

ENSAYOS

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE ANÁLISIS CREDITICIO *

SEBASTIÁN D. ALANIS †

El derecho se halla hoy en una etapa histórica en la que debe responder a los nuevos y complejos problemas que le plantean la amplitud y profundidad del avance tecnológico, en general, y los bancos de datos personales, en particular.

I. INTRODUCCIÓN

La Revolución Informática del siglo XXI¹, en la cual estamos sumergidos, ha beneficiado en forma irrefutable el progreso económico, social y cultural de toda la humanidad.

Paralelamente con los beneficios de dicha revolución, se han configurado una innumerable cantidad de peligros que apremian en el presente a nuestra sociedad.

Uno de ellos es hoy, a mi parecer, el más significativo y trascendente por sus características, por cuanto traspasa las fronteras de la privacidad que posee como derecho cada individuo. Fronteras que fueran establecidas con la evolución del hombre y de la sociedad por la ciencia jurídica. Me estoy refiriendo a: *El almacenamiento de datos personales sobre el comportamiento financiero de cada persona, y su posterior difusión, como instrumento de medición y análisis del riesgo financiero*².

¿Cuál es el límite que poseen dichos bancos de datos? ¿Quién repara los daños ocasionados por los informes patrimoniales suministrados por las em-

¹ Trabajo ganador del premio "Lecciones y Ensayos" a la mejor ponencia presentada por un estudiante universitario, Ecomer 2001. Primer Congreso Internacional por Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico. En virtud de la fecha de realización del Congreso, el ensayo no contiene referencias a la actual normativa existente sobre la materia.

² O la era de la información, según la definición dada por algunos autores.

³ No debemos descartar que el problema sobre el almacenamiento de datos personales va mucho más allá del citado. Pero sólo será tomado como tema de la presente monografía el almacenamiento de datos que se relacionan en los aspectos financieros o patrimoniales de las personas que son objeto de informes por parte de empresas de análisis de riesgo crediticio (Organización Veritas SA, Pádelitas SA, Veritas SA o Sotar Servicio On-Line (propietaria de la página web: decidir.com)), y que se toman en la actualidad como un requisito implícito, en cuanto a su contenido, al momento de solicitar un crédito o al abrir una cuenta corriente en entidades financieras, como también en ciertos concursos adheridos al sistema.

* Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

presas de análisis de riesgo crediticio? ¿No es acaso, que nos encontramos en una etapa jurídica en la que se tiene como objetivo la protección del sujeto, que se encuentra en una posición de hecho más débil?

Esta serie de interrogantes son, a mi entender, los problemas que imprescindiblemente deberá solucionar la sociedad moderna, estableciendo parámetros claros y precisos dentro de los cuales se configure dicha actividad, evitando así la sucesiva aparición de casos en los que se aprecia un indiscutible daño al derecho a la privacidad e intimidad, como a otros derechos que hacen a la personalidad.

Éste será el punto de partida de la presente monografía, en el cual trataré de delinear los aspectos relativos a la responsabilidad civil, que emergen a partir de dicha difusión, de las organizaciones o empresas que almacenan dichos antecedentes y que tienen como actividad comercial su divulgación.

No quedan dudas con sólo observar la realidad, respecto de la débil posición en la que se encuentran todas y cada una de las personas, en virtud de la construcción de los grandes bancos de datos de carácter personal, sobre los cuales, luego, se realizarán los informes comerciales o patrimoniales que serán posteriormente puestos en conocimiento de terceros.

Las empresas propietarias de aquellos bancos de datos personales se apuntalan en una nueva categoría de poder: "el poder de la información".

Es innegable, como se observa, la necesidad de que el Derecho una vez más elabore un rejuvenecido concepto de protección del derecho a la intimidad. Es decir, es imperiosa la necesidad de respuestas jurídicas que protejan al individuo débil ante los abusos que pudieran ocasionársele por la manipulación de su información personal, en sentido general, y de su información financiera, en particular.

Por último, y como complemento útil para comprender la situación actual sobre esta cuestión, ante la ineficacia legislativa, que una vez más queda patentada por nuestro Estado, al momento de dictar normas que protejan eficazmente a los ciudadanos, frente a los daños que pueden provocar ciertas actividades, expondré los aspectos constitucionales relativos al tema, como así también los proyectos legislativos existentes sobre la materia y la legislación extranjera que, desde la década del setenta, se viene estableciendo sobre la protección debida a las personas frente a los bancos de datos.

Adentrémonos en el tema en cuestión.

II. LAS BASES DE DATOS. LAS EMPRESAS DE ANÁLISIS DE RIESGO CREDITICIO. LOS INFORMES DE RIESGO FINANCIERO

En la historia del hombre como ser social se observa la evolución de los registros de datos personales, que él mismo fue ideando para mantener vigente la memoria por los hechos del pasado ⁴.

⁴ El hombre siempre trató de utilizar métodos para que la información con que contaba fuera

La imprenta, hasta el siglo XVI con los incunables, abrió el gran cauce de la comunicación sin fronteras y, al mismo tiempo, facilitó el acumulación y guarda de las descripciones, de los conocimientos y de las narraciones.

Cuando los datos y referencias centraron su objeto en la persona para fijar sus condiciones, cualidades, hechos, defectos y situaciones, en otras palabras, preservar y así poder comunicar los elementos de su ser y de su tener, se formaron los archivos y registros de papel y de cartón, que acumularon todo el continente del hombre, desde el nacimiento hasta mucho más allá de su muerte.⁵

El avance informático que la inteligencia del hombre desarrolló ha posibilitado que aquellos registros o ficheros de papel o de cartón, diseminados en distintos espacios físicos, en los que se encontraban los antecedentes personales de cada individuo dentro de una sociedad, se encuentren hoy en formato digital para su consulta, en forma automática, sistemáticamente organizados y concentrada toda la información relevante sobre él.

Estas bases de datos se crean y se organizan con propósitos muy concretos, siguiendo un diseño específico: se escogen y se archivan aquellos datos que responden a ciertas preguntas, y la misma estructura de la base de datos —su clasificación, su orden y los mecanismos de recuperación de la información— refleja este diseño previo.

Dicho diseño de las bases de datos, sean éstas públicas o privadas, responde en la generalidad a dos objetivos muy concretos:

a) evaluación del riesgo financiero sobre un sujeto y, en caso negativo, su exclusión;

b) la identificación del consumidor, en cuanto a sus necesidades de bienes y servicios, y por ende su segura inclusión para una posterior campaña de publicidad (*marketing* directo).

Como se observa, los diseños comunes de las bases de datos tienen como objetivo específico, dentro del sector privado, vaticinar: a qué persona excluir para evitar riesgos, y/o a quién dirigirse en tanto sea posible de ser un cliente potencial.

Ahora bien, el tema sobre el cual nos abocaremos en este trabajo, según lo establecido en las primeras líneas del presente, es el establecido en el punto a) de la clasificación establecida, es decir: *las bases de datos privadas, que tienen como objetivo la "evaluación del riesgo financiero sobre un sujeto, que se patentiza a partir de los informes elaborados por ellas y, en caso negativo, su exclusión de la posibilidad de acceso al crédito"*.

transmisible y pueden ser incluso legada a las generaciones futuras. Así pueden encontrarse ejemplos de transmisión de información como las pinturas rupestres, las pirámides egipcias, etc. PERINI - LORENZINI - TORRABUONI, *What's Data. Derecho a la Intimidad*, Universidad, 1999, p. 130.

⁵ CHUENTES, Santos, "Derecho personalísimo a los datos personales", LL, 1993-B-1327.

En varios países, en general, y en la Argentina, en particular, han aparecido hace décadas atrás, cobrando mayor relevancia en los últimos años, empresas de análisis de riesgo crediticio que ofrecen *informes comerciales* que *contienen datos personales de carácter comercial, crediticio y de medios de pago referidos al cumplimiento de obligaciones comerciales de los titulares de crédito, sean éstas personas físicas o jurídicas*⁶.

Dichos informes son realizados a partir de la recopilación de datos suministrados, en el caso argentino, por: el Banco Central de la República Argentina (BCRA), Boletín Oficial, Tribunales⁷, o clientes. Estos últimos son empresas de distintos rubros, que están obligadas por un contrato firmado con la empresa de análisis de riesgo crediticio, a suministrar toda la información sobre las deudas contraídas —por ejemplo: en cuanto a la morosidad con que cumple sus obligaciones— por cualquier persona en dichos comercios o entidades financieras.

La información del Banco Central, inhabilitados, central de riesgo, central de información crediticia y deudores de entidades en liquidación, es un segmento de la información que está disponible tanto para el público en general como para los prestadores de servicios de información crediticia, los que son consultados con mayor constancia por los componentes del mercado, por el valor que le agregan a la información y porque la información del Banco Central no incluye los incumplimientos originados en las operaciones de crédito entre particulares que no operan por intermedio del sistema financiero.

Las voces que se alzan en favor de dichos informes sostienen que dicha información crediticia de las personas es vital. Vitalidad que hace a la transparencia de las decisiones de crédito, disminuyendo los riesgos de insolvencia en que podría encontrarse hoy o en un futuro un sujeto determinado.

⁶ www.veraz.com.ar/derechos.htm.

⁷ Los hechos que expusí a continuación, los traigo a colación en virtud de la discusión actual de la doctrina argentina sobre la licitud o no de este tipo de suministro de información por parte de los Tribunales de Justicia (JANTIK - RAMÍREZ, "Habeas data", LL, 1404/2000). En el marco de una causa penal, radicada en el Juzgado Criminal de Instrucción nro. 17, Sec. nro. 153 se solicitó el libramiento de un oficio a la Cámara de Apelaciones en la Comercial a fin de que informe acerca de si la Cámara Comercial ha suscripto contratos, convenios, acuerdo o ha otorgado autorización que permitan a las empresas consultoras de créditos (Veraz, Veritas, Fidelius, etc.) conocer las presentaciones de quiebras y/o concursos comerciales efectuados ante la Sala de Juicio. Por último, se solicita que la Cámara indique la forma en que las consultoras de créditos acceden a la información de la base de datos del sistema computarizado. El pedido de ese oficio está contenido en el marco de una causa iniciada por la empresa Acron SA, a través de su letrado, el Dr. José María Saage Pino. La empresa Acron SA se vio envuelta en problemas comerciales al ser registrada como manosa por diversas empresas de informes comerciales. Al parecer, la empresa se enteró a través de sus proveedores sobre la presentación de dos pedidos de quiebra en su contra, que se tramitaban en el Juzgado Nac. en lo Com. nro. 19, a cargo de la doctora Adja Fernández, Secretaria 38. Estos proveedores se habrían enterado por los informes brindados por consultoras de riesgo crediticio como "Veraz", "Fidelius" y "Veritas".

Como sea, el hecho es que un pedido de quiebra, aunque carece de fundamento, causa un perjuicio innegable para el supuesto deudor, desde que esta situación queda registrada en las bases de informes de las distintas empresas que prestan el servicio de evaluación de riesgo crediticio. Fuente: www.alarisjudicial.com. Fecha: 23/3/2000.

En el mismo sentido sostienen que es un elemento crucial para la capacidad que tienen los acreedores al evaluar y fijar los precios de los riesgos, la disponibilidad de información que posibilite extraer la forma en que manejaba, un sujeto determinado, el crédito en el pasado ⁹.

Seguendo la misma línea argumental, otros expresan que: "La finalidad de ese tipo de bancos de datos es la asistencia informativa a las partes que se disponen a celebrar una operación negocial, por lo general comercial, de contenido patrimonial, en la que habitualmente se establecen obligaciones crediticias, otorgándoles un mayor grado de conocimiento mutuo a fin de regular ciertos aspectos del negocio, tales como monto y condiciones de cumplimiento. Asimismo contribuye a prevenir la comisión de conductas no deseadas en el futuro que frustren las expectativas de lucro de las partes, permitiendo reducir el riesgo propio y natural de la transacción y evitando eventualmente la posible comisión de fraude" ¹⁰.

Por lo que se observa, dichos informes comerciales actúan sobre lo preventivo, a modo de antídoto y para evitar fraudes ¹⁰. *El interés común que comparten estas organizaciones privadas es la eliminación del riesgo.*

Se puede sostener entonces, de acuerdo a lo expresado en los párrafos anteriores, que los informes crediticios que suministran estas empresas privadas hacen al derecho que tiene toda persona a la información sobre con quién va realizar un determinado contrato. Esto es irrefutable. Pero ante esta afirmación, también se plantean cuestiones de hecho que son indiscutibles.

Qué empresa de riesgo crediticio asegura la veracidad y actualización ¹¹ de los datos suministrados por ellos, sobre la base de la información que poseen en sus bases de datos, teniendo en cuenta que hoy en día dichos informes son un requisito implícito, en cuanto a su contenido, al momento de realizar cualquier tipo de operación comercial o financiera.

El centro de la decisión al momento de abrir una cuenta corriente o al momento de solicitar un crédito hipotecario, por ejemplo, se toma sobre la base de la información acerca de la solvencia del solicitante, analizada y determinada

⁹ Banco Central de la República Argentina, "Taller sobre el papel de la información crediticia confiable en el desarrollo de mercados de servicios financieros estables", realizado el 4 y 5 de diciembre de 1992.

¹⁰ Durán, Pedro, "Quid del consentimiento previo de la persona en el uso por terceros de información de acceso público financiero", *www.alpana.com*. Citando a FAVIER DUBOIS, E. M., *Derivado societario registral*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 260.

¹¹ ROTEMAN, Horacio, "III Jornadas Internacionales sobre prevención del Fraude", 1996, p. 113.

¹² Siguiendo un orden lógico diríamos que actualización es: la acción de actualizar; Actualizar: significa poner al día/ver/ver actual. Actual: presente/Vigente/que existe en el tiempo presente. Vigente significa "actual/competencia/que vigoriza/que está vigente". Real: "que existe verdaderamente/controla/verdad". El razonamiento apunta a concluir que actualización es semejante a verificación. *Lo contrario a verdadero es falso*. Citando a ANTEK - RAMUNDO, "Hábeas data", LL 1444/2000.

a partir de los datos suministrados por las empresas en análisis. Dicho en otras palabras: los prestatarios no prestarán si no tienen garantías de que el consumidor pagará su deuda. El consumidor, encontrará una respuesta negativa, en caso de que haya solicitado un crédito, por ejemplo, si el informe proporcionado por las empresas de análisis de riesgo crediticio (Organización Veraz SA, Fidelitas SA, Veritas SA o Solar Servicios On-Line—propietaria de la página web: *decidir.com*—) contiene datos que, a los ojos del prestatario, resultan contrarios a su seguridad ¹².

¿Qué sucede entonces cuando los datos divulgados por las empresas de análisis de riesgo crediticio son falsos o inexactos por la negligente conducta de no actualizar y/o verificar la información que proporcionan a terceros? ¿Qué derechos se encuentran vulnerados? ¿Quién reparará los daños ocasionados por el suministro de una información falsa o inexacta?

Es por lo visto uno de los problemas más graves, en mi opinión, en los que se encuentran *sumergidos y desprotegidos* los ciudadanos al momento de sacar un crédito o de realizar una operación comercial de relevancia. En otras palabras, para aquellas personas implicadas de manera adversa por el uso de tal información, las consecuencias pueden variar desde la molestia hasta el desastre financiero ¹³.

En apoyo a lo expresado, traigo a colación una encuesta cuya fuente es una de las empresas de análisis de riesgo crediticio que sostiene que de las 1000 consultas que reciben diariamente por pedido de los informes en análisis, 400 deben iniciar un trámite de rectificación por la información falsa o inexacta que contienen ¹⁴. Es decir que el 40% de los pedidos de antecedentes termina en un reclamo de rectificación. De lo cual se desprende que por dichos errores mu-

¹² Cuando era muy joven, hace más de diez años, Gonzalo integré una sociedad familiar que con el tiempo dejó de operar y luego se disolvió. El año pasado, Gonzalo quiso abrir una cuenta corriente para comenzar a trabajar por su cuenta y se enteró de que, allá lejos y hace tiempo, un proveedor había pedido la quiebra de aquella sociedad por falta de pago, un tema que se había resuelto, pero que quedó registrado en los anales judiciales. "Entré en el banco como un ganador para abrir una cuenta y salir como un delincente. Estuve una semana llevando y trayendo papeles. Que exista Veraz me parece necesario, porque la calle está llena de delincuentes con cheques, pero estas empresas necesitan inventir mucha plata en un buen sistema de seguimiento, porque no puede ser que uno mismo se tenga que cargar de probar su inocencia". Diario *La Nación*, 8/8/1999.

¹³ WHITAKER, Reg., *El fin de la privacidad*, Paidós, 2000, p. 159.

¹⁴ Por ejemplo, podemos citar el caso de Juan Miguel, quien nunca se enteró de que en 1991 el Banco Francés le había emitido una tarjeta Visa. En el año 1998 fue a sacar un crédito hipotecario para comprarse una casa y apareció en Veraz a causa de los gastos administrativos y los intereses de esa tarjeta, que nunca utilizó. Como tenía urgencia, porque vencía el boleto de compraventa, pagó la deuda de la tarjeta, que alcanzaba los mil pesos. El mismo año que logró el crédito, dio de baja la tarjeta MasterCard del Citibank que tenía. "Como me mudé, nunca me enteré de que los gastos administrativos seguían corriendo. Todo eso salió este año, pero como no tenía ningún comprobante de que yo le había dado de baja, supe que volver a pagar". Lo que no pudo evitar es que quede el antecedente. Luego Juan Miguel pidió una tarjeta de crédito al Banco Galicia. Y le dijeron que no porque su "mujer" debía plata de un préstamo. En realidad él nunca estuvo casado, ni con la mujer citada en el informe, ni con ninguna otra. *El problema cubre seriedad*.

chos ciudadanos encuentran trabas de importancia al momento de solicitar un préstamo o abrir una cuenta corriente ¹⁵.

III. LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS DEL HOMBRE.

EL DERECHO A LA PRIVACIDAD EN EL SIGLO XXI.

EL NUEVO DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Continuando con el análisis sobre la responsabilidad de las empresas de análisis de riesgo crediticio por los informes que suministran a terceros sobre la situación financiera de un individuo, es imprescindible analizar el principal derecho vulnerado al titular de dichos datos, a mi entender y de acuerdo a lo sostenido por distintos autores, es sin lugar a dudas: *El derecho a la privacidad*.

El derecho a la privacidad ha adquirido gran trascendencia a raíz de la evolución de los medios de comunicación o de transmisión de datos, en los últimos años.

Pero se observa que dicha cuestión en cuanto a sus fronteras, ha sido tema de debate desde hace mucho tiempo atrás. La doctrina no es consistente al momento de establecer el momento histórico desde cuando se parte sobre dicha discusión.

Díaz Molina expresa que el primer rastro que pudo haberse encontrado de él fue quizá un antiguo caso resuelto por los tribunales ingleses en el año 1348 ¹⁶.

En cuanto a su definición se han sostenido distintas expresiones en la doctrina: Cooley ha expresado que es el derecho a gozar de la soledad; el derecho que tiene cada persona a no ser objeto de una publicidad ilegal; el derecho de vivir sin interferencias ilegales del público en lo concerniente a asuntos en los cuales ese público no tiene un interés legítimo ¹⁷.

Además de dicha manifestación, podemos citar a Kacedan, el cual sostiene que el derecho a la privacidad es el derecho absoluto que tiene toda persona a no sufrir interferencias que puedan ocasionarle molestias, pena o daño. Toda persona tiene el derecho de exigir que sus asuntos privados y personales no sean comentados y escrutados en público sin su consentimiento ¹⁸.

Warren y Brandeis, por su parte, en un artículo que sirvió de punto de arranque para el desarrollo de este derecho en los Estados Unidos, sostienen

¹⁵ Noticia publicada en el diario *La Nación*, 8/8/1999, Sección "Economía", La Empresa citada es la Organización Verat.

¹⁶ DÍAZ MOLINA, "El derecho a la vida privada", LL, t. 126, cit. a WAGNER, Wacyslaw J., "El derecho a la intimidad en los Estados Unidos", *Revista Internacional de Derecho Comparado*, año XVII, no. 2, 1965, p. 365.

¹⁷ DÍAZ MOLINA, "El derecho...", LL, cit. a COLLEY, Thomas M., *Tratado del derecho sobre los datos íntimos*, 1932, T. I, p. 429.

¹⁸ Artículo citado, KACEDAN, Basile, "El derecho a la vida privada", traducido y publicado en la *Rev. del Colegio de Abogados de Rosario*, t. III-IV.

que es una fase del derecho que tiene cada persona sobre su seguridad personal, vale decir, que es una parte del derecho más comprensivo a una personalidad inviolada¹⁹.

Los referentes en nuestra doctrina han sostenido concepciones similares, pero así también han destacado la dificultad de resumir en un solo concepto la amplitud de situaciones que el derecho comprende. Parte de nuestra doctrina lo define como el derecho personal que compete a toda persona de sensibilidad ordinaria, de no permitir que los aspectos privados de su vida, de su persona, de su conducta y de sus empresas sean llevados al comentario público o con fines comerciales, cuando no exista un legítimo interés por parte del Estado o de la sociedad (Díaz Molina)²⁰.

Santos Cifuentes ha dicho que es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones de su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos. Explica luego su definición aclarando que la palabra intimidad está utilizada como sinónimo de vida privada, de soledad total o en compañía; que el *quid* de la cuestión no está en que se tome conocimiento (porque cualquiera puede tomar conocimiento de algo privado aun por motivos casuales sin por ello violar la intimidad); que el ataque puede consistir en la publicidad que se dirija a poner un hecho en conocimiento de los demás o en cualquier hostigamiento, perturbación, etc., aunque su fin no sea la publicidad; que no es imprescindible que se suscite el comentario público ni que el ataque persiga fines comerciales; y que este derecho corresponde a toda persona, cualquiera sea su sensibilidad²¹.

En este sentido, y como consecuencia de la revolución informática que la capacidad del hombre logró desarrollar, aparejando la configuración de nuevos medios por los cuales la privacidad o intimidad de las personas se vieron vulneradas, el concepto del derecho a la intimidad, también fue en busca de una nueva frontera.

En el campo doctrinario, Charles Fried definía ya en 1968 a la privacidad como el control que se tiene sobre los propios datos, concepto que fue aceptado por la generalidad de la doctrina norteamericana. También el constitucionalista americano Laurence Tribe habla de un *derecho a controlar la masa de información por la cual se define la identidad de una persona*. Señala que la posibilidad de control sobre la información que administra, mantiene o disemina el

¹⁹ Artículo citado, WARREN, Samuel - BRANDEIS, Louis, "El derecho a la vida privada", *Revista Jurídica de Harvard*, vol. 4, 1890, págs. 193 y 205.

²⁰ BELLUSCIO - ZANNOVI, *Código Civil comentado*, Astora, p. 72. Citando a DÍAZ MOLINA, "El derecho a la vida privada", L.L. 126-985.

²¹ BELLUSCIO - ZANNOVI, *Código...*, cit., p. 73. Citando a CIFUENTES, Santos, "El derecho a la intimidad", ED. 57-832.

gobierno, forma parte del derecho a preservar la identidad que cada persona desea mostrar a la sociedad ²².

En este sentido, algunos autores argentinos hablan del derecho a la autodeterminación informativa, que es la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros públicos o privados, especialmente los almacenados mediante medios informáticos. Se trata de un derecho personalísimo que ha adquirido autonomía conceptual con relación a otros derechos de la persona como la intimidad o privacidad, la imagen, el honor o la identidad personal, y se integra en el amplio contexto de la libertad y la identidad personal ²³.

Parece conveniente recordar que nuestro Alto Tribunal ha señalado que *"en la era de las computadoras el derecho a la intimidad ya no puede reducirse a excluir a los terceros de la zona de reserva, sino que se traduce en la facultad del sujeto de controlar la información personal que de él figura en los registros, archivos y banco de datos"* ²⁴. Así, como señala adecuadamente Pablo Pallazí, la Corte ha complementado la definición del derecho de la privacidad que en su oportunidad había dado en el *leading case* "Ponzetti de Balbín" ²⁵ en el que había precisado que el derecho a la intimidad previsto en el art. 19 de la CN ampara la autonomía individual integrada por sentimientos, hábitos, costumbres, relaciones familiares, posición económica, creencias religiosas, salud mental y física y todos los hechos y datos que integran el estilo de vida de una persona que la comunidad considera reservadas al individuo y cuyo conocimiento o divulgación significa un peligro para la privacidad e intimidad ²⁶.

Continuando con el análisis de este derecho, debemos destacar la inclusión por la ley 21.173 del art. 1071 bis en nuestro CCiv., el cual expresa:

"El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otras en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

²² PALLAZÍ, Pablo, "El *habeas data* en la Constitución Nacional", JA, 1995-IV-715.

²³ VICIGORLA - MOLINA QUIROGA, "Tutela de la autodeterminación informativa. Aproximación a una regulación eficaz del tratamiento de datos personales", ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derechos y Garantías en el Siglo XXI.

²⁴ RAGNIERI, Marcelo, "Nuevas tecnologías. Ataques a la privacidad y sus repercusiones penales", citando a CS, causa "Dirección General Impositiva v. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", fallo de 13/2/1998, LL, Sup. de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 8/9/1999, ps. 10/11.

²⁵ LL, 1985-B-120.

²⁶ PALLAZÍ, Pablo, "El *habeas data* en la Constitución Nacional", JA, 1995-IV-711.

En dicho artículo se recepta irrefutablemente el derecho a la intimidad. El mismo objetivo ha sido alcanzado por una serie de instrumentos internacionales firmados y ratificados legislativamente por nuestro país y que a partir de la Reforma de la Constitución Nacional de 1994 tienen jerarquía constitucional. Por ejemplo: La Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su art. 12 sostiene *"que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada"*. Dicho concepto también fue receptado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, en su art. 17, inc. 1º, y lo mismo ocurre con la Convención Americana de Derechos Humanos, en el art. 11, inc. 2º.

Es dable destacar asimismo, que los daños que eventualmente se pudieran producir a partir de la divulgación de la información personal de un individuo, afectan bienes jurídicamente protegidos, que constituyen los derechos personalísimos o los derechos de la personalidad, que *"son atributos esenciales de la persona humana sin cuyo reconocimiento y protección no se concibe al hombre como unidad psicofísica, base y fundamento de la sociedad"*²⁷.

Esos derechos son: la vida, la integridad física, la libertad, el honor, el derecho a la información, y el derecho a la vida privada que desarrollamos en párrafos anteriores.

Con relación a este último, Bustamante Alsina sostiene que dentro del mismo se encuentran comprendidas: la identidad (con todos sus componentes), la situación patrimonial de una persona, etc.

El Dr. Santos Cifuentes expresa que, frente al crecimiento de los sistemas informáticos, y considerando la gran variedad de derechos implicados, es necesario la configuración de un derecho autónomo y complejo, que es el que debe ser tutelado.

Sostiene que si se admite que "la dignidad de la persona" desde su perspectiva individual, es el fundamento último de todos los derechos personalísimos, no cabe duda de que en este caso es sustancialmente la dignidad humana como valor lo que está en la esencia de las cosas, pues la captación registral informática desnuda la personalidad psicosocial en sus aspectos más salientes, exteriores y recónditos. Son datos relacionables desde cuyo entrecruzamiento puede accederse a la personalidad completa virtual, abarcando todos los bienes de la persona de una vez: intimidad, identidad, honor, libertad, patrimonio, etc.²⁸.

Como se observa, *no quedan dudas de que frente al crecimiento de los sistemas informáticos que permiten almacenar los datos personales de una indeterminada cantidad de personas, para usos diversos, y a partir de esa información entrecruzarla y obtener así todos los movimientos comerciales (y de otro*

²⁷ BUSTAMANTE ALSINA, "La informática y la responsabilidad civil", LL, 1987-B-892.

²⁸ CIFUENTES, Santos, "Derecho personalísimo a los datos personales", LL, 1997-E-1329. Cita a RABINOVICH - BERKMAN, "Cuestiones actuales en derechos personalísimos", ps. 123/163.

*carácter) de la vida cotidiana de los componentes de una sociedad, el replanteamiento legislativo en cuanto al tema que nos toca analizar y su inserción dentro de los derechos de la personalidad, es esencial en nuestros días*²⁹.

Así también tampoco quedan dadas que la divulgación de datos de carácter patrimonial por parte de las empresas en análisis, afectan en forma directa el derecho a la privacidad, en la mayor parte de sus aspectos, de los ciudadanos, cuando son suministrados sin la previa verificación de su veracidad³⁰.

Podrá discutirse, y ésa es la tarea principal de nuestros legisladores, qué tipo de información de carácter patrimonial o financiero, puede darse a publicidad en vista a la protección del mercado, con el previo consentimiento de los titulares de dicha información.

Podemos sostener que si bien es atendible el interés de quienes prestan dinero de asegurarse la idoneidad de quien lo solicita, es también ineludible su responsabilidad en el manejo de la información de la que disponen, y su deber correlativo e inexcusable de evitar producir errores que afecten los derechos individuales de los ciudadanos clientes o usuarios.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EMPRESAS DE ANÁLISIS DE RIESGO CREDITICIO POR LA DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN FALSA O INEXACTA. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Como hemos visto en los párrafos anteriores no quedan interrogantes en cuanto a los peligros en los que nos encontramos sumergidos los componentes de una sociedad, en virtud de la actividad comercial que desarrollan las empresas de análisis de riesgo crediticio, en particular, que almacenan los datos personales de la mayor parte de la población económicamente activa, en grandes bancos de datos, hecho que se produce a partir, como vimos, del importante desarrollo de la informática.

Los peligros en muchas ocasiones se convierten en perjuicios concretos a la vida comercial o privada de una persona.

Dichos menoscabos en muchas oportunidades, en cuanto al tema que estamos analizando, se producen a partir de los informes financieros sobre un individuo, que en la actualidad se han convertido en un requisito implícito al momento de abrir una cuenta corriente, solicitar un crédito bancario o de otro tipo, o realizar una operación comercial de relevancia económica, que son suminis-

²⁹ Es a mi entender, el fin del derecho, en cuanto éste debe tender a la protección de la persona y en consecuencia a la regulación de los conductos, adecuándose a los cambios que se producen en la vida de una sociedad.

³⁰ En una oportunidad he pedido un informe a la Organización Vence en virtud del pedido de un amigo legalmente soltero, sobre su persona. ¿Se pueden imaginar cuál fue el resultado de dicho informe? Sí. Estaba casado.

trados por las organizaciones de análisis de riesgo crediticio, conteniendo información falsa o inexacta.

Si consideramos que sobre dicha información se basa la decisión del futuro acreedor, es indubitante que la vulneración de futuros negocios en gestión o la pérdida de una *chance* comercial o crediticia provocada como consecuencia de la información no veraz suministrada, afecta en forma indirecta en algunos casos el patrimonio de una persona, como así también en forma directa su intimidad o privacidad, en cuanto, siguiendo al Dr. Bustamante Alsina, la situación patrimonial de una persona se encuentra comprendida en el citado derecho³¹.

Por lo visto es necesario, en este momento, de acuerdo con lo expresado, el estudio de los fundamentos de la responsabilidad necesarios para concluir en el deber de indemnización que pesa sobre las empresas de análisis de riesgo crediticio o de seguridad crediticia, como también son catalogadas.

Como sabemos, la responsabilidad generadora del deber de indemnizar exige la concurrencia de cuatro presupuestos, caso contrario no hay responsabilidad que dé lugar a la indemnización. Los presupuestos de la responsabilidad, son los siguientes: 1) el incumplimiento objetivo o material, 2) un factor de atribución de responsabilidad, 3) el daño y, por último, 4) una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño.

Incumplimiento objetivo o material

La responsabilidad de las empresas de análisis de riesgo crediticio o de seguridad crediticia, es indiscutible que se sitúa, en relación a la divulgación de *información comercial, patrimonial o crediticia de una persona, es decir la divulgación a terceros de un conjunto de datos actuales e históricos, de fuente pública o privada, relativo al cumplimiento o incumplimiento crediticio, o a la composición del patrimonio, y todo otro dato relativo para la concertación de negocios —como la capacidad— de un determinado sujeto*³², en cuanto al titular de dichos datos en la órbita extracontractual.

Al no existir relación jurídica anterior entre dichos sujetos, la responsabilidad es extracontractual, configurándose la ilicitud genérica en el art. 1109 de nuestro CCiv. y la ilicitud específica, como hemos visto, en el art. 1071 bis del mismo Código³³, por la afectación a los derechos personalísimos a la privacidad, a la identidad y al secreto; o por inexactitudes en los datos informatizados³⁴.

³¹ BUSTAMANTE ALSINA, "La informática y la responsabilidad civil", LL, 1987-B-892.

³² FAYET DUBOIS, E. M., *Derecho Societario Registral*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 260.

³³ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, 1993, p. 643.

³⁴ ALTERINI - AMIEL - LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 835.

Factor de atribución de responsabilidad

Tratándose, como expresáramos, de una relación situada en el ámbito extra-contractual, la doctrina en cuanto al factor de atribución se encuentra dividida.

Algunos autores, entre los que se encuentra como su mayor exponente el Dr. Bustamante Alsina, y adhieren Ameal, Kemelmajer de Carlucci, entre otros, sostienen que la responsabilidad es subjetiva, o sea que el factor de atribución sería la culpa o el dolo. Con base en que cuando los elaboradores o explotadores del banco de datos suministran información falsa o inexacta sobre un sujeto en particular, el error evidenciaría la culpa³⁵.

Por esto puede afirmarse que la responsabilidad se genera en el sector de la responsabilidad directa por el hecho del hombre con las cosas que le sirven de instrumentos. La culpa resulta presumida, invirtiéndose la carga de la prueba, conforme a lo dispuesto en la primera parte del art. 1113 del CCiv.

Si la acción fuere delegada en operadores del sistema, la responsabilidad sería del principal de acuerdo con la primera parte del artículo citado y con fundamento en el facto objetivo de garantía que hace inexcusable esta responsabilidad³⁶.

Otro sector de la doctrina sostiene que el factor de atribución, en el supuesto de que el daño derive del riesgo o vicio de la cosa, es objetivo. Con fundamento en el art. 1113, párrafo 2º, parte 2ª del CCiv.

