificada como sobresaliente, según la declaración del interesado para su legajo docente de la misma Facultad, que también hemos tenido oportunidad de ver personalmente.

puede citarse el tema "Privilegios parlamentarios", objeto de 11 (once!) tesis en el año 1916; o "Periodos legislativos: carácter especial de cada uno de ellos, atribuciones de las cámaras", objeto de 6 tesis en el año 1922, y que no fue tratado en ninguna otra ocasión<sup>12</sup>.

Lo primero que a uno se le ocurre imaginar es que se realizaban seminarios donde se estudiaba un tema determinado, y al finalizar todos los participantes presentaban sus tesis sobre el tema considerado. Pero después encontramos una pista en la ya citada "Advertencia" de la tesis de Gallo (tesis nro. 1302): cada año la Facultad fijaba los temas. No obstante, siempre hay tesis sobre temas poco comunes, de manera que se puede suponer que, además de los establecidos por la Facultad, igualmente se permitían otros temas resultantes de la preferencia de los interesados. Quizás los temas fijados correspondían a un concurso para la obtención de un premio universitario, y los otros trabajos valían como tesis pero no participaban del concurso, y no podían, por ende, aspirar a los premios.

Puede ser. Estamos en el capo de la especulación. Sería útil, para poder dilucidar este asunto, conocer las sucesivas reglamentaciones de la UBA o de la Facultad sobre las tesis doctorales. Lo que nos parece interesante para señalar es que el resultado concreto producido nos da una "pista" (o hablando más técnicamente, un "indicio") de la existencia de una determinada reglamentación al respecto, o de una práctica, que podría ser pensada como una reglamentación consuetudinaria.

#### d) Falta de reconocimiento

Otra cosa que llama la atención es la poca difusión de las tesis doctorales. Los autores de tratados o manuales casi no las citan, ni siquiera en aquellos temas escasamente estudiados, donde las tesis podrían constituir una de las pocas fuentes específicas.

Este hecho lo advertimos cuando estábamos tratando de elaborar una bibliografía de derecho parlamentario argentino anterior a 1983, tarea que todavía no está terminada<sup>13</sup>. A tal fin tomamos un libro de Linares Quintana<sup>14</sup>, autor destacable por la cantidad de autores que suele citar, que está dedicado íntegramente al Poder Legislativo. En sus

<sup>12</sup> Datos tomados de Cassóli, Ana Bettina, "El derecho parlamentario en las tesis doctorales. (Parte I)", Buenos Aires, marzo de 1996, inédito. Es el primer informe, preliminar, de una interesante investigación sobre el tema.

<sup>13</sup> Lo publicado sobre la materia a partir de 1983 ya lo hemos recitado en nuestro trabajo "La bibliografía argentina sobre derecho parlamentario", *L.L. Actualidad*, 22-CI-1994, pág. 4.

<sup>14</sup> Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, T. VIII, Alfa, Buenos Aires, 1983. En las citas a pie de página el autor habitualmente cita sus fuentes sobre cada tema y sobre cada punto.

notas a pie de página descubrimos apenas la cita de una tesis doctoral (¡oh casualidad, la de Gallo!), sin mención de su carácter de tesis; puede haber algunas más que se nos hayan pasado. Esa fue en realidad la circunstancia que nos impulsó a tratar de ampliar las investigaciones sobre las tesis doctorales presentadas en la Universidad de Buenos Aires.

Pero después, al tener a la vista el documento elaborado por Casadei<sup>15</sup> pudimos comprobar que hasta 1960 se habían presentado en la Facultad de Derecho de la UBA por lo menos 48 tesis doctorales sobre los temas de derecho parlamentario. ¿Qué habrá ocurrido para que a un autor tan cuidadoso como Linares Quintana se le escaparan casi cincuenta obras sobre la materia de su libro? Nuestra razonable suposición es que las tesis doctorales han tenido muy poca difusión: lo que parece lógico que suceda con las inéditas, pero también sucede con las que han sido publicadas.

Esto se confirma examinando, en un tema mucho más acotado, el del nombre de las personas, el *Tratado de Derecho Civil*, de Llambías, una obra clásica de derecho civil, con la que en su momento comenzamos nuestros estudios del derecho positivo argentino<sup>16</sup>. Al ocuparse del tema, Llambías no menciona la tesis doctoral de Myriam Ofelia Kibrick "El nombre. Problemas que plantea su falta de reglamentación" (tesis nro. 3701), presentada en 1951 o 1952: época en la que el autor del *Tratado* era profesor de la Facultad.

En cambio, sí menciona Llambías a la tesis de Rómulo Etcheverry Bonco "Derecho al nombre" (tesis nro. 2426), presentada en 1910, pero la cita de una manera peculiar: la incluye en la bibliografía general del tema, pero cuando se trata de citas específicas de las opiniones del autor ya no la menciona sino que lo hace con otra obra muy posterior: un *Curso de Derecho Civil*, publicado en 1947<sup>17</sup>. Se podría suponer que en realidad Llambías sólo conoció el *Curso* de Etcheverry Bonco, y de ahí extrajo la referencia a la tesis. Pero de todos modos subsisten las preguntas: ¿las tesis eran desconocidas en el sentido de que la comunidad académica no conocía su existencia (y sólo lo obtiene a través de otras obras del propio autor)? ¿O el autor de un *Tratado* no consideraba adecuado citar las tesis de los aspirantes al doctorado que no fueran profesores?

Mencionamos un tercer ejemplo que reafirma la percepción de una situación de desconocimiento académico de las tesis doctorales. Y este ejemplo es precisamente la varias veces citada tesis doctoral de Vicente C. Gallo, de 1897, que versaba sobre el juicio político que utiliza una abun-

<sup>15</sup> Casadei, A. B., "El derecho...", cit.