Una tercera posición doctrinaria expresa que el procesamiento de datos personales constituye una actividad riesgosa en sí misma o por su forma de utilización, siendo un supuesto de responsabilidad objetiva, con fundamento en el actual art. 1113, párr. 2º, parte 2ª de nuestro Código.

Por último, para un sector minoritario de nuestro ambiente, la información computarizada debe ser considerada como cosa riesgosa, toda vez que aunque no sea estrictamente, una cosa, es una forma de energía y, por lo tanto, le es aplicable el régimen de las cosas (art. 2311, párr. 2, CCiv.), quedando comprendido en cuanto al factor de atribución en el régimen del art. 1113, párr. 2º, parte 2ª de nuestro CCiv.

En esta cuestión convergo con los integrantes del sector doctrinario que sostienen que la responsabilidad es subjetiva, o sea que el factor de atribución es la culpa o el dolo, considerando que, en el tema en análisis, al suministrar información financiera falsa o inexacta de una persona los elaboradores o explotadores del banco de datos, en base al cual surge dicha información, evidencian su negligente conducta y despreocupación (culpa) al no verificar la exactitud o veracidad de la información divulgada a terceros.

³⁵ BORDA, Alejandro, "La responsabilidad extracóntractual por ilicitudes informáticas", ED, 139-138.

³⁶ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 641.

Citando y a su vez coincidiendo con el Dr. Bustamante Alsina, es indiscutible "que por mucho que los tratamientos automatizados emplearen cosas, como los ordenadores o computadores y todos los elementos magnéticos que forman el sistema, la recolección de datos, el procesamiento de la información y el tratamiento por medios interconectados, así como los programas e instrucciones del software y su resultado o información final son obra de la voluntad y la acción del hombre".

Continuando con el análisis, concuerdo que en el supuesto de que el daño derive del riesgo o vicio de la cosa empleada, el factor de atribución es objetivo con fundamento en el art. 1113 de nuestro CCiv.

Daño

Como se ve señalado en párrafos anteriores, los daños que pueden ocasionarse a una persona a partir de esa conducta culposa con relación a la divulgación de información nominativa (es aquella que permite la identificación de las personas mediante el procesamiento de datos individuales y su acumulación en centros o bancos de información) en algunos casos afectan al patrimonio del titular de dichos datos.

Dicha afectación acaece a partir de la frustración de una ganancia esperada, que se hubiere podido producir, por ejemplo, a partir de la inversión del capital que hubiere sido otorgado por parte de una entidad financiera si el informe suministrado por la empresa de análisis de riesgo crediticio fuere veraz.

O la pérdida de una chance, que hipotéticamente puede darse, al acceso de un crédito hipotecario en gestión, para el acceso a la vivienda.

También, a mi entender, puede causarse daño moral por los padecimientos que sufra la víctima en la esfera de su patrimonio moral subjetivo y aun en el aspecto objetivo o social de su reputación, lesionando el honor que es otro valor distinto de la intimidad pero que goza también de la protección jurídica como derecho de la personalidad ³⁷.

Así también se vería afectada la intimidad de una persona al suministrarse información desactualizada, en cuanto a la morosidad sobre el pago de una deuda en que ha incurrido por motivos particulares.

Relación de causalidad

Para completar los presupuestos de la responsabilidad necesarios para que se configure el deber que dé lugar a la indemnización, debe probarse la relación de causalidad suficiente entre el almacenamiento de datos personales

³⁷ BUSTAMANTE ALSINA, *Termin...*, cit., p. 642.

falsos y erróneos y su posterior divulgación y el hecho dañoso. De tal manera que el perjuicio ocasionado haya sido causado por la divulgación de la información personal, como producto del almacenamiento por parte de las empresas de análisis de riesgo crediticio.

Es claro que la consecuencia inmediata del almacenamiento de datos personales falsos o erróneos, no causan por sí mismos un perjuicio económico, sino sólo entrando en vínculo con otro hecho distinto, como lo serían las relaciones jurídicas patrimoniales de quien es objeto de la información. Ocasionando así un perjuicio económico como consecuencia mediata del hecho informático.

La consecuencia inmediata será la negativa al acceso al crédito o el fracaso de un negocio en gestión, lo cual ocasionará a su vez como consecuencia mediata un detrimento patrimonial por la pérdida de una *chance* o la privación de una ganancia.

El hecho ilícito, producido a partir de la divulgación de datos personales falsos o erróneos no recae directamente en el patrimonio sino en un derecho de la personalidad, lo cual al producir un desmedro de la identidad de la persona involucrada causa eventualmente una repercusión patrimonial negativa ³⁸.

Como se observa, se puede concluir que es inobjetable la responsabilidad de las empresas de análisis de riesgo crediticio por los daños materiales o morales producidos, a partir de la revelación a terceros de datos falsos o inexactos sobre la conducta financiera, comercial, o composición del patrimonio, y capacidad de una persona determinada.

Es dable destacar, a modo de reseña histórica, y como antecedente sobre la preocupación contemporánea del tema en análisis, las conclusiones alcanzadas en el Tercer Congreso Internacional de Derecho de Daños (1993) ³⁹:

De lege lata:

I. Cuando la información constituida por datos personales nominativos recibe un tratamiento electrónico, la adecuada tutela del derecho a la intimidad requiere reconocer a toda persona la facultad de controlar la que le concierne. Dicha facultad comprende:

- el derecho de acceso a la información;
- el derecho de rectificación y cancelación de datos inexactos o caducos;
- el derecho a que los datos sean utilizados de acuerdo con la finalidad prevista;
- el derecho a impedir el acopio de datos que hacen a su personalidad o ideología.

³⁸ BUSTAMANTE ALSINA, "La informática...", cit.

³⁹ www.sajj.jus.gov.ar.

II. Antijuridicidad:

1) Toda intromisión al derecho a la intimidad debe considerarse antijurídica salvo causa de justificación (interés superior prevaleciente, consentimiento del lesionado, ejercicio regular de un derecho o cumplimiento de un deber legítimo).

2) Constituyen conductas antijurídicas:

- el acopio de información personal nominativa no autorizada,
- la información no veraz o falsificada,
- la utilización o empleo con fines distintos sin el expreso consentimiento del titular de los datos nominativos.

3) El acceso a los datos que atañen al patrimonio de la persona debe restringirse a quienes acrediten un interés legítimo.

III. Factor de atribución:

1) Órbita extrcontractual: La responsabilidad civil del titular del Banco de Datos, y de quien se sirve del mismo, es objetiva y basada en el riesgo de la actividad desarrollada (art. 1113 del CCiv.).

2) Órbita contractual: Existe una obligación de seguridad en cuanto a la certeza, completitud y oportunidad del servicio e información al cual se obliga al prestatario. Dicha obligación es de resultado. El fundamento de la responsabilidad civil contractual es objetiva.

IV. Daño y relación de causalidad y extensión del resarcimiento:

Son aplicables los principios generales de acuerdo a la órbita de que se trate.

V. Prevención del daño:

Las acciones de abstención e inhibición contenidas en el art. 1071 bis y cons. del CCiv., son plenamente aplicables en esta materia.

De lege ferenda:

Debe reconocerse expresamente que:

a) Toda persona tiene derecho a conocer lo que de ella conste en forma de registro, la finalidad a que se destina esa información y a exigir su rectificación o actualización.

— Jurisprudencia ⁴⁰

En este sentido es hacedero destacar un fallo recientemente dictado en virtud del tema en análisis, en el cual se estableció que por daño moral y material, la entidad financiera denominada "Citibank" deberá pagarle \$ 25.000 a un cliente que apareció en un listado de morosos después de haber rechazado tarjetas de crédito que el banco no dio de baja.

Así lo dispuso el juez en lo Comercial Gerardo Vassallo, quien le dio al Citibank un plazo de 10 días para concretar el pago por los perjuicios que le causó al negársele un crédito hipotecario debido a un informe negativo emitido por una organización de seguridad crediticia.

⁴⁰ Nueva publicada el 28/12/1999. Titular: Juez condenó a banco por tarjetas de crédito. Fuente: www.darieljudicial.com. El fallo en extenso aún no ha sido publicado.

El Juez Gerardo Vasallo consideró que *"como lamentablemente sucede con habitualidad una vez 'cruzado' el cliente, el banco lo rebajó fúrtivamente de categoría en tanto de cliente destacado, le dio el trato de cliente castivo"*.

La demanda fue iniciada por el abogado Hugo Vasen, quien aceptó por un año una promoción sin cargo de tarjetas de crédito, vencido el período y sin previa consulta, el Citibank renovó el "dinero plástico", por el mismo plazo y facturó un cargo de 26,40 pesos.

Vasen dio de baja a esos elementos de compra-crédito mediante el envío de un fax, al cual le adjuntó una fotocopia en la cual se mostraba a las tarjetas destruidas, tal como le fuera requerido por personal de la demandada.

Sin embargo, al solicitar un préstamo para la compra de una vivienda a otra entidad crediticia, de la cual es cliente, llegó a su conocimiento un informe negativo emitido por la Organización Veraz SA. El informe lo incluía como inhabilitado por moroso en virtud de una denuncia formulada por la entidad bancaria demandada. Ante esta circunstancia, el reclamante le envió una carta al banco y en respuesta a ella la institución le informó acerca de la inexistencia de deuda y que *el error se debió al olvido del banco de dar de baja su cuenta*.

El fallo condena a la entidad bancaria por el daño moral y el perjuicio material ocasionado.

Es preciso aclarar aquí, contrariamente a lo que expuse, que los hechos del caso en análisis se configuran en la órbita contractual, por la existencia de un contrato destinado a la prestación de un sistema de tarjetas de crédito convenido entre la entidad financiera y la persona individual o consumidor del servicio.

Esta jurisprudencia me es útil para traer a colación un tema que no he tratado hasta ahora y que es preciso destacar. Es con relación a la cuestión de que, si a pesar de que la información es divulgada por las empresas de análisis de riesgo financiero, la responsabilidad debe recaer sobre la fuente de la información? Es decir, como se ve en este caso, la negligencia de la entidad financiera en la no actualización de los datos almacenados en los bancos de datos de las empresas citadas, las que se encuentran vinculadas por una relación contractual, pesando sobre la primera la obligación de suministro y actualización de los datos que se produzcan con relación a una persona, sea ésta una entidad financiera o un comercio adherido al sistema.

No quedan dudas de que respecto de la protección de los derechos de la persona, con fundamento en el principio de la buena fe negocial, en cuanto a la veracidad de la información que es divulgada a terceros, la responsabilidad debe recaer en la empresa que tiene como actividad comercial el suministro de informes comerciales o financieros.

Porque es sobre ese tipo de empresas que debe recaer la obligación de conducirse diligentemente, previendo la actualización de los datos que luego serán comercializados en el mercado, en pos —según se ha dicho— de evitar la producción de hechos fraudulentos o para el "aseguramiento" de la capacidad de repago de una persona.

Caso contrario, el consumidor o persona titular de dichos datos se vería en la necesaria producción de una conducta preventiva con relación a la averiguación de los datos contenidos, en cuanto banco de datos exista, sobre lo que configura —como hemos dicho— su vida privada antes de realizar cualquier tipo de operación comercial. Porque sobre dichos datos será realizada la calificación sobre su capacidad o diligencia comercial y/o financiera. Dichos informes se han convertido hoy en día en un requisito implícito, en relación con su contenido positivo, al momento de la solicitud de un crédito o la apertura de una cuenta corriente bancaria.

No debiendo descartarse, a pesar de lo expresado, la existencia de una responsabilidad solidaria e ilimitada de las entidades que proveen la información y de los bancos de datos que tengan como actividad comercial la acumulación y revelación, y que sobre esa base, suministren información financiera, comercial y/o crediticia falsa o errónea.

Pero la situación planteada pone también, a mi entender, en cuestión el art. 53 de la Ley de Tarjetas de Crédito 25.065⁴¹, que establece expresamente:

“Prohibición de informar. Las entidades emisoras de Tarjetas de Crédito, bancarias o crediticias tienen prohibido informar a las ‘bases de datos de antecedentes financieros personales’ sobre los titulares y beneficiarios de extensiones de Tarjetas de Crédito u opciones cuando el titular no haya cancelado sus obligaciones, se encuentre en mora o en etapa de refinanciación. Sin perjuicio de la obligación de informar lo que correspondiere al Banco Central de la República Argentina.

“Las entidades informantes serán solidaria e ilimitadamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados a los beneficiarios de las extensiones u opciones de Tarjetas de Crédito por las consecuencias de la información provista”.

Es dable destacar que dicho artículo fue vetado por el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el decreto 15/99, art. 14⁴².

Y luego fue insistido por el Poder Legislativo, expresando en la nota enviada al Poder Ejecutivo⁴³ “el H. Senado... ha considerado la confirmación de la H. Cámara de Diputados de su sanción anterior en la observación parcial al proyecto de ley registrado bajo el nro. 25.065, relacionado con el sistema de tarjetas de crédito, compra y débito, y ha tenido a bien confirmar también la propia por mayoría de dos tercios de votos, quedando así definitivamente sancionado el proyecto según lo dispuesto en el art. 83 de la CN”. En la actualidad el artículo transcrito se encuentra en vigencia.

⁴¹ Publicado en BO, 14/1/1999, p. 1.

⁴² Publicado en BO, 14/1/1999, p. 3.

⁴³ Publicado en BO, 24/9/1999, p. 1.

V. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL HÁBEAS DATA

Me parece conveniente el tratamiento, a partir de la particular relevancia que en el tema en estudio adquiere lo referente a la prevención del daño, o la cesación del perjuicio cuando ya ha comenzado a producirse, del instituto incorporado por nuestros constituyentes en virtud de Reforma del año 1994 de nuestra Carta Magna.

Me estoy refiriendo a la acción de *hábeas data*, contemplada en el art. 43, 3er. párrafo, de nuestra Carta Magna el cual dice: "Toda persona podrá interponer esta acción [se refiere a la acción de amparo] para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o *bancos de datos* públicos, o los *privados destinados a proveer informes*, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos...".

Pablo A. Palazzi en un reciente trabajo, luego de citar abundante jurisprudencia y el pensamiento más evolucionado de nuestra doctrina, termina concluyendo que "el *hábeas data* es una acción que tiene por finalidad específica acceder a la información personal y corregir en caso de existir falsedad o discriminación"⁴⁴.

El texto del art. 43, párrafo tercero, como se observa, contempla el *hábeas data* respecto de los bancos de datos privados solamente cuando ellos estén "destinados a proveer informes"; cabe darle el sentido de que se refiere a los que estén destinados, actual o potencialmente, a proveer informes.

Siguiendo al Dr. Agustín Gordillo, cabe desarrollar el principio y darle una extensión más amplia, por ejemplo, para tutelar el derecho de los clientes de bancos y empresas de tarjetas de crédito, que aunque no estén destinados a dar informes, pueden de hecho darlos a pedido de otras entidades análogas: *el particular tiene derecho a saber qué consta sobre él en tales bancos de datos, y en su caso a requerir la modificación de los errores que contengan*.

La divulgación indiscriminada de cuanta acción judicial (y hasta extra judicial) se inicie a persona, sea ésta física o jurídica, como así también todos sus antecedentes financieros o comerciales, puede dar lugar a la configuración de perjuicios concretos en los derechos de los ciudadanos, con lo cual "los límites de lo razonablemente permitido se empiezan a ver ya seriamente afectados"⁴⁵.

Parte de la doctrina sostiene que el *hábeas data* debe utilizarse para limitar esa interferencia en la privacidad de las personas. La privacidad debe ser una

⁴⁴ PALAZZI, Pablo, en "El *hábeas data* en el derecho argentino", *Derechos y nuevas tecnologías*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

⁴⁵ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, citando a CRIVELLI - VEGA, "Boleto de deuda, un documento impredecible", *Revista Construcciones*, Buenos Aires, mayo de 1998, nro. 1215, gr. 46 y ss., p. 53.

cuestión de orden público, irrenunciable por los individuos, pues se tutela un bien colectivo y no meramente individual.

En consecuencia, su trámite ha de equipararse al de las acciones de clase y los derechos del usuario o consumidor, como derechos de incidencia colectiva y no cuestiones exclusivamente limitadas a un caso individual⁴⁶.

En algunos fallos la jurisprudencia ha exigido, además del error, la acreditación del daño, lo cual es palmariamente equivocado: si el daño no se ha acreditado podrá no ser procedente una acción de daños y perjuicios, pero si procede siempre la rectificación del error⁴⁷.

VI. PROYECTOS LEGISLATIVOS ARGENTINOS

Cámara de origen y legisladores firmantes

Tema

Publicación

Artículos de los proyectos legislativos existentes más relevantes sobre el tema en análisis

Diputados firmantes: Melogno, y otros.

Información financiera y comercial

TP 1997 nro. 40 p. 2224

(Presentado nuevamente en 1999 TP 1999)

Art. 1°: Las entidades financieras no podrán tener en cuenta las informaciones obrantes en las bases de datos privadas o públicas, comerciando datos sobre los antecedentes financieros personales, para determinar la negativa de créditos hipotecarios.

Art. 4°: Cuando se denegare el crédito por utilizar los datos prohibidos en el art. 1°, las personas afectadas tendrán todos los derechos a reclamar las indemnizaciones correspondientes a los responsables de la institución bancaria, financiera o crediticia.

Diputados firmantes: Melogno, y otros

Bancos de datos de información financiera y comercial

TP 1997 nro. 40, p. 2225

(Presentado nuevamente en 1999 TP 1999)

Art. 17: Los responsables, funcionarios o administradores de las bases de datos y los responsables de las entidades proveedoras de la información, serán solidariamente responsables por todos los perjuicios que pudieren causar a los incluidos en las listas de bases de datos en contra de lo dispuesto por la presente ley.

Diputados firmantes: Gallardo, y otros

Suministro de información financiera y comercial

TP 1998 nro. 106 p. 5626

Art. 14: Los proveedores de información y las bases de datos son solidariamente responsables por los daños y perjuicios que ocasionaren a las personas sobre las que han suministrado información financiera, comercial o crediticia falsa o en contravención a la presente ley.

⁴⁶ GORDELO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998. En igual sentido GALLARDO - SONIA - OLMEDEO - FLORI, "Hébras data", LL, 1998-A-977.

⁴⁷ Ver C. Nac. Com., sala C, "RRJ v. Organización Vesa", LL, 1997-A-212; C. Nac. Civ., sala A, "Pachini, Oscar y otro v. Organización Vesa", LL, 1998-B-3.

Diputados firmantes: Maqueda

Régimen de protección de datos —habeas data—

TP 1999 ano. 5, p. 355

Art. 15: Quiénes realicen actividades vinculadas al tratamiento de datos son directamente responsables de los daños ocasionados, cuando el tratamiento de datos no se ajuste a las prescripciones de la presente ley. A tal efecto el responsable del registro o banco de datos tendrá los siguientes deberes: a) Seguridad. Adoptar las medidas necesarias que garanticen la seguridad de los datos...

Diputados firmantes: Godoy

Régimen de Protección de datos

TP 1999 nro. 29 p. 1812

Art. 11: La indemnización al afectado por los daños y perjuicios producidos por la información de datos personales inexactos y/o falsos, podrá tramitarse sumariamente dentro del juicio de habeas data que se hubiera promovido conforme a la presente.

Diputados firmantes: Nasale

Régimen de habeas data

TP 1999 nro. 36, p. 2126

Art. 17: Incorporase como art. 1071 ter del CCiv., el siguiente: Toda persona tiene derecho a tomar conocimiento de los datos referidos a ella, y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes. En caso de que la información fuere falsa, discriminatoria, deficiente, insuficiente... tendrá derecho a exigir... su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización con recurso de trámite sumario, en caso de negativa, ante la justicia ordinaria.

Senadores firmantes: López

Ley de Habeas Data

DAE 1998 nro. 32, p. 811

No se habla sobre la responsabilidad civil, de las empresas de riesgo crediticio en particular pero es dable observar el artículo citado a continuación:

Art. 14: En la prestación de servicios de información crediticia sólo pueden tratarse los siguientes tipos de datos de carácter personal:

- a) Los obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento;
- b) Los relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de contenido patrimonial facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará al afectado, en el plazo de 10 días desde dicho registro, una referencia de los datos que hubiesen sido incluidos y se le informará de su derecho a recabar, rectificar y ampliar la información de la totalidad de ellos en los términos de la presente ley.

— Sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos de carácter personal que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos 10 años.

— No podrán cederse datos referidos a las obligaciones prescritas.

Senadores firmantes: Menem

Ley de Habeas Data

DAE 1998 nro. 34, p. 860

Art. 26: Prestación de servicios de información crediticia.

1. En la prestación de servicios de información crediticia sólo pueden tratarse datos personales de carácter patrimonial relativos a la solvencia económico y al crédito, obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.

2. Pueden tratarse igualmente datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de contenido patrimonial, facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés.

3. A solicitud del titular de los datos, el responsable o usuario del banco de datos, le comunicará las informaciones, evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y domicilio del cesionario en el supuesto de tratarse de datos obtenidos por cesión.

4. Sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos de carácter personal que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos diez años.

5. La prestación de servicios de información crediticia no requerirá el previo consentimiento del titular de los datos a los efectos de su cesión, ni la ulterior comunicación de ésta, cuando esté relacionada con el giro de las actividades comerciales o crediticias de los cesionarios.

Senadores firmantes: Branda

Ley de Hábeas Data

DAE 1998 no. 38, p. 981

Art. 22. *Responsabilidad Civil*: En caso de que de la inexactitud, falsedad o desactualización de los datos objeto de tratamiento, derivara un perjuicio al titular de los mismos, dicho perjuicio será indemnizable por el responsable del archivo o base de datos, de acuerdo a las normas generales sobre responsabilidad por daños del Código Civil.

Senadores firmantes: Del Piero

Ley de Hábeas Data

DAE 1998 no. 55, p. 1403.

Banco de datos sobre solvencia patrimonial o de crédito

Art. 16: Cuando el interesado lo solicite, se le informará qué consultas fueron realizadas a su respecto y qué información y/o evaluación han sido brindadas.

Los datos sobre solvencia patrimonial o de crédito caducarán al término de 5 años y no podrán seguir almacenados, salvo consentimiento del interesado.

Art. 17: Sin perjuicio de las responsabilidades por los daños o perjuicios ocasionados al titular...

Senadores firmantes: Branda

Ley de Tarjetas de Crédito

DAE 2000 no. 150, p. 2977

Art. 51. *Información a las bases de datos de antecedentes financieros personales*: Las entidades informantes serán responsables por la información incorrecta aportada a las bases de datos de antecedentes financieros acerca de los titulares o beneficiarios de extensiones de tarjetas de crédito.

Referencias:

TP: Trámite Parlamentario. Cámara de Diputados.

DAE: Diario de Asuntos Entrados. Cámara de Senadores.

VII. VISIÓN EXTRANJERA

Asimismo vale destacar que numerosos países, con anterioridad a la incorporación de dicho instituto en nuestra Constitución Nacional, han sancionado normas protectoras en el mismo sentido que el instituto en análisis. Entre ellos cabe destacar los casos de Estados Unidos, Australia, Finlandia, Islandia,

Bélgica, Italia, Gran Bretaña y España. Las Constituciones española de 1978 (arts. 18.4 y 105, b) y la portuguesa de 1976, se encuentran entre las primeras que han incorporado esta problemática al texto de una ley fundamental.

Junto a estas legislaciones se debe tener en cuenta también el Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento automatizado de Datos de Carácter Personal, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 22/9/1980.

Entre los aspectos de mayor relevancia temática vale destacar: las exigencias de veracidad y correcta utilización de datos (art. 5°); se reconoce también el derecho al conocimiento por parte de los interesados de la existencia de datos que les conciernen, de la posibilidad de cancelarlos o corregirlos, así como la facultad de recurrir ante cualquier transgresión de los derechos anteriores (art. 8°).

En el mismo sentido es dable destacar el art. 28 de la Ley Orgánica española 5/92, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal que se refiere a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito desde una doble perspectiva.

Por un lado, determina que quienes se dediquen a la prestación de servicios sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar automatizadamente datos de carácter personal obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el afectado o con su consentimiento. Y por otro, regula el tratamiento de datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias señalando que podrán tratarse dichos datos siempre que sean facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés.

VIII. CONCLUSIONES

Es claro, como lo hemos sostenido en las líneas de este trabajo, que la actividad económica necesita conocer los datos comerciales y financieros de las personas físicas o jurídicas, a efectos de otorgarles créditos, operar con cuentas corrientes bancarias, emitir tarjetas de crédito, y/o cualquier otro instrumento que necesite contar con información determinada de un sujeto, para conocer la capacidad de repago en principio y los antecedentes que pesan sobre dicho individuo en estos aspectos para evitar el acaecimiento de hechos fraudulentos.

El desarrollo informático posibilitó que diversos tipos de información, que se producen a partir de los movimientos comunes que realiza cada persona en su vida cotidiana⁴⁸, pudieran almacenarse y procesarse a una velocidad inusitada.

En virtud de esto aparece una nueva actividad comercial desarrollada por las denominadas "empresas de análisis de riesgo crediticio", que suministran

⁴⁸ Una investigación publicada en 1996 calculaba que en los Estados Unidos una persona genera 150 registros electrónicos diarios. Fuente: revista *Viva, Claro*, 21/3/1999.

informes a las entidades financieras o terceros que lo soliciten, sobre la situación comercial o financiera de una persona, sea ésta física o jurídica, utilizando principalmente los datos almacenados por ellos informáticamente, a partir de la recopilación de los antecedentes que recogen de distintas fuentes públicas ⁴⁹.

Muchas veces a partir de que dichos informes contienen datos inexactos o falsos, el individuo sobre el que se han producido se ve perjudicado en sus derechos, material y moralmente. Porque a pesar de los adelantos técnicos, aún no existe la posibilidad de procesar con exactitud tanta información.

Hemos analizado así los presupuestos de la responsabilidad, necesarios para que se configure el deber de indemnizar por parte de las empresas en cuestión.

Así, hemos dicho que al no existir una relación jurídica anterior, en este caso entre las partes, la responsabilidad se ubica en la órbita extracontractual, configurándose la ilicitud genérica en el art. 1109 de nuestro CCiv. y la ilicitud específica, como hemos visto, en el art. 1071 bis del mismo Código, por la afectación de los derechos personalísimos a la privacidad, a la identidad y al secreto; o por inexactitudes en los datos informatizados.

Asimismo, hemos sostenido que la responsabilidad es subjetiva, o sea que el factor de atribución es la culpa o el dolo, considerando que, en el tema en análisis, al suministrarse información financiera falsa o inexacta de una persona los elaboradores o explotadores del banco de datos, en base en el cual surge dicha información, evidencian su negligente conducta y despreocupación (culpa) al no verificar la exactitud o veracidad de la información divulgada a terceros.

Y en el supuesto de que el daño derive del riesgo o vicio de la cosa empleada, el factor de atribución es objetivo con fundamento en el art. 1113 de nuestro CCiv.

Hemos expresado también, siguiendo al Dr. Bustamante Alsina, que el hecho ilícito, producido a partir de la divulgación de datos personales falsos o erróneos, no recae directamente en el patrimonio sino en un derecho de la personalidad, lo cual al producir un desmedro de la identidad de la persona involucrada causa eventualmente una repercusión patrimonial negativa.

En virtud de lo expresado, se puede concluir que es inextinguible la responsabilidad de las empresas de riesgo crediticio por los daños materiales o morales producidos, a partir de la revelación a terceros de datos falsos o inexactos sobre la conducta financiera, comercial, o composición del patrimonio, y capacidad de una persona determinada.

Así también hemos analizado, la acción procesal incorporada en nuestra Constitución Nacional por la reforma constitucional de 1994, el hábeas data y

⁴⁹ "La actividad que pueden desarrollar algunas empresas privadas produciendo informes sobre aspectos que hacen a la situación patrimonial de las personas, su utilidad comunitaria se vincula a la seguridad en las obligaciones contractuales y cambiarias... Ahora bien, no puede soslayarse el derecho que le asiste a cualquier persona de conocer la conducta anterior de aquel con quien se propone contratar" ("Pochini, Oscar y otros v. Organización Venz", LL, 3/3/1998).

como ha quedado demostrado es necesaria su urgente reglamentación por parte del Poder Ejecutivo. O, caso contrario, será tarea de los Tribunales, teniendo como miras la protección del ciudadano —objetivo hasta hoy muy poco visualizado, en relación a esta acción— ir delineando como lo hicieron en el caso “Siri” y en el caso “Kot” la consagración del instituto citado.

Del mismo modo, he establecido los aspectos más relevantes en cuanto al tema que me tocó analizar, de los proyectos legislativos presentados desde 1997 hasta la fecha sobre el debate aquí planteado. Lo que demuestra que en el interior de la sociedad surge la imperiosa necesidad de establecer parámetros precisos sobre los cuales se desarrolle la actividad comercial que tiene como objetivo brindar informes de antecedentes comerciales y/o financieros de las personas. De igual modo queda patentizada la ineficacia legislativa de nuestros representantes, que no pueden sancionar una ley que ponga en primer lugar la figura protegida de un consumidor, por la presión indiscutible que los lobbies empresariales ejercen sobre ellos, teniendo como bandera “la seguridad del mercado”.

De la misma forma hemos visto la existencia de legislación vigente en la materia en distintas naciones extranjeras, que demuestra la opuesta conducta con relación a nuestro Poder Legislativo. Teniendo así el ciudadano, como las empresas en análisis, claras reglas de juego dentro del marco social.

Encontrándose, de esta manera, un punto de equilibrio entre el interés público y el interés privado.

Por todo lo expuesto, podemos sentar el reclamo de una urgente sanción por parte del Poder Legislativo, de una ley que regule el suministro de información financiera y comercial de los ciudadanos, y es oportuno recordar aquí las palabras de Jacques Fauvet³⁰:

“El poder de la informática, en particular, requiere de contrapoderes para evitar que ella pueda mentar contra la vida privada, la dignidad, y las libertades públicas e individuales”.

³⁰ ANTON - RAMUNO, “Hábes...”, cit. Citando a FAUVET, Jacques, “Hay que defender las libertades individuales”, *Bol. de la Secretaría de Prensa y Difusión*, 1987, p. 27.

UN CRISOL UTILIZADO POR LA HISTORIA, EL DERECHO Y LA CIENCIA DEL PUEBLO

AGUSTÍN PARISE *

*"Aclara el lazo vivo que liga al presente
con el pasado y nos permite penetrar
en el espíritu del derecho".*

Federico Carlos Von Savigny (1779-1861)

Es menester plantear sucintamente, y a modo de introducción, los objetivos de este breve opúsculo. Esto se desprende de la necesidad de orientar al lector en el desarrollo de su análisis.

Los profesionales y estudiantes del Derecho, a lo largo de la última década, han perdido contacto con el estudio de la llamada Historia del Derecho.

Esta última es una rama del conocimiento empeñada en indagar, no sólo la historia de la legislación, o los principios inspiradores de las decisiones jurídicas de antaño, sino también su aplicación práctica ¹.

Asimismo, se puede entender, ya de una manera más amplia, como el estudio de la naturaleza, elementos y variaciones sufridas por un sistema jurídico del pasado ².

Con el objeto de facilitar el estudio de esta área de las ciencias jurídicas, se ha realizado una división en su análisis. Por un lado el estudio en su aspecto externo y por el otro con relación a su ámbito interno.

La historia externa es la de las fuentes del Derecho (v.gr. Ley, Costumbre, Jurisprudencia, Doctrina) y de los sucesos político-sociales que lo explican. La historia interna, dando por sabida la externa, trata de las transformaciones de las instituciones jurídicas ³.

¹ LEIVA, Alberto D., nos acerca esta impresión en el comentario de su nota titulada "Las fuentes para el estudio de la historia del derecho argentino en el Archivo General de la Nación", para *Revista del Instituto de Historia del Derecho Dr. Ricardo Levene* nro. XXV, Buenos Aires, 1979, p. 411.

² VILLAMAR, Claudio, *Lecciones de Historia del Derecho*, Quito, 1995, p. 35.

³ AUSTALIM, Enrique R. - GARCÍA OLANO, Fernando, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1939, p. 76.

* Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Actualmente, y debido a las exigencias del plan de estudios brindado por las Universidades Nacionales, los alumnos se limitan a realizar una aproximación a los temas de Historia del Derecho. Ya sea dentro de alguna materia introductoria (v.gr. Teoría General del Derecho) o como materia optativa dentro del Ciclo Profesional Orientado, *hoc est*, el estudio de la historicidad del Derecho está perdiendo vertiginosamente su autonomía didáctica.

En otro orden de cosas, no mencionar su innegable autonomía científica, nos conduciría a una omisión de magnitudes insospechadas. Esto se debe a la abundante labor realizada por los investigadores del Derecho sobre la historia de sus instituciones.

Desafortunadamente no es función de nuestro trabajo hacer demasiado hincapié en esta realidad, sino que por el contrario, sólo queremos hacer mención a su existencia.

Teniendo presente lo expresado *supra*, planteamos como objetivo primordial ensayar la existencia de una potencial amalgama entre el Derecho, la Historia y la Ciencia del Pueblo, los cuales están suscriptos en el encabezamiento dado a este esbozo. Ergo, se demostraría la autonomía de ellos y su eventual fusión.

* * *

Sin más, cabe mencionar que: entender al Derecho como algo aislado y separado de la Historia, sería un primer impedimento para comprender la penetración planteada.

Por otra parte, faltaría hacer referencia a la integración de la Ciencia del Pueblo dentro del fusor. Concepto que trataremos *vide infra*, pero que, bien vale adelantar como asimilable al *folklore*.

Centrando la atención en los dos primeros elementos (i. e. Historia y Derecho) es momento de realizar una breve, pero necesaria, aproximación a sus conceptos.

Fue Heródoto de Halicarnaso (480-430 a.C.), en la antigua Grecia, quien comenzó a realizar pesquisas historicistas. Éstas fueron realizadas por medio de preguntas, indagaciones, búsquedas y hallazgos de datos. Esos testimonios, y el posterior análisis crítico de los mismos, se sometieron a un orden y se los expuso en forma congruente. Fue con este primitivo modo de actuar que se considera creado el método histórico.

Teniendo presente el actuar del "padre de la Historia" y el de sus incontables discípulos, se puede arribar a la siguiente noción: Historia es la recreación intelectual de un pasado específicamente humano, a través de una pesquisa realizada mediante inferencias sobre las fuentes, y la exposición congruente de los resultados obtenidos ⁴.

⁴ PEREZ AMUCHASTEGUI, A. J., *Algo más sobre la Historia*, Buenos Aires, 1982, p. 186. Esta

Habiendo formado una postura ante el término Historia, cabe volcar la atención a lo entendido por Derecho.

El vocablo derecho (derivado del latín *directus*, participio pasivo de *dirigere*, dirigir, alinear, encauzar) tiene varias acepciones y su desarrollo ex abrupto haría que nuestro trabajo quede desdibujado.

Es por ello que nos limitaremos a acompañar determinadas nociones sumarias, señalando su creador o postura doctrinaria.

Dentro del llamado positivismo crítico encontramos la noción pregonada por Icilio Vanni (1855-1903), el Derecho, en sentido objetivo, es el conjunto de las normas generales impuestas a la acción humana en sus relaciones externas y apoyadas por la autoridad del Estado, para garantizar la realización de los fines del individuo y de la comunidad.

Por su parte Raymundo Salvat (1881-1940) sostiene que, en cuanto al sentido subjetivo, la palabra derecho significa una facultad o un poder del individuo, que le permite realizar determinados actos ⁵.

Singular interés presenta también la idea de Derecho dada por el jurista práctico Carlos Aubry (1803-1883). Ésta sostiene que el Derecho es el conjunto de preceptos o reglas de conducta, a la observancia de las cuales está permitido sujetar al hombre por una coacción exterior o física.

Finalmente cabe citar la definición dada por Arturo Orgaz (1890-1955). Ella ubica al Derecho como el sistema de normas dotadas de coactividad que sirven para delimitar, coordinar y proteger aquellos intereses que se estiman valiosos para la convivencia ⁶.

Dejando a un lado lo escueto de las nociones dadas, es interesante recalcar que ellas ayudan al lector en su formación sobre lo que se entiende por Historia y Derecho. Cuestión apremiante para poder continuar con el desarrollo de los objetivos propuestos.

* * *

El mundo, durante el siglo XVIII y en los umbrales del siglo XIX, estaba regido por la idea del racionalismo.

Fueron los máximos exponentes de esta corriente de pensamiento, entre otros, Francisco María Arouet Le Jeune, conocido como Voltaire (1694-1778); Carlos Luis de Secondat, llamado Montesquieu (1689-1755); y Godofredo Leibniz (1646-1716). De sus estudios, así como del resto de los trabajos de sus

notión de Historia es el producto de un largo proceso de perfeccionamiento que realiza el autor, sobre las nociones previas existentes.

⁵ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino*, Parte General, Buenos Aires, 1917, p. 1.

⁶ TORRE, Abelardo, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1957, p. 258.

coetáneos, se desprenden los basamentos de la doctrina mencionada en el párrafo precedente.

En esta corriente de pensamiento que pregonaba el predominio de la razón, se menospreciaba y se dejaba de lado la Historia. Eso último, dentro de todos los aspectos posibles.

Es por ello que los regímenes jurídicos no quedaron exentos frente a esta concepción; y en la formación de las normas, se descartó toda posible participación del método histórico.

Se trataba de destruir las tradiciones para crear, según los dictados de la razón, el mejor derecho posible, y crearlo con la eficacia de códigos completos y sistemáticos que abrogasen las leyes y costumbres del pasado, y establecieran el Derecho y la Justicia del porvenir⁷.

Frente a esta línea de pensamiento, surgió un movimiento de oposición en el cual se planteó la posibilidad de alterar las posturas formadas en la corriente del racionalismo.

La nueva corriente de pensamiento fue encabezada, entre otros, por Juan Fichte (1762-1814), Federico Schelling (1775-1854) y Juan Herder (1744-1803). Estos filósofos proclamaron la superioridad del espíritu y los sentimientos individuales como forma de conocimiento de la realidad.

Cabe indicar al lector que estos cambios en la visión de la humanidad dieron como resultado el inicio de la denominada era romántica. Ésta se desarrolló a fines del siglo XIX, y abarcó expresiones tan diversas como la literatura, el teatro, la música, la pintura y la filosofía.

En esta nueva corriente de pensamiento se considera que el presente es la culminación de un pasado dinámico. Y para comprender el presente es menester, por lo tanto, saber cómo se ha formado.

El juristaconsulto Gustavo Hugo (1768-1834), por su parte, enrolándose en esta posición ideológica, sostuvo que la Historia y el Derecho debían ir de la mano ya que sin la primera el segundo carecía de fundamento.

Por ende, las fuentes del Derecho no eran solamente las leyes, sino que, como lo plantea Hugo en su obra titulada *¿Son las leyes las únicas fuentes de reglas jurídicas?* —1814—, toma un carácter de suma importancia la costumbre.

Esto último determina que las necesidades y usos de los pueblos son las verdaderas causas de la formación paulatina del Derecho, que viene a ser un producto de la Historia⁸.

La Historia aparece, así, como un organismo en desarrollo; todo cuanto ocurre está ligado a lo ya ocurrido y es una consecuencia de ello. No se puede

⁷ BLÜCHER, Carlos G., *El Derecho. Ensayo de una teoría integral*, Buenos Aires, 1934, p. 138.

⁸ VILLANAR, Claudio, *Lecciones...*, cit., p. 538.

conocer un acontecimiento si no se conoce su génesis y el desarrollo consiguiente⁹.

El Derecho y las ciencias jurídicas no quedaron exentos de la influencia de esta corriente de ideas. Se podría agregar que los postulados del romanticismo sirvieron de basamento para la Escuela Histórica o Historicista del Derecho que tuvo su origen en la Alemania del siglo XIX.

* * *

El creador de la Escuela Histórica del Derecho fue Hugo, pero cabe mencionar, debido al aporte trascendental que realizaron, a los campeones de la Escuela: Federico Carlos Von Savigny (1779-1861) y Jorge Federico Von Puchta (1798-1846). El primero de éstos es conocido, entre otros, por su estudio titulado *Sistema de Derecho Romano actual* —1840—; mientras que el segundo por su esbozo *El Derecho consuetudinario* —1828—.

El primero de estos autores partió de la base de la autonomía e historicidad de los pueblos y los ámbitos culturales. Por ello, el ordenamiento jurídico de un pueblo es producto fluido de su espíritu nacional, como lo son la lengua y el arte¹⁰.

Uno de los pilares fundamentales de la Escuela Histórica estaba dado por el hecho de sostener que el Derecho era una manifestación del espíritu del pueblo, *scilicet*, no es pues el Derecho un producto racional o voluntario, sino una manifestación del alma popular que, a través de oscuros procesos inconscientes se concreta sobre todo en el Derecho Consuetudinario¹¹.

Concluir que los historicistas negaban la posibilidad y necesidad del estudio valorativo del Derecho, con la intención de hallar y señalar sus ideales, sería incorrecto; ya que esta Escuela pregonaba la imposibilidad de arribar a ellos, por medio de un método racionalista. *Quod est*, abrían la puerta a la necesidad de alcanzar el conocimiento de esos ideales por medio del Derecho Consuetudinario o costumbre. Lo que ellos llamaban *volksgeist* o Espíritu del Pueblo.

La Escuela Histórica del Derecho, durante la primera mitad del siglo XIX, y bajo la influencia, entre otros, de los tres grandes juristas mencionados *supra* (i.e. Hugo, Savigny, Puchta) dedicó los estudios casi con exclusividad al Derecho Romano, ya que consideraba que los pueblos de Occidente habían sufrido gran influencia del ordenamiento romanista del Derecho. *Ergo*, su estudio era fundamental.

⁹ CASSANI, Jorge L. - PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, A., *Del Epos a la Mitología Científica*, Buenos Aires, 1961, p. 136.

¹⁰ LAPEZEA ELLA, Ángel E., *Introducción al Derecho Romano*, Buenos Aires, 1972, p. 242.

¹¹ *Op. cit.* en nota 6, p. 425.

A mediados de la misma centuria, otros juristas tales como Carlos Jorge Mittermaier (1787-1867), Jorge Beseler (1809-1885) y los hermanos Jacobo (1785-1863) y Guillermo (1786-1859) Grimm, comenzaron a dedicar tiempo de estudio al Derecho germánico, ya que consideraban que respondía al verdadero espíritu y costumbres del pueblo.

Por lo antedicho, se advierte que la Escuela Histórica sufrió una bifurcación: por un lado, la tendencia romanista y, por el otro, la correspondiente a cada región geográfica sujeta a análisis (v.gr. Alemania, Holanda, Francia).

Se desprende claramente la existencia de dos grandes ramas. El desarrollo de cada una excede los objetivos de este breve opúsculo, pero su mención es inevitable.

Bien vale citar las palabras de Juan A. García (1862-1923) quien en 1896, al inaugurar el curso de Introducción al Derecho, como profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, manifestó a sus alumnos: "los pueblos que constituyen una nación, es decir, que tienen un alma común, no pueden arrojar entre trastos viejos las leyes de sus antepasados. Nuestra vida no ha comenzado con la Constitución Federal y el Código Civil. Durante tres siglos se han sucedido en este suelo varias generaciones de hombres que sufrieron y lucharon, tuvieron su régimen político, su ley civil y religiosa, elaborada lentamente en la madre patria desde la época romana"¹².

Las palabras de García ayudan a comprender cómo la Escuela Historicista tuvo injerencia en distintas latitudes las que reflejan, además, la recepción de las ideas dentro de nuestros claustros académicos.

Corolario a este acápite, queda reseñar que la Escuela sujeta a estudio no sólo tuvo aplicación en la Alemania del siglo XIX.

A esta altura del desarrollo del tema, se puede señalar que ya sabemos las formas en que la Historia y el Derecho se relacionan, y eventualmente, fusionan dentro del mencionado "crisol"; nos restaría ver cómo la llamada ciencia o *folklore* del pueblo se relaciona con ellos.

Utilizando el método de clasificación de fuentes históricas, creado por el profesor alemán, quizá el más celebre de los metodólogos, Ernesto Bernheim (1850-1942); y entendiendo al vocablo *fuer*te como principio o fundamento de algo¹³, podemos asegurar que dentro del sistema de fuentes de la Historia tenemos dos grandes grupos: el compuesto por restos y el compuesto por tradiciones.

¹² LEYAGGE, Abelardo, *El culto de la Historia Jurídica en la Universidad de Buenos Aires (1876-1979)*, Buenos Aires, 1977 p. 34.

¹³ *Enciclopedia ilustrada de la lengua castellana*, T. II, Sapient, Buenos Aires, 1956, p. 272.

Dentro del primer gran grupo se encuentran los monumentos que tienen un fin conmemorativo (v.gr. inscripciones) y, por otro lado, los restos propiamente dichos. Estos últimos no tienen un fin conmemorativo.

Dentro de los restos propiamente dichos se encuentran los que presentan elementos corpóreos (v.gr. productos industriales, artísticos, documentos) y los que son de composición incorpórea (v.gr. idiomas, usos, supervivencias de religión).

Ya dentro de la otra gran rama de las fuentes de la Historia, y utilizando las palabras de Francisco Gény (1861-1959), quien desde su cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Dijon sostuvo que no es la tradición otra cosa que una autoridad confirmada por su antigüedad¹⁴, cabe realizar una aproximación a su comprensión.

Puede, la tradición como fuente de la Historia, ser de tres clases: Figurada (v.gr. pintura rupestre, escultura histórica, representaciones topográficas), oral (v.gr. leyendas, anécdotas, proverbios, cantos históricos) y/o escrita (v.gr. anales, crónicas, biografías).

Como se desprende claramente de lo ejemplificado supra, las tradiciones requieren la existencia de intermediarios que las transmitan¹⁵, ya que carecen de autonomía interpretativa. Por sí solas no le dicen nada claro al pesquisador sobre su verdadero valor histórico.

Para su interpretación se requiere de un auxiliar; este último puede ser una fuente del tipo restos u otra fuente del tipo tradición. Ya que se puede interpretar el valor de una fuente con el soporte brindado por otra.

Recapitulando, cabe indicar que dentro de las fuentes habíamos señalado la existencia de restos, por un lado, y de tradiciones, por el otro.

* * *

Oportuno resulta acompañar una definición del vocablo *folklore* o ciencia del pueblo, ahondando un poco en su contenido. Esto ayudara en la comprensión de la fusión planteada en el título dado a este ensayo.

Podemos definir al *folklore* como aquel conjunto de las tradiciones, creencias, leyendas y costumbres de las clases populares¹⁶.

Fue el inglés Guillermo Thoms (1803-1885), el creador de la voz *folklore* (*folk*: popular, *lore*: ciencia o saber). El *folklore* no deriva de la naturaleza intrínseca de los bienes o fenómenos. Nada es *folklore* por fatalidad de su esencia,

¹⁴ GENY, FRANCISCO. *Método de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Madrid, 1925, p. 455. Cabe indicar que fue este doctrinario quien posuló los lineamientos del llamado movimiento de la *Libre Investigación Científica*, más aun, su teoría de *tradición* bien vale citarse.

¹⁵ LEVINE, Ricardo, *Lecciones de Historia Argentina*, T. I, Buenos Aires, 1934, p. 2.

¹⁶ *Op. cit.* en nota 13, p. 244.

sino que se conviene en tal debido a una peculiar asimilación cultural, a una típica actitud colectiva frente a ellos.

Para que un hecho o producción de cualquier índole pueda ser considerado *folklórico* debe poseer los siguientes rasgos:

Debe ser anónimo, es decir que no es obra de un creador individual. Asimismo debe ser colectivo, i.e. ser aceptado por la comunidad en donde se desarrolla. Como tercer requisito implica que sea comunicado merced a la memoria colectiva. Finalmente debe tener basamento o inspiración en alguna necesidad existente en el grupo que lo creó. Es decir, tener carácter funcional.

Asimismo tenemos un sentido de *folklore* según la región geográfica donde se encuentran las distintas tradiciones. Es por ello que se habla de un *folklore* regional o universal. El primero es el característico de cada región, mientras que el segundo agrupa los elementos que son comunes a todo tipo de fenómeno folklórico, sin importar su ubicación geográfica.

En otro orden de cosas, puede realizarse un estudio científico de la ciencia del pueblo, en el que se realizan pesquisas de carácter sociológico e histórico. Se busca la filosofía del alma popular, cuya máxima expresión es el *folklore* mismo¹⁷.

La clasificación de fuentes de la Historia, realizada en el acápite anterior nos ayuda a colocar a la ciencia del pueblo o *folklore* dentro del tipo denominado: tradición. Ya sea en cualquiera de sus acepciones, i.e. oral, escrita o figurada.

Esto se debe a que el *folklore* utiliza las distintas formas de expresión oral (v.gr. romances, coplas, refranes, leyendas, cuentos populares, fábulas) para transmitir su esencia, de generación a generación.

Lo mencionado en el párrafo anterior no es en desmedro de la potencial utilización de las restantes fuentes por parte del *folklore*.

Teniendo presente que habíamos postulado *ab initio* la existencia de un crisol utilizado por la Historia, el Derecho y la Ciencia del Pueblo, nos queda pendiente encontrar un supuesto en el cual el *folklore* pueda servir como fuente o herramienta para la Historia del Derecho.

Para lograr dicho cometido no es necesario alejarse de los orígenes mismos de la Escuela Histórica del Derecho, sobre la cual se trató *supra*.

En apartados precedentes habíamos señalado a los hermanos Grimm como integrantes de la Escuela Histórica del Derecho de base germánica.

¹⁷ COLUCCIO, Félix, *Diccionario folklórico argentino*, Tt. I y II, Buenos Aires, 1994. De la lectura de las páginas de esta obra se desprenden ideas y conceptos, los cuales ayudaron a formar los postulados mencionados *supra*.

Estos juristas dedicaron su vida a dos actividades. La primera de ellas, la cual los condujo a la inmortalidad, fue la recolección de fábulas y cuentos tradicionales o populares. La otra, y a nuestro entender complementaria de la primera, fue la investigación de temas relacionados con la Escuela Histórica.

La actividad mencionada en segundo término, *quod est*, la investigación de temas relacionados con la Escuela Historicista del Derecho, quedó reflejada por la aparición de estudios relacionados con la Historia y Filología (v.gr. *Historia de la lengua alemana* —1848—, *Diccionario alemán* —1852—, *Antiguo derecho alemán* —1862—), las cuales fueron elaboradas en conjunto por ambos hermanos, pero con mayor participación de Jacobo Grimm.

Dentro de la primera actividad, la cual se podría denominar como la elaboración de un método histórico aplicado a trabajos literarios, realizaron investigaciones sobre el *folklore* alemán y publicaron en 1812 la primera edición de sus *Cuentos de niños y hogares*.

Tuvieron acceso a la biblioteca privada de Savigny, autor de la obra titulada *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia* —1814—, quien guardaba una colección de manuscritos y textos sobre héroes y relatos medievales¹⁸.

Debido a las consultas realizadas a dicha biblioteca y a la recolección oral de cuentos y leyendas recorriendo el sur de Alemania, pudieron recopilar 210 historias, entre las que se encuentran "Blanca Nieves y los 7 Enanos", "Cenicienta", "Caperucita Roja", "Pulgarcito", "Hansel y Gretel", "La Bella Durmiente del Bosque", "Los músicos de Bremen", "El sastrecillo valiente", "El Rey Sapo", "El Acertijo" y "Rapunzel"¹⁹.

Los primeros tres cuentos mencionados *supra* (i.e. "Blanca Nieves y los 7 Enanos", "Cenicienta" y "Caperucita Roja") presentan un caso atípico, ya que su creación ha sido atribuida al francés Carlos Perrault (1628-1703), quien a lo largo de su obra *Cuentos de Mamá Ganso* —1697— describe algunos relatos similares a los que los hermanos Grimm, circa ciento cincuenta años después, desarrollarían con otros nombres.

Por otra parte, los hermanos Grimm se atribuyen la originalidad de dichos relatos al haberlos incluido dentro de su compendio de *Cuentos de niños y hogares*. Este tema de discusión excede el campo de actuación de este ensayo, pero su mención es más que interesante.

¹⁸ O'NEILL, Thomas, para *Norional Geographic Journal*, vol. 196, nro. 6, Washington, 1999, p. 103.

¹⁹ GRIMM, J. y W., *Grimm's tales for young and old*, Nueva York, 1983. Esta edición, a diferencia de las miles que están circulando alrededor del mundo, presenta una traducción casi literal de los cuentos originales de los hermanos Grimm, los cuales fueron publicados en Alemania bajo el título *Cuentos de niños y hogares*, 1812. Asimismo incluye la totalidad de los cuentos, los cuales suman 210.

La lectura de los cuentos recolectados por los hermanos Grimm tiene la función de reflejar, *grasso modo*, las creencias y el sentir de los habitantes de la zona geográfica que albergó sus vidas.

Asimismo reflejan la ley y el orden de antaño, ya que de ellos se arriba a lecciones e ideales de conducta que reflejan los medios de actuar conforme a derecho en los tiempos pasados.

Se desprenden con claridad, luego de la lectura detallada, de los cuentos recopilados por los hermanos Grimm varias premisas. Entre ellas cabe señalar las que describiremos *infra*. De la misma manera se acompañará la mención, con mero carácter ilustrativo, de algún cuento en el cual las diferentes premisas quedan plasmadas.

El más significativo de los aportes dados por los Cuentos, y que se encuentra presente en casi la totalidad de ellos, es la importancia que le era dada al empeño de la palabra. Si se faltaba o se ignoraba lo prometido o pactado surgían consecuencias nefastas para el incumplidor (v. gr. "El lobo y los 7 cabritos". *Nota bene*: la madre les hace prometer a los cabritos que no abrirán la puerta a extraños, ellos desobedecen lo cual les presenta trastornos).

Asimismo es de interés señalar el respeto profesado hacia los mayores dentro del grupo familiar (v. gr. "Hansel y Gretel". *Nota bene*: los dos hijos teniendo presente las intenciones de los padres no osaron oponerse a la decisión de internarse en el bosque, sabiendo que ello los llevaría a una posible muerte).

En otro orden de cosas, los Cuentos de niños y hogares, pregonan el ideal de trabajo y progreso. Quizá el elemento característico de los habitantes de la región central de Europa (v. gr., "Los tres hermanos", *Nota bene*: en este cuento los tres hermanos dejan a su padre y parten a conseguir algún oficio del cual puedan vivir. Posteriormente se reúnen y los enseñan a su padre).

Presenta notoriedad, luego del estudio detenido de los relatos, el respeto reverencial que había hacia las instituciones, ya no exclusivamente dentro del grupo familiar. Con el vocablo instituciones hacemos referencia al Rey, al Maestro y al Amo o Señor (v. gr. "Los tres idiomas". *Nota bene*: el protagonista obedece a su rey y es sometido a las enseñanzas de su profesor o maestro).

Fue Jacobo Grimm quien, aun ante la negativa de su hermano, se encargó de incluir dentro de los cuentos algunos aspectos de la vida religiosa. Las recopilaciones originariamente carecían de dicho matiz. Pero fue su pluma la que les dio el aspecto actual. Es por ello que en algunos cuentos se refleja el respeto a Dios y sus Mandamientos (v. gr. "El demonio de los tres pelos dorados". *Nota bene*: a lo largo de este relato el diablo se relaciona con los hombres y deja en claro las intenciones que lo movilizan).

No es menos significativo el hecho de que el ingreso al bosque sea asimilable a encontrarse fuera de la ley. De esa manera se le daba la espalda al Derecho. Era el lugar donde las desgracias ocurrían y donde los marginales habi-

taban. Dentro del bosque uno se encontraba en una posición de desamparo jurídico (v. gr. "Caperucita roja"). *Nota bene*: en el bosque los peligros la acecharon desde un comienzo y el lobo vivía en su interior).

Finalmente, es de interés hacer referencia al hecho de que, en los Cuentos de Grimm se encuentran plasmadas ideas similares a las que postuló Juan J. Rousseau (1712-1778). Este último sostuvo que el más fuerte no es jamás demasiado fuerte para ser siempre dueño, si no transforma su fuerza en derecho, y la obediencia en deber.²⁰

Más allá de pertenecer a distintas corrientes de pensamiento, la frase sostenida por el pensador ginebrino refleja con excelencia el *leitmotiv* de los cuentos recopilados por los juristas alemanos.

Asimismo, cabe acompañar las palabras de Jacobo Grimm, quien sostuvo que a su entender los cuentos eran un manual de buenos modales y maneras.²¹

Lo manifestado en líneas precedentes sólo cumple con la función de ilustrar algunos aspectos en los cuales los Cuentos de Grimm, ven reflejado el espíritu del pueblo.

Siendo ese espíritu del pueblo o *folklore* una fuente para el estudio de la Historia, sólo resta plantear los aspectos finales del presente estudio.

Corolario a este breve opúsculo es indicar que los tres elementos que están mencionados en su título, i.e. Historia, Derecho y Ciencia del Pueblo o *Folklore*, están incluidos dentro de un crisol, el cual, al fundirlos, produce una amalgama muy interesante que nos permite concluir que no van por caminos separados.

Sino que, por el contrario, van tomadas de la mano y ayudan a mirar hacia el presente y el futuro con la intención de eludir posibles problemas; evitando que las normas que componen el régimen jurídico actual estén en contraposición con las costumbres arcaicas.

Realizando una deducción lógica simple, se puede concluir en que siendo el *folklore* una fuente de la Historia; y, por otro lado, existiendo la armónica convivencia del Derecho y la Historia dentro de la rama de la ciencia jurídica denominada Historia del Derecho, podemos concluir que los tres elementos se relacionan claramente.

Es de gran significado la frase de Marc Bloch (1886-1944), la cual señala que la incompreensión del presente nace fatalmente de la ignorancia del pasado.

²⁰ ROUSSEAU, Juan J., *El contrato social o principios del derecho político*, Buenos Aires, 1938, p. 12. La historia nos enseña que este pensador no es coetáneo con las ideas pregonadas por la Escuela Histórica más aun vale citar su visión, ya que es compatible con los mensajes que se desprende de los Cuentos de niños y adultos.

²¹ *Op. cit.* en nota 19, p. 109.

Pero no es, quizá, menos vano esforzarse por comprender el pasado si no se sabe nada del presente ²².

El crisol al cual hacemos mención a lo largo del presente ensayo estaría en perfecta armonía con lo manifestado por Bloch, y los efectos que se derivan de él.

Sin la intención de ahondar más en los temas, ya que ello excedería el objetivo del presente, dejamos camino hacia posteriores investigaciones sobre la fusión de los tres elementos.

BIBLIOGRAFÍA

- APTALDIN, Enrique R. - GARCÍA OLANO, Fernando, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1939.
- BLOCH, Marc, *Introducción a la Historia*, México DF, 1965.
- BUNGE, Carlos O., *El Derecho. Ensayo de una teoría integral*, Buenos Aires, 1934.
- CASSANI, Jorge L. - PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, A., *Del Epos a la Historia Científica*, Buenos Aires, 1961.
- COLUCCI, Félix, *Diccionario folclórico argentino*, T. I y II, Buenos Aires, 1994.
- ENCICLOPEDIA ILUSTRADA DE LA LENGUA CASTELLANA, T. II, Sapiens, Buenos Aires, 1956.
- GENY, FRANCISCO, *Método de interpretación y fuentes en el Derecho Privado Positivo*, Madrid, 1925.
- GRIMM, J. - GRIMM, W., *Grimm's Tales for Young and Old*, Nueva York, 1983.
- LAPIEZA ELLI, Ángel E., *Introducción al Derecho Romano*, Buenos Aires, 1972.
- LEIVA, Alberto D. para *Revista del Instituto de Historia del Derecho Dr. Ricardo Levene*, n° XXV, Buenos Aires, 1979.
- LEVAGGI, Abelardo, *El cultivo de la Historia Jurídica en la Universidad de Buenos Aires (1878-1919)*, Buenos Aires, 1977.
- LEVENE, Ricardo, *Lecciones de Historia Argentina*, T. I, Buenos Aires, 1934.
- O'NEILL, Thomas, para *National Geographic Journal*, vol. 196, nro. 6, Washington, 1999.
- PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, A. J., *Algo más sobre la Historia*, Buenos Aires, 1982.
- ROUSSEAU, Juan J., *El contrato social o principios del Derecho Político*, Buenos Aires, 1958.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, 1917.
- TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1957.
- VELAMAR, Claudio, *Lecciones de Historia del Derecho*, Quito, 1995.

²² BLOCH, Marc, *Introducción a la Historia*, México DF, 1965, p. 34.

GÉNERO Y CONTROL SOCIAL

VERÓNICA SPAVENTA *

"Los seres humanos nos vemos enfrentados a un hecho básico, que es idéntico en todas las sociedades: la diferencia corporal entre mujeres y hombres, específicamente la relativa a los genitales. La cultura es resultado de la forma como interpretamos esta diferencia, de cómo la simbolizamos [...]; pero también la cultura es una mediación: un filtro a través del cual percibimos la vida. Nuestra conciencia y nuestra percepción están condicionadas, 'filtradas',
" por la cultura que habitamos"
(MARTA LAMAS, "Cuerpo, diferencia sexual y género").

I. LA DIFERENCIA SEXUAL Y EL GÉNERO

La diferencia sexual se constituye en cimiento sobre el cual se construye el "género" en un doble sentido: como especie de filtro cultural a través del cual se interpreta al mundo, por un lado, y como especie de armadura que constricta nuestras vidas, por otro. El género se refiere a la simbolización que cada cultura elabora sobre la diferencia sexual estableciendo normas y expectativas sociales sobre los papeles, conductas y atributos de las personas en función de su sexo. "Existen múltiples representaciones culturales de la constante biológica universal de la diferencia sexual" (Lamas, M.: 1994).

El género abarca el conjunto de prácticas, discursos y representaciones sociales que, en función de la diferencia sexual, atribuyen determinadas características femeninas y masculinas a mujeres y hombres, respectivamente. A través de este proceso de creación del "género", las sociedades fabrican lo que es "propio" de cada uno de los sexos¹. Advertir que el género no es universal e in-

¹ "Bourdieu señala la eficacia que tiene legitimar una relación al inscribirla en lo biológico y pone en crisis este concepto al definirlo también como una construcción social. En el mismo sentido, para Simone de Beauvoir 'el sexo es un hecho biológico que no devora sólo un episodio cronológico

* Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

mutable sino fruto de una construcción histórica y cultural permitió a las mujeres cuestionarse los roles que les habían sido asignados, como "naturales" a una supuesta "esencia" femenina, e imaginarse identidades femeninas alternativas.

Las identidades individuales y sociales se construyen en la misma medida en que se construye el mundo social. En este proceso de producción, circulación y consumo de significaciones, el derecho juega un papel fundamental. "Las identidades individuales y sociales, que el discurso del derecho contribuye a definir, son operaciones de asignación de sentido que se producen en el cruce de lo jurídico con lo social, lo político, lo cultural" (Ruiz, A. E. C.: 2001).

La constitución de estas identidades es siempre inestable puesto que son constantemente subvertidas y transformadas por la aparición de nuevas identidades o por el reposicionamiento de una o algunas de las existentes. En este sentido, Chantal Mouffe afirma que "no hay ninguna posición de sujeto cuyos vínculos con otros estén asegurados de manera definitiva y, por tanto, no hay identidad social que pueda ser permanentemente adquirida"².

La construcción de una identidad supone un juego con otras identidades en el cual todas ellas se resignifican. "Ninguna está garantizada en lo que 'es', no es permanente ni invariable. Si aparecen nuevas identidades, las que ya están dadas se transforman, aún cuando resistan para preservarse 'sin mácula'. Si algunas desaparecen o son destruidas, la supervivencia de las demás se ve, cuanto menos, amenazada" (Ruiz, A. E. C.: 2000a).

"Lo femenino ha parecido eterno porque ha estado investido del mismo sentido por siglos y siglos, pero el sentido puede cambiar. Y éste es el proceso al que hemos dado vida, un proceso de construcción de sentido, de atribución de sentidos nuevos a la figura de la mujer..." (Bocchetti, A.: 1995)³. Y es precisamente para dar vida a este proceso que necesitamos recurrir a la categoría de "género" con el sentido que le hemos dado.

"No se nace mujer, una se convierte en mujer", escribía Simone de Beauvoir a mediados del siglo XX en *El segundo sexo*. "No existe destino biológico femenino [...] la feminidad no es una esencia ni una naturaleza: es una situación creada por las civilizaciones a partir de ciertos datos fisiológicos" (Beauvoir, S. de: 1999).

c intrascendente en la historia de los humanos. El sexo es, en primer término, sexo vivido; es decir, relativo culturalmente" (Fornet, M. L.: 2006).

² Esta cita está extraída del trabajo de Alicia Ruiz, "De cómo el derecho nos hace mujeres y hombres...", publicado en el libro de su autoría *Ídolo y veneno*. Editores El Puerto, Buenos Aires, 2001. En la misma línea que Mouffe, Foucault —aun cuando omite la dimensión del "género" en su análisis— afirma que las identidades sexuales son contingentes, históricas, es decir, son construcciones culturales. Ficciones necesarias que permiten dar nacimiento a un sentimiento compartido de pertenencia e identificación.

³ La cita de Bocchetti también es tomada del texto de Alicia Ruiz, "De cómo el derecho nos hace mujeres y hombres...", *cit.*

Los criminólogos se han ocupado poco de dar cuenta de este proceso de creación, consolidación y reproducción del estereotipo "mujer" en el que el derecho juega un papel central. Consecuentemente no han advertido cómo el control formal a través del sistema penal dirigido a las mujeres no ha sido ni es igual a aquel que tiene como destinatario a los varones. En adelante intentaré analizar este complejo proceso.

II. EL CONTROL SOCIAL INFORMAL DIRIGIDO A LAS MUJERES

En tanto construcciones sociales, tanto la "desviación" como la "sanción" (formal o informal) están determinadas por los estereotipos culturales establecidos en función del género. La sociedad disciplinaria que describe Foucault, caracterizada por un control minucioso e ininterrumpido que genera un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder porque cada uno deviene -u "propio carcelero" no es vivida de igual modo por hombres y mujeres.⁴

Así como los estereotipos de género operan sobre el orden social, lo hacen sobre el control social, indispensable para el mantenimiento y reproducción de aquél. Estos estereotipos, a su vez, funcionan entre quienes desde las distintas ciencias (sociólogos, antropólogos, criminólogos, juristas, etc.) intentan describir ese orden y el funcionamiento de dicho control. Las tradiciones, las prácticas y las ideologías sexistas operan tanto en las esferas formales como informales de control, de ahí que las feministas las denominen a ambas bajo el nombre de "controles patriarcales". En los párrafos que siguen intentaré describir el modo en que opera el control social informal de las mujeres.

El control social, siguiendo el esquema que propone Zaffaroni, puede ser caracterizado como difuso (o informal) —se ejerce a través de los medios de comunicación, los rumores, los prejuicios, las modas, la familia, etc.—; o como control institucionalizado (o formal) —materializado mediante la escuela, la universidad, la institución psiquiátrica, la policía, los tribunales, etc.—.

La reacción social no institucionalizada o informal frente a la conducta desviada es importante en el caso de las mujeres en tanto precede e integra al control social institucionalizado o formal. El análisis del control informal, así entendido, permite poner de manifiesto los mecanismos de control de lo cotidiano. De esta manera, es posible describir cómo funciona el control social a nivel del espacio público (mediante el control formal) como así también en el ámbito de lo privado (a través del control informal). "Para comprender el mecanismo

⁴ Aunque Foucault no percibe las diferentes experiencias de hombres y mujeres frente al control interno y al disciplinamiento de este tipo de sociedades. "Las mujeres, como los hombres, están sujetas a muchas de las prácticas disciplinarias que Foucault describe. Pero al estar ciega respecto de aquellos disciplinas que producen un tipo particular de cuerpo típicamente femenino" (Bartky, S. J., 1994).

general de reproducción del *status quo* en una sociedad, al mismo tiempo patriarcal y capitalista, es necesario tomar en cuenta no sólo la importancia estructural de la separación entre ámbito público y privado, sino también la complementariedad de los mecanismos de control propios de los dos ámbitos" (Baratta, A.: 2000).