<sup>16</sup> Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Partes, Buenos Aires, 1961, págs. 283 y sigs.

<sup>17</sup> Llambías, J. J., *Tratado...*, cit., en bibliografía, pág. 283 y pág. 301, nota 100.

dante bibliografía compuesta por una mayoría de obras en inglés y en francés y traducciones al castellano de obras originales en inglés; obras originales en castellano menciona muy pocas, y de autores argentinos solamente cuatro. Antes de 1897, el año de su tesis, ya habían sido presentadas en la Facultad de Derecho de la UBA nada menos que 10 tesis sobre el mismo tema; y sin embargo, ni una sola de ellas aparece mencionada en la de Gallo. ¿No estarían disponibles en las librerías y bibliotecas? ¿Podría temerse que la referencia a otras tesis anteriores sobre el mismo tema hiciera perder la indispensable originalidad del trabajo? ¿O no se las consideraba como obras de nivel adecuado para ser citadas?

#### IV. ALGUNOS ASPECTOS EN PARTICULAR

De la información obrante en el libro comentado surgen algunos aspectos que pueden merecer una mayor atención. De dos de ellos nos ocuparemos someramente: las tesis rechazadas y las tesis redactadas por mujeres<sup>18</sup>.

##### a) Tesis rechazadas

Ya hemos mencionado el tema antes, a cuenta del caso de Alfredo Palacios (tesis nro. 1596), porque allí queremos mostrar la rapidez que se hacían las tesis. Pero además de ésa hubo algunas otras rechazadas. Pocos años antes fue rechazada la de Víctor S. Guinazú sobre "Separación de la Iglesia del Estado", del año 1889 (tesis nro. 892), un trabajo de casi 400 páginas; otra vez sospechamos que se trataba de una cuestión ideológica, de disconformidad de las autoridades con los contenidos de la tesis. Y avala esta sospecha el final similar al del caso Palacios: presentación en el mismo año de otra tesis (ahora de 26 páginas), sobre el mismo tema: "La comunidad de derecho fundamento del derecho internacional privado" (tesis nro. 893).

Anteriormente hay dos casos más, aunque no hay certeza sobre el rechazo. El libro pone el dato entre signos de interrogación: ¿Tesis rechazada?

Uno de los casos es del año 1878. Se trata de la tesis de Fabio Ló García "Ensayo, o sea, dos disertaciones ligeras sobre sociología y economía política" (tesis nro. 479), aparentemente de 4 páginas de extensión. Y en el mismo año del mismo autor y sobre otro tema aparecen, extrañamente, dos más: una se titula "¿El crédito es o no capítal?", de 35 pági-

<sup>18</sup> Este punto IV se basa en el listado de tesis doctorales citado.

(nro. 478), y la otra "La república y el sistema representativo", de 84 páginas (nro. 480).

Y sigue en 1888, en carril similar a los anteriormente citados, la tesis de Juan Manuel Balajá sobre "El adulterio" (tesis nro. 832); otra vez la sospecha de problemas alrededor de las ideas contenidas en la tesis, y otra del mismo autor en el mismo año sobre otro tema, "Derechos reales: el dominio" (tesis nro. 833).

Nos queda un caso más, que no figura en el libro; es una de las omisiones que hemos detectado. En realidad, esta tesis no llegó a ser rechazada, pero poco le faltó. Se trata de "La internacional católica. Las normas de derecho internacional público en el derecho constitucional", de Pablo A. Ramella.

Ramella se había recibido de abogado en la UBA en abril de 1930. Poco después se traslada por razones de trabajo a San Juan, que habría de ser su lugar de radicación definitiva. Ya viviendo en San Juan piensa en hacer su tesis doctoral, elige tema y en 1935 (cinco años después de graduado) obtiene la autorización para escribir sobre ese tema. Trabaja en la tesis varios años, y en 1938 la termina y la presenta en la Facultad. Y allí comienza su odisea: la tesis es sometida a los profesores de Derecho Internacional Público, y se emite un dictamen negativo ("este trabajo no puede ser aceptado por la Facultad ni aprobado por la comisión") por el Dr. Isidoro Ruiz Moreno, quien termina su informe mostrando claramente el cuestionamiento ideológico: "Se trata de una tesis que sostiene ideas extremas, contrarias a los principios fundamentales del derecho internacional y de la Constitución Nacional, disolvente de principios esencialismos como el que ordena que todo argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de la Constitución; obligación que, según el autor, está subordinada al concepto que cada uno se forme de lo que es una guerra justa, etcétera".

Ante la situación, amigos de Ramella residentes en Buenos Aires hacen gestiones ante la Facultad y logran que la tesis sea pasada a los profesores de Derecho Constitucional, quienes —no de muy buen grado, como se verá— aprueban el trabajo. En noviembre de 1944 Ramella viaja a Buenos Aires y se presenta al examen oral ante la mesa constituida por los Dres. José A. González Calderón, Alberto G. Padilla y Martín Aberg-Cubo. Los profesores aprueban finalmente la tesis con la salvedad de que el tribunal no compartía las opiniones del autor. En el acta respectiva se dice: "La mesa examinadora deja constancia de haber refutado y rechazado en el curso del respectivo examen, los fundamentos y conclusiones de la tesis del señor Ramella, la que no obstante ha sido aprobada atento lo dispuesto por el artículo 7° de la ordenanza respectiva, según la cual la responsabilidad por los hechos, ideas y doctrinas expuestas por el autor de aquélla, corresponden a este último exclusivamente. Con lo que terminó el acto".