Tradicionalmente, como señala Larrandart, los distintos enfoques criminológicos (ya sea desde el paradigma etiológico o desde el de la reacción social) tuvieron por objeto de estudio la criminalidad y los criminalizados, esto es, la población carcelaria y quienes por alguna razón fueron alcanzados por el sistema de justicia. Si se tiene en cuenta que la población comprendida por el sistema penal en su enorme mayoría es masculina, se podrá advertir que cuando desde la criminología se estudia el control social se está limitando el análisis a la mitad de la población objeto del control, es decir, sólo al control ejercido sobre los varones. La inmunidad de las mujeres frente al sistema penal obliga a preguntarse si son efectivamente etiquetadas de algún otro modo o si existen otros mecanismos, fuera de los penales, con los cuales se sancionen y repriman los comportamientos femeninos definidos como desviados.

A partir de la instalación del patriarcado moderno los roles asignados a las mujeres están vinculados a su sexualidad y reproducción (maternidad) y el ámbito en el que la vida de éstas "debe" transcurrir es el doméstico⁵. En este esquema, no es casual que el control social dirigido a las mujeres haya sido, fundamentalmente, el control informal y que el control formal sólo persiga a las mujeres cuando aquél hubiese fracasado.

"El hecho de que el sistema de justicia criminal tenga como destinatario sobre todo a los sujetos portadores de roles masculinos, y sólo excepcional-

⁵ Los teóricos del contrato social legitiman la autoridad civil del Estado Moderno como si se hubiese originado en un contrato. Este contrato fundacional, como advierte Carole Pateman en su libro *El contrato sexual*, es un pacto sexual-social, aunque la historia del contrato sexual ha sido silenciada. Sin embargo, señala, la historia del contrato social es también la del contrato sexual. El contrato social es una historia de la libertad, el contrato sexual es una historia de la sujeción. El contrato original constituye, a la vez, y paradójicamente, la libertad y la dominación. Ésta a través del contrato fundacional que la libertad de los varones y la sujeción de las mujeres se crea. Por ello, el pacto originario es tanto un pacto sexual como un pacto social. Los discursos contractualistas modernos, subraya Rosa Cabo en su libro *Fundamentos del patriarcado moderno*, Jean Jacques Rousseau, ocultan lo que Pateman llama "la esencia privilegiada" ya que el contrato social no logra explicar todo sino tan sólo aquello de lo que en verdad quiere dar cuenta. Para que los hombres "libres" e "iguales" puedan haber construido un nuevo orden social a través del pacto es necesario que, previamente, se haya producido un contrato sexual —que crea una relación de subordinación de las mujeres respecto de los varones— de forma tal que cuando se pacta en el contrato social las mujeres han sido previamente excluidas como posibles sujetos de ese pacto. El contrato sexual funda el espacio de lo privado mientras que el pacto social da origen al ámbito de lo público. El espacio de lo "público", entonces, desde esta lectura, señala Femenías, se funda en un acto constitutivo del orden de lo "privado" que ha permanecido oculto, olvidado, enmarcado en el discurso teórico del contractualismo moderno. "La ciudadanía, tal como el contractualismo la entiende, sólo es posible gracias a ese acto fundacional previo: el contrato sexual" (Femenías, M. L.: 2000).

mente a los sujetos portadores de roles femeninos, explica entonces —y mucho mejor que todas las teorías etiológicas y biologicistas— su incidencia tanto menor sobre la población femenina” (Baratta, A.: 2000). No es que las mujeres, como históricamente se ha afirmado, delincan en menor medida que los varones sino que el control social informal opera de manera más intensa sobre ellas. El peso de la ley recae sobre las mujeres cuando ninguno de los mecanismos de control informal funciona.

El fenómeno es más complejo todavía. Como advierte Elena Larrauri —desde una postura coincidente con la de Baratta y contraria a la de quienes apoyándose en una supuesta esencia femenina más dócil y buena sostienen que las mujeres delinquen en menor medida que los varones— encuentra algunos factores que explican también la tasa de delincuencia femenina: los roles que en función del género le fueron asignados a la mujer la condicionan de tal manera que dificultan las oportunidades que éstas tienen para cometer delitos. “La responsabilidad de la mujer por el cuidado de la casa, del marido, de los hijos, y no pocas veces de algún familiar enfermo o desasistido por cualquier otra razón, dificulta efectivamente sus movimientos, su capacidad de actuación y sus oportunidades para realizar actividades delictivas” (Larrauri, E.: 1994).

Cuando la mujer se desvía del rol que le es impuesto actúa, como se dijo, en primer lugar el control informal —a través fundamentalmente de la familia y la escuela— con el fin de reforzar la adaptación al rol deficientemente internalizado. Pero, si este control no funciona, se hace necesario poner en funcionamiento los mecanismos propios del control formal. Como afirma Marina Graziosi, cuando el control familiar disminuye quien ejerce la titularidad (el padre de la mujer soltera o el marido de la casada) lo delega y se activan los mecanismos del control penal. Se trata de un control extremo que sólo funciona cuando los mecanismos anteriores fallan o son defectuosos. Por eso son las mujeres que escapan al control informal las que resultan más fácilmente criminalizadas.

El control informal se manifiesta en un primer momento a través del control que se ejerce en la familia. En ella las mujeres son educadas, ante todo, para cumplir con su rol de reproductoras (madres) pero también se les enseña a ser más “dóviles” y “domésticas” que los varones. Definidas la “sexualidad” y la “maternidad” como lugares centrales de la condición social de las mujeres, son también los espacios que se convierten en objetos fundamentales de la reglamentación, de la disciplina y de la represión. Las niñas y jóvenes reciben una distinta educación y control que sus pares varones que limitan sus posibilidades de manejarse. Este “control doméstico”⁶ —en virtud del cual a la joven se le

⁶ Elena Larrauri distingue diferentes ámbitos en los que se manifiesta el control informal: el “control doméstico”, el “control judicial” y el “control público difuso”.

exige que llegue a una determinada hora o que explique dónde y con quién saldrá o estará— está intrínsecamente relacionado con la preocupación de los padres por la sexualidad de sus hijas, preocupación que justifica que éstos ejerzan este control con mayor fuerza sobre la hija mujer que sobre el hijo varón.

Este control doméstico no es exclusivo de las niñas y jóvenes. La mujer adulta también es atrapada por él. Sin embargo, ya no será el padre el que tenga la titularidad del ejercicio de este poder sino el marido, especialmente cuando la mujer no trabaja y, por tanto, depende económicamente del hombre⁷. A cambio de la seguridad económica que él aporta, como sostiene Smart, ella debe estar dispuesta a cumplir con su parte del contrato: cuidado y sexo.

Hay, también para Larrauri, un "control público difuso", que se ejerce a través de complejos mecanismos que dificultan el acceso de las mujeres a los espacios públicos. No olvidemos que el ámbito asignado a la mujer dentro de un sistema patriarcal es el doméstico. La expresión, a menudo todavía escuchada, "¡váyase a lavar los platos!" o "¡quedate en tu casa!" reafirman, según Larrauri, esta distribución de espacios en función del sexo porque con estas frases el emisor expresa que el receptor está invadiendo un lugar que no le es propio: el espacio público no es sitio para las mujeres.

Pero, además, aclara esta criminóloga española, las mujeres sufren un obstáculo adicional para ocupar los espacios públicos: el temor a ser agredidas sexualmente las inhibe de antemano. No es necesario prohibirle a la mujer el acceso a determinados lugares y en ciertas horas, para que ella los evite. En este sentido, la mujer vive, como afirma Edwards, en un "toque de queda simbólico". Las mujeres, según se sostiene en una investigación realizada en Londres sobre una muestra de alrededor de cien chicas pertenecientes a diferentes clases sociales y étnicas⁸, se sienten inseguras frente a la posibilidad de ser víctimas de violaciones, acosos o abusos sexuales, temor que les genera una fuerte sensación de desprotección que incluso en algunos casos llega a paralizarlas. Es decir, el elevado índice de agresiones sexuales contra las mujeres genera una situación de vulnerabilidad que condona profundamente sus vidas. Como afirma Robin West "[t]odas las mujeres, incluso aquellas que nunca experimentaron una agresión sexual, han experimentado el miedo a la violación [...]. El miedo a la violación está siempre con nosotras. Él afecta nuestras vidas de incontables maneras..." (Bovino, A.: 2000).

⁷ En este sentido, Turner y Starnes afirman que "las relaciones patriarcales sobreviven, no sólo porque las leyes tradicionales y los costumbres imponen la inferioridad de la mujer, sino también porque la dependencia económica en las sociedades capitalistas juega un papel crucial, limitando las oportunidades sociales, educativas y políticas" (Darin, M. y Parsh, K.: 1994).

⁸ El artículo de Sue Lees, "Aprender a amar. Reputación sexual, moral y control social de las jóvenes", trabaja en función de los aportes que esta investigación proporciona.

La reputación es otra forma de limitar el acceso de las mujeres a determinados lugares o actividades ⁹. La reputación femenina, como sostiene Sue Lees, supone necesariamente invocar su comportamiento sexual; la de un varón, en cambio, hace referencia a su personalidad, sus éxitos y su posición en la sociedad ¹⁰. Así definida, la represión social de las mujeres a través de la reputación sexual comienza en la adolescencia. Una investigación muy interesante sobre el lenguaje propio de la reputación sexual entre chicas adolescentes ¹¹ evidencia el modo en que expresiones como "zorra" ¹² funcionan como insultos destinados a controlar el comportamiento sexual de las chicas solteras y a conducir las hacia el matrimonio, o por lo menos a relaciones estables, como única expresión permitida de su sexualidad ¹³. Para las chicas la protección de su reputación sexual es fundamental para su posición social. De allí que este mecanismo de control a través de la reputación sexual de las mujeres tenga por efecto forzar a las chicas a someterse a un tipo determinado de relaciones sexuales diferenciadas en función del sexo.

Sandra Lee Bartky, retomando la explicación foucaultiana respecto de las prácticas disciplinarias modernas que producen "cuerpos dóciles", describe el control que sobre el cuerpo de las mujeres se ejerce ¹⁴:

"La dieta disciplina el hambre del cuerpo; el apetito debe ser controlado a todas horas y gobernado con una voluntad de hierro. Como no se puede negar el deseo [...] de comer, el cuerpo deviene nuestro enemigo, un ser ajeno que amenaza con desbaratar todo el proyecto disciplinario [...]. No son sólo los apetitos naturales o sus contornos no reconstruidos los que plantean un peligro para la mujer: las propias expresiones de su cara [también] pueden estropear el proyecto disciplinario de conseguir un cuerpo perfecto. Una cara más expresiva produce más arrugas y más rápidamente que una cara inexpressiva [...]. Hay di-

⁹ En este sentido, Susan Mailler Olin admite cómo ya para Rousseau la reputación de las mujeres era tan importante que la educación de "Sofía" debía estar dirigida a lograr que se comportara no futuro se sujetase a la opinión pública.

¹⁰ "La reputación de un chico y su posición en el mundo no está predominantemente determinada por su estatus sexual y sus conquistas. Se valorará más su destreza deportiva, su habilidad para 'tomar el pelo' o para hacer reír a la gente" (Lees, S.: 1994).

¹¹ Nos estamos refiriendo a la misma investigación que se citó en los párrafos anteriores. Ver nota al pie nro. 8.

¹² No existe un término similar al de "zorra" para referirse a los varones. No hay un término despectivo aplicable a la actividad promiscua masculina. En esta característica la que lleva a concluir en el marco de la investigación que comentamos que el funcionamiento del control social a través de la reputación se hace en función del sexo antes que, por ejemplo, en razón de la clase social.

¹³ Para la mujer no será lícito tener relaciones sexuales sino dentro del matrimonio, o por lo menos de una relación estable y siempre que sea por "amor" porque amor y deseo sexual son inseparables en la vida sexual femenina.

¹⁴ En este sentido Judith Butler afirma que la femineidad es una construcción, "una forma de aplicar y replicar las normas del género que revisitan otros tantos estilos de cuerpo" (Bartky, S. L.: 1994).

ferencias significativas entre géneros referentes a gestos, posturas y movimiento general del cuerpo: las mujeres están mucho más restringidas que los hombres en la forma de moverse y en el espacio".

Iris Young observa que en el caso de las mujeres parece haber un espacio imaginario a su alrededor que no pueden traspasar. Esta limitación se manifiesta en una postura comprimida. El espacio de la mujer, afirma Bartky, no es un campo donde sus intenciones corporales puedan realizarse libremente; la mujer "suelta" rompe con estas normas. El movimiento y la postura femenina no sólo deben exhibir constricción sino además gracia y hasta cierto erotismo reprimido por la modestia y el pudor.

La mirada femenina también está sometida a un mecanismo mucho más sutil: la "buena" chica, advierte Bartky, aprenderá rápidamente a evitar la mirada "atrevida" y sin complejos de la mujer "suelta" que mira lo que quiere y a quien quiere, como así también a desviar y bajar la mirada masculina.

El control social ya no puede ser considerado inofensivo o menor frente a las mujeres. El control social es también un control de género: su fuerza es mayor con relación a la mujer, especialmente si se lo percibe en su faz difusa, es decir, como forma de control informal.

III. LAS MUJERES COMO REPRODUCTORAS DEL ORDEN SOCIAL PATRIARCAL

A lo largo de la historia las mujeres fueron protagonistas de la puesta en marcha de los mecanismos de control social. Es paradójico y perverso entender cómo el sexo femenino ha cumplido un papel central en la transmisión de los roles y estereotipos sexuales, contribuyendo así a la conservación y reproducción del orden dado. Por un lado, en el ámbito familiar a través de la maternidad. Son las propias madres las que están encargadas en la organización de la familia patriarcal de la crianza y educación de sus propios hijos¹³. Por otra parte, desde el siglo XIX se produce la incorporación de las mujeres al mercado laboral en oficios y profesiones vinculados al control social. Las mujeres trabajarán básicamente como educadoras (maestras de escuela primaria especialmente) u operadoras de los servicios de asistencia social. Los roles sexualmente asignados a la mujer fueron trasladados al espacio público con la incorporación de ésta al mundo del trabajo reproduciéndose, de este modo, la función que en razón del sexo la mujer cumplía al interior de la familia¹⁴. La mujer se convierte de esta forma en reproductora y conservadora del orden patriarcal.

¹³ Rosa Cobo señala que ya a Rousseau no le pasaba inadvertido la importancia que las mujeres tenían en cuanto reproductoras de los valores en el interior de la familia.

¹⁴ Aún en la actualidad es alarmante ver como por ejemplo nuestras representantes en el Parlamento Nacional y en las Legislaturas Provinciales forman parte mayoritariamente de las comisiones relacionadas al "mundo femenino". Las comisiones parlamentarias de educación; de familia y miso-

A partir de la época de la colonia y durante el siglo XIX la mujer ocupó un lugar central en las instituciones de internación destinadas a mujeres, aunque desde posiciones subordinadas. Como refiere Larrandart, hasta fines del siglo XIX, en general, fueron las monjas las encargadas de la educación, asistencia y vigilancia. La organización carcelaria reproducía la vida del convento¹⁷. Sin embargo, el modelo de resocialización basado en la religión dio paso a un modelo "asistencial" de control. Las monjas son sustituidas por agentes femeninos que desempeñarán funciones de vigilancia y custodia. Asistentes sociales, educadoras y psicólogas se ocuparán de la reeducación dentro o fuera de la cárcel. El papel importantísimo que las mujeres cumplían en la familia como madres, es decir, en tanto transmisoras de los roles sexuales, se extiende ahora al espacio público. De esta manera, su función en la familia se prolonga en el nuevo rol que asume en el ámbito social.

Asimismo, desde la creación de las instituciones de menores, las mujeres han tenido un lugar privilegiado en ellas, aun cuando también en este caso desde posiciones de subordinación. Su función maternal fue aprovechada en este ámbito. "Las mujeres eran consideradas 'curadoras por naturaleza' de los niños descarriados, y en la nueva penología entraban funciones maternas en el plan de reformatorios [...]. En general se tenía a las mujeres por mejores maestros que los hombres, y también tenían más influencia en el manejo de los problemas de disciplina en el hogar [...]. Los mismos antifeministas consideraban que la redención del niño incumbía a la mujer [...]. La salvación del niño, sin embargo, era una tarea digna para cualquier mujer que deseara aplicar a la comunidad sus funciones de guardiana del hogar sin impugnar los estereotipos antifeministas acerca de la naturaleza y el lugar de la mujer" (Platt, A. M.: 1977).

La tarea de reeducación y resocialización tiene por fin lograr un comportamiento dócil, pasivo y dependiente y, para eso, las mujeres han sido ya muy bien entrenadas.

ridad; de acóde social, están integradas en su mayoría por mujeres. Por el contrario, en las comisiones de economía y hacienda la ausencia femenina es especialmente significativa. Asimismo, en el ámbito universitario es notable la presencia femenina en la materia de derecho de familia, incluso una gran cantidad de mujeres son titulares de cátedras en esta asignatura; sin embargo, no sucede lo mismo con derecho tributario o empresarial.

¹⁷ Las horas de las reclusas transcurrían entre las oraciones y los oficios considerados típicamente femeninos como la costura, el tejido, el bordado y las tareas domésticas, situación que pone en evidencia cómo aquellas mujeres que se habían desviado de sus roles eran reconducidas a través del reforzamiento de los roles femeninos. Como afirma Barrio, cuando las mujeres, a pesar de todo, son castigadas con la pena de reclusión, las actividades educativas y de recreación que, dentro de esa institución se realizan, tienden a reproducir y asegurar en el caso de las mujeres proletarias en su debile condición de subordinadas las relaciones de dominación: subordinadas por las relaciones de género y subordinadas a las relaciones de producción. Los cánones femeninos reproducen los roles socialmente construidos para las mujeres.

IV. LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA DESVIACIÓN FEMENINA

Históricamente, como señala Larrandart, la construcción de la desviación femenina estuvo vinculada con el control de la sexualidad de las mujeres. Tanto la imagen de la bruja —las brujas eran incineradas porque se las acusaba de haber copulado con el diablo— como la figura de la prostituta dan cuenta de ello. La prostitución es considerada aún hoy, para esta penalista argentina, el prototipo de la desviación femenina en cuanto es percibida como violación del rol sexual de la mujer. Como afirma en este sentido Carmen Antony, la criminalidad femenina será el resultado de la violación al rol sexualmente adjudicado, constituyéndose en violadora del orden patriarcal. Desde finales del siglo pasado, el problema de la desviación femenina se vinculó fundamentalmente con la sexualidad y la maternidad de las mujeres.

Luego apareció la "histérica" con lo que la desviación femenina quedó circunscripta al sistema nervioso-psíquico y, con ello, se asigna a la medicina y a la psiquiatría el papel de definir la "anormalidad" o la "debilidad" femenina en relación con el comportamiento esperado. El incumplimiento del rol derivará, entonces, en la medicación o en la internación en instituciones médicas y no en la prisión.

En los últimos años con la incorporación de las mujeres al espacio público a través de su participación en el mercado de trabajo, cambia el estereotipo de la desviación femenina y el concepto de "mujer desviada" se extiende principalmente a la delincuencia vinculada con la criminalidad derivada de la actividad política y con el tráfico de drogas. Rosa del Olmo al respecto señala que "las organizaciones feministas no han reflexionado sobre el tema debidamente, a pesar del incremento y dramática realidad que presenta, por ejemplo, la delincuencia relacionada con la comercialización de la droga en que están involucradas mayoritariamente las mujeres" (Antony, C.: 2000).

V. EL CONTROL FORMAL DE LAS MUJERES A TRAVÉS DEL SISTEMA PENAL

Como ya se señaló, el hecho de que sean menos las mujeres que resultan "atrapadas" por el sistema penal es el resultado de una desigual proyección de los controles sociales sobre las mujeres. El control social informal se ejerce sobre este sector de la población con mayor énfasis y sutileza operando, por tanto, con mayor efectividad en el caso de las mujeres. Es sólo cuando éste falla que los mecanismos de control social formal se activan. Sin duda, entre el primero y el segundo existe un *continuum*. En los párrafos que siguen me detendré en la especificidad del funcionamiento del sistema penal respecto de las mujeres en tanto mecanismo de control social formal.

Para entender en su totalidad la complejidad del sistema penal es necesario distinguir dos situaciones diferentes: el trato que recibe la mujer como su-

jeto activo (es decir, cuando comete un delito) y la respuesta del sistema penal frente a la mujer como sujeto pasivo (esto es, cuando es víctima de un delito).

Cuando la mujer delinque, sostiene Larrauri, tradicionalmente el legislador ha atenuado la pena en función del género o, agregó, los tribunales la han aplicado de forma atenuada. La determinación de la pena varía también en razón del género. Sin embargo, esta atenuación no funciona en todos los casos indiscriminadamente. La mujer recibe efectivamente un trato preferencial, más benévolo, cuando el delito o su situación personal responde a las expectativas de comportamiento femenino. Por el contrario, percibe un trato más severo cuando el delito no es específicamente femenino o cuando la "delincuente" no se adecua a la imagen de mujer "honesta". El derecho penal sólo se aplica de manera "caballerosa" a las mujeres que responden a los cánones convencionales de feminidad. En cambio, no resultan beneficiadas aquellas mujeres que transgreden los roles o estereotipos femeninos. En estos casos, por el contrario, la pena de cárcel suele ser más severa. La mujer que el sistema penal ampara es la mujer "honesta" no aquella que lleva una vida "disipada" ¹⁸.

En este sentido, como afirman Chesney-Lind, "[l]a 'sexualización' de la delincuencia femenina implica que los tribunales castigan a las mujeres que mantienen una sexualidad socialmente 'inadecuada', mientras que los hombres reciben penas proporcionales a la mayor gravedad de los delitos" (Davis, N. y Faith, K.: 1994).

La consideración de la vida sexual femenina no es la única causa que tiene en cuenta los tribunales al momento de fijar una pena a una mujer. La exculpación de la cárcel, sostiene Graziosi, también se justifica en otros estereotipos femeninos que en nada benefician la imagen de la mujer: depresión posnatal, puerperio, menopausia, tensión menstrual, trastorno mental transitorio, etc.

En esta línea, desde hace varios años, sobre todo en los países anglosajones, en el campo del derecho penal, se aplica el concepto del "síndrome premenstrual" o "PMT (*pre-menstrual tension*)" que permite sostener un grado de mayor agresividad en algunas mujeres debido al PMT. Este concepto ha servido como atenuante de la responsabilidad en ciertos procesos penales, sobre todo en Inglaterra. El resultado, sostiene Graziosi, es inaceptable. Por un lado, revive la tendencia de un derecho de tipo 'diferenciado' al establecer "una especie de generalizado *favor rei* respecto de las mujeres", colocándolas en un estado de minusvalía e inferioridad, aunque sea por un período determinado de tiempo, que no deja de tener consecuencias en otros ámbitos del ejercicio de la libertad femenina.

¹⁸ Como igualmente algunas lecturas feministas han puesto de manifiesto, el concepto "mujer honesta" no es un lazo más que para proteger la "honestidad" del varón (padre o marido). En este sentido, Marcela Rodríguez sostiene que el significado del concepto de "honor" como bien jurídico tutelado, hacia evidente un esquema patriarcal en el que se protege el "honor" y el "nombre" de quienes se consideraban "dueños", "tutores" o "responsables" de las mujeres.

El tratamiento que las mujeres reciben del sistema penal frente a la comisión de un delito siempre ha sido diferencial en función de estereotipos con relación a su sexo.

En el siglo XIX, para Spangerberg las diferencias entre los cuerpos femeninos y masculinos probaban la fragilidad de las mujeres respecto de los hombres: no sólo los músculos son más delicados, además en el cuerpo femenino existe una sensibilidad mucho más aguda y los nervios de las mujeres son más excitables. Además, describía, la fuerza de los órganos sexuales ejerce un dominio mayor sobre el cuerpo de la mujer: apenas entran en acción y gozan de vitalidad propia, arrastran de algún modo tras de sí la organización entera, la dominan, y la modifican, por no decir que la perturban y la desconciertan. Siguiendo la línea de este autor, estas diferencias justificaban el hecho de que la imputación femenina fuera menor cuando el delito había sido causado por el temor de perder el honor —como el delito de infanticidio— o como consecuencia de la influencia de sus órganos sexuales y los apetitos que de ellos proceden —como el adulterio o el incesto—.

Ferri, como Spangerberg, también propiciaba una imputación diferente en razón del sexo. Ubicaba al sexo femenino entre las causas específicas que disminuyen la imputabilidad, junto con la vejez y la falta de educación. "El sexo femenino es, para Ferri, una causa permanente de disminución de la imputabilidad potencial; a diferencia de las causas que llama[ba] 'genéricas', como la minoría de edad y el sordomudo con discernimiento, el sueño y la enfermedad mental incompletas, la ebriedad semiplena y el ímpetu de afectos menos violentos, que son de algún modo transitorias" (Graziosi, M.: 1999). Enrico Ferri, y en general la escuela positivista, adhiere a la antropología de Comte o Stuart Mill que afirma la jerarquía de los sexos sobre la base de una especie de "estado de infancia radical" en que se encontraría el sexo femenino y que lo tomaría, por ello, esencialmente inferior. Es esta "inferioridad" femenina, precisamente, la que permitirá un trato diferente para las mujeres "delincuentes".

Marcela Rodríguez señala que esta tradición jurídica, que aún hoy está presente en el Código Penal argentino y en la jurisprudencia de los tribunales nacionales, al plantear un tratamiento más benigno para las mujeres al momento de aplicarles una pena sólo refleja que la mujer continúa siendo considerada como un ser "inferior", equiparable a niños y a ancianos³⁹, por carecer de la suficiente racionalidad y discernimiento. El derecho penal en tanto control social formal sigue operando selectivamente en función del sexo frente a las mujeres que cometen delitos.

³⁹ En este sentido Graciela Otazo señala que mujeres y niños son tratados como si ambos poseyeran una similar *capitis diminutio*, condición que conlleva determinados "privilegios" para las féminas que, claro está, sólo operan si de una mujer "honesta" se trata.

Hasta aquí intenté señalar algunas de las cuestiones relacionadas con el tratamiento de la mujer "delincuente"; veamos ahora qué pasa con la reacción del sistema penal frente a la mujer víctima de un delito.

Otano afirma que así como existen tipos penales en los que sólo una mujer puede ser autora de la conducta prohibida (o que generan fundamentalmente la persecución penal de ésta como por ejemplo el aborto o el infanticidio), hay delitos en los que sólo una mujer es víctima (o en la mayoría de los casos como sucede fundamentalmente con los delitos contra la integridad sexual de las personas).

Los delitos sexuales de los que son principalmente víctimas las mujeres (violaciones, abusos sexuales, etc.)²⁰ tienen una elevadísima "cifra negra". Que esto suceda no es casual y también está vinculado a los estereotipos sexuales. El proceso de "revictimización" que tiene lugar cuando las mujeres deciden acudir a la justicia penal, que se caracteriza por cuestionar la conducta de la propia víctima, como sostiene Bovino, pone en evidencia el carácter manifiestamente sexista de este tipo de justicia.

La imagen de fragilidad femenina que suele operar al momento de asignar el sentido a la norma penal cuando la mujer es sujeto activo del derecho penal, no funciona cuando es sujeto pasivo. En estos casos, por el contrario, en especial cuando de delitos contra la integridad sexual se trata, la norma se torna mucho más exigente respecto de las mujeres en relación con su calificación moral. Es aquí donde, como sostiene Otano, se patentiza con mayor fuerza el carácter patriarcal del derecho penal.

En un estudio realizado en España por Purificación Gutiérrez en el año 1990, en el que se examinaron alrededor de 150 expedientes se observó la inutilidad con que el sistema penal opera cuando las mujeres denuncian malos tratos. Ello obedecía a diversas razones: 1) la policía no tomaba en serio las denuncias de las mujeres; 2) se las disuadía de efectivizarla; 3) eran citadas al examen médico muchísimo tiempo después de ocurrido el hecho y presentada la denuncia; 4) los fiscales asumían una actitud pasiva en la persecución del delito. De los 150 expedientes estudiados sólo 17 habían terminado con sentencia de condena.

En este sentido, Davis y Faith señalan algunas de los estereotipos que funcionan cuando las mujeres son víctimas de delitos contra la integridad sexual: "las mujeres son las que provocan"; "las mujeres dicen no cuando quieren decir sí"; "cuando se relajan es porque les gusta"; "las mujeres decentes (que están

²⁰ En nuestro país Inés Hercovich sostiene que una de cada cuatro mujeres a lo largo de sus vidas sufre un ataque sexual que puede terminar en violación. En Estados Unidos, según Catherine MacKinnon, el 92 por ciento de las mujeres han sido sexualmente atacadas de alguna forma o acosadas sexualmente y el 44 por ciento de ellas fueron víctimas de violación o tentativa de violación. Porcentajes similares, afirma Bergalli y Badelato, se verifican en países europeos como Holanda o Italia. Todos los datos mencionados fueron extraídos del texto de Albano Bovino.

donde deben estar: en su casa) no son violadas"; "las mujeres son mentirosas desechadas y vengativas".

La exigencia de requisitos no previstos por la ley o el temor de la mujer a denunciar por miedo a ser sometida a examen para determinar si es una "víctima inocente" (que no ha provocado, que no ha mantenido una actitud seductora); si es una "víctima apropiada" (que ha tenido hasta el momento del hecho una vida "honrada"); la exigencia de probar la ausencia de consentimiento (que ha resistido hasta el final), explica la desconfianza que las víctimas sienten respecto de la justicia penal que se traduce en la elevadísima "cifra negra" de este tipo de delitos. "En efecto, mientras quienes decidan el caso —jurados o jueces profesionales, hombres o mujeres— no comprendan que se trata de la libertad sexual que toda mujer tiene pleno derecho a ejercer, y no dejen de lado el cúmulo de prejuicios a través de los cuales son analizados estos casos, la mejor defensa del imputado consistirá en atacar a la víctima por 'provocativa', por 'libertina', por 'ser mujer de hábitos sexuales promiscuos', o por 'no ofrecer verdadera resistencia' (...). La víctima de violación es 'revictimizada' en el procedimiento penal" (Bovino, A.: 2000).

Numerosas mujeres han recurrido al sistema penal con la esperanza de encontrar un poder que compense el del hombre, sin embargo, se han encontrado con un poder que sólo lo ha reforzado ²⁰. Propuestas más represivas como las de Gerlinda Smaus ²¹ pasan inadvertidas, numerosas contradicciones que las feministas, según Larrauri, no pueden desconocer. En este sentido, Bovino señala algunos aspectos que sin duda hablan de una crisis de legitimidad del derecho penal propio del Estado moderno ²²: a) el derecho penal al dirigir su atención al autor del hecho, al mismo tiempo, descuida a la persona que ha sufrido la agresión delictiva; b) el sistema de administración de justicia penal no sólo es sexista sino que, además, se ha presentado como una de las formas más inquisitivas, irracionales, violentas e injustas de control formal de las que dispone el Estado; c) el tratamiento simplista y reductor que de la realidad hace el de-

²⁰ En este sentido, como sostiene Larrauri, el derecho penal es patriarcal.

²¹ Véase SMAUS, G., "Abolicionismo: el punto de vista feminista", en *No Hay Derecho*, no. 7, Buenos Aires, 1993. Esta revolución del derecho penal reclamada por feministas como la autora mencionada se traduce en una necesidad de que la violencia sexual sea redefinida como delito de violencia, de que las penas de estos delitos sean incrementadas, de que se logre un tratamiento igualitario de las víctimas de estos delitos (que en su gran mayoría son mujeres). Este reclamo de algunas feministas en palabras de Smaus se justifica porque "determinados temas marcales se convierten en públicos solamente cuando se sirven de un trasfondo gasepaleológico [...]. Las mujeres que invocan la función simbólica del derecho penal son criticadas, pero tomadas en serio" (Bovino, A.: 2000). Estas feministas que como Smaus claramente defienden el uso del derecho penal no han desconocido alguno de los problemas que el mismo plantea. Sin embargo, reivindican su aplicación aún a costo de sus "efectos secundarios".

²² Estos señalamientos que Bovino hace del derecho penal en general se agregan a las dificultades que derivan del proceso de revictimización al son sometidas las mujeres víctimas de agresiones sexuales.

recho penal al definir un conflicto social como hecho delictivo (lo que importa la adopción de una sanción punitiva) o no (lo que deriva en la absolución del imputado), con lo cual la apuesta de la víctima es a todo o nada y la suerte que corre no depende de la razón que le asista.²⁴

En este contexto, encontrar un mecanismo que permita a la vez garantizar que la víctima sea escuchada y que se atiendan sus legítimas necesidades sin que se violenten los derechos de nadie no es tarea sencilla. No todas las mujeres reclaman una misma solución frente a la agresión sexual de la que son víctimas. Como describe Ruffa, "los caminos de la reparación son variados y singulares. Algunas mujeres son capaces de autoreparación (a través de la elaboración intrapsíquica o a través de actos y ritos con fuerte contenido simbólico); para otras puede ser reparatorio el apoyo, la comprensión y la valoración de personas significativas; para otras todas estas formas pueden ser útiles pero no suficientes y necesitarán señales visibles de reparación institucionales y públicas (castigo o repudio social al violador, indemnizaciones, transcendencia mediática, etc.)" (Bovino, A.: 2000).

Como se pregunta Mary Beloff "[y]o no sé qué respondería una feminista abolicionista a la pregunta respecto de qué hacer con violadores y otros violentos [...]. Pero de lo que estoy segura es de que no creería una forma legítima y eficaz de resolver esta clase de conflictos sumar otras violaciones a la ya acaecida, como ocurriría en el caso de ignorar las garantías en los procesos seguidos a estos sujetos"²⁵.

VI. LAS PENAS DE LAS MUJERES

"Contra las mujeres se practicó un vigoroso internamiento preventivo durante largo tiempo y en varias formas en la edad moderna, por un lado en los conventos, por el otro en aquellas instituciones de protección como las casas de guarda, a las cuales se accedía normalmente en la primera infancia o en la adolescencia" (Graziosi, M.: 1999).

En la Argentina el derecho indiano disponía, por medio de Reales Cédulas, que la mujer indígena soltera huérfana o que no vivía con sus padres fuera depositada en una casa de familia española de reputada "moralidad". En 1692, el Cabildo fundó la Casa de Recogimiento, institución que servía de casa de retiro de las doncellas nobles y virtuosas huérfanas y pobres, como así también de castigo a las personas que con su mal ejemplo escandalizaban. En 1755, la Hermandad de la Santa Caridad, creó el Colegio de Huérfanas para mujeres que

²⁴ Razón que en el caso de las víctimas de delitos sexuales es destruida fácilmente por los prejuicios y estereotipos que operan en función del género.

²⁵ "Comentario al libro *La voz varada. Violación y resistencia*", de CHESTER, Silvia, en *No Hay Derechos*, err. 4, Buenos Aires, 1991, citado en el caso de Alberto Bovino.

reñían con su marido o para aquellas que no aceptaban casarse con quienes sus padres habían decidido o para huérfanas. Las internas quedaban sometidas a un régimen de vida de claustro, cosían, tejían, fabricaban guantes, lavaban ropas finas y las niñas de familias acomodadas recibían enseñanza escolar. El destino final de las niñas era el matrimonio, la prostitución o el trabajo doméstico como sirvientas, dependiendo de su condición social.

En instituciones como éstas, advierte Graziosi, el límite entre funciones penales y funciones disciplinarias de la internación desaparece y se refuerza, sobre todo, la función moralizadora de la reclusión femenina.

Además, como en Europa, el criterio que se impone en estas casas de reclusión es el de la separación. Las mujeres no deben ser internadas en el mismo lugar que los hombres, se debe evitar todo tipo de contacto. Ellas deben ser protegidas de los abusos sexuales que puedan cometer los guardias y, por ello, como ya se dijo, su custodia es confiada a otras mujeres (aunque la supervisión de estos institutos de internación sea reservada al sexo masculino).

Por otra parte, como señala Graziosi, las reclusas también están diferenciadas. Hay dos categorías: las "meretrices" que deben ser separadas de las "otras", cualquiera sea el delito que hubiesen cometido. En este sentido, Carlo Ilarione Petitti Di Roberto (1840) —quien recepa las ideas del reformismo en general— propone la creación de institutos separados para reclutar mujeres de "mal vivir" y de "buen vivir". Las cárceles para mujeres de mal vivir debían ser colocadas cerca de las grandes ciudades porque era de esos conglomerados de donde provenían mayormente muchas de estas "desgraciadas". Además, dado que la salud de estas mujeres de "mala vida" a menudo estaba infectada, producto de la vida disoluta que llevaban, era oportuno agregar a dichos institutos de penitencia un hospicio celtico donde curar a las infectadas. Así, en Italia la población femenina internada era separada y clasificada: las jóvenes de las ancianas, las sanas de las enfermas, las condenadas de las penitentes.

Con la ley penal italiana de 1859 (con excepción de la provincia de Toscana) se ordena un nuevo reglamento para los casos de las penas para las mujeres, disponiéndose, de manera definitiva, el ingreso de las monjas a los lugares de ejecución de la pena femenina. Como afirma Graziosi, esta presencia contribuirá, de modo decisivo, a conferir a la cárcel para mujeres, y a perpetuar en el tiempo, su carácter de expiación moral.

"La mujer —cualquiera sea el lugar que se le asigne en una sociedad dada— representa cuando delinque una enfermedad 'diferente' y requiere una respuesta diversa [...]. La diversidad femenina —aunque las mujeres hayan sido a menudo asociadas a los menores, a los viejos, a los locos y tal vez a los siervos— no ha sido jamás pensada por los legisladores como homologable a las otras diversidades" (Graziosi, M.: 1999).

Las mujeres encarnan la inferioridad social a la par de lo sagrado en cuanto son portadoras de vida. Son, precisamente, como afirma Graziosi, por estos dos motivos (su condición de inferiores y de sagradas) que el cuerpo de la mujer deviene públicamente intocable. De ahí que, es sólo cuando el control informal está ausente o es deficiente que los mecanismos ambiguos del castigo penal —bajo el signo de la política de la “atenuación simbólica”— funcionan. Esta política de la atenuación simbólica está conectada con una especie de intangibilidad pública del cuerpo femenino. Durante siglos el castigo de una mujer era atribuido a su familia, la que se encargaba de ejecutar en silencio la pena. Cuando la pena pasa a manos del Estado, algo de este silencio parece perdurar: se prefieren para las mujeres penas de ahogamiento y de sepultura en vida, con las cuales el cuerpo castigado desaparece. Estas penas aparecen como más aceptables para un cuerpo que no pertenece del todo a sí mismo y que, por lo tanto, no puede ser legítimamente tocado. Ocultarlo vivo con la sepultura o con la inmersión, penas capitales típicas de la edad moderna para las mujeres, hace efectiva su desaparición sin que ninguna mano extraña aparezca participando del acto.

La *infirmis sexus* no es ajena a la concepción lombrosiana. Lombroso propone sustituir la cárcel y las penas afflictivas para las mujeres porque resultan menos efectivas. Como los delitos de las féminas por la propia “naturaleza” de las mujeres son casi siempre producto de la sugestión o de la pasión, resultan menos terribles en la medida en que se alejan de quien las ha sugestionado o del provocador del tormento: amante o marido. “Dada la gran vanidad femenina, la importancia que ella le da al vestido, a las baratijas y a los muebles de la casa, las penas carcelarias podrían ser sustituidas muchas veces, en los delitos de pequeños hurtos o de riñas, con penas afflictivas de su vanidad, como cortarle los cabellos, quitarles sus ornamentos, sus muebles; sobre todo debe imponerse durante su internación trabajo a las ociosas, bajo amenaza de pasar hambre” (Graziosi, M.: 1999).

La pena antes de la Revolución Francesa no era “igual para todos” sino minuciosamente diferenciada en su abstracta previsión como en su concreta aplicación. Olympe de Geoges, al día siguiente de la Revolución, introduce en su Declaración de los Derechos de las Mujeres, también el derecho a ser castigadas a la par de los hombres. La Declaración de Olympe reivindicaba como un derecho la igualdad entre hombres y mujeres también respecto del rigor de la ley penal. Olympe rompe con el paradigma de la *infirmis sexus* al entender que es imposible reivindicar los derechos políticos si las mujeres no se someten a la ley en tanto ciudadanas. La reivindicación de la pena para las mujeres como un derecho ²⁶, está indisolublemente unida a la reivindicación de la dignidad de

²⁶ Postura que parece anticiparse a la tesis hegeliana de la pena entendida como un derecho para el rico: en la pena “el delincuente es horrado en su ser racional”.

la mujer en su carácter de ciudadana y de su salida del "estado de minusvalía" al que históricamente fue sometida.

VII. CRIMINOLOGÍA, DERECHO PENAL Y GÉNERO

Los criminólogos tradicionales, preocupados por estudiar al "delincuente", influenciados por los estereotipos de género, sin embargo, no le dedicaron mayor tiempo a la "mujer delincuente" y cuando lo hicieron limitaron el análisis a las conductas relacionadas con su rol reproductivo y su sexualidad (infanticidio, aborto, prostitución, adulterio).

Dentro del marco de las teorías biológicas, Lombroso y Ferrero, en 1895, encuentran en la mujer delincuente las peores cualidades masculinas y femeninas. La mujer delincuente es un ser "anormal" que reúne determinados rasgos específicos que la identifican y marcan: por ejemplo, masculinidad y atavismos particulares como ser ojos y cabellos más oscuros, manos más largas, menor capacidad craneana, cerebro menos pesado que los de las mujeres normales. Para Cesare Lombroso —quien en 1892 escribió su tratado sobre la mujer delincuente al que llamó *La donna delinquente. La prostituta e la donna normale*— la mujer tiene un defecto genético (menor peso cerebral, menor coeficiente) y, su debilidad la hace más vulnerable frente al delito: si las mujeres no son más criminalizadas es porque se desplazan hacia un equivalente del delito que es la prostitución.

El enfoque endocrinológico, desde mediados del siglo XX, también desde una perspectiva biológica, relaciona el comportamiento delictivo femenino con determinadas características biológicas vinculadas con las distintas fases de la etapa reproductiva de la mujer: menstruación, embarazo y menopausia. Son estas diferencias hormonales entre hombres y mujeres las que determinan las distintas características que asume la delincuencia entre ambos sexos.

El desarrollo teórico de la delincuencia de las féminas desde este enfoque biologicista es ahistorico, causalista y esencialista porque supone la existencia de una naturaleza femenina que explicaría las causas del delito cometido por una mujer.

Desde una explicación más actual, de tipo material, la mujer delinque por necesidad económica. Así, las actividades delictivas representan para las mujeres la única oportunidad para obtener ingresos y, en algunos casos, para aspirar a algún tipo de movilidad social. Sin embargo, la delincuencia femenina así entendida se circunscribe a los delitos cometidos por mujeres de escasos recursos y no deja de buscar causas de la delincuencia.

Las teorías modernas sobre la delincuencia de las mujeres, elaboradas generalmente por hombres, se construyen a partir del rol sexualmente impuesto a la mujer en tanto ser subordinado, obediente, exento de violencia y agresivi-

dad, sin advertir que dicha función no es más que una construcción y no producto de la "naturaleza" femenina.

El paradigma jurídico de la inferioridad natural femenina, como sostiene Baratta, perdura hasta nuestro tiempo. La *infirmitas sexus*, el impedimento debido al sexo, cuyos orígenes Graziosi remonta a los Padres de la Iglesia, está ligada a la inferioridad natural que se le reconoce a la mujer y que se conecta con el debate acerca de su "libre albedrío" e "imputabilidad". Las mujeres son consideradas, por su propia naturaleza, minusválidas y, por tanto, más fácilmente asimilables a los "menores", a los "locos" o a los "viejos".

La introducción del paradigma de la reacción social en la criminología a pesar de ser contemporánea al surgimiento del movimiento y pensamiento feministas, como sostiene Baratta, en líneas generales no ha logrado incorporar la perspectiva de género al análisis de la criminalidad. La mayoría de los estudios criminológicos, fundados en preconceptos sexistas sobre la "naturaleza" femenina y su conducta "adecuada", no hacen referencia a la situación de la mujer, ni como víctimas de delitos ni como criminalizadas, presentando el problema de la "delincuencia" como un fenómeno universal, asexual, es decir, masculino.

La irrupción de la perspectiva feminista contribuyó a evidenciar que "la selectividad del sistema penal tantas veces denunciada por los movimientos criminológicos críticos, no contemplaba la desigualdad de género [...]. Esta invisibilidad no ayudaba a entender ciertas conductas desviadas dirigidas contra las mujeres, ni mucho menos la manera de ejercer el control social sobre ellas" (Antony, C.: 2000).

La criminología crítica denuncia la selectividad del poder punitivo a partir de la condición social y económica. Sin embargo, este enfoque no da cuenta de la selectividad del sistema penal respecto de las mujeres. "El poder punitivo, oculta perversamente que en la 'cuestión criminal' la mujer está altamente implicada, sea reconocida o no su 'status' de víctima [...]. La mujer ocupa un papel más destacado que el hombre en la inmensa legión de personas que cotidianamente sufren los efectos de los conflictos que quedan sin solución, en tanto el discurso del poder punitivo 'normaliza' la situación vendiendo la imagen de su potencial capacidad para resolver cualquier clase de conflictos, a costa de la criminalización de unos pocos, que suelen ser los ladrones más torpes de cada sociedad" (Zaffaroni, E. R.: 2000).

No sólo es socialmente más vulnerable el que es criminalizado sino también aquel que es victimizado y, en esa selección victimizante, las mujeres ocupan un rol predominante, que el discurso etiológico oculta. Con la expropiación del conflicto de la víctima se produce su omisión total.

Las feministas en este sentido vendrán a denunciar los llamados "delitos invisibles" cometidos contra las mujeres, enriqueciendo los postulados de la criminología crítica. Al visibilizar estas conductas (como por ejemplo el delito de violación o el abuso sexual), sacándolas del ámbito privado, ponen de ma-

nifiesto como el Estado, al no ocuparse de estos delitos librándolos al espacio privado, contribuye a mantener el poder desigual (patriarcal), legitimando la condición de sometimiento y sumisión de las mujeres. "La no intervención del sistema penal en el ámbito privado, su abstención frente a la violencia masculina, no puede ya más ser considerada como una tutela del ámbito privado ante la intervención del Estado, sino como una estructural ausencia de tutela de las mujeres, como la legitimación 'pública' del incondicional poder patriarcal" (Baratta, A.: 1998).

Esto condujo a algunas feministas a reclamar una reconducción de los conflictos en los que las mujeres aparecen como víctima a través del derecho penal ²⁷. Sin embargo, la criminología crítica ha puesto en evidencia las deficiencias del sistema penal en la resolución de conflictos: actúa luego de producido el conflicto y la pena no funciona como amenaza que impida la comisión del delito ²⁸. Aportes que, aún desde una posición que incorpore la cuestión de género a la criminología como la que aquí se propone, no se pueden soslayar.

Las feministas que como Smaus pretenden aumentar las penas, confiadas en la eficiencia del sistema penal, no tienen en cuenta que con ello no lograrán la mayor protección buscada para las mujeres y desconocen que son muchas más las mujeres que frente a la experiencia de la agresión sexual optan por prescindir de la solución que el derecho penal les brinda ²⁹. Lo que debe modificarse, como sugiere Larrandart, son las condiciones vinculadas a los estereotipos y roles femeninos, por un lado, y a los factores que generan la omisión de la denuncia, por otro. En la actualidad, desde posiciones más progresistas, se propone llevar el conflicto a una vía por la que los protagonistas ("delincuente" y "víctima") puedan solucionarlo de alguna otra manera ³⁰.

En esta línea, Elena Larrauri, afirma que en los delitos en los que son las mujeres las que resultan especialmente víctimas, el derecho penal no cumple ni una función instrumental ni una simbólica. Citando a Smart advierte que "cuando se recurre al derecho penal el mensaje simbólico es equívoco: el problema real parece solucionarse con la simple promulgación de una ley, algo no excesivamente costoso; en segundo lugar cada proceso de notoria publicidad en el cual se afirma la inocencia del acusado [...] refuerza la imagen de la mujer mentirosa y del pobre hombre acusado. En un sentido simbólico, cada proceso de violación no condenado es una violación de los valores" (Larrauri, E.: 1996).

²⁷ En el punto IV me he detenido en esta cuestión.

²⁸ En este sentido se ha comprobado que el aumento de las penas o la elevación de determinados conflictos a la categoría de delitos no inciden en su disminución.

²⁹ Varias son las razones que contribuyen a que la cifra negra de este tipo de delitos sea tan alta, algunas de ellas ya fueron analizadas en el punto IV.

³⁰ Véase, en este sentido, el texto de Alberto Rovino sobre "Delitos sexuales y justicia penal" y su propuesta de recurrir a un mecanismo composicional de resolución de este tipo de conflictos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ANTONY, Carmen (2000). "Perspectivas de la criminología feminista en el siglo XXI", *Revista Kriterion*, año 3, no. 3, Envidado, Colombia.
- BARATTA, Alessandro (2000). "El paradigma de género desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana", en BERGIN, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, tercer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.
- BARTKY, Sandra L. (1994). "Foucault, feminismo y la modernización del poder patriarcal", en LARRAURI, Elena (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Siglo Veintiuno, Madrid.
- BILAUDOR, Simone de (1999). *El segundo sexo*, Sudamericana, Buenos Aires.
- BOVINO, Albino (2000). "Delitos sexuales y justicia penal", en BERGIN, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, tercer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.
- CORO, Rosa (1995). *Fundamentos del patriarcado moderno*, Jean Jacques Rousseau, Cátedra Universitat de València, Instituto de la Mujer, Madrid.
- DAVIS, Nanette - FAITH, Karlene (1994). "Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación", en LARRAURI, Elena (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Siglo XXI, Madrid.
- FERREIRAS, María L. (2000). "Lectura sobre contractualismo: Pateman y la escena primitiva", en RUIZ, Alicia E. C. (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, primer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.
- GRAZIOSI, Marina (1999). *Infirmitas sexus*, en *Nueva Doctrina Penal*, 1999-A, Ediciones del Puerto, Buenos Aires.
- LAMAS, Marta (1994). "Cuerpo: diferencia sexual y género", en *Debate Feminista*, año 5, vol. 10, mes de septiembre.
- LARRANDART, Lucila (2000). "Control social, derecho penal y género", en BERGIN, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, tercer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.
- LARRAURI, Elena (1994). "Control informal: las penas de las mujeres...", en LARRAURI, Elena (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Siglo Veintiuno, Madrid.
- (1994-a). "Control formal: ... y el derecho penal de las mujeres", en LARRAURI, Elena (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Siglo Veintiuno, Madrid.
- (1996). "La mujer ante el derecho penal", en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 8, no. 31.
- LEES, Sue (1994). "Aprender a amar: Reputación sexual, moral y control social de las jóvenes", en LARRAURI, Elena (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Siglo Veintiuno, Madrid.
- MEO, Analia I. (1992). "El delito de las féminas" en *Delito y sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, año 1, no. 2, segundo semestre.
- MOTTA, Cristina - RODRÍGUEZ, Marcela (2000). *Mujer y justicia. El caso argentino*, Banco Mundial, Buenos Aires.
- OLSEN, Frances (2001). "El sexo del derecho", en COURTIS, Christian (comp.), *Desde otro mirador: textos de teoría crítica del derecho*, Eudeba, Buenos Aires.
- OTANO, Graciela E. (2000). "La mujer y el Derecho Penal. Una mirada de género", en BERGIN, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, tercer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.
- PATHEMAN, Carole (1995). *El contrato sexual*, Antropos, Editorial del Hombre, Barcelona.
- PLATT, Anthony M. *Los "asaltadores del niño" o la invención de la delincuencia*, Siglo XXI, México, 1977.
- RODRÍGUEZ, Marcela (2000). "Algunas consideraciones sobre delitos contra la integridad sexual de las personas", en BERGIN, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del*

derecho penal, tercer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.

RUIZ, Alicia E. C. (2000-a). "De las mujeres y el derecho" en RUIZ, Alicia E. C. (comp.), "Identidad femenina y discurso jurídico", primer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.

— (2000), "Mujer y ciudadanía", en BIKJAY, Haydée (comp.), *El derecho en el género y el género en el derecho*, segundo volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires-b.

— (2001), "De cómo el derecho nos hizo hombres y mujeres...", en RUIZ, Alicia E. C., *Ídaz y ramlas*, Editores el Puerto, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio R. (2000), "La mujer y el derecho penal", en BIKJAY, Haydée (comp.), *Las tramas del poder positivo. El género del derecho penal*, tercer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.

MISCELÁNEAS

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS. EL PROTOJURISTA DEL MERCOSUR

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

Cuando se habla del Mercosur nada mejor que tejer consideraciones sobre la figura paradigmática de Augusto Teixeira de Freitas, nacido en Cachoeira, Estado de Bahía, el 19 de agosto de 1816, y fallecido en Niterói, Estado de Río de Janeiro, el 12 de diciembre de 1883.

Esto porque el insigne jurista brasileño tiene su nombre ligado a la codificación del Derecho Civil en los cuatro países que hoy constituyen el promisorio bloque económico regional del Cono Sur de América, que ha completado diez años de su creación.

Teixeira de Freitas hizo su curso de Ciencias Jurídicas y Sociales en las dos más antiguas Facultades de Derecho de Brasil, en São Paulo y en Olinda, donde se graduó en 1837, regresando a Bahía para ejercer la abogacía y la magistratura. Luego, no obstante, se traslada a la ciudad de Río de Janeiro, donde fue uno de los fundadores del Instituto de los Abogados Brasileños, viniendo a ejercer la presidencia del mismo en 1857.

Disciplinado, inteligente, estudioso, humanista y dotado de un profundo sentimiento de justicia, Freitas dejaría una obra que inmortalizó su nombre, honró su patria y ennobleció su época, sirviendo aún de punto de convergencia en la legislación civil entre los pueblos hermanos que, un siglo después de su muerte, se integrarían en el Mercado Común del Sur, el Mercosur.

En 1857 fue publicada en Río de Janeiro la *Consolidação das Leis Civis*, obra en la cual Teixeira de Freitas, poco más de dos años de trabajo después ordenó, clasificó y actualizó el derecho legislado, desordenado, confuso e impreciso, entonces vigente en Brasil. Se trataba de leyes, decretos, asientos, albarás, resoluciones, reglamentos y además preceptos jurídicos, desde las ordenaciones portuguesas, muchas de ellas ya revocadas en la tierra lusa, a las normas jurídicas brasileñas de las tres primeras décadas después de la Independencia. Haroldo Valladão consideró tal obra como la *Carta Magna de la independencia jurídica brasileña*.

El respeto y la notoriedad granjeados con el incomparable trabajo de consolidación hicieron que Teixeira de Freitas fuese requerido por el gobierno imperial, en 1859, para redactar un código civil, que se sabía adelantado y avan-

zado. Él presentó el resultado de sus estudios, en fascículos, después reunidos en dos volúmenes con 4908 artículos, bajo el título *Código Civil. Esboço*, en 1860. Se trata de un estudio cuidadoso que ha merecido desde entonces los comentarios más lisonjeros de juristas de todo el mundo.

Un nuevo entendimiento, todavía, animó a Teixeira de Freitas, convencido de que sería más conveniente para el ordenamiento jurídico brasileño un Código de Derecho Privado, un Código General, en el cual estarían insertas la legislación civil y comercial, las normas delimitadoras de las obligaciones, definiciones y reglas sobre publicación, interpretación y aplicación de las leyes. La búsqueda incesante de la perfección y el gigantismo de la tarea ya lo habían obligado a prorrogarlo hasta 1864. Pero, lamentablemente, el gobierno no fue receptivo a las nuevas ideas del jurista y el contrato fue rescindido, interrumpiendo el trabajo con el código aún incompleto.

Como se sabe, el Brasil vería postergado el surgimiento de su primer código civil por más de medio siglo. Recién en 1917 entraría en vigencia el Código Civil brasileño, que tuvo como principal autor a Clóvis Beviláqua, en el cual muchas ideas de Teixeira de Freitas fueran incorporadas.

Quiso el destino, todavía, que el inolvidable proyecto del jurista brasileño fuese de enorme valor en la elaboración del Código Civil de la Argentina, país donde él es muy citado y sus textos estudiados. En ese monumental repositorio de la legislación civil continental —considerado por Ramón Silva Alonso como un Código Civil avanzado, “uno de los mejores de América en su tiempo”¹— coordinado por Dalmacio Vélez Sarsfield, el *Esboço* sirvió de espina dorsal en un gran número de institutos, para los cuales fueran utilizados los artículos redactados por Teixeira de Freitas, y hasta sus notas explicativas.

Exaltando la importancia de la obra de Teixeira de Freitas en la codificación civil argentina, muchos juristas de ese país tienen hecho generosas y simpáticas referencias a él. Así, Martínez Paz, citado por Valladão, afirmó: “La consolidación es el monumento más alto del pensamiento jurídico americano; las codificaciones y los trabajos de exégesis y comentario, así como los escasos tratados de dogmática ni en punto a erudición, ni en doctrina han alcanzado ese sello de originalidad, de sentido personal y de profundidad que caracteriza a la Consolidación de las leyes civiles”².

Más aún, según Valladão, Abel Chaneton, ilustre historiador argentino, se expresó con estas palabras sobre Teixeira de Freitas: “La Consolidación lo elevó de golpe al rango de ‘el más importante jurisconsulto de América’ ”³. Y

¹ SILVA ALONSO, Ramón, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Intercontinental, Asunción, 1999, p. 88.

² VALLADÃO, Haroldo, *Derecho internacional privado*, Vol. I, 4ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1974, p. 159.

³ VALLADÃO, Haroldo, *Ibidem*, cit.

René David, profesor de la Facultad de Derecho de París: "Se pasaron casi cien años de la publicación de la *Consolidación de las leyes civiles* de Teixeira de Freitas; ella conserva, todavía, no obstante toda la evolución del Derecho ocurrida desde entonces gran valor y continúa siendo, sin duda, la obra jurídica más original y más perfecta de su tiempo producida en Brasil y en toda América latina"⁴.

Otra exaltación al jurista de la *Consolidación de las leyes civiles*, ya citada⁵, es la afirmación del argentino Luis Varela: "Preparó el sabio jurisconsulto Doctor Teixeira de Freitas, sin duda alguna, uno de los monumentos más imperecederos que la intelectualidad sudamericana ha levantado a la ciencia jurídica moderna".

Como se afirmó, la obra de Freitas se explotó en los cuatro Estados que componen hoy el Mercosur. Así, el Código Civil del Paraguay, adoptado en 1876, el primero de la historia jurídica guaraní, incorporó el ingenio del insigne brasileño. Como se sabe, ese Estatuto fue una adaptación del Código argentino. Y los grandes juristas paraguayos, del pasado y de la actualidad, como Luis de Gasperi, Raúl Sapena Pastor y Ramón Silva Alonso, han enfatizado la contribución del genial jurisconsulto brasileño.

El primero de esos autores, en carta a Haroldo Valladão, consideró que Teixeira de Freitas es "el único jurista americano que puede alternar en la historia con Savigny y los padres de la codificación germana"⁶.

Ramón Silva Alonso, al comentar el movimiento internacional por la codificación ocurrido en el siglo XIX, afirma: "En la segunda mitad de ese mismo siglo, él llega a América. Por ese tiempo surgen en el nuevo continente figuras ejemplares en el mundo jurídico como no han vuelto a aparecer [...]. Augusto Teixeira de Freitas, que escribe para el Brasil, en 1860, el *Esboço*, aún hoy no suficientemente valorado ni estudiado"⁷.

El insigne internacionalista guaraní, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, todavía escribió: "Coincido con Ud. en que Teixeira de Freitas es sin duda una de las mayores glorias del derecho de su tiempo en América. También creo que Freitas no ha sido aún suficientemente estudiado ni valorado en el propio Brasil, considerando el tiempo en que le tocó vivir. Salvo la Argentina y quizás el Paraguay, no es lo bastante conocido

⁴ VALLADÃO, Haroldo, *Diréito...*, cit. En el original: "Près de cent ans sont passés depuis la date où la *Consolidation des lois civiles* de Teixeira de Freitas a été publiée; elle conserve encore, malgré tous les développements du Droit intervenus depuis lors une grande valeur et reste sans doute l'œuvre juridique la plus originale et la plus parfaite à la fois que ait été produite au Brésil et dans toute l'Amérique Latine".

⁵ DEL OLMO, Florisbal de Souza, *Diréito internacional privado: abordagem fundamentada, legislação, jurisprudência*, Foz de Iguaçu, Rio de Janeiro, 1999, p. 11.

⁶ VALLADÃO, Haroldo, *Diréito...*, cit., pp. 171/172.

⁷ SILVA ALONSO, Ramón, *Diréito...*, cit., p. 88.

en el Continente, teniendo en cuenta la grandeza de su figura"⁸. Muy oportunas y sensatas las observaciones del erudito maestro paraguayo, él mismo un gran entusiasta de la obra de Teixeira de Freitas.

Al fin, la codificación civil uruguaya no ha sido inmune a la influencia benéfica de los estudios de Teixeira de Freitas. El Código Civil de la República Oriental del Uruguay acogió en su Proyecto, de autoría de Tristán Narvaja, postulados del genial jurista brasileño, teniendo el maestro oriental confesado, según Haroldo Valladão, "haberse servido entre los antecedentes para su trabajo del 'Proyecto del Señor Freitas' (inconcluso aún), el trabajo más notable de codificación por su extensión y por el estudio y meditación que revela"⁹. Narvaja cognominó, en esa ocasión, a Teixeira de Freitas de "el Savigny americano". Partiendo tan fidedigno juicio de autoridad de ese nivel, se entiende el respeto que el inolvidable brasileño ha merecido en Uruguay.

Lamentablemente, en Brasil la erudición de los estudios y la dimensión de la obra de Teixeira de Freitas aún no tuvieron el reconocimiento merecido. Ello se comprueba al recordar que la primera biografía del insigne jurista solamente surgiría casi un cuarto de siglo después de su fallecimiento, en 1905, de autoría del Profesor Manuel Álvaro Sá Viana.

Además de tardío, ese reconocimiento no ha sido compatible con la dimensión del inolvidable jurisconsulto. Y fue, inquestionablemente, Haroldo Valladão, tantas veces mencionado en este breve estudio, el paladín brasileño en la reverencia al gigantesco perfil de uno de los mayores científicos del Derecho que el país conoció. En discurso proferido en el Instituto de los Abogados Brasileños, hace cuarenta años, exactamente cuando recibía la *Medalha Teixeira de Freitas*, identificando al codificador como el jurista puro, así lo definió Valladão: "Abogado, codificador, autor de obras jurídicas, nunca ejerció cargo o función pública, desconoció, completamente, la política, no frecuentó la sociedad; retraído, modesto, vivió una vida modélica dedicada al culto del derecho y al amor a la familia, en la meditación con sus libros, en el hogar entre la esposa y los hijos"¹⁰.

Siendo Teixeira de Freitas un hombre profundamente humanista, nunca está de más mencionar un pasaje de su estudio, ya enfatizado por Valladão en el histórico discurso: "Cumple advertir que no hay un solo lugar de nuestro texto, donde se trate de esclavos. Tenemos, es verdad, la esclavitud entre nosotros; pero, si ese mal es una excepción que lamentamos, y que ya está condenado a extinguirse en una época más o menos remota, hagamos también una excepción, un capítulo desglosado, en la reforma de nuestras leyes civiles, no las macule-

⁸ SILVA ALONSO, Ramón, carta de 20 de julio de 1999.

⁹ VALLADÃO, H., "Teixeira de Freitas, jurista excohe do Brasil, da América, do Mundo", *Revista Forense*, no. 188, Rio de Janeiro, 1960, p. 423.

¹⁰ VALLADÃO, Haroldo, *Obra*..., cit., p. 417.

mos con disposiciones vergonzosas, que no pueden servir para la posteridad; se quede el *estado de libertad* sin su correctivo odioso. Las leyes concernientes a la esclavitud (que no son muchas) serán, pues, clasificadas aparte, y formarán nuestro *Código Negro*"¹¹.

La llaga del servilismo del hombre africano, nunca es vano recordar, en el Cono Sur de América fue casi una exclusividad brasileña. Solamente a finales del siglo XIX, por la *Ley Áurea*, firmada por la Princesa Isabel, el 13 de mayo de 1888, sería definitivamente proscripta del ordenamiento jurídico del Brasil la esclavitud. Ese instituto abominable prácticamente no existió en la Argentina, donde desde 1813 no se registran casos, así como en Uruguay y en Paraguay, desterrados jurídicamente aun en mediados del mismo siglo.

El avanzado código proyectado por Freitas, como hemos visto, se integró fácilmente en el pensamiento jurídico de los pueblos hispanoamericanos que hoy constituyen el Mercosur, por estar repleto de un saludable espíritu libertario e integrador. El jurista bahiano consiguió realizar su sueño de un código general; con razón se cree que tendría sus estudios agasajados, hasta con más énfasis, en la misma área geográfica.

Se subraya que en 1942 Italia promulgó su actual Código Civil, versando sobre todos los asuntos de derecho civil, comercial, industrial y laboral, con que fueron revocados los códigos y leyes que disciplinaban esas materias. Coincidentemente, el mismo año, se integraba al ordenamiento jurídico brasileño la Ley de Introducción al Código Civil, en la cual el punto de conexión, hasta entonces la nacionalidad, era sustituido por el domicilio, que Teixeira de Freitas defendiera en su propuesta. Como se verifica, pasado más de un siglo, los postulados preconizados para la ciencia del Derecho por el gran jurista empiezan a tornarse ley en los más avanzados ordenamientos jurídicos del mundo.

El Paraguay, en 1987, pasó a contar con un nuevo Código Civil, en el cual continúan presentes los postulados de Teixeira de Freitas, así como la influencia del Código Napoleón y también del mencionado Código Civil italiano. Son, conforme Ramón Silva Alonso, los tres modelos que inspiraron esa avanzada codificación, debido al estatuto itálico "las normas que unifican la legislación civil y comercial que realizan la fusión de las obligaciones en estas materias, fusión que se incorpora al Derecho paraguayo"¹².

Cuando en el mundo jurídico contemporáneo pasan a ser admitidos principios que Teixeira de Freitas predicó hace más de un siglo, ha llegado el momento no sólo de exaltar su obra, sino, principalmente, de buscar en ella los frutos que ofrece.

¹¹ VALLADÃO, Haroldo, *Diréito...*, cit., p. 419.

¹² SILVA ALONSO, Ramón, *Diréito...*, cit., p. 153.

Se registra, con satisfacción, juicios de grandes estudiosos del Derecho en Brasil que reconocen los méritos del jurista de la *Consolidación* y del *Esboço*. Para Pontes de Miranda, Teixeira de Freitas se destacó por la "independencia de pensar y la pasión por la verdad, que lo distinguió entre los juristas de su tiempo"¹³.

Irineu Strenger registra este concepto expresado por Hahneemann Guimarães: "En la práctica difícil del celo por la verdad, del amor a la perfección, de la paciencia, de la modestia y de la honradez, se consumió la vida de Teixeira de Freitas. Las teorías y los códigos envejecen, pero ha de ser siempre nueva en la memoria de los hombres, la imagen de que dedicó a su obra tanta virtud"¹⁴.

En cuanto a la importancia de los estudios de Teixeira de Freitas para el Derecho Internacional Privado, nos sirve, una vez más, el juicio de Haroldo Valladão, ya transcrito en otra ocasión: "Freitas propuso, con método admirable, las cuestiones de los conflictos de leyes, sea en el espacio, sea en el tiempo, en un sistema nuevo, inspirado en la teoría de Savigny, pero modificado y perfeccionado con varias ideas propias. Lanzaba los principios básicos en un Título Preliminar con que abría el *Esboço* y sus correlarios, vertía sus aplicaciones en la Parte Especial junto a cada institución"¹⁵.