Quien se haya dedicado un poco al derecho constitucional sabe quien fue Ramella. Quien quiera comprobar lo de las ideas extremas, disolventas, etcétera, no tiene más que consultar la tesis: la tercera edición, hecha por el autor en 1992, está disponible en librerías y bibliotecas<sup>19</sup>.

En resumen, veamos los tiempos: recibido de abogado en 1930, radicado en San Juan (con las dificultades de acceso a la bibliografía y documentación), Ramella va pensando y estudiando el tema hasta que en 1935 se decide y es autorizado por la Facultad. En 1938 termina y presenta la tesis, que después de los avatares relatados recién es aprobada en 1944<sup>20</sup>.

Hombre público de conducta intachable, rigidamente fiel a sus principios, hombre digno y hombre bueno, Pablo A. Ramella fue varias veces en su vida víctima de la intolerancia ideológica. También en la Universidad.

¿No debería ser la universidad el lugar del respeto por las ideas ajenas, cualesquiera sean, el hogar del pluralismo ideológico, no más como una mera "tolerancia" sino como reconocimiento y convicción de que las ideas distintas u originales son positivas para el sistema de convivencia que queremos?

Si como universitarios en esto nos hemos equivocado, no lo repitamos más.

#### b) Tesis de mujeres

Entre las casi 4.000 tesis hemos hallado 27 cuyos autores son mujeres. Parecen muy pocas. Y precisamente por lo pequeño de la cantidad nos parece que, a manera de homenaje, antes de seguir adelante vale la pena transcribir la lista completa.

#### [Año 1858]

Nro. 67 - Lobo, Matilde, "La mujer puede pedir se quite a su marido jugador la administración de los bienes gananciales". Buenos Aires, 1858.

<sup>19</sup> O mejor aún, la tesis puede ser consultada en la Biblioteca de la Facultad donde se halla registrada bajo el número topográfico 217088. Hemos consultado la obra personalmente a principios de 1998, verificando que esta versión impresa tiene adherida una nota —escrita y firmada de puño y letra por el autor— por medio de la cual la presenta a la Facultad como tesis doctoral.

<sup>20</sup> Lo relativo al caso de Pablo A. Ramella ha sido tomado de la autobiografía del mismo Ramella, obra compuesta después de su fallecimiento, a partir de sus manuscritos, por su hija, Ramella, Pablo A., *Autobiografía y Selección de Escritos Jurídicos*, compilados por Susana T. Ramella de Joffrías, H. Senado de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Dirección Publicaciones, Buenos Aires, 1994, págs. 33/34.

## Año 1911

Nro. 2537 - Tapias, Celia, "Tutela dativa; garantías del pupilo en el Derecho Romano y en la legislación civil argentina", Buenos Aires, 1911.

## Año 1920

Nro. 3276 - Stábile, María L., "Enriquecimiento sin causa", Buenos Aires, 1920.

## Año 1921

Nro. 3323 - Rose-Tietjen, Ana H., "Incapacidad de la mujer casada", Buenos Aires, 1921.

## Año 1928

Nro. 3438 - Argüas, Margarita, "La regla *Locus regit actum*, en la legislación civil y la jurisprudencia argentina", Buenos Aires, Tall. Maggiolo, 1928.

## Año 1936

Nro. 3502 - Gregorio Lavie, Lucila de, "Delincuencia femenina", Buenos Aires, 1936.

## Año 1942

Nro. 3545 - Leonfanti, María Antonia Ana A., "La teoría del abuso del derecho", Buenos Aires, 1942.

## Año 1947

Nro. 3634 - Cassagne Serres, Blanca A., "El seguro social como institución protectora de los derechos humanos. Posibilidad de implementación de un plan de seguro social en la República Argentina. Principios fundamentales del futuro régimen", Buenos Aires, 1947.

Nro. 3642 - Tiscornia, Ruth H., "Adopción, filiación y legitimación adoptiva", Buenos Aires, 1947.

## Año 1951

Nro. 3697 - Gómez Roibás, Beatriz L., "Nacionalización de servicios públicos", Buenos Aires, 1951.

Nro. 3700 - Kaplan de Drimer, Alicia D., "Localización y descentralización de la industria. Estudio general y su aplicación a la República Argentina", Buenos Aires, 1951.

Nro. 3701 - Kibrick, Myriam O., "El nombre. Problemas que plantea su falta de reglamentación", Buenos Aires, 1951.

## Año 1952

Nro. 3738 - Izura, María E., "El contrato colectivo de trabajo", Buenos Aires, 1952.

Nro. 3740 - Levi Deresi, Gabriela, "El trabajo de la mujer y la legislación social", Buenos Aires, 1952.

Nro. 3749 - Pariewski, Victoria L., "El divorcio desde el punto de vista del derecho internacional privado y del derecho nacional", Buenos Aires, 1952.

Nro. 3753 - Puente, Elvira L., "Régimen internacional del divorcio según la ley argentina", Buenos Aires, 1952.

Nro. 3758 - "Sesé, Elena C., "La mujer homicida", Buenos Aires, 1952.

#### Año 1953

Nro. 3764 - "Bidonde Villanueva, Clara A., "Matrimonio putativo en el derecho argentino", Buenos Aires, 1953 [¿1954?].

Nro. 3765 - Bonder, Raquel, "Declaración Universal de los Derechos del Hombre", Buenos Aires, 1953.

Nro. 3774 - Goligorsky, Berta, "Las incapacidades en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", Buenos Aires, 1954 [¿1955?].

Nro. 3788 - Rueda Zúñiga, Delia S., "Problemas jurídicos creados con motivo de la utilización de las nubes", Buenos Aires, [¿1953?].

#### Año 1954

Nro. 3808 - González Bréard, Nélida F., "El recurso de casación en la Constitución Argentina", Buenos Aires, 1954.