Se viven tiempos de integración. El Mercosur se consolida. Más de diez años pasaron desde el Tratado de Asunción y los frutos son muy buenos y promisorios. Las barreras, que son muchas, impiden todavía una aproximación entre los pueblos hermanos de la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, ya son menores que los factores que los impelen en la búsqueda de la identidad regional. Augusto Teixeira de Freitas, el jurista de los cuatro países del bloque, el eslabón identificador entre ellos en la codificación civil del siglo XIX, bien puede ser recordado como un pertinente emblema de esa búsqueda. Hasta porque él fue, sin sofismas, el protojurista del Mercosur. En porvenir no tan lejano, así como se conoce el *Código Napoleón* (de Francia, 1804) y el *Código Saebra* (de Portugal, 1867), el Mercosur tendrá el *Código Teixeira de Freitas*. Y será un código único, un código general, dando razón a un científico del Derecho que previó, con más de un siglo de anticipación, las notables ventajas que para el ser humano significa disponer de un estatuto en el cual fuesen reguladas todas las relaciones privadas, civiles, comerciales, industriales y laborales. Teixeira de Freitas no estaba adelantado: el mundo apenas tardó cien años en percibir lo que su inteligencia privilegiada y su precursor estudio entonces habían propuesto.

¹³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de derecho privado*, T. IV, 4ª ed., Revista das Tribunas, São Paulo, 1983, p. 243.

¹⁴ STRENGER, IRINEU, *Direito internacional privado*, vol. 1, p. 215, 2ª ed., São Paulo, Revista das Tribunas, 1991.

¹⁵ DEL'OLMO, Flirithal de Souza, *Direito...*, cit., p. 12.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA AL PROFESOR DOCTOR JULIO MAIER ¹

Lecciones y Ensayos: ¿Qué entiende usted por "Derecho"?

Julio Maier: La pregunta es recurrente, eso quiere decir que, desde el nacimiento del orden jurídico —no sólo el estatal, también anteriormente— se ha planteado y sigue planteándose, entre los teóricos y filósofos del derecho, y ellos han respondido a ello con más propiedad que yo. Uno de mis libros habla sobre ello y clasifica las respuestas que a esa pregunta se dieron.

En el mundo actual, comúnmente se define el Derecho como un conjunto o serie de normas que intentan reglar la conducta humana, desde varios puntos de vista, con el objeto de que una persona pueda calcular las consecuencias de su comportamiento futuro. Es decir, el orden jurídico funciona como una especie de regla de cálculo para mí, que soy quien necesito saber cuáles van a ser las consecuencias, como para los terceros, que también calculan mi comportamiento probable. A veces falla la regla de cálculo, como ocurre con el cálculo de todas las ciencias aplicadas. Le doy un ejemplo: yo le alquilo una casa a una persona, supongo que él va a pagar mensualmente el alquiler al que se ha comprometido y me va a devolver la casa en el momento previsto. Lo mismo pasa con un depósito, también esto falla a veces. Está fallando hoy y acá: cuando yo deposito dinero en los bancos, supongo que me lo van a devolver en el plazo que hemos previsto, pero cuando el cálculo falla hay una anomalía en el propio sistema. Pongo un ejemplo mucho más claro, porque se puede ver. Imagínense una esquina de Córdoba y 9 de Julio. Me fijo en el semáforo para ver si está permitido para mí cruzar la avenida y quien viene en sentido contrario, también lo hace, para poder ver si está permitido o prohibido atravesar la avenida y calcular qué es lo que yo voy a hacer. Si yo veo que la luz verde permite el paso a los que vienen en sentido de tránsito contrario puedo calcular que los autos van a cruzar la avenida Córdoba y, por lo tanto, yo no puedo cruzar. Bastaría un solo semáforo que yo pueda ver, para calcular ambas conductas. Esto es lo que hace, más o menos, la regla jurídica, en sí las luces verdes y rojas no son nada más que símbolos de permisión y de prohibición de las distintas categorías normativas que maneja el orden jurídico.

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

LyE: ¿Qué buscaba usted en el Derecho cuando era estudiante? ¿Y qué encontró?

Maier: La verdad es que no lo puedo decir. La cuestión no es compleja, sino que, por lo contrario, es muy simple. Había estado interno durante toda la escuela, de tal manera que conocía bastante poco el mundo burocrático, es decir, conocía bastante poco cómo es el manejo de instituciones básicas: el Estado, hacer un trámite, un banco. Esas cosas eran desconocidas para mí; yo salía todos los domingos, y lo único que quería era jugar al fútbol. Yo era muy bueno en matemática, física, química, también en literatura, en historia era bastante buen estudiante. Pero sobresalía en las ciencias que pueden hoy llamarse duras; no en las ciencias blandas. El resultado de esto fue que me incliné a estudiar ingeniería química en Santa Fe. Todavía se estudia allí ingeniería química, pero en ese momento era la única universidad en la que se podía estudiar esa carrera. Probablemente porque mis padres no me dieron ninguna respuesta —yo era muy débil frente al mundo exterior—, al final me quedé en Córdoba.

Fue mi padre, el que me inscribió en la Facultad de Derecho, casi diría, sin autorización mía. Mi padre era abogado —no practicaba la profesión— era profesor de historia y geografía, pero me inscribió así como diciendo: "bueno, que vea un año". Probablemente, ellos tampoco hubieran podido dar una salida a mi inquietud, porque no tendrían dinero suficiente como para decir: "andate a Santa Fe a estudiar".

Lo cierto fue que así empecé Derecho, sin saber tan siquiera lo que era. Cuando empecé a estudiar "Introducción —al Derecho—", la primera materia que rendí, recuerdo que en el examen no podía abrir la boca y decir algo frente al tribunal, así que me hicieron descansar en una silla. Al cabo de media hora, cuarenta y cinco minutos, porque rindieron varios compañeros, recién ahí pude empezar a hablar. Nunca había rendido una materia hasta ese momento.

No me convenía. Seguí estudiando el Derecho, como una especie de novela, hasta que cursé Derecho Penal I. En ese entonces, estudiábamos por los libros de (Sebastián) Soler porque (Ricardo) Núñez no había escrito su Tratado. Tampoco (Carlos) Fontán Balestra y (Enrique) Bacigalupo, que era estudiante, tenía mi edad. Lo mismo (Eugenio Raúl) Zaffaroni, a quien conocí mucho tiempo después. Es decir, que era el único Tratado, había muchos libros anteriores, pero Soler era el que había empezado a hacer dogmática jurídica. La verdad es que allí me entusiasmé y le encontré cierta lógica al estudio del orden jurídico. Lo estudié durante todo el año. Coincidió con una huelga universitaria muy larga, que hubo entre el '58 y el '60, de todo un año. Se pudo rendir sólo en un turno, que se abrió a fin de año (antes no se rendía continuamente como ahora), más para los estudiantes extranjeros y de otras provincias. Pero pude anotarme en el examen y yo rendí Penal I que la había estudiado con entusiasmo todo ese año. La teoría general del delito me entusiasmó como forma lógica

y razonada de tratar un orden jurídico. Le escuché con el tiempo decir a Soler, acá en Buenos Aires, que a falta de una teoría del Derecho vigorosa, entre nosotros, la dogmática jurídica del derecho penal, desde la teoría del delito, había cumplido ese fin: una teoría general del Derecho.

Hoy mismo no sigo convencido de que el Derecho sea una gran cosa. Lo hago, porque ya es mi profesión y en mis años, ya no juveniles pero adolescentes, lo abacé con bastante fuerza, pero me faltan pocos años de mi carrera docente en Derecho y pienso terminarlo pronto. Al mismo tiempo no sigo convencido sobre las bondades de estudiar Derecho. De hecho, mis chicos me preguntaban para entrar a la universidad y siempre, en mi casa, fui un crítico temible de la carrera, y a ninguno de ellos se le dio por estudiarlo.

LyE: Respecto de su labor como juez, tanto aquí en la Ciudad de Buenos Aires, en Córdoba y en Alemania: ¿Cómo fueron estas experiencias y por qué es juez actualmente?

Maier: La mejor respuesta a esto es que yo no fui siempre juez, porque siempre fui académico, lo digo con cierto orgullo y sin egolatría alguna. Es decir, yo fui universitario: lo único que he hecho durante todos los días desde hace cuarenta y pico de años, casi cincuenta años. Desde el '56 estudié Derecho, no sólo en Córdoba, sino también en el extranjero. Luego fui docente universitario en Buenos Aires, hasta hoy en día. Fui siempre universitario: esto es lo que nunca dejé de hacer. Lo demás, ser juez, ser abogado (porque también ejercí la profesión durante casi veinte años), sólo fue una manera de atender económicamente a mi familia, porque los profesores universitarios no ganan, prácticamente, nada. Yo tengo cuarenta años de docencia universitaria y un sueldo de doscientos pesos, doscientos diez, creo ahora. El resultado es que siempre tuve que mantenerme trabajando en otros ámbitos. Durante veinte años, para hacer números redondos, pertenecí al Poder Judicial. Otros veinte años ejercí mi profesión de abogado. Esto es más o menos el resumen.

Es decir, lo que yo siempre fui de carrera, fue un universitario. Lo que hice para mantenerme y mantener a mi familia fue ejercer la profesión de modo práctico, porque la Universidad no da medios. Si la Universidad me hubiera pagado un sueldo relativamente razonable (de juez, aunque fuera un sueldo menor), yo probablemente nunca hubiera sido juez, ni hubiera ejercido mi profesión.

LyE: En referencia a este condicionamiento para ejercer en forma exclusiva la docencia ¿usted cree que es el único condicionamiento o existen a su criterio otros?

Maier: Hay muchos condicionamientos si uno compara con el ejercicio de la docencia en el extranjero. Yo he visitado universidades europeas, y conozco bien su funcionamiento, sobre todo en Alemania, pero también en Italia, España e Inglaterra y también EE.UU. El principal condicionamiento es económico: quienes estudiaron conmigo, hablo de aquellos que lo merecen, por

haber dedicado su juventud al estudio de una disciplina, no ganan absolutamente nada o ganan una suma ridícula.

Existen otros condicionamientos como la biblioteca, por ejemplo. No es posible que si no tenés un libro, la única opción sea conocer a un colega que pueda prestártelo, como conozco yo, por ejemplo, a Zaffaroni: caso de una biblioteca fantástica. Yo le puedo hablar y pedirle este o aquel libro. Es decir, esta situación de las bibliotecas, por ejemplo, condiciona terriblemente, sobre todo, el trabajo de investigación. Porque a la Universidad le corresponden dos tareas: una es la transmisión de conocimiento al alumno, la docencia. No es ésta para la que yo creo personalmente estar muy dotado. Por lo menos, a mí me gusta más la otra, estar sentado frente a una computadora como cuando ustedes llegaron; con mis libros y tratar de solucionar un caso jurídico. Para esto hacen falta ciertos medios materiales, no muchos, más hacen falta para la medicina. Pero se advierte que la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en los años cuarenta, estaba a la par de una biblioteca universal y hoy no se puede recuperar por más que se tomen las decisiones correctas —aun suponiendo que se tomen las decisiones correctas—, en algo así como cincuenta años, porque la enorme mayoría de los títulos están agotados. Así que sólo el tiempo hará que esos libros del período de sesenta años, en que se dejó de comprar queden desactualizados y por lo tanto sean inutilizables y otros los reemplacen científicamente.

Suponiendo que se tomen las decisiones correctas, es decir, que hoy comience un período bueno, recién dentro de algún tiempo van a existir condiciones para el investigador jurídico.

LyE: Por otro lado, éstos son problemas que se observan en general en todo el sistema educativo...

Maier: Sí, algo así pasa con los docentes, con los maestros. Todo el mundo cree que es cuestión de que un milagro suceda y de pronto les empiecen a pagar un sueldo bárbaro a los maestros. No es así. Yo tuve buenos maestros, porque tenían un sueldo con el cual podían vivir. Las maestras de mi época siempre se quedaban solteras. Las pobres no tenían hijos o tenían a todos los chicos de guardapolvo blanco: ellos eran sus hijos. De alguna manera, eran un poco la segunda madre, pero podían vivir con un sueldo. Yo recuerdo que para el día del alumno nos invitaban a sus casas, hacían un asado, por lo menos en Córdoba, le rompíamos toda la casa, nos divertíamos como unos chiquilines, pero nos aguantaban. La calidad que tuvo esa docencia no se puede recuperar en cuarenta o cincuenta años, porque los maestros ya están acostumbrados a otro ritmo, en el sentido de que cualquiera que le ofrezca un trabajo temporario de quince días les paga más, entonces piden licencia. Yo veo en las escuelas, a las que van los chicos de amigos míos, que no tienen profesor de matemática o de alguna otra materia o falta un mes que nunca recuperan.

Para instruir a una buena generación de maestros, como hacían antes los colegios normales, hacen falta treinta o cuarenta años. Con sólo pagar no se logra el mejoramiento deseado.

Nuestra Facultad de Derecho, hoy en día, si de pronto un milagro hiciera que a nosotros nos pagaran el sueldo de un juez, tampoco avanzaría demasiado: probablemente año tras año se iría notando un mejoramiento. Se apreciaría una mejora en algunas cuestiones, pero recién en treinta o cuarenta años se podría valorar si realmente el método dio resultado. Es decir, aunque se tomen las decisiones correctas no es posible para el próximo día empezar a funcionar correctamente. Ello se puede observar de la mano de los colegios normales, donde se formaban las maestras. El normal Carbó de Córdoba, que ahora es una ruina. Ni siquiera se lo conserva por su valor histórico. Habría, por lo menos, que revocarlo un poco, hacer algo para que se mantenga, porque aún el edificio es histórico.

La escuela mía en Córdoba, también es un área histórica, se transformó en un shopping muy lindo, porque le dejaron la fachada de mi escuela y eso me la recuerda, pero por dentro es un shopping. Esas cosas no son fáciles de recuperar.

LyE: Entonces ¿por qué con esta cantidad de dificultades usted eligió y elige ser profesor en la Universidad de Buenos Aires?

Maier: Mi vocación siempre estubo en la Universidad; que en mi país esa vocación no sirva económicamente para mucho, no quiere decir que no me haya dado la posibilidad de vivir bien. Eso se debe a que ella me permitió varias cosas.

Primero me dio una posibilidad intelectual muy grande. Yo creo que la Universidad, aun para aquel que no la termina, abre ciertas puertas; sobre todo la universidad estatal; que no las tiene el que no la visitó, al menos por un tiempo. La Universidad, por otra parte, educa intelectualmente, por lo tanto, yo no hubiera conocido a un montón de gente muy interesante si no hubiera ido a la Universidad.

Segundo, me permitió exponer, sea o no sea bueno, lo que yo quiero, mi propio alcance intelectual en mis libros, revelar mis opiniones, incluso generales, como sucede en este reportaje.

Tercero, me permitió conocer el mundo, sobre todo desde el punto de vista académico. Desde el punto de vista universitario, destacarme también no sólo en mi país, sino fuera de él.

Por último, también me dio la posibilidad de trabajar, no sólo en este tribunal². Al punto ello es así, que del hecho de haberme destacado en la Universidad dependió íntegramente mi vida. Yo recuerdo cuando me ascendieron a juez, siempre decían que era un teórico y que para la práctica no servía. La sentencia era ridícula, cualquiera que fuere el grado de su verdad. Lo cierto fue que

² En referencia al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

mi educación universitaria me auxilió, incluso, para ejercer con éxito la profesión de abogado. Con el tiempo, varios de aquellos que eso decían tuvieron que rendir examen conmigo en la Universidad y yo los evalué, precisamente, por casos; yo no examiné, ni lo hice nunca, un ejercicio de memoria. No lo hice después de ser nombrado profesor titular, ya que hacer sentar a un alumno, decirle que vomite tal libro o tal otro y yo quedarme escuchándolo me aburre y me duerme. Para eso, leo el libro, que es más fácil. Por lo demás, la profesión de un jurista consiste, básicamente, en resolver casos, así como la del médico en curar a un paciente: de nada nos serviría un médico que recite de memoria el mejor texto de anatomía, y de nada nos sirve un abogado que nos recite un texto de Derecho Civil, por importante o bueno que sea.

La Universidad me dio mucho. Lo que no me dio, ni me dará, es la posibilidad inmediata de vivir económicamente de ella. De hecho tuve que hacer algo más que la Universidad, pero esto no quiere decir que no me haya dado nada, todo lo contrario. Mi vida dependió íntegramente de la Universidad; posiblemente, no hubiera llegado a nada de otro modo. Yo no tengo actuación política alguna como para haber progresado en este país sin necesidad de la Universidad. Siempre me destacué en ella y estoy orgulloso de eso.

Yo recuerdo, cuando era un simple secretario —fui diez años secretario de un juzgado— no me ascendían, pese a que yo recuerdo haberle ganado a camaristas en los concursos de la Universidad. Esto me decía, primero, que el ámbito donde yo jugaba sólo dependía en gran medida de condiciones intelectuales. Por supuesto, también hay mucho de qué quejarme. Pero existían más posibilidades para aquellos que nos jugábamos por ese lado; yo estaba jugando bien el partido en una palabra. En cambio, no interesaban tanto las pertenencias políticas.

Gracias a la Universidad, hoy me invitan de Alemania, de Italia, de España y de toda Latinoamérica, por supuesto, pese a que lo único que conocen son mis trabajos universitarios y no mis sentencias. A veces no me creen que yo tengo que destinar la mayor parte de mi tiempo al cargo del tribunal.

La Universidad da mucho, aunque parezca que no lo da. Lo que no da es esa posibilidad directa, inmediata, de ir al supermercado y poder comprar los bienes necesarios para vivir hoy.

LyE: ¿Encuentra alguna diferencia entre esta universidad y la que conoció como alumno?

Maier: Yo viví una época de oro, cuando fui alumno de la Universidad. Recuerdo ahora a (Alberto) Binder, a quien he considerado discípulo mío en cierta manera, y él no tiene el mismo cariño que tengo yo por la Universidad, base de discusiones sin tiempo cuando vivíamos juntos en Guatemala. Él es más joven que yo y por ello estudiante de "otra Universidad", mejor dicho, de otro tiempo universitario, por lo cual, la Universidad no representa para él lo mismo que para mí la Facultad de Derecho de Córdoba. La Universidad que yo

viví en ese tiempo y la Universidad de Buenos Aires, se puede predicar lo mismo de ella, en la que era rector Risieri Frondizi —un intelectual de primera—, eran, al menos para nuestro ámbito, universidades de excelencia, que me dieron mucho. Esto no quiere decir que todos mis profesores valían, pero había cuatro o cinco que sí eran valiosos. Los nombres se los puedo dar: Ricardo Núñez, Alfredo Vélez Mariconde, Pedro León, quien hoy es presidente del Tribunal Superior de Córdoba, la señora Berta de Orchansky, entre otros. Es decir, había cuatro o cinco profesores de los que no me voy a olvidar nunca. De alguno de ellos, porque yo fui su asistente desde alumno, pero de todos ellos por la educación que me dieron y el cariño que me brindaron.

Realmente yo tuve la suerte de tener una Universidad de primera y no nombre a las extranjeras en las que me tocó estudiar.

Hoy no creo que esto sea lo mismo, ya que en esa Universidad a la que yo asistí no existían tabiques raros, como para ustedes ahora son los cursos de promoción sin exámenes. Era mucho más parecida a una Universidad europea.

Ahora, a mi juicio, la Universidad se ha complicado burocráticamente, por ejemplo, con la presencia de materias correlativas, en las que hay que dar una primera para poder rendir la otra, lo cual es directamente ridículo. El alumno es menos libre, yo era mucho más libre de fabricar mi propio futuro y programa.

La Universidad argentina hoy, en mi época también pero con un menor alcance, parte de la creencia de que el alumno es un idiota. Como tal, como idiota, el profesor tiene que ayudarlo, pues, de otra manera, fracasa; muchos de mis colegas e íntimos amigos de la Universidad piensan eso.

Por ejemplo, yo inventé para el postgrado un sistema, por el cual para obtener un título de especialista en derecho penal o especialista en otras áreas como derecho administrativo, había que dar un examen final. Era un examen prolongado en el tiempo con una serie de pequeñas evaluaciones. Las primeras eran por escrito sobre la base de casos, de tal manera que uno debía probar frente a un tribunal que realmente era un especialista en esa área. Así supongo lo tendrá que hacer un médico si quiere ser un especialista en cirugía del corazón. Él deberá operar corazones, frente a un tribunal que vea que no se mueran los pacientes o que alguno, por lo menos, no muera. Eso era lo que exigía yo. Yo no le tomaba parciales en cada materia, porque eso me parece una ridiculez. Exigía una prueba que rindiera el alumno de postgrado cuando se considerara apto, y estimara que había estudiado lo suficiente para darla, la cual, por supuesto, era prolongada en el tiempo, duraba cuatro o cinco meses. Esta prueba tenía cuatro o cinco de estos exámenes por casos y por último un riguroso examen oral ante todo el tribunal, que lo podía bombardear con ciertas preguntas y con casos también. Es decir, era mucho más libre en cuanto a su contenido. Esto no fue tolerado, claro. Yo mismo tomé examen por ese método y la gran mayoría no aprobó. Sólo aprobó un chico y con mala nota, pero hubo diez que rindieron conmigo.

El alumno se examinaba voluntariamente, es decir, el alumno decía: "quiero que me examinen" y probaba que cumplía con los requisitos previos. El examen era personalizado y exigente: el examinado era tratado como aquello que era: un profesional con intenciones de especializarse en un aspecto específico del orden jurídico. Un profesional responsable que afirmaba haber estudiado y probar ser especialista en un área de su profesión.

Tampoco las clases agotaban el contenido de la materia, algo, por lo demás, imposible. Se pretende en la Facultad agotar todos los contenidos de un orden jurídico. Eso es imposible, además no sirve para nada, porque si así fuera la situación, tendríamos que volver a la Universidad cada vez que se reemplaza una ley porque dicha ley no la hemos estudiado, ¿no es cierto?

Pero, así se piensa acá y por supuesto cambiaron el método que había ideado para el postgrado. Lo modificaron e implementaron esos parciales que no conducen a nada, porque son exámenes que aprueban todos. Me decían mis colegas: "No, acá, para que estudien tenés que apurarlos". Por los exámenes, yo no doy más clases en el postgrado, ya que no estoy dispuesto a tomar un examen que no valga nada. También, me dicen: "No, hazles escribir una monografía". Tampoco puedo, es una mentira tonta la afirmación de que voy a corregir una monografía en un día.

Yo creo que la Universidad actual se ha complicado terriblemente en lo burocrático y ha evitado, en comparación a la que yo viví como Facultad, progresar.

Es irreal pensar que la Universidad de Buenos Aires puede tener cien profesores de derecho penal. La Universidad de Munich, por ejemplo, tiene dos o tres profesores de Derecho penal, con el título de Profesor. Ellos son quienes se encargan de formar a los doctorandos y a los próximos docentes. Me acuerdo que, cuando se volvió a la democracia en el '83, hubo una reunión de profesores, y alguien dijo: "Bueno, pero todos nosotros vamos a ganar los concursos, que ya hemos ganado". Yo le respondí: "¿Por qué? Eso sólo si se concursan los mismos cargos". Si yo fuera decano, concursaría uno o dos cargos y garantizaría que esos profesores fueran *full time*. Intentaría pagarles lo suficiente para que no tengan otras actividades y ellos serían los profesores de la materia. Los demás serían docentes libres o docentes contratados, si necesito, por el gran número de alumnos, pero nadie puede ofrecer cien profesores de derecho penal.

LyE: Continuando con lo que nos comentaba respecto de su experiencia como alumno, ¿cuál fue el profesor que lo marcó en su carrera?

Maier: Podría mencionar, de cuerpo presente y como profesor mío, a dos que estuvieron muy cerca mío, los dos muertos ya. Uno es Alfredo Vélez Mariconde y el otro es Ricardo Núñez, a quienes yo conocí durante mi tiempo de estudiante. También debo mencionar a Soler. Lo conocí aquí en la Universidad de Buenos Aires y le pedí que por favor me dejara ir a sus clases de doctorado.

De hecho, yo ya tenía el título de doctor de la Universidad de Córdoba y no pretendía otro en la Universidad de Buenos Aires.

Allí me encontré con muy buenos amigos, que me quedaron para toda la vida, el doctor (Leopoldo) Schiffrin, el doctor (Jaime) Malamud (Guti) que estaban haciendo el doctorado y una de las materias obligatorias era la que dictaba Soler. Pero Soler me entró por los ojos, es decir, por la vista, ello quiere decir, por la lectura. Él ya no enseñaba en Córdoba y en aquella época yo lo conocí como alumno. Una vez vine a Buenos Aires representando al Centro de (Estudiantes de) Derecho con la misión de lograr que el profesor Soler, que iba a festejar el día del abogado en Córdoba, diera una conferencia para nosotros, los estudiantes de Derecho. Yo le pedí si nos podía dar una conferencia en el Centro de Estudiantes de Derecho sobre interpretación de la ley. Él me prometió que la iba a dar, fue a Córdoba y cumplió con su promesa. Pero mi conocimiento sobre él, se basa en sus libros.

LYÉ: ¿Qué obras jurídicas y qué obras literarias recomendaría?

Alguna vez dijo Umberto Eco que uno queda marcado para toda su vida por cuatro o cinco, o a lo sumo, diez libros. Esos diez libros se revelan en todas las notas que todo autor pone cada vez que escribe, la verdad es que uno sigue el esquema de esos diez libros para toda la vida, sigue ese razonamiento.

Los libros de Soler que más me influyeron fueron los referidos a la teoría del conocimiento jurídico, a la *Interpretación de la ley* publicado en España, otro libro sobre ontología jurídica que se llama *Las palabras de la ley* y, por último, puedo mencionar a *Ley, Historia y libertad*, uno más antiguo aún. Estos libros formaron mi pensamiento sobre qué es derecho, la primera pregunta que me hicieron.

Después, en materia procesal penal, que es a la que yo me dediqué más, fue Alfredo Vélez Mariconde. A él sí lo conocí bien de cerca, cuando fui su ayudante-alumno. Estuve mis años de estudiante y algunos más aferrado a él. Su libro tuvo una enorme influencia sobre mí, mayor aún que el conocimiento que me transmitió oralmente. Yo me formé en esta materia con él.

En Derecho penal, al que yo no me dediqué tanto, pero al que también conocí, fue Armin Kauffman, discípulo de (Hans) Welzel, con quien estudié varios años en Alemania. Él escribió un libro cuyo nombre en castellano es *Teoría de las normas*, que me ayudó mucho en mi comprensión del orden jurídico.

A quienes no conocí, pese a que influyeron mucho sobre mí, fue a los positivistas: Kelsen, por un lado, y Hart, el inglés, por el otro lado. El *Concepto de Derecho* en Hart, y, básicamente los *Grundprobleme* de Kelsen, sirvieron para cimentar mis conocimientos sobre teoría del Derecho. Debo mencionar también la amistad con amigos de mi generación y aún más jóvenes, que me enseñaron, sobre todo, Derecho penal. Algunos ya he nombrado pero merecen especial mención, sobre todo porque representan la influencia "portefa" y el

buen trato que me brindó Buenos Aires: David Baigún, Enrique Bacigalupo y Marcelo Sancinetti, con quien a lo largo de años nos unió el hecho de interminables charlas jurídicas, que partían un día y terminaban bien entrado el próximo, por agotamiento.

Después hay ciertos libros que no están vinculados al Derecho, puramente literarios, que también lo marcan a uno. Voy a nombrar a uno solo, tampoco lo conocí a Herman Hesse, pero a *El lobo estepario* lo leí cuando era estudiante. Fue un libro regalado por mi actual esposa, cuando aún ni siquiera éramos novios. Es uno de los libros más importantes, realmente me marcó. Hay más dentro de la literatura argentina —como *Radiografía de la pampa*— y universal.

Ésta es una lista más o menos condensada de esos siete u ocho libros a los que uno siempre recurre, aunque no lo diga, y hasta sigue inconscientemente su esquema de pensamiento.

LyE: ¿Cuándo se sintió preparado para escribir su primer artículo y por cuál trabajo siente especial afecto?

Maier: El primer artículo me lo impuso Alfredo Vélez Mariconde. Yo era alumno todavía, no me había recibido. Existía un problema cuando Vélez Mariconde pertenecía al Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba y era al mismo tiempo docente universitario, profesor titular. El problema residía en que los jueces procesaban —ahora también— sin fundamentos. Es decir, una especie de voluntad omnímoda era ejercida por los jueces y no fundaban los autos por los cuales procesaban a las personas. Entonces, Vélez Mariconde me obligó a escribir un breve artículo. Sinceramente, yo no le tengo mucho cariño a ese trabajo, tan sólo lo aprecio por el hecho de que generaciones de estudiantes lo leyeron y me lo decían, cuando yo ya no vivía más en Córdoba. Me decían: "Usted es aquel muchacho que escribió acerca del auto de procesamiento". Todos creían que yo tenía cien años. Está publicado en uno de los primeros Cuadernos de los Institutos, una publicación de la Facultad de Derecho cordobesa, donde todos los institutos publicaban, cada uno con un color diferente. Ése fue el primer artículo que escribí, lo hice un poco por obligación impuesta por aquel profesor con el que yo trabajaba como ayudante-alumno. Le aclaro que, en esa época, nos pagaban como ayudante-alumno, ya era ejercicio de la docencia (me lo acaban de certificar desde Córdoba).

Si yo tuviera que elegir algo de lo que he escrito, me inclino por el libro sobre la *Función normativa de la nulidad*. Así se llama en castellano, porque don Roque Dupalma, que todavía vivía, cuando vio el nombre que tenía en alemán: "Para una crítica del monismo normativo", me dijo "No, no, no, imposible. No lo va a leer nadie. Agréguele algo para que sirva en la práctica". El libro era pura teoría del Derecho. Entonces pensé, pensé y pensé y dije "puedo terminar un capítulo muy pequeño sobre las formas de aparición práctica de una parte del orden jurídico, que son las reglas que yo llamo potestativas, facultativas".

Yo concibo al orden jurídico como una pelota que contiene el universo de casos posibles. A esa pelota la corto por la mitad. La parte de arriba representa a las normas de deber, que son las vulgarmente llamadas normas. Por ejemplo, en el Derecho penal: "no matar". Existen las que crean la obligación de realizar una acción "ayuda al prójimo", o de no realizar una acción "no matarás" y normalmente imponen determinadas consecuencias jurídicas. Éstas son las que regularmente son llamadas normas y el monismo normativo casi siempre tiene a estas normas como básicas del orden jurídico.

En cambio, quien ve que el orden jurídico es un poco más complejo observa, como bien decía Binding, que hay además en el orden jurídico ciertas reglas que sólo son la forma de hacer que la parte de abajo de la pelota funcione con cierto sentido práctico en la vida.

Hay acciones que son indiferentes. Posiblemente esta acción que estamos cumpliendo, esta charla, sea indiferente, no tenga consecuencia alguna, ni para ustedes ni para mí. Mientras que si el artículo, por ejemplo, fuera abonado, ya tiene alguna consecuencia jurídica. Como el caso de Kissinger, que va visitando aeropuertos y para él dar una conferencia o responder a ciertas preguntas significa la obligación del otro de abonarle una suma de dinero.

Otro ejemplo sería el de testar. Por ejemplo, si yo quiero que un libro de éstos te pertenezca, después de mi muerte, tengo que instituirte como legatario de este libro. Yo puedo instituirte, pero no estoy obligado a hacerlo.

Ésas son las normas potestativas que, por supuesto, nos dicen qué tipo de acción debo cumplir para lograr cierta consecuencia jurídica, porque un testamento no es sólo la expresión de voluntad para después de mi muerte, sino que es la descripción de una acción. No cualquier acción es un testamento, así como no cualquier decisión de un juez es una sentencia, es decir, sentencia es sólo la decisión tomada después de un juicio, y la decisión que consta por escrito. Por ejemplo, si el juez le dice a la señora mientras está comiendo "Mañana lo voy a condenar a Pérez", Pérez no está condenado. Para hacerlo necesita escribir y firmar abajo de lo que escribe. Debe escribir de una determinada manera, tampoco puede hacerlo como le guste. No puede decir "Tiré la moneda y Pérez salió condenado", porque la sentencia no va a valer. Entonces, las normas potestativas son las que regulan estas acciones, que no generan obligación alguna pero que, valoradas por el orden jurídico, tienen consecuencias jurídicas. Es decir, no son acciones sin valor. Estas normas potestativas o facultativas constituyen otra de las posibilidades que tiene el orden jurídico para tomar calculable la vida de relación de las personas. Es decir, el orden jurídico es mucho más complejo que entenderlo en forma monista, como aquellas normas que conducen a una sanción, y hacer de todas las demás normas la descripción más fina del tipo de la sanción, como pretende Kelsen, por ejemplo.

A mí me parece que el orden jurídico es mucho más complejo y creo haberlo explicado en ese libro, que es, posiblemente, el que más quiero.

LyE: ¿Existe, a su criterio, un límite estricto entre derecho penal y derecho procesal penal?

Maier: Justamente fue Genaro Carrió quien planteó aquí la dificultad de expresar los límites conceptualmente. Genaro Carrió es otro de los estudiosos que más me influyó, quizás el que más lo hizo en Buenos Aires, sobre todo si se tiene en cuenta que yo no lo conocía antes de venir, con toda su polémica con Sebastián Soler, manifestada en una serie de libros como *Derecho y lenguaje*, por ejemplo. Él expresó, con razón, que no es posible afirmar un concepto límite preciso. Hay casos en que se sabe muy bien cuáles son los objetos incluidos, por ejemplo: en el nombre "mesa". Sabemos que eso es una mesa. También se sabe cuáles son los objetos no incluidos en el concepto. Sabemos que esto no es una mesa. Pero supongamos que esta mesa el día de mañana se rompe o por necesidad, la dan vuelta, le ponen unas rueditas y la utilizan para transportar libros o expedientes de un lado a otro. Es la misma mesa, pero ya dudáramos acerca de si la podemos llamar así, si la podemos incluir o excluir dentro del concepto "mesa", porque no cumple la función de una mesa.