Nro. 3814 - Lezcano de Podetti, Amelia, "Los valores fundamentales de la Constitución argentina", Buenos Aires, 1954.

#### Año 1956

Nro. 3838 - Buquet de Gilges Raynié, Norah C., "Régimen jurídico penal de la minoridad", Buenos Aires, 1956.

Nro. 3850 - "Mareque, María del Carmen, "La previsión social en Latinoamérica y España", Buenos Aires, 1956 [¿1957?].

Nro. 3861 - Sampayo, Nelly G., "De las escrituras públicas y la función notarial. Arts. 997 y concordantes del Código Civil y sus posibles reformas", Buenos Aires, 1956.

#### Año 1960

Nro. 3932 - Gómez Paz, Alma, "Actuación de Mariano Moreno anterior a 1810", Buenos Aires, 1960 [¿presentada en 1956?].

Los datos entre corchetes y signos de interrogación corresponden a dudas o discordancias halladas por los autores de la recopilación citada. Los asteriscos colocados en las tesis nros. 3758, 3764 y 3850 significan que no se ha encontrado la ficha representativa del ejemplar en la Biblioteca de la Facultad.

A pártir de esta lista se nos ocurren algunos comentarios.

Lo primero que nos llamó la atención fue que una mujer haya estudiado Derecho en la Universidad en una época tan lejana como la segunda mitad de la década de 1850. Sinceramente no creíamos que por entonces hubiera mujeres en la Universidad: combinación de ignorancia y machismo inconsciente.

Inclusive dudamos: ¿podía tratarse de un error de transcripción de la última letra del nombre, "Matildo" en lugar de "Matilde"? ¿Podía en aquel entonces el nombre "Matilde" ser usado para un varón? (Al fin y al cabo, recordemos que el primer ganador de un "prøde" millonario se llamaba "Mercedes", y —para sorpresa de todos— resultó ser un hombre...).

Pero lo que nos inclina a creer que era una mujer es el tema que toma: la administración de los bienes conyugales, el marido jugador que podía perder todo y los derechos de la mujer al respecto. El tema, de especial interés para las mujeres casadas, hace pensar que haya sido una mujer quien eligió el tema y lo desarrolló. (Recordemos que la fecha de la tesis es anterior a la sanción del Código Civil en más de 10 años).

Así pues, una mujer universitaria en esa época no puede haber pasado inadvertida en la sociedad de su tiempo. Sería interesante conocer algo más sobre ella. ¿Qué bueno sería que algún historiador o historiadora nos contara quién fue y qué hizo (además de la tesis) Matilde Lobo!

El segundo aspecto que se puede mirar es la secuencia temporal de las tesis de mujeres. Podemos observar que al principio sólo encontramos, aislada (única en más de 80 años) la tesis de Lobo de 1858 (nro. 67); ése podría ser considerado un primer período, desde el origen de la UBA hasta 1910.

Después, en las décadas siguientes comienzan a aparecer unas pocas tesis de mujeres, entre 1 y 3 por década, hasta que esa cifra se supera ampliamente en la década de 1960. O sea que el segundo período abarcaría desde 1911 hasta 1960. Pero en realidad habría que colocar el final del período un poco antes, en 1945, porque 1947 es el año en que por primera vez se presenta más de una tesis de autora mujer (en este caso, 2).

El tercer período sería el que comienza en 1951. En la década que va de 1951 a 1960 se presentan 18 tesis de mujeres, es decir dos tercios del total de tesis de mujeres presentadas en la UBA hasta 1960. O sea: antes de 1951, 9 tesis; entre 1951 y 1960, 18. Y también puede notarse que la gran mayoría de esas tesis corresponden al quinquenio 1951-1954: 14, más de la mitad del total desde la creación de la UBA hasta 1960.

Como las cantidades absolutas de tesis de mujeres podían haber sufrido los mismos altibajos que las de los varones, hemos tratado de hacer una verificación por medio de algunos cálculos de porcentajes. Y así ha resultado, concordantemente con lo dicho más arriba, que después de la época de la solitaria tesis de Lobo, de 1858, la siguiente tesis (Tapias, Nro. 2537, año 1911) es única en su década y significa menos del

1% del total de tesis presentadas en esa década. En las décadas siguientes, el porcentaje sobre el total se ubica entre el 1% y el 2% (1911 a 1930), hasta que en la década de 1950 sube hasta el 7%.

Dado que la década de 1950 (1951-1960) es la última del período estudiado, queda una incógnita sobre cómo ha continuado el asunto. La respuesta ya la tenemos, pero sería metodológicamente incorrecto anticiparla ahora, excediendo el período estudiado. Y por otra parte, no está demás dejar algo interesante para el informe próximo, referido al período que se inicia en 1961.

Otro aspecto que llama la atención es la notable variedad entre las doctoras en cuanto al grado de conocimiento general que sobre ellas se tiene en el ambiente público y universitario. Algunas son muy conocidas, pero la mayoría no.

En la lista se destaca Margarita Argüas, que fue profesora titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad, y la primera mujer (y única hasta ahora) que llegó a ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (aunque lo haya sido durante un gobierno de facto...). También son conocidas por su actuación docente a nivel universitario o por sus trabajos publicados Lucila de Gregorio Laví, María Antonia Lacantani, Gabriela L. Deveali, Amelia Podetti.

Pero las demás... ¿Qué fue de ellas? ¿Se dedicaron a la profesión, sin incursionar por la Universidad, la judicatura ni la política?

El último rubro a comentar en esta ocasión es el de los temas elegidos. Algunos sostienen que en las actividades públicas o políticas las mujeres se dedican sólo a determinados temas, considerados por ello "femeninos" (o "típicamente femeninos"): la mujer, la familia, los menores, la asistencia social, etcétera. A esta área temática corresponden las primeras tesis, pero también en el tramo inicial van apareciendo temas generales de derecho civil o derecho internacional privado relativamente cercanos en comparación con otras áreas del Derecho o de otras ramas de la ciencia.