Eso se me presentó, prácticamente, en un caso. Recuerdo que antes el Código Penal —ahora contiene una agravante del hurto y del robo similar, pero no idéntica— agravaba el hurto de automotor dejado en la vía pública. Por ese entonces había unos autos, que ustedes no conocen, pero en mi época eran con los que corrían los hermanos Gálvez y Fangio, les llamábamos "empanadas". Eran los modelos de Ford '39 y Chevrolet '39, coupé, modificados, cortados los guardabarros; todavía se ven algunos de ellos. Estas "empanadas" son ahora de colección. En referencia al caso, lo que ocurrió es que una de estas "empanadas" estaba asentada sobre las mazas, es decir, sin gomas. No tenía ni motor, ni parte de la transmisión, porque creo que faltaba el cardán y tampoco tenía manubrio. Pero la carrocería estaba íntegra y una persona vino con un guinche y se la llevó. Esa persona fue detenida, el automóvil estaba frente a un taller mecánico, ya que la "empanada" era del tallerista. Lo que se preguntaba era si la circunstancia agravante operaba o no, sobre todo en razón de la interpretación restrictiva de la ley penal. Yo decidí que la función gobernaba el encuadramiento del objeto. El concepto de automotor implica que no funcione con tracción a sangre, es decir, que le sea posible impulsarse por medios mecánicos propios del aparato. Esto es lo básico de la palabra automotor.

Al contrario, la Cámara Criminal me revocó la sentencia y calificó la conducta del autor como hurto agravado, porque explicó que tenía forma de automóvil, y si tenía esa forma, debía ser un automóvil.

Las dos sentencias eran correctas, es decir, nadie va a poder decir nunca, con criterios de verdad, quien había interpretado bien o mal la ley. Sólo yo po-

día decir que a mí me parece más racional incluir o excluir por la función o a mí me parece más racional incluir o excluir por la forma. Carrió demostró que todo concepto posee una zona gris, imposible de delinear. Esto mismo ocurre en Derecho penal y en Derecho procesal penal, en donde hay una zona gris que no es posible delimitar exactamente. Tanto el Derecho procesal penal es dependiente del derecho penal —yo he dicho que es sirviente del Derecho penal, porque si no hubiera Derecho penal no tiene sentido la existencia del Derecho procesal penal—, como, asimismo, el Derecho penal es dependiente del Derecho procesal penal. Basta ver el Estatuto de la Corte Penal Internacional para advertir hasta qué punto es dependiente el Derecho penal de ese estatuto del proceso penal. En dicho ordenamiento es muy claro que domina el ámbito procesal penal y que sus instituciones toman dependiente a todo el Derecho penal que contiene el mismo estatuto.

LyE: A su criterio, ¿existe algún supuesto en el que se justificaría que el imputado pueda ser objeto de prueba?

Maier: Sí, en una enorme cantidad de supuestos. Yo discutía esto con (Carlos) Nino, porque él decía que el *nemo tenetur* (es decir, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo) abarcaba supuestos de prueba física del imputado y éste tenía derecho a negarse. Yo decía: "No tiene ningún derecho a negarse".

Los rastros de una acción delictiva quedan en el mundo y parte de él es nuestro propio físico, de tal manera que si lo que queremos es llevar a cabo, racionalmente, ciertas instituciones, no hay otra posibilidad que aprehender esos rastros que están en el cuerpo del imputado. Lo único que el imputado puede hacer libremente es dar o no información mediante su palabra oral y escrita, o por signos equivalentes que sean comprensibles. Es decir, cuando se produce una transmisión de conocimiento directo. Eso es lo que ampara el *nemo tenetur* y no otra cosa.

Pongamos un ejemplo. Olvidándonos de la adopción, la paternidad es establecida por el orden jurídico sobre la base de un criterio biológico. Las personas que han concebido a la criatura son papá y mamá. Si para saber quiénes concibieron al niño es necesario contar con piel o sangre para establecer el ADN entonces será posible coaccionar a las personas con el único límite de no desmejorar su salud. Algo parecido ocurre, por ejemplo, con la comprobación de la ebriedad para ciertas contravenciones o delitos. Si la ebriedad es algo que debe verificarse en el caso, se debe utilizar la coacción a través de los órganos públicos, aunque no lo desee el imputado, y siempre que no se desmejore su salud. Se puede obtener una pequeña muestra de sangre para poder observar microscópicamente cuál es el nivel de alcohol en sangre.

Se puede pensar en casos complicadísimos. Una vez yo intervine en uno, se trataba de un chico —víctima de un delito—, que tenía un balazo cerca del

corazón y el cual se sostenía que había sido disparado por la policía. Era riesgoso, según el médico, extraer el proyectil para luego compararlo con el arma; pero, al final, lo hicieron. Ahí el problema no era de ninguna manera la negativa de la persona imputada, sino que el problema era la salud de esa persona. Es materia de un dictamen médico verificar que esa medida no entraña riesgo para la salud y la vida, que son los límites, entonces se puede ordenar coactivamente.

Sin ir más lejos, por ejemplo, el reconocimiento en rueda de personas es, también, una prueba física: Cuando yo, que he sido robado, y le he visto la cara al autor del robo, puesto en una rueda de personas tengo que señalarlo. Lo que más puede hacer el ladrón es comportarse de manera ridícula, para evitar la rueda, y en todo caso, yo puedo decir: "comportense todos igual, imitenlo, actúen ridículamente; si él salta o se tira al suelo, hagan todos lo mismo". Pero el imputado no puede hacer otra cosa. Claro es que ciertas pruebas, que dependen mucho de la personalidad no podrán ser llevadas a cabo, pero sí pueden realizarse otras.

Por ejemplo, si se le imputa a un individuo la falsificación de un documento, se puede realizar un cuerpo de escritura para verificar si la grafía del documento coincide con la del imputado. Por supuesto que si él no quiere es imposible obtenerlo, porque yo no le puedo guiar la mano, no vamos a conseguir el trazo personal, como si él, voluntariamente, aceptara escribir. En caso de que se niegue a realizar el cuerpo de escritura, puedo secuestrar otros escritos del imputado, por ejemplo, cheques suscritos por él o cartas o actas de peticiones que ha hecho él en bancos o en clubes o donde fuera, para comparar las escrituras.

Entonces, yo creo que es posible utilizar la prueba física extraída del imputado. El *nemo tenetur* sólo ampara, básicamente, la posibilidad de transmisión directa del conocimiento entre el investigador, la persona que quiere averiguar algo, y el imputado, normalmente por medio de la palabra oral o escrita, y a veces por signos.

Yo escribí un dictamen para las Abuelas de Plaza de Mayo sobre la obligación de someterse a los exámenes³, a mí me parece ridícula la solución dada por la Cámara Civil. Ella ha dicho que: "en el caso en que se niegue, hay indicios en su contra que permiten afirmar que es su hijo". Yo digo: "¿Pero, en qué está fundada la paternidad, en un vínculo biológico o en un capricho mío al negarme a realizar el test de ADN?". A lo mejor, lo quiero como un hijo y entonces me niego para que me lo atribuyan, porque sé que si realizo el test, me va a dar negativo y no me lo van a poder atribuir nunca. Me parece ridículo, cuando una institución está fundada biológicamente, por ejemplo, la paternidad, que sea determinada por otro criterio como es la negativa a la autorización de una

³ Se refiere a los casos en que se pretende someter a exámenes médicos a jóvenes que presuntamente son hijos de padres desaparecidos en la última dictadura militar, para verificar su filiación.

prueba determinante y definitoria, a la que alguien no se quiere someter. Hoy es posible averiguar la paternidad biológica, antes no era posible, casi con un cien por ciento de efectividad. Es posible afirmar con una seguridad del cien por ciento, negativamente, que no es el hijo y casi con el cien por ciento de seguridad, positivamente, que es el hijo.

Si esa persona no quiere dar una muestra de sangre, hay que agarrarle el brazo y mediante un leve "pinchazo", que no le va a perjudicar la salud, se puede averiguar la paternidad. Les contaba, que yo para las Abuelas de Plaza de Mayo hice un pequeño escrito de tres páginas, en donde afirmaba que era obligatorio, tanto para aquel de quien se presume el parentesco (el abuelo) como para los chicos.

LyE: Esta posibilidad de considerar a la persona como objeto de prueba ¿tiene otros límites además del riesgo a la salud?

Maier: Sólo la salud y la vida. Yo no puedo arriesgar la vida o empeorar la salud por llevar adelante una persecución penal, esto no puedo hacerlo. Pero, si yo verifico con el dictamen correspondiente que va a quedar intacta la salud de la persona, puedo tener una injerencia en el cuerpo de la persona para verificar ciertos elementos importantes para el Derecho. El problema de la paternidad no es sólo un problema del Derecho penal, sino también del Derecho de familia. Creo que sólo la salud y la vida son los dos bienes jurídicos a preservar; al menos, frente a esta posibilidad, no me imagino otros. Por ejemplo, en el caso que yo te conté del chico que tenía un balazo cerca del corazón.

LyE: Es compatible la persecución penal internacional con el espíritu liberal de nuestra Constitución y, en general, con los postulados del minimalismo penal?

Maier: No creo que esté en contra de nuestra Constitución nacional. Es decir, los principios básicos que tiene el mismo Estatuto de Roma son propios de un derecho penal liberal; sin embargo, se pueden discutir algunas reglas, pero no lo vamos a hacer ahora. La regla del *ne bis in idem*, por ejemplo, es discutible.

Pareciera ser que esta persecución penal internacional y este juzgamiento internacional aparecen por ciertas desconfianzas en los órdenes jurídicos y en las jurisdicciones nacionales.

Esto se debe a que según la práctica, y nosotros somos un ejemplo también de ello, en los casos de crímenes graves muy extendidos o practicados a escala o cuando se producen en un proceso político, los Estados nacionales no reaccionan. No pueden o no quieren reaccionar contra ello, entonces salvan a los autores para evitar los problemas políticos internos. Esto parece estar en el fondo de toda esa cuestión. Por ejemplo, después de la Segunda Guerra Mundial sobrevino Nüremberg y Tokio. Ahora con la ex Yugoslavia y Ruanda, ocurre lo mismo, porque no tienen condiciones, o no pueden o no quieren investigar

la verdad, ni juzgar. Es: algunos casos los procesos sólo sirven para conseguir la impunidad para sus autores, y así obtener una especie de *bill* de indemnidad. En el fondo de este tema está presente este temor.

Pero hay que preguntarse: "¿Qué es peor?: el remedio o la enfermedad". Ésta es una de las cuestiones.

Segundo, el mismo temor de arbitrariedad, impunidad, parcialidad e injusticia existe en el propio Estatuto de Roma. El Estatuto lo contiene por dos puntos muy claramente. No han podido definir el crimen de agresión, no porque no sea posible definirlo, es muy sencillo determinarlo, incluso culturalmente. Han considerado que la determinación de los elementos del crimen de agresión es una de las tareas de la Asamblea de los Estados Partes, que funciona como un poder legislativo. Entonces ella tendrá que definir cuáles son los elementos. Lo que no han podido determinar son las condiciones que permiten la persecución del crimen de agresión.

No parece ser que el crimen de agresión sea lo mismo cuando lo comete un poderoso que cuando lo desarrolla un tarado o una persona que no tiene poder. Por ejemplo, para que quede más claro, en la Guerra de las Malvinas no tengo la menor duda de que los argentinos que la comenzaron hubieran sido condenados como autores de un crimen de agresión y creo que con razón. La Argentina agredió, en vez de hacer uso del método pacífico para solucionar conflictos, dijo "¡Buen día! Hoy me apropio de eso (las Islas Malvinas) y si tengo que matar a alguien lo hago". Vinieron los ingleses y hubo muchos muertos, más de nuestro lado, pero también del lado de ellos. La Guerra de las Malvinas hubiera sido caracterizada como guerra de agresión.

Estoy seguro de que la Guerra de Vietnam no hubiera sido caracterizada como una guerra de agresión. Si nos fijamos en lo que ocurre en Afganistán actualmente es un mejor ejemplo, todavía. Hay un concierto de países poderosos bélicamente, que va a bombardear a individuos que ni siquiera se pueden defender y con el escaso fundamento de buscar a una persona, a lo sumo dos. El fundamento es inadmisible: eso de buscar a una persona que según ellos es el mal de los males o una especie de diablo e iniciar una especie de cruzada santa.

¿Por qué no hubiera sido caracterizado como agresión? Se quiere que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tenga en sus manos este crimen, a la manera de una instancia privada del derecho penal en nuestro orden jurídico penal. Hay ciertos delitos que no pueden ser investigados oficialmente por el Estado; la víctima debe autorizar que se investigue la violación, el ultraje al pudor, el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima es el cónyuge. Acá el papel de la víctima lo desempeña el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En ese Consejo hay cinco países que tienen derecho a veto, y este derecho es absoluto. Esto quiere decir que con un solo veto se impide, en la práctica, la investigación del crimen y la decisión sobre él. De

tal manera, esos cinco países van a determinar cuándo existe o cuando no existe agresión.

LyE: Entonces, tal como está planteado en el Estatuto de Roma, la creación de una instancia penal en el ámbito internacional en vez de limitar permitiría la expansión del poder punitivo, no ya nacional, sino supranacional...

Maier: Exactamente, yo creo que la Corte Penal Internacional no va a frenar al poder punitivo, al contrario, lo que va a provocar es una expansión en el ámbito global con el transcurso de un tiempo que no puedo medir y que creo que no voy a poder ver. Puede ser un peligro, un peligro grave de expansión del poder punitivo en el ámbito global.

Ello equivale políticamente a seguir con el Derecho penal lo que ya es realidad en el ámbito nacional: un poder penal que afirme el poder económico, el poder social o el poder político.

LyE: Su respuesta nos lleva inevitablemente a preguntarle acerca del fin de la pena estatal. A su criterio ¿cumple actualmente algún fin?

Maier: La pena, en cierta medida, ha cumplido, justamente, la misión de afirmar el poder económico y político ya cuando se produce esa enorme transformación, una especie de revolución social, que significó la creación de los Estados nacionales frente a lo que eran los Estados vecinales. Allí es cuando aparece, en gran medida, la pena estatal por primera vez.

Ni el Derecho penal, ni la pena estatal, son instituciones que han existido siempre. Por lo menos, en la medida en que nosotros las conocemos. Yo me refiero a la sociedad que nosotros conocemos. También podemos decir que la policía, los tribunales penales, en el sentido en el que los conocemos, o los fiscales, tampoco han existido siempre, ya que son relativamente modernos.

La pena estatal responde a la creación del Estado como forma de organización social, en la cual todavía vivimos, reemplazando a la sociedad vecinal.

Las sociedades vecinales no solucionaban sus conflictos con la pena, sino que su principal forma de solución era, en lo posible, mantener en la paz de la comunidad a ambas personas —ofendido y ofensor—. Para ello, la herramienta principal que tenían era, precisamente, la composición del conflicto. Ambas personas terminaban el conflicto con un contrato en que lo componían. Gracias a ese contrato, ambos quedaban dentro de la protección de la paz comunitaria y por él establecían derechos y obligaciones recíprocos. La principal obligación del ofensor era reparar a su víctima. Éste era el método normal del sistema compositivo anterior a la aparición del Estado y de la pena estatal.

En el Estado moderno, la pena aparece como poder político antes que como institución jurídica, de acuerdo con lo que le dije anteriormente, para lograr sostener una organización social nueva —el Estado—, que produjo varias transformaciones políticas.

Dentro de la sociedad vecinal, los sujetos de derecho ejercían el poder político cotidianamente, entre otras cosas, administraban y juzgaban en conjunto. Hombres de armas o las personas que eran sujetos de derecho plenos se reunían en el foro, en la plaza pública, para resolver los problemas que tenía la comunidad y entre otras cosas también para administrar justicia (en el sentido actual). Si no triunfaba aquel método compositivo, el ofensor y el ofendido eran sometidos a un combate público, en presencia de las demás personas de la comunidad. Dicho combate era, al comienzo, por medios pacíficos, pero a medida que no se iba solucionando el problema, el juicio, por así decirlo, terminaba en un combate físico.

Nadie pretendía conocer la verdad acerca de lo que ocurrió, sino que se pretendía que uno ganara y el otro perdiera, de tal manera que, si había un ganador, el perdedor abandonara la paz comunitaria. Por eso, cada vez que uno perdía el juicio era librado a la venganza de cualquier miembro de esta sociedad vecinal. Lo que hacía normalmente era irse, y ello significaba un poco la muerte, en sentido civil, al menos.

Este sistema fue reemplazado por un sistema concentrado de poder político que transformó al sujeto de derecho en súbdito. El sujeto pasó a ser súbdito del rey, súbdito del Papa, súbdito del emperador o del príncipe; ya no tenía más derechos políticos y debía cumplir la ley del príncipe, y éste lo juzgaba y lo administraba.

Este derecho era escrito y heterónomo; normalmente, regía en territorios mucho más vastos que el de la comunidad vecinal y las personas pasan a ser anónimas, transformándose en un número como lo representa el DNI —Documento Nacional de Identidad—. Esto fue provocado por la gran cantidad de personas que se convirtieron en súbditos del monarca, lo cual impidió el conocimiento personal entre los componentes de una sociedad. La pena cumplió, desde este punto de vista, el papel de afirmar, resguardar y proteger las instituciones. En este sentido, la sufrían aquellos que atentaban contra el *status quo*, como le ocurrió a Galileo, a Bruno, a Juana de Arco, que fueron algunos de los casos de inquisición conocidos.

Luego, viene otra transformación de ese Estado. El Estado de derecho, yo siempre digo, es una especie de remezón del terremoto (cada mil años hay un terremoto, cada quinientos hay un remezón) que dejó el Estado nación; es decir, primero es el Iluminismo y después lo que quedó del Iluminismo, cuando comienza su discusión con el Antiguo Régimen. Es que no queda todo el Iluminismo, sino que el Estado de derecho es lo que subsiste del Iluminismo y lo que se conserva del Antiguo Régimen. Por eso se conserva, por ejemplo, el encarcelamiento preventivo, sin afectar el principio de inocencia; ya que no se pretende que, por el principio inocencia, no se deba tener presa a una persona durante el procedimiento penal, sino que tan sólo se pretende no aplicarle una pena cuando todavía no se la declaró culpable.

Lo que sí se termina es la justicia de gabinete, o sea la justicia del rey, la justicia delegada, la justicia que tiene que verificar y controlar dentro de un aparato burocrático. Se acaba, porque se intenta volver al juicio público delante de los ciudadanos, un juicio por jurados. Esto se manifiesta tanto en la Revolución Francesa como en la Americana.

En conclusión, la función de la pena, en principio, es la de estabilizar la institución de una nueva organización social: el Estado, que concentra el poder político, al comienzo, en una sola persona, el monarca. Es una función puramente política, porque cuando es regulada por el Derecho, es decir, a partir del Iluminismo y del Estado de Derecho en adelante, cumple también la función de resguardar ciertos derechos básicos de los ciudadanos como son la vida, la integridad física, la libertad de decisión sexual, la propiedad, los derechos individuales; intenta resguardar a aquellos derechos de una manera violenta.

El sistema de justicia, me parece a mí, se va transformando en un sistema que impone la pena, pero un sistema que no necesariamente es muy civilizado, pues intenta proteger los derechos básicos de manera violenta. Pero, aún así, es más civilizado que la venganza personal que implicaba abandonar al poderío personal de cada uno de los integrantes de la sociedad al ofensor o al ofendido. Entonces, esta necesidad de establecer órganos, que mal o bien reduzcan el conflicto a una decisión estatal para impedir la venganza es otra de las funciones que cumple realmente la pena.

Sólo intelectualmente, es decir, sin comprobación empírica, se ha sostenido —y muchos lo creen así— que la pena cumple la misión de un sistema de premios y castigos, que es retribuir las acciones de cada persona. Creo que (Marcelo) Sancinetti, profesor de nuestra facultad, es partidario de esta función de la pena. Esto implica que se castigan las acciones malas de las personas y el Derecho intenta premiar, por otro lado, las acciones buenas. El Derecho penal es la parte del derecho que castiga las malas acciones y las omisiones, esto es, a quien no realiza la conducta mandada. Se ha afirmado que, además de esta forma de expiación, la pena cumple una función de prevención general, tanto positiva como negativa. En general, ambas se confunden con la seguridad común, esto es, con la seguridad general para que los bienes que portan las personas no sean lesionados o puestos en peligro.

En un sentido negativo, sostenido por Feuerbach, tenía la función de inducir temor a aquéllos que van a decidirse a cometer un delito, de manera tal que no lo cometan. Yo no creo que se cumpla en la práctica, al menos en gran medida, esa función.

En un sentido positivo afianza los bienes, los valores sobre los cuales se edifica una organización social. Tampoco creo demasiado en que la pena cumpla esta función. Este afianzamiento no depende tanto del castigo, sino, antes bien, de ciertas condiciones de la vida social como la educación y los valores

comprometidos en ella y la paz social, entre otros. Cuando las personas son sometidas a ciertas tensiones olvidan los valores que defienden comúnmente: ya ven lo que pasa cuando cualquiera tira una piedra contra una vidriera en una manifestación o en la cancha de fútbol.

También se ha sostenido la teoría de la prevención especial, la cual todavía se mantiene en las constituciones modernas, sobre todo en un sentido positivo, es decir, la que consiste en la reeducación o reinserción en la vida social de las personas que han delinquido. Es cuestionable en la práctica, porque ni aún en animales ha funcionado. Los animales que han nacido en los zoológicos, si son dejados en la selva, casi seguro que mueren, porque no saben defenderse y siempre les han dado de comer en la boca. A mi perra la tirás a la calle y seguro que en muy pocos días pierde kilos y kilos y termina muriendo mucho antes que estando en mi casa, donde recibe la comida en la boca.

Pero estas tres funciones, con las que se distingue el fin o la justificación de la pena, son sólo afirmadas de modo puramente intelectual. Nunca se ha pretendido que esas funciones sean verificadas en la realidad. Sólo se intenta dar una justificación moral a la pena.

Debo agregar que no es equiparable, a los fines de la retribución, cinco años de prisión con el robo de un automóvil: una y otra acción carecen de vínculos recíprocos que no sea la imputación jurídica.

Tampoco es justo que se afirmen ciertos valores sólo a fuerza de hierro o de palos. Si optáramos por eso tendríamos que matar a palos a los niños, por ejemplo.

Además, es dificultoso saber cómo puedo, mediante el encierro, sobre todo, reinserir a alguien, que fue excluido de la sociedad, en ella nuevamente.

Desde el punto de vista práctico, la pena parece cumplir dos funciones. Por un lado, estabiliza el sistema dado, es conservadora; en este sentido, todo el sistema penal lo es. Por el otro lado, evita la venganza privada, transforma el conflicto, es decir, funciona como mediadora en el conflicto. Transforma un conflicto entre ofensor y ofendido, en un conflicto entre el ofensor y el Estado, porque el ofensor no ha respetado las reglas que el Estado ha dictado.

En este último sentido evita cualquier reacción incivilizada frente al conflicto. Evita la venganza y la venganza abusiva, evita el "ojo por ojo, diente por diente" y aun el exceso, o sea: "dos ojos por uno". Yo creo que éstas son las funciones que tiene en la realidad la pena estatal.

LyE: Prente a la crisis de la justificación de la pena estatal...

Maier: Ésta vive en ella y la va a seguir viviendo el Derecho penal

LyE: La criminología, en este contexto, entonces ¿Tiene algún papel distinto al que cumplió en la década del '80 la criminología crítica?

Maier: Esta pregunta es extraña a mis conocimientos, sólo puedo decirlo como puede decirlo cualquiera. Yo no soy criminólogo, ni nunca me interesó mucho la criminología.

A mí me parece que la función básica de todas las criminologías —la orgánica, la empírica, la criminología sociológica, todas ellas— es, en primer lugar, presentar el sistema penal tal cual es en la realidad, es decir, alejado de su justificación intelectual. Observa fenómenos tales como la elección de las víctimas del sistema penal, en el sentido de que elige cuidadosamente sobre quién actúa. Es decir, que su labor es presentar estos problemas sobre la base de los grandes números del sistema penal explícitamente, no de la mano de un caso en particular.

Por otro lado, cumple una función de crítica del sistema penal, de manera tal de señalarle dónde funciona mal. Esta función de la criminología puede repercutir sobre el mismo sistema penal, sea material o formal, indicándole algunos cambios necesarios.

Ésta, yo creo, es la función básica, pero, ya les digo, no me animaría a discutirlo con un criminólogo, directamente. Es decir, creo que por una parte nos pone en claro cuál es la realidad del sistema penal, lo presenta al sistema no normativamente o, mejor dicho, si normativamente, pero desde una normativa distinta que está relacionada con la presentación de los resultados prácticos del sistema penal en la realidad. Por ejemplo, es norma que el sistema penal siempre seleccione al más vulnerable y el más poderoso a la larga no cae dentro de él.

Hay un ochenta por ciento de encarcelados reales que se transforman en reincidentes. Es decir, que no hubieran sido reincidentes, si no hubieran sufrido la cárcel.

Segundo, se ocupa de la crítica desde muchos puntos de vista.

La criminología de base puramente empírica y estadística, por ejemplo, comprobó que los jueces usan una mínima proporción de las figuras delictivas que existen en un Código Penal. Hay figuras que no se han aplicado nunca, ni está en la mente de nadie aplicarlas, o al menos, sólo son utilizadas cuando los jueces quieren.

La criminología más despiadada es la de corte sociológico que en América latina ha dado lugar a una escuela llamada "criminología crítica".

Esta criminología se ocupa de remarcar aquellos resultados del sistema penal que evidencian su irrazonabilidad.

Estas dos funciones, presentar y criticar, son las que sostengo yo, pero un criminólogo posiblemente diga algo mucho mejor que yo sobre el papel de la criminología.

LyE: Cambiando de tema. Usted ha sido un gran impulsor de las reformas procesales penales que se han llevado a cabo en algunas de nuestras provincias

y en gran parte de los países americanos. En vista de estas experiencias: ¿Cuáles son las perspectivas de reforma del código ritual penal en el orden federal?

Maier: Me decía (Winfried) Hassemer, un profesor alemán y miembro del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que no son buenas épocas para ninguna reforma del Derecho penal o del Derecho procesal penal.

Hoy en día, creo que la gente lo que menos quiere es una reforma del sistema penal en el sentido que sería el indicado. Al contrario, lo que quiere es expandir el sistema penal y no dejarlo de lado. La gente tiene la idea de que el penalizar conductas y aplicar las sanciones en la realidad va a conducir a una sociedad en donde ese problema se acabe. Por ejemplo, si prohibiéramos ser pobre, no va a haber más pobres. Es decir, se saca el problema de su cabeza con el solo hecho de inventar la norma, o sea, que "No matarás" es lo mismo que decir "no va a haber homicidios". Es decir, confunde el efecto de la función normativa del Estado, o el efecto de una norma. Precisamente, si existe la norma jurídica es porque es posible empíricamente la realización de la conducta, por eso el orden jurídico la prohíbe.

Pero no son buenas épocas, la gente no se da cuenta, por ejemplo, de la enormidad que cuesta el sistema penal. Aproximadamente el sesenta por ciento del presupuesto del Ministerio de Justicia nacional se gasta en el mantenimiento del sistema penitenciario. Si a eso se le agrega la policía, los tribunales penales y todo lo demás, es enorme el costo.

Yo, en realidad, creo que no se presentarían problemas mayúsculos si abolimos el sistema penal. Ello resulta imposible, pero lo cierto es que cada vez que lo agrandamos implica un gasto mayor. El personal de una cárcel es superior al doble de los internos, por cada cien internos debe haber trescientos guardiacárceles, para la mañana, tarde y noche, porque una persona no puede trabajar más de ocho horas por día. Es decir, cuarenta horas a la semana con cinco días de trabajo. Así que es tremendo el gasto del sistema penal y los resultados de este gasto no son óptimos.

La gente no piensa, o piensa, ya te digo, con esta falacia normativa. Se cree que, bajo pena, por ejemplo, van a existir los dólares que los bancos no pueden devolver porque, al parecer, no los tienen —lo he escuchado en una manifestación—.

En definitiva, yo creo que no hay perspectivas demasiado grandes, por lo menos, de establecer de forma práctica la reforma. Por ejemplo, cumplir con la Constitución, hacer códigos más racionales y menos extensos, más comprensibles por todo el mundo, es decir, que estén dirigidos a todo el mundo. Los códigos tienen una enorme cantidad de artículos que los han hecho complejísimos, con problemas técnicos. Además, no son ni siquiera razonables para todo el mundo.

El movimiento reformista tiene impulsores optimistas, no como yo. Yo siempre fui un pesimista teórico y un gran optimista práctico. El Ministerio de Justicia quiere tener un modelo para cuando una provincia los consulte y puedan decir "acá está el modelo", y quiere unificar todos los códigos procesales penales en lo posible. Yo creo que se debería decidir por cumplir la Constitución, ya que ésta dice que el Congreso tiene que dictar una ley general para toda la Nación que establezca el juicio por jurados. Esto es lo mismo que decir que una enorme porción del Derecho procesal penal debe ser regulada por el Congreso en una ley nacional y que tiene límites concretos. No puede hacer cualquier ley: tiene que programar un juicio público y por jurados. Se debería decidir a cumplir con el mandato constitucional, pero no creo que esto sea posible.

Aquí en la ciudad —de Buenos Aires— yo redacto, con chicos de la Facultad, un código procesal penal relativo a una eventual transmisión de la justicia penal a la ciudad de Buenos Aires. Estos códigos están en marcha. Calculo que durante el año 2002 lo terminaremos si no seguimos con problemas políticos y económicos en el centro de la escena. Yo colaboro con ellos, pero realmente, desde el punto de vista teórico, soy pesimista: las condiciones no están dadas para que se cambie nada. Además, hay que reconocer que en el Derecho penal o en el Derecho procesal penal o en el Derecho constitucional nunca cumplimos las leyes cabalmente, siempre andamos modificándolas. Es decir, tenemos que traducir en forma práctica algo, antes de poder seguir reformando leyes. alguna vez tenemos que tratar de hacer algo como la gente, no puede ser que las instituciones no duren, que las leyes no duren, que se tenga que estar reformando continuamente todo, sin cumplir nada.

Yo creo que habría que ocuparse ahora y por un tiempo de una enorme transformación de la organización judicial. Si sólo centráramos el punto allí, sería más optimista. Claro que como esta reforma es más práctica que normativa, el problema lo vamos a tener con los operadores políticos reales. Los jueces, todos los burócratas de la justicia (los fiscales, los defensores oficiales, los empleados) se van a oponer y por cierto, también, los abogados. Los abogados, si bien no son parte de la burocracia en el sentido de que no dependen del Estado, son burocracia en otro sentido. Pertenecen al gremio de los administradores de la justicia, y es muy fácil saber por qué se van a oponer a esta transformación.

Por ejemplo, cuando los japoneses transformaron los relojes en una pequeña computadora, los relojeros suizos se suicidaron en masa. Primero hicieron todo lo posible para que esto no fuera permitido. Esto es porque a nadie le gusta que cuando uno ha aprendido a trabajar con ciertas herramientas, de pronto, tenga que cambiar su oficio, porque hay que aprender a trabajar con otras herramientas. Entonces los tenés a todos en contra. Yo creo que un cambio en la organización judicial es el más necesario y el más conveniente.

LyE: ¿Qué opinión le merece la reforma del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires?

Maier: Desde el punto de vista teórico, no me gusta; desde el punto de vista político, tiene alguna virtud. La provincia de Buenos Aires, desde Rosas, no ha tenido nunca un sistema de justicia. Ahora mismo, en materia civil, es casi un imposible iniciar un juicio en la provincia de Buenos Aires, o mejor dicho, llegar al final; sólo muy pocos tienen la suerte de llegar al final. En la provincia de Buenos Aires es más fácil encargarse a la policía el cobro de un cheque —por supuesto por una parte de ese cheque— que iniciar un juicio o denunciar un cheque sin fondos. Esto produjo una enorme polución dentro de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, por el hecho de que ellos, en forma extrajudicial, se encargaban de cobrarlo. A veces venían y te decían que sólo se pudo cobrar la mitad, y era cierto. Ellos te cobraban el porcentaje de acuerdo con lo que habían recuperado. La provincia de Buenos Aires careció de sistema judicial: a Rosas no le interesó el sistema de justicia y de ahí para delante a ninguno de los gobernadores. En ese sentido, es una de las provincias más atrasadas. Pero, pese a que el código es malo, desde el punto de vista teórico, ha cumplido cierta labor. Se establece el juicio público en la provincia de Buenos Aires. Eso ya significa llevar a la gente a ver el juicio ante los tribunales, que la gente pueda de alguna manera, al menos, controlar la administración de justicia o ver cómo ella trabaja, por lo menos a través de los órganos de prensa que revelan cuáles son sus resultados. Esto es algo muy distinto a la justicia de gabinete, por más que esta justicia pública no sea perfecta. Anteriormente, nadie oía ni veía los juicios, totalmente ocultos detrás de un expediente, y, por lo tanto, nadie conocía la actividad de los tribunales y sus resultados, ni se podían comparar los resultados justos o injustos o valorarlos de alguna manera.

La organización judicial es desastrosa y por eso fracasa en la mayoría de los casos. La provincia de Buenos Aires tiene menos jueces por habitantes que La Rioja; ni siquiera por habitante, menos jueces en general, que La Rioja o que Córdoba. Así que esto tiene que cambiar rápidamente. La provincia de Buenos Aires no puede darse ese lujo. Es la provincia más rica de la República Argentina y una de las más atrasadas en el sentido judicial. La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires está destacada como paradigma de las resoluciones más conservadoras y atrasadas. Todavía sigue con ciertas interpretaciones del Derecho Penal que son inconcebibles, no sólo acá en la Capital Federal o en Córdoba, sino también en las provincias mucho más pobres. Por ejemplo, aquello de calificar el homicidio o el robo por la muerte de una persona por el sólo hecho de que alrededor del lugar, donde se produce el robo, alguien haya muerto. Pese a que la muerte se deba a que lo atropella un auto o lo mata un policía al repeler la acción, versión vermacula del *versari in re illicita*, principio contrario y opuesto al de culpabilidad, que gobierna el Derecho penal moderno.