También esa área "femenina" es la que constituye el grupo temático más numeroso; y sumando los temas más o menos cercanos se llega a la mayoría de las tesis de mujeres en el período considerado. Pero la variedad temática es amplia, y no faltan las tesis sobre los temas considerados "masculinos" (los vinculados a la economía política), como la localización industrial (tesis de Kaplan de Drimer, nro. 3706), o la nacionalización de los servicios públicos (tesis de Gómez Roibán, nro. 3697).

Tampoco faltan los temas que sorprenden por su originalidad, como por ejemplo la utilización de las nubes (tesis de Rueda Zúñiga, nro. 3788).

En resumen: las mujeres que han presentado tesis doctorales en el período considerado han abordado una variedad temática muy amplia, aunque predominan en cantidad los temas considerados "femeninos" o cercanos.

## V. COMENTARIOS FINALES

Valgan para terminar algunos comentarios finales, ya que —al fin y al cabo— este trabajo todo no es sino un conjunto de comentarios.

El primero se refiere precisamente a ese asunto: a poner de manifiesto las limitaciones de un trabajo realizado sobre listados y títulos, sin verificar los datos en sus fuentes ni completarlos; ni leer las tesis que se mencionan. Sabrá el lector comprender que leer más de 4.000 obras sobre los temas más variados (jurídicos y no jurídicos) no es una tarea para una sola persona. Se la podría calificar de tarea ciclópea... si es que alguien puede suponer a los pobres ciclopes (¡con un solo-ojo!) capaces de leer semejante cantidad de textos.

Un trabajo con ese grado de profundidad solamente puede hacerse si se delimita cuidadosamente el objeto a estudiar de manera tal que resulte factible: por ejemplo, un solo tema determinado con precisión, o un período de años suficientemente reducido como para que la cantidad de tesis sea poca.

El segundo comentario consiste en recordar la limitación temporal del trabajo: hasta 1960. Si se lo mira friamente, esto ya está desactualizado más de 35 años. Es verdad. Pero ya estamos recopilando el material para la continuación. Ya tenemos la lista de tesis presentadas entre 1961 y 1982, ya la hemos empezado a estudiar y ya hemos llegado a algunas conclusiones. Pero no corresponde decir nada ahora, para no anticipar cosas que deben ser analizadas con mayor detenimiento. También hemos puesto en marcha los trámites para obtener la información desde 1983 hasta la fecha.

Asumimos desde ya el compromiso de hacer (y ofrecer a esta revista) como mínimo la lista de las tesis presentadas en la Facultad desde 1961 hasta donde llegue la información que se nos provea de fuente oficial, y agregando, también, algunos comentarios.

Porque, cuando se tienen los datos, hacer comentarios es fácil. Lo difícil es hacer una investigación rigurosa.

Dejemos, no obstante una preocupación. Nos da la impresión de que, salvo meritorias excepciones, es poco lo que en la Universidad se estudia, se escribe y se publica sobre ella y lo universitario. Y es poco por las meritorias excepciones, porque sin ellas habría que decir: "nada". ¿Puede ser que los temas universitarios reciban, en el propio ámbito universitario, una prioridad tan baja?

**DE NUESTRA REDACCIÓN**



## EL MEDIO AMBIENTE EN AMÉRICA: LA CUMBRE DE SANTIAGO DE CHILE

DIEGO S. ESPIGIA Y MARCOS NELIO MOLLAR

### I. INTRODUCCIÓN

La problemática ambiental lentamente se ha instaurado en las agendas gubernamentales como un tema prioritario. Basta sólo enunciar algunos de los trastornos ecológicos que sufre hoy nuestro planeta para tomar conciencia del estado de emergencia ambiental y lo imperioso que resulta llevar a la práctica acciones que aglutinen y canalicen el esfuerzo de todos los sectores de la comunidad así como también de cada uno de los Estados.

América, rica aún en selvas y bosques nativos que hacen las veces de pulmón de la Tierra, poseedora de más de la mitad de la biodiversidad que alberga nuestro planeta, un continente de contrastes, con un norte rico y un sur depauperado, requiere hoy respuestas ambientales.

Conscientes de ello los gobiernos americanos aúnan esfuerzos, y renuevan su compromiso en el marco regional de la Organización de los Estados Americanos para promover un desarrollo sostenible en armonía con la naturaleza<sup>1</sup>.

De esta forma nos adentramos en la cuestión central de este trabajo, la Segunda Cumbre de las Américas, efectuada en Santiago de Chile en el mes de abril de 1998. En la misma se insta a los Estados a reforzar la

<sup>1</sup> Informe "Nuestro futuro común" de la Comisión de Naciones Unidas para el Cambio Global sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Comisión Brundtland): por desarrollo sostenible se entiende "el desarrollo que cubre las necesidades actuales sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Dicho concepto abarca la interacción entre ecología y desarrollo".

implementación del Plan de Acción de la Declaración de Santa Cruz de la Sierra, valiéndose para ello de la cooperación de la Comisión Interamericana de Desarrollo Sostenible y demás organismos del Sistema Interamericano y de las Naciones Unidas.

Empero nuestra pauta de análisis habrá de estar guiada por una duda metódica, una duda que poniendo en crisis el texto de la Declaración de Principios y del Plan de Acción de la Cumbre, nos permita observar cuál es su aporte para la efectiva solución de los problemas ambientales.

## II. ANTECEDENTES

De inevitable referencia resultan para el punto la Cumbre de Miami y la Conferencia Cumbre de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, celebradas en 1994 y 1996 respectivamente.

En la primera se propuso como objetivo elevar la vida de los pueblos americanos y proteger el medio ambiente para las generaciones futuras. Y concretamente centró su atención en tres cuestiones primordiales: a) energía; b) biodiversidad<sup>2</sup>; y c) contaminación.

Las medidas propuestas, como ser la introducción de energías renovables, no convencionales, la elaboración de planes de gestión de parques y reservas naturales, firma de convenios (se insta a las partes a firmar el Convenio sobre Cambio Climático y la ratificación del Convenio de Biodiversidad<sup>3</sup>) y demás, hacen posible un camino de preservación del medio ambiente. Sin embargo, el Plan resulta acotado por la amplitud de problemas ambientales existentes, y ello se ve reflejado en la reunión de expertos de Santa Cruz de la Sierra, en la cual se elaboraría el marco de cooperación americana para identificar proyectos ambientales prioritarios.

En la Declaración de Santa Cruz de la Sierra se deja plasmado el carácter interdependiente e integral del medio ambiente. Las iniciativas abarcan aspectos que hacen a la energía, los recursos hídricos y zonas costeras, agricultura y silvicultura sostenible, y por sobre todo se enfatizan los aspectos humanos tales como sanidad y educación, y ciudades y comunidades sostenibles. Se vuelve a principios ya explicitados en la Conferencia sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972,

<sup>2</sup> Julio Barboza define el concepto de biodiversidad como la variedad y variabilidad entre los organismos vivos y los complejos ecológicos en que ocurren. Esto es, en sus tres niveles: a) la variabilidad dentro de una especie; b) la variabilidad de organismos vivos en el mundo; c) la variedad de hábitats (Oyuela, R. E. - Zeballos de Sista, M. C., *Evolución Reciente del Derecho Ambiental Internacional*, A-Z, Buenos Aires, 1993, pág. 43).

<sup>3</sup> Convenios firmados en el marco de la Cumbre de la Sierra, Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Rio de Janeiro, 1992.

propendiendo a la eliminación del subdesarrollo, alivio de la pobreza, encarándose también el tema desde una dimensión social.

Pero no todo quedó zanjado luego de la mencionada declaración. En el reporte elaborado por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en relación a la implementación de la Cumbre de Bolivia, se reconocen serios inconvenientes. Entre otros, diferencias sustanciales entre países desarrollados y subdesarrollados en cuanto al concepto y el modo en que es alcanzable el desarrollo sustentable, la necesidad de coordinar la cooperación de distintas agencias de las Naciones Unidas con el sistema interamericano, el requerimiento de una red de expertos en derecho ambiental que vislumbre un marco legal interamericano, y la insuficiencia en recursos humanos, financieros y tecnológicos, así como su correspondiente transferencia.

### III. DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS

La Cumbre de Santiago intenta dar un paso adelante en la solución ambiental. La Declaración de Principios deja traslucir algunas de las preocupaciones primordiales, pero cambia el enfoque. En ella se reconoce que la integración económica, la inversión y el libre comercio son factores claves para elevar el nivel de vida, mejorar las condiciones laborales de los pueblos de las Américas y lograr una mejor protección del medio ambiente.

Dada la naturaleza transfronteriza de los problemas ambientales no se los puede abordar eficazmente mediante medidas políticas circunscritas al nivel nacional. Resulta necesario vigorizar los esfuerzos nacionales, hemisféricos e internacionales, y hacer efectivos los compromisos contraídos en Miami y Bolivia. Más que elocuente es la trascendencia, en el texto, que revisten los procesos de integración americanos, proyectos como el Nafta, el Mercosur, o el mismo Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), impulsado por la Cumbre, exigen la elaboración y coordinación de acciones interamericanas comunes.

Y para el caso habrá de ser de utilidad la experiencia europea. La Unión Europea<sup>4</sup>, en su producción normativa, sanciona directivas en las que se explicitan los objetivos comunitarios, los que a su vez deben ser adoptados por los Estados miembros modificando su legislación nacional en un plazo determinado. Asimismo los Estados miembros son libres de

<sup>4</sup> El Tratado de la Unión Europea, adoptado por la Comunidad Europea en Maastricht el 7 de febrero de 1992, estableció la política ambiental como una de las tareas de la Comunidad (art. 7). Ligando el objetivo del crecimiento sostenible a la necesidad de mejorar el medio ambiente (art. 7).

tutelar con mayor rigor el medio ambiente, adoptando medidas más severas que las fijadas por la Comunidad (arts. 100 A, apartado 4, y 130 T del Tratado CE).

En el estado larvario en que se encuentran los procesos de integración americana difícil resulta adelantar cómo habrá de implementarse el accionar ambiental. Empero no es de extrañar que la eficiente labor europea sea un ejemplo a imitar.

La Declaración refleja el interés que despierta el sector energético, al que, basado en actividades competitivas y transparentes, se atribuye la facultad de impulsar la integración de las Américas así como el desarrollo sostenible y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

Por último, el cambio climático comparte un lugar de relevancia en las cuestiones americanas, destacándose el compromiso de los Estados de avanzar en el cumplimiento del acuerdo alcanzado en la Conferencia de Kyoto (Japón) y preparar la Cuarta Conferencia de las Partes para el mes de noviembre de 1998 en Buenos Aires.

Todo ello sin dejar de reconocer a la pobreza como el reto más grande que hoy tiene América. Los gobiernos americanos están decididos a eliminar las barreras que niegan a los pobres el acceso a la nutrición adecuada, a los servicios sociales, y a un medio ambiente sano.

#### IV. PLAN DE ACCIÓN

Planteados los objetivos en la Declaración de Principios, se espera que el Plan de Acción explice las acciones concretas a tomarse para alcanzar esas metas. Y así, en lo que respecta a la temática ambiental, encontramos en forma dispersa referencias en: a) el apartado 3°, "Integración económica y libre comercio", en los puntos relativos a la energía, el cambio climático y transporte, y b) en el apartado 4°, "Erradicación de la pobreza y la discriminación", en los puntos de poblaciones indígenas y desarrollo sostenible.

Para comenzar cabe destacar el impulso que se pretende dar al ALCA propendiendo a la integración de los mercados, promoviendo el comercio de productos, bienes y servicios, y creando marcos legales, fiscales y regulatorios que incentiven la inversión privada nacional y extranjera.

Se reconoce que el vínculo de desarrollo energético entre los países y la intensificación del comercio en el sector energía fortalecen e impulsan la integración de las Américas. La integración energética basada en actividades competitivas y transparentes, de acuerdo con condiciones y objetivos nacionales contribuye al desarrollo sostenible de nuestras naciones y al mejoramiento de la calidad de vida de nuestras poblaciones, procurando un mínimo impacto en el ambiente.

Debe reconocerse, sin embargo, que en nada se innova respecto de las iniciativas del ámbito energético. Resulta notorio la ausencia de referencia alguna a la utilización o bien a la promoción de energías no convencionales, como si se hacía en el Plan de Acción de la Cumbre de Miami. A decir verdad se conviene estimular el desarrollo de energía renovable y eficiente<sup>5</sup>, aunque hubiera sido oportuno referirse a aquellas que en estado de experimentación requieren de la cooperación científica y técnica de los Estados Americanos.

En cuanto al cambio climático lo fundamental es la celebración de la Cuarta Conferencia de las Partes en Buenos Aires, Argentina, en noviembre de 1998; donde habrá de continuarse con el trabajo en conjunto para lograr los objetivos y metas del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992 y avanzar en el cumplimiento del acuerdo alcanzado en la Conferencia de Kyoto.

Pero también es criticable el nivel de compromiso interamericano en este aspecto. Si bien la celebración de la Conferencia servirá para un análisis acabado de la cuestión, lo cierto es que nuestro continente parece ser uno de los más afectados por esta cuestión, y no necesariamente uno de los que más contribuye al agravamiento del problema. América tiene la particularidad de lindar en sus extremos con los Polos Norte y Sur, donde el deterioro de la capa de ozono está ocasionando el derretimiento de los casquetes polares. Asimismo, cuenta con un gran número de Estados, cuya condición de insulares se ve amenazada por la subida del nivel de los océanos. Y sólo estos ejemplos denotan la trascendencia que tiene para el Continente la cuestión del cambio climático y, por consiguiente, hubiera sido más acertado dejar establecidas ciertas pautas, ciertas acciones comunes a ser implementadas a la brevedad que diferir el tratamiento de la cuestión.

Con respecto al sector de transportes se insta a los gobiernos a emprender las medidas necesarias dirigidas a la promoción de sistemas y servicios de transporte determinadas por el mercado, integrados, viables financieramente y sustentables ambientalmente. Para ello, se elaborará un plan orientado a obtener el más alto nivel de seguridad en los sistemas de transportes, mejorar la infraestructura y aumentar la protección ambiental, acorde con las normas internacionales y las prácticas recomendadas.

El punto cuarto del Plan de Acción se refiere a la erradicación de la pobreza y la discriminación. Las distintas propuestas pueden aglutinarse en medidas dirigidas a fomentar las micro, pequeñas y medianas empresas, el registro de propiedades, el desarrollo sostenible, y el reconocimiento de derechos a las poblaciones indígenas.

<sup>5</sup> No es muy feliz la terminología utilizada, puesto que la eficiencia responde a criterios de uso e utilidad.

Las micro, pequeñas y medianas empresas se verán favorecidas por un aumento del acceso al crédito y apoyo técnico, se agilizarán los procedimientos para su registro, obtención de licencias, entre otros. Es de esperar que todo ello contribuya a que este nivel empresario pueda asumir los costos ambientales, y que ello no sólo implique una forma de mantener el equilibrio en los mercados.

En lo que respecta al registro de propiedades se propone simplificar los procedimientos de catastro, así como incorporar métodos alternativos de resolución de disputas, y proteger los derechos reconocidos a las poblaciones indígenas. Sin embargo, también en este punto hay cuestiones que parecen no vislumbrar una solución en corto plazo. Prácticamente todos los países americanos padecen de un sistema que ha privilegiado un régimen de tenencia de la tierra que implicó concentraciones parcelarias, donde abundan latifundios improductivos, y sólo se deja margen para minifundios que en nada satisfacen las necesidades de sus dueños. Y al respecto cabe tener en cuenta movimientos como los Sin Tierra en el Brasil. Hubiera sido deseable que en el Plan de Acción se hiciera referencia a conceptos tales como la unidad económica productiva, es decir, a la propiedad de la tierra en una porción tal que se garantice el sustento a su dueño, su familia y sus dependientes.

En contraposición con lo dicho anteriormente es destacable lo elaborado en relación a las comunidades indígenas. El desarrollo sustentable también abarca además de lo ecológico y económico a lo social; y es la preservación de la identidad cultural uno de los vehículos para ese desarrollo. Se propone la educación y mayor participación de las comunidades indígenas en la sociedad, procurar el fortalecimiento de la identidad de estas poblaciones y promover una coexistencia respetuosa entre los diferentes grupos sociales de las comunidades y Estados. Elaborar también proyectos productivos en áreas como la agricultura, artesanía, la pequeña empresa y la comercialización. Por último, procederán los Estados con el examen intergubernamental, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), del Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con miras a la posible adopción de una Declaración.

Y para finalizar, encomienda a la Comisión Interamericana de Desarrollo Sostenible (CIDS), mantener la coordinación en el cumplimiento de los mandatos de la Cumbre de Desarrollo Sostenible y reforzar por parte de los Estados la implementación del Plan de Acción de Santa Cruz.

## V. CONCLUSIONES

La Cumbre de Miami constituyó la primera reunión en el marco de la Organización de los Estados Americanos en la que se trató la temática ambiental a nivel de jefes de Estado y de Gobierno. Dicho tratamiento se

limita a tres temáticas específicas: energía, biodiversidad y contaminación. El desarrollo sostenible, en sus tres vertientes: ecológica, económica y social fue la temática específica en la Cumbre de Santa Cruz de la Sierra en 1990. En ella se indica que es necesario que las estrategias de desarrollo incorporen la sostenibilidad como elemento indispensable para lograr de manera equilibrada, interdependiente e integral los objetivos económicos, sociales y ambientales. Finalmente, la Cumbre de Santiago constituyó la Segunda Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno en la cual el tema predominante es la integración hemisférica, reflejando un voto de confianza para el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

La Declaración de Santiago se caracteriza por una dispersidad temática en la que se manifiestan como objetivos: el fortalecimiento de la democracia, el diálogo político, la estabilidad económica, el progreso hacia la justicia social y el impulso de un proceso de integración hemisférica. Asimismo, y con base en el desarrollo sostenible se insta a reforzar los esfuerzos nacionales, hemisféricos e internacionales para la protección del medio ambiente. El comercio y los vínculos en el sector energético son vistos como los medios que permitirán impulsar la integración de las Américas.

El Plan de Acción peca de insuficiente a la hora de determinar las acciones concretas a fin de proteger el medio ambiente. Prueba de ello son las breves iniciativas propuestas en dicha temática, con excepción de la cooperación energética y el cambio climático.

Particular tratamiento merece el Grupo de Revisión de la Implementación de Cumbres (GRIC), el cual a través de sus reuniones periódicas supervisará el proceso de seguimiento y establecerá el grado de cumplimiento de los mandatos de las Cumbres. Cabe preguntarse sobre la necesidad de la existencia del GRIC siendo que sus funciones podrían superponerse con las del Consejo Interamericano de Desarrollo Integral (CIDI), al cual la misma Cumbre de Bolivia le atribuye la tarea de seguimiento y control.

Sin embargo, y a pesar de las consideraciones precedentes, es necesario destacar que la Cumbre de Santiago reafirma el concepto de desarrollo sostenible (en el que ecología y economía interactúan armoniosamente) como el único ciertamente viable, aun cuando resulte difícil su aplicación. Por supuesto que muchos pensarán acerca de la poca efectividad de la inclusión de este concepto en una Declaración, pero debe tenerse en cuenta que "las normas del derecho internacional constituyen un modelo a seguir, más que una obligación de hacer, por los Estados que son parte de una convención o declaración. Es un deber hacer"<sup>4</sup>. A partir de allí corresponde a los Estados transferir a sus respectivos ordenamientos y aplicar los principios aprobados en acuerdos internacionales.

<sup>4</sup> Oyata, R. E. - Zeballos de Sisto, M. C. *Evolution...*, cit., pág. XI.



**¿LO SABÍA?**



## LA DIVISIÓN DE PODERES SEGÚN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

[sobre la zona de reserva, las atribuciones y los límites del Poder Judicial]

*"(...) El riesgo que se corre cuando el Poder Judicial no sabe mantenerse dentro de su órbita de jurisdicción es la judicialización de la política, que sólo puede tener éxito cuando el conflicto no afecte un interés vital de los detentadores políticos del poder. Si se otorga el derecho a los tribunales de frustrar una decisión política del gobierno y del parlamento, amenaza el peligro que la decisión del tribunal no sea respetada —con perjuicio para el Estado de Derecho—; o bien que la decisión política del gobierno sea sustituida por un acto-judicial que, aunque revestido jurídico-constitucionalmente, es en el fondo un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esta función".*

[sobre la legitimación del jefe de gabinete para recurrir directamente ante la Corte Suprema]

*"(...) Ante la presentación directa del jefe de gabinete denunciando la existencia de un grave conflicto de poderes suscitado por la resolución del juez de primera instancia que ordenó suspender cautelarmente los efectos del decreto 842/97 (ADLA, LVII-D, 433) de privatización de los aeropuertos, la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarando la falta de jurisdicción del juez para así decidir no implica el ejercicio de una suerte de jurisdicción originaria ni la admisión de un salto de instancia, sino el cumplimiento de una actividad institucional en su carácter de guardián e intérprete fiel de la Constitución Nacional, en orden al adecuada respeto de la separación de poderes y para asegurar su coordinado accionar".*

(CSJN, 17-XII-99, en autos "Rodríguez, Jorge en Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional" [privatización del servicio aeroportuario argentino]; L.L., 1997-F-879).

"La Corte gobierna, en el sentido de que integra la estructura triangular del gobierno, pero no en el de apoyar o combatir hombres o ideas que ocupan el gobierno en un momento dado. La Corte toma a los otros departamentos del gobierno impersonalmente, como órganos-instituciones y no como órganos-personas físicas. En este concepto científico de la política, la Corte es tan política como políticos son el Poder Ejecutivo y el Congreso; todos gobiernan, y gobernar es desplegar política desde el poder. Pero, en otro sentido, la Corte no es política porque a ella no llegan ni deben llegar programas partidarios, como sí llegan a los poderes que surgen de la elección y de los partidos. La inmunidad de la Corte en esta clase de política ha de ser total, y toda contaminación resulta nociva para su función".

(Germán J. Bidart Campos, "El sentido institucional de la Corte Suprema", en *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. II, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 415).