LyE: ¿Considera que la modificación respecto de que el fiscal se encuentre al frente de la instrucción es uno de los puntos que tiene a favor esta reforma?

Maier: Sí, sin duda. Ya dije, algún papel renovador ha cumplido la reforma: ha mostrado un instituto que era totalmente desconocido en la provincia de Buenos Aires. Algún papel político ha cumplido, pero que la organización judicial es desastrosa, lo es. El código es un batido de varios proyectos que expresa una cosa en un lugar y todo lo contrario en el otro. Además, los institutos innovadores que tiene han sido programados con algún desconocimiento o tolerancia negativa por la mecánica del proceso penal. Por de pronto, desde el punto de vista teórico, pero también desde el práctico, será difícil alcanzar nunca una sentencia, con 4 ó 5 recursos posibles contra ella. Teóricamente, nunca se va a alcanzar una sentencia firme. Contra la sentencia firme existe el recurso de casación. Además del recurso de casación, el recurso de nulidad o de inaplicabilidad de ley ante la Corte de la Provincia de Buenos Aires. Después existe un cuarto recurso posible, que es el recurso extraordinario ante la corte federal, pero ésta ya ha dicho que primero tiene que decidirse en el ámbito local. No va a terminar nunca el procedimiento, se trata de un proceso sin final.

El Código contiene algunas contradicciones normativas. Hace ya algún tiempo di una conferencia en la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires sobre estas contradicciones, preceptos raros que parecían borrar con el codo lo que se había escrito con la mano y que, según se me ha dicho, han sido reparados, aun parcialmente, por diferentes leyes posteriores. El fiscal debía proceder informalmente a investigar los delitos y después lo obligaban a levantar actas de todo aquello que hiciera. Desde el punto de vista normativo, técnico, digamos, no es una buena ley; el Código de la Provincia de Buenos Aires tiene defectos graves. Desde el punto de vista político ha cumplido alguna función. Y la organización judicial es defectuosa: mientras no organicen mejor la institución judicial, va a seguir adoleciendo del mismo problema.

Pero en todo es conflictiva la provincia de Buenos Aires. Yo vivo en la provincia de Buenos Aires. No es comparable a la ciudad de Buenos Aires: acá existe policía para demandar ayuda, al menos para preguntarle dónde quedan las calles. En la provincia de Buenos Aires ni siquiera existe eso, vas por una calle y no encontrás un policía ni por casualidad. No existe la policía en la calle en la provincia de Buenos Aires; hoy pareciera que esa realidad quiere ser cambiada, pero falta mucho para que, realmente, cambie.

LyE: Usted afirma que la prisión preventiva puede ser justificada bajo ciertas condiciones que deben ser interpretadas restrictivamente. Ahora bien, ¿la posibilidad de que una persona sea privada de la libertad siempre que exista probabilidad de que se la condene por el delito endilgado y que la pena que le corresponda en dicho caso sea privativa de la libertad, no considera que se encuentra reñida con el principio de inocencia?

Muier: Lo que se denomina entre nosotros, principio, estado o presunción de inocencia, establecido en nuestra Constitución nacional en el art. 18, dispone que nadie puede ser penado antes de determinado procedimiento previo que finalice en una condena y que ésta quede firme. Es decir, sin realizarse un juicio ante un tribunal que lo condene. Pero entonces, ¿cómo se justifica que haya personas que ante la posibilidad de ser condenados sufran la fuerza estatal, sobre todo la privación de la libertad, antes de que haya una sentencia condenatoria? Yo contesto que, en primer lugar, nunca el principio de inocencia, históricamente, se refirió a evitar del todo la privación de la libertad antes del procedimiento penal. El art. 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano —después de la Revolución Francesa— decía algo así como que se presume la inocencia de toda persona que no haya sido declarada culpable", y seguía, "si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley". O sea, que el texto prevé claramente la posibilidad de que una persona esté privada de su libertad durante el procedimiento. Claro que ésta es una autorización abierta, pero tampoco es un "piedra libre". Nuestra propia Constitución nacional en el mismo art. 18, después de esa enfática declaración de que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, con lo cual, se podría decir que "nadie puede ser privado de su libertad", contiene la posibilidad de que alguien sea arrestado, durante ese juicio, por orden de un juez competente. Así que no hace más que repetir la idea que la ilustración, por un lado, y el liberalismo estadounidense, por otro, tenían de este "principio de inocencia" o "presunción de inocencia". Sólo que no es un "piedra libre": está sujeto a una serie de reglas muy fuertes de tal manera que no sea la regla la privación de libertad durante el procedimiento, como lo ha sido en Latinoamérica por muchísimos años, sino que, por el contrario, sea la excepción. La mayoría de las personas tienen que estar libres durante el procedimiento y sólo en caso de ser condenadas pueden ser privadas de su libertad. Para ello se postula, al mismo tiempo, varios —llamémosle— subprincipios, que determinan cuándo es posible que a una persona se la prive de libertad durante el procedimiento. El mismo texto del Código (Procesal Penal de la Nación) contiene el principio de excepcionalidad del encarcelamiento preventivo. Debemos tener en cuenta que, previamente, existe la necesidad formal de que el juez sea quien determine cuando una persona deba estar encarcelada durante el procedimiento o durante parte de él.

Las convenciones de derechos humanos han acentuado la idea de proporcionalidad. Ya se conocía la idea de proporcionalidad antes, porque, por ejemplo, aún con el antiguo Código de Procedimientos (en Materia Criminal) que contenía aquella regla de que las personas acusadas de delitos con pena privativa de la libertad sufrían prisión preventiva cuando se podía afirmar la pro-

habilidad de que eran autores de un delito, la misma jurisprudencia había dicho que en los casos de delitos no reprimidos con pena privativa de libertad no se podía, por un problema de proporcionalidad, disponer el encarcelamiento preventivo. La proporcionalidad después resultó aplicable cuando se preveía que la condena, pese a ser dictada, no se iba a ejecutar (condenación condicional) o cuando el encarcelamiento preventivo se había ejecutado en un periodo tan extenso que permitiría liberarlo en caso de ser condenado, y así empezaron a surgir diversas reglas de proporcionalidad para el manejo del encarcelamiento preventivo.

Yo creo que no hay forma de entender el encarcelamiento preventivo, sino entendiendo que la única justificación posible es la de obtener el resultado que se pretende del procedimiento. Si nosotros tenemos como un principio —hay países que no lo tienen o por lo menos no lo tienen totalmente— el hecho de que el acusado debe escuchar su propio juicio, es decir, no hay juicio conculcatorio, o sea, en rebeldía, para comprobar físicamente que puede defenderse, que él ha estado en la posibilidad de resistir la imputación que se le dirige; entonces la fuga, es decir, el no presentarse al procedimiento, o al debate en el juicio cuando se lo cita, es un problema grave, porque el procedimiento no se puede realizar: tiene que paralizarse en ese momento. Me estoy refiriendo al peligro de fuga concreto, no estoy hablando de un peligro de fuga abstracto. En conclusión, el peligro de fuga es uno de los justificativos del encarcelamiento. Si el reo se escapa de la sala de audiencias, no hay otra forma que retenerlo y obligarlo, a la fuerza, a estar presente en su propio juicio, o por lo menos, tenerlo en una sala próxima, si él no puede o no quiere asistir o se comporta de tal manera que no puede ser tolerado en la audiencia. Es decir, que debe comparecer al juicio y tener la posibilidad real y efectiva de resistir la imputación para que ese juicio sea eficaz y habilite la condena.

La otra situación que justifica el encarcelamiento preventivo es la de que se lleve a cabo el procedimiento para que cumpla con uno de sus fines, que es el de hallar la verdad. No sólo por un tiempo prolongado, sino a veces por muy poco tiempo es absolutamente imprescindible que el imputado no entorpezca la averiguación de la verdad. Esto sucedería, por ejemplo, si se ordenan allanamientos y el imputado puede libremente moverse por los ámbitos en donde se realizan y sacar papeles. Ello no es tolerable.

En general, el imputado puede entorpecer la averiguación de la verdad: por ejemplo, no se ha encontrado el arma con la cual se presume mataron a una persona. Es posible detenerlo al imputado hasta tanto se halle el arma, con el único fin de que él no la arroje a algún lado donde no la van a poder recuperar nunca más, por ejemplo, al mar, al río. Claro es que, al tiempo, cuando se abandona la búsqueda racional, el encarcelamiento ya no se justifica.

El cumplimiento de este fin permite la realización de lo que, para nosotros, significa la palabra "justicia", la cual es, prácticamente, un sinónimo de verdad, "verdad correspondencia". Es decir, nosotros no ejercemos una justicia de "Cadi", en donde la justicia se dirime por lo más conveniente, del tipo de los círculos de tiza de Brecht⁴. Seguimos una idea de justicia que respetamos en tanto se dirija a averiguar qué es lo que ha sucedido en el pasado, por lo menos, respecto de los elementos que resultan importantes según la ley, aunque esa reproducción no sea siempre un fiel reflejo de la realidad, porque no interesa todo el contexto histórico en el que la acción o la omisión se lleva a cabo. Como en cualquier estudio histórico, hay que reducir, simplificar y limitar la averiguación de la verdad. De todos modos, la justicia se orienta a conocer qué hecho ha sucedido en el pasado para poderlo juzgar. Cuando el imputado atenta contra eso, no hay otra forma de hacer justicia que evitar esa situación y permitir que se lo inmovilice.

Existen otros criterios de proporcionalidad. Por último, la clave de todo son las disposiciones que contiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos —también la Europea— que todavía no han sido bien desarrolladas. Estos instrumentos internacionales establecen el derecho a un juicio rápido o el derecho a que se resuelva, como dice nuestra Corte (Suprema de Justicia de la Nación), de manera expedita y pronta la situación de una persona sometida a un procedimiento penal, que como decía Beling: "es un trozo de vida sin mucha algarabía y con muchos sinsabores". Hoy se habla de "pena de proceso" y por lo tanto estas convenciones han creado el derecho a ser juzgados rápidamente por tribunales imparciales —entre otras garantías— para quien está oficialmente imputado de haber cumplido con un comportamiento inadecuado según la ley penal, lo cual, probablemente, conduzca a esta persona a una condena y, consecuentemente, a la pena privativa de la libertad.

Yo creo que este principio todavía no ha sido bien estudiado por los juristas, por ninguno. Hoy la contribución de mi cátedra ha sido una tesis doctoral de Daniel Pastor que sé que ya ha sido aprobada y que, para dirimir ese título, falta únicamente su defensa. La tesis es sobre el derecho a un juicio rápido y qué significa esta expresión de los pactos internacionales sobre derechos humanos. Daniel Pastor tiene una tesis radical, ya que considera que, cuando el encarcelamiento preventivo supera un cierto límite de tiempo, es imposible seguir adelante con el procedimiento; debe sobreseerse, es decir, terminar con el análisis de si un comportamiento humano ha sido o no delictivo.

Pero el principio no ha sido del todo estudiado aún. Está comenzando a ser delimitado, no sólo por la jurisprudencia, sino también por la doctrina y por las

⁴ Se refiere a la obra "El círculo de tiza caucasiense" o "de Ansborg" de Bertolt Brecht.

mismas leyes. Ésta es la idea de cómo el encarcelamiento preventivo puede compaginarse con el principio de inocencia.

LyE: ¿Estos presupuestos —el peligro de fuga y el entorpecimiento del proceso— pueden ser delimitados en forma objetiva?

Maier: Claro que se puede. Podemos discutir políticamente cuáles criterios son adecuados y cuáles no. Por ejemplo, se discute hoy más que nunca en nuestro país la situación de las personas que no tienen un domicilio fijo. Hoy en día, el problema de la desocupación y el hecho de que gran parte de la población viva en condiciones por debajo de los límites de pobreza, determina que una enorme cantidad de individuos no tenga un trabajo y un domicilio fijo para afirmar o para comprobar. Podemos discutir en cada lugar y en cada momento cuáles son estos criterios objetivos, pero existen. Es muy claro que existen: el otro día un señor banquero, imputado penalmente, estaba abordando un avión para irse al extranjero y se lo impidieron⁵. Este señor intentaba fugarse, y su hermano lo logró.

Quizá, en el futuro, se evite el encarcelamiento preventivo por la adopción voluntaria de brazaletes de seguridad que indiquen con un sistema electrónico dónde se encuentra una persona. Otra forma para evitar el encarcelamiento preventivo es la privación de la libertad en el domicilio.

Hay una serie de criterios que podemos discutir puntualmente, pero que hay criterios objetivos, los hay. Por ejemplo, estar en un avión a punto de salir del país es un criterio objetivo. Por lo tanto, se podría decir que si el individuo tiene un pasaje de avión y, al mismo tiempo, está por embarcarse, pues hay derecho a detenerlo para que no se vaya. Hay presupuestos que son muy discutibles y algunos de ellos de muy ardua instrumentalización o difíciles de llevar a cabo. Por ejemplo, en la privación de la libertad domiciliaria, es difícil instrumentar que el individuo no se fugue por la puerta de atrás. Hay que destacar algún custodio y esto es caro. Bueno, modernamente se ha dicho que estas pulseras pueden darnos la idea de cuándo él incumple, por ejemplo, para alguien que tenga asignado un cierto ámbito territorial.

El problema es que la privación de la libertad, antes de la condena, es un medio terrible, porque el individuo pierde su ocupación laboral y su ámbito de vida familiar, si los tiene. Nadie va a mantener en una ocupación a un individuo inexistente, ni siquiera la propia justicia. Los casos más claros que hubo acá ocurrieron durante el proceso militar⁶, cuando los secretarios, y creo que defensores o fiscales fueron detenidos por el gobierno, y la Corte (Suprema de Justicia de la Nación) de aquel entonces dispuso su cesantía al no presentarse

⁵ Se refiere a José Rihm, quien fue detenido antes de abordar un avión, en el marco de una investigación judicial por lavado de dinero, y otra por subversión económica y fuga de capitales.

⁶ Se refiere al gobierno de facto de 1976 a 1983 asidodenominado "Proceso de reorganización nacional".

a trabajar. Pero además de perder su trabajo, el individuo pierde también sus vínculos familiares, por lo difícil que resulta para los familiares seguir a una persona que está privada de su libertad. Si pasa más tiempo no sólo pierde sus vínculos, sino su ligazón sentimental con la familia, porque esta ligazón se conforma en la convivencia cotidiana...

Por eso mismo se ensayan alternativas al encarcelamiento preventivo con mínimas coacciones. Por ejemplo, aquel al que se lo custodia con elementos técnicos modernos.

Lo cierto es que los criterios objetivos existen. El hecho actual, que antes mencioné, me parece un criterio objetivo muy claro. El fulano estaba por tomar un avión hacia el extranjero y acá lo están juzgando, entonces le dijeron "No, señor. Usted no puede salir del país, porque lo están juzgando". Hoy se puede detectar esta grave sospecha de fuga. Siempre la técnica es tomada como una ayuda a la disminución de los derechos individuales. Sin embargo, nos puede ayudar a evitar el encarcelamiento preventivo o a disminuir sus efectos.

Costa Rica, que yo sepa, había logrado disminuir los encarcelamientos preventivos al diecisiete por ciento. Se utilizó la estadística más corriente —es posible que no sea correcta—, pero es la más común entre nosotros: medir en un día cuántos de los presos que hoy existen, por ejemplo, en la ciudad de Buenos Aires, son presos preventivos y cuántos son condenados. Entre nosotros la estadística arroja un mal resultado: sesenta o setenta por ciento de presos preventivos frente a un cuarenta o treinta por ciento de los condenados. En cambio, Costa Rica tenía el diecisiete por ciento de presos preventivos. Dicen que esa estadística no es correcta, porque hay muchos presos preventivos privados de libertad por escaso tiempo y que están incluidos en el único día que se toma la medición. El criterio, por supuesto, es discutible: todas las estadísticas parten de un punto de vista político. Se sabe que Costa Rica tiene menos presos preventivos que la Argentina, en gran medida, y eso significa que el principio de excepcionalidad del encarcelamiento preventivo y, con él, el principio de inocencia, funciona allí mejor que aquí.

LyE: ¿El concepto normativo de persona definido por el Código Civil puede ser aplicado respecto de las demás ramas del derecho?

Maier: Aclaremos, en principio, que yo no soy un experto en Derecho privado, ni en Derecho civil; por lo tanto, tampoco lo soy en la definición de lo que es persona. A mí me interesa sólo para saber a quién puedo aplicarle una pena y, según el sentido histórico que la palabra tiene, sólo puede aplicarse a las personas definidas como seres humanos. Cuando nosotros decimos que a las personas jurídicas se les puede aplicar pena, estamos extendiendo el concepto de pena más allá de su sentido histórico, ya que tradicionalmente no se les aplicaba y tampoco existieron desde siempre las personas jurídicas.

Hay que adaptar el concepto de sanción a las personas jurídicas. Por ejemplo, la pena de muerte de las personas físicas equivaldría a la pena de exclusión de la personalidad jurídica o terminación de la personalidad jurídica de las personas jurídicas. Todas las penas pecuniarias son posibles de aplicar. Se puede discutir si son realmente penas o sanciones, si el principio de culpabilidad interviene o no. Sobre esto hay muchos que han tomado parte en la disputa y algunos libros interesantes de autores argentinos.

Yo creo que el concepto de persona que ha elaborado el Código Civil es, en más o en menos, universal. Existen dos tipos de personas: las personas de existencia ideal, son aquellas personas colectivas o a veces no colectivas (la empresa individual), creadas por el orden jurídico, en el sentido de que no son visibles, que uno no las puede percibir por los sentidos, o sea, que son físicamente inexistentes. Por el otro lado tenemos a las otras personas de existencia visible o personas físicas, que son aquellas sobre las que recae la pregunta, así que dejemos la otra categoría afuera. Esta pregunta se vincula también con el fallo de anencefalia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[†]. En este caso, una mujer embarazada pedía la extracción de su propio fruto antes de tiempo, porque el feto era anencefálico según un dictamen médico. Ello quiere decir, en lenguaje vulgar, que, prácticamente, no tenía cabeza, le faltaban los dos hemisferios cerebrales, la calota craneana, y sólo se puede decir que tenía el tronco, que es básico para los actos reflejos. La medicina, hasta el día de hoy por lo menos, ha determinado, sobre la base de un gran número de casos, que estas personas no viven más que unas pocas horas fuera del seno materno.

Mi voto, posiblemente conocido por haber sido criticado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, decía algo sobre el Código Civil. Para construir el voto, yo contaba con veinticuatro horas, no llegaron a ser cuarenta y ocho horas, según creo. Por eso recurrí a todo lo que tenía a mano y a lo que pude: inclusive solicitar a amigos y a gente que me dieran material para poder leer, porque para mí era un caso único. No tenía sentido extender el plazo para el fallo, porque se transformaba, prácticamente, en abstracto, como ha sucedido en otros casos, en el sentido de que el chico nace y se muere antes de que la justicia decida definitivamente el caso.

Hay que tener en cuenta que la Comisión de Bioética del Hospital de la Ciudad[‡], donde se llevaba adelante el seguimiento de este embarazo, había aconsejado el parto prematuro, es decir, la interrupción del embarazo, lo cual tenía como finalidad hacer nacer antes al feto, no quitarle la vida. Esta fue la principal cuestión que yo decidí en mi voto, aplicando el derecho penal, pese a

[†] Se refiere al fallo "T. S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires *in vitro* (art. 14, CCBA)", del 26 de diciembre de 2000.

[‡] Se refiere al Hospital materno infantil "Ramón Sardi".

que no es justo que estas cuestiones comparezcan siempre frente al derecho penal. En realidad faltaba el dolo. El aborto es un delito doloso que consiste en la muerte del feto, ya sea por la expulsión del feto o en la matriz de la madre. También es aborto si agredo a la mujer hasta matar al feto. También es aborto, si yo le introduzco una aguja y mato al feto. Es decir, este dolo no existía, porque la muerte la sufría una persona que había vivido fuera del vientre materno y, además, sobrevinía por una causa que no se vinculaba con la acción que cumplían los médicos. Los médicos no iban a cumplir una función de destruir el feto, sino la de sacarlo con vida y él se iba a morir por una causa natural. No se agregaba ninguna causa: el feto moría por una mala conformación natural, directamente; estaba destinado a la muerte, al menos según los conocimientos científicos actuales. Así sucedió en el caso, por lo demás.

Respecto del concepto de persona, yo descubrí en la nota del art. 70 del CCiv. que Vélez Sársfield ya había dicho algo sobre esto. Parafraseando a Savigny, él había descubierto, a pesar de que la fórmula del Código Civil sigue al Derecho romano, se es persona desde el nacimiento, y los fetos tienen derechos sometidos a una condición, es decir, tienen derechos que preexisten al mismo nacimiento y que se consolidan si nace vivo. También había descubierto que los romanos conocían dos fetos anormales —los *monstrum* y los *prodigium*—, que no eran considerados con características humanas. Vélez Sársfield acota que es imposible saber cuáles eran los defectos de estos fetos por los cuales al nacer no los consideraban seres humanos, pero un ejemplo ha quedado claramente retratado: cuando nacían sin cabeza. Éste es precisamente el caso que hoy se conoce como anencefalia. Los romanos, por lo tanto, conocían ya fetos anencefálicos y no es asombroso, ya que no es un problema moderno, es una malformación en la matriz de la madre. Lo que yo quise exponer ahí (mal comprendido, a mi juicio, por el presidente de la Corte Suprema) es que los romanos conocían este fenómeno y le negaban el carácter humano a los fetos anencefálicos.

Encontré cierto paralelismo con un artículo de un alto representante de la Iglesia brasilera, sosteniendo que el de los anencefálicos era el único caso de aborto permitido, porque ellos se encontraban dentro de una especie de subhumanos. Además, en la Carta Encíclica *Evangelium Vitae* (Juan Pablo II) se plantea el problema de las personas que han perdido su cerebro tanto por la lixación de las células cerebrales, como por un accidente cerebral. Estos casos son relativamente similares al del anencefalo y son tratados por la encíclica en forma similar: se trata del problema de la eutanasia. Yo lo sufrí en carne propia con un amigo, a quien tuvimos que recomendarle que llamara al Incucaí⁹, donara los órganos y, lamentablemente, que desconectara a su señora de los aparatos que prolongaban artificialmente su vida. Además, hay un caso que yo co-

⁹ Se refiere al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante.

noci en San Isidro, donde la familia conservó por dos años a la mujer, manteniéndole la vida por medio de aparatos. Ella se había no sólo encogido, sino adoptado una posición fetal y hacia dos años que era prácticamente un vegetal y la familia solicitó judicialmente que le permitieran desconectar los aparatos, pero los médicos no querían hacerlo sin orden judicial. No sé como terminó el caso... Pero esto era aquello de lo que trataba esa encíclica. Hay algunos casos que no pueden ser calificados como eutanasia. Es decir, que el concepto de muerte hay que conformarlo. Antes era muy claro: la muerte era el paro cardíaco, o sea, cuando el corazón dejaba de enviar sangre al cerebro. Se sabía que en muy pocos minutos la falta de sangre en las células cerebrales terminaba con la vida, pero ahora no es tan sencillo el asunto. Yo fui operado del corazón y viví sin mi corazón por intermedio de una bomba y estoy acá todavía.

El resultado es que la propia ley de trasplantes de órganos¹⁸ menciona un procedimiento complicado, por el cual, a pesar de que la persona físicamente parezca un ser vivo, se establece que ha perdido esa calidad y pueden desconectarse los aparatos y certificarse la muerte, inclusive por el Incucaí.

A mí me pareció ver un paralelismo entre estos casos que no eran tratados en la encíclica como eutanasia, sino como evitación de mayores sufrimientos, y el de la anencefalia. Con lo cual se evita que sufran no sólo los que viven, sino sufrimientos del propio cuerpo, que ya no es una persona, en el sentido en que nosotros lo comprendemos.

Yo creo que esto es posible de construir fundado en la ley civil, ya que, en cierta manera, lo ha dicho. Como les digo, se tuvo que cambiar el concepto de muerte física, la ley de trasplante de órganos contiene una descripción muy clara de cómo se puede certificar la muerte, a pesar de que los órganos principales sigan funcionando (por ejemplo, el corazón o los pulmones) o se los pueda mantener en funcionamiento por medio de aparatos.

A mí me parece que se puede construir un concepto de persona que, en cierta manera, la ley civil argentina construye. Podemos discutir durante años de la mano de las palabras. En una respuesta anterior ya me había referido a una de las discusiones más interesantes que yo había conocido en Buenos Aires y que se había transformado para mí en libro de cabecera. Aquella discusión entre Soler y Genaro Carrió sobre las palabras de la ley. No hay duda de que el derecho es algo que se hace hoy —y antes también— con palabras y éstas no son exactas al transmitir ciertos conceptos. Todo concepto de alguna manera tiene muy claro el núcleo de cosas incluidas y el núcleo de objetos excluidos, pero hay una zona gris entre ambos, imposible de dirimir del todo y sólo susceptible de fundamento argumental razonable. Ésa es la contribución enorme de Genaro Carrió en esa polémica que nos enorgullece a los juristas argentinos, que es la

¹⁸ Se refiere a la ley 24.193.

polémica Soler-Carrió. A mí me parece que vamos a discutir y vamos a seguir discutiendo, pero no obstante ello, se pueden describir criterios objetivos para decir cuáles "personas" son "personas" y cuáles "personas" ya han dejado de ser "personas" y en cierta manera la ley argentina lo hace.

En cambio, en el caso de las molas —que yo también nombré— todo el mundo estaría de acuerdo en que son un tumor y no personas humanas. Es decir, en la matriz de la madre puede surgir un tumor, que no tenga nada que ver con un embarazo, con un huevo fecundado. Pero un poco más difícil es esa zona gris, y se hace más gris y son más intensas las dudas cuanto más se acerca a lo que nosotros concebimos como una persona humana perfecta. En este caso, la anencefalia es eso. Es una persona que no tiene hemisferio cerebral, que está condenada a morir a las pocas horas de haber nacido. El anencéfalo no tiene forma de subsistencia autónoma alguna, ya que antes de su nacimiento vive, por¹¹ que hay un aparato que lo mantiene: la propia madre. Tanto es así que en todos los demás casos, que no llegaron a ser fallados, murieron todos, y en este caso también murió escaso tiempo después del alumbramiento.

Para mí lo importante del caso y que no se dijo en los diarios de gran distribución fue la actuación judicial. Primero, la justicia actuó y con muy diferentes opiniones. La opinión del Juez de Primera Instancia (en lo Contencioso Administrativo y Tributario) era que no se podía interrumpir el embarazo. Se planteó el recurso de apelación y la Cámara por dos (votos) a uno confirmó la sentencia apelada con extensos fundamentos en largas sentencias. No era un caso sencillo desde el punto de vista político-jurídico, por cierto. No era fácil decidir. Luego, se planteó el recurso ante el Tribunal Superior de Justicia (de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), y hubo muchas discrepancias de opinión. El Asesor Tutelar pensaba que no debía autorizarse la interrupción del embarazo, y lo sostuvo hasta la Corte Suprema. En cambio, la persona que inició la acción de amparo, y el Ministerio Público, sostenían el derecho a interrumpir el embarazo. El Tribunal Superior de Justicia también discrepó —creo que el fallo tuvo cuatro votos aceptando la posición de la amparista y hubo un voto rechazando la acción—.

Además, no se olviden de que nosotros abreviamos el plazo legal del recurso extraordinario federal, lo cual, podría haber sido cuestionado desde el punto de vista de la legalidad. El recurso extraordinario no nos pertenece a nosotros sino a la Corte Suprema, pero nos metimos en la ley nacional¹¹ y le abreviamos el plazo. Es que si no lo abreviábamos a veinticuatro horas, de los diez días que se tiene para la interposición del recurso, no tenía ningún sentido lo que estaba pidiendo quien demandaba amparo. La Corte no dijo nada sobre esta abreviación del plazo y las partes también la aceptaron. El Asesor Tutelar re-

¹¹ Se refiere a la ley 48.

currió en el plazo de veinticuatro horas y los demás contestaron el traslado en esas veinticuatro horas. Creo que fue, en casi veinte años, el único caso de apertura de la feria judicial de la Corte Suprema. En este caso, se llamó a sus integrantes, de feria —sólo uno no vino—, y ocho votaron.

También en el sentido de que la Justicia puede responder aun ante urgencias, el caso merece ser estudiado. No tan sólo por la definición de lo que es persona o no es persona, sino por la posibilidad de que este caso se resolvió en días, cuando normalmente un recurso ante la Corte dura, aproximadamente, cuatro años.

Uno dice "el caso sirvió para algo". Es útil para demostrarnos a nosotros mismos que los procedimientos judiciales pueden ser efectivos. Se tiene la impresión de que, en los procedimientos judiciales, los jueces se lavan las manos, proceden como burócratas y profesionales que son. Tienden a hacer lo mismo que Pilatos y para lavarse las manos no hay nada mejor que el tiempo: uno deja pasar el tiempo y las cosas van pasando y ya no las recordamos. Hoy yo veo en los diarios algunos nombres y digo: "hace diez años no los tolerábamos y ahora son héroes". Esto ha sido lo que ha pasado en los demás casos; ninguno concluyó antes de finalizar el embarazo, a pesar de que la Corte Suprema igual decidió fallar. Lo hizo, sobre todo, como advertencia a los tribunales superiores de las provincias de que la mayoría de los miembros de la Corte aceptan la interrupción del embarazo en el caso de los anencefalos. En este caso, los votos son muy interesantes y se decidió que, a pesar de que la cuestión podría ser abstracta, porque el niño ya había nacido y muerto, no obstante correspondía pronunciarse sobre el problema. Hay que tener en cuenta el efecto de docencia que tienen los fallos de la Corte sobre los demás tribunales del país. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ¹² desconoció que había un derecho de la madre a interrumpir su embarazo, fundado en la preservación de su salud u otras razones. Entonces la Corte (Suprema de Justicia de la Nación), aún en un caso en donde el niño ya había fallecido, dictó sentencia.

A mí me parece que, desde el punto de vista procesal, para llamarlo de alguna manera —no material sobre el fondo de la cuestión—, el caso es muy importante. Demuestra cómo se puede ser eficiente, y que la Justicia no tiene por qué ser ineficiente. Se me dirá "es un sólo caso", pero demuestra que se puede ser eficiente. No hay trabas contra la eficiencia; lo que hay que determinar es cómo conformar la organización judicial, pero la organización judicial puede responder con eficiencia.

LyE: Profesor Maier, muchas gracias.

¹² Se refiere al fallo "B. A. autorización judicial".

UNIVERSITARIAS

45 ANIVERSARIO DE LA REVISTA *LECCIONES Y ENSAYOS* (1956-2001)

El viernes 5 de abril del corriente año hubo un gran motivo de alborozo para todos los integrantes de nuestra revista. Todos aquellos miembros que desde el inicio de la edición, y a lo largo de los años, colaboraron en ella con su trabajo, vehemencia, y dedicación, se reunieron con los actuales miembros para conmemorar el 45 aniversario de *Lecciones y Ensayos*.

Se celebraron los 45 años de un proyecto, que se construyó sobre la base del esfuerzo y de la continuidad de una línea editorial, con la exclusiva finalidad de generar un espacio de expresión de ideas, en el marco de la enseñanza del Derecho.

Quiénes escribimos en esta ocasión somos las noveles células de este organismo del cual hace poco tiempo somos parte, y lo hacemos con la intención de compartir con nuestros lectores la singular experiencia en la que hemos participado.

En este 45 aniversario encontramos reunidos en un mismo espacio físico, las infinitas, y a la vez, diversas experiencias que han sido el contenido histórico de esta publicación. Sería erróneo decir que sólo tuvo lugar aquel día el recuerdo de una trayectoria, porque si algo sirve de nexo común entre todos los que seremos o han sido parte de aquella es, indudablemente, la apuesta al futuro que implica trabajar por y para la educación.

Y como recientes integrantes veíamos las esperadas ansias que tenían los impulsores de este evento. Pero fue ese 5 de abril, a las 19 horas, que las puertas del Aula Magna simbolizaron —para nosotros— la bienvenida a formar parte de esa historia. Para otros, los primigenios integrantes, y los que siguieron sus pasos, *Lecciones y Ensayos* les estaba abriendo las puertas para invitarlos a renovar ese espíritu con el cual fortalecieron los fundamentos de la idea creadora de Ignacio Winickzy.

El aniversario contó con la disertación de la actual Directora de la Revista *Lecciones y Ensayos*, Victoria Martínez Aráoz, la Directora del Departamento de Publicaciones, Dra. Mary Beloff, uno de los ex directores de la revista, Rodrigo P. Freire Méndez, la participación especial del Dr. Tulio Ortiz, y la presencia del actual Subdirector Sergio Ariel Roselló y del Secretario de Redacción Diego Freedman. El panel enaró su discurso con diferentes posiciones

que demuestran el carácter pluralista que ha tenido la revista en sus diferentes etapas; ellos recordaron antiguas vivencias, anécdotas de trabajo, se delinearon los propósitos y objetivos futuros, y se resaltó la trascendencia de la participación femenina a lo largo de la historia de la revista.

El agasajo continuó en el *Foyer*, allí nos encontramos con una recapitulación de la historia de la revista, pudiendo acceder a los añejos libros de acta, colección completa de los números publicados. Se fijaron en las paredes, del mismo modo que alguna vez lucieron en las diversas carteleras de la facultad, aquellos afiches que anunciaban las diversas actividades promovidas por *Lecciones y Ensayos*, todo esto entre fotografías e innumerables objetos testigos del paso del tiempo.

El hecho de que hoy se haya podido celebrar el aniversario de la revista, llama a la reflexión respecto del "porqué" y del "para qué" de la celebración. El "por qué" está íntimamente ligado al ahínco que tantas personas han puesto para que este proyecto continuara a través de los años, con el fin de mantener y profundizar —con el mismo espíritu de otrora— las líneas directrices de su fundador, en los objetivos propuestos. En tanto que el "para qué" lo determinan las metas futuras que aspiran fundamentalmente a contribuir a la persistencia y mejoramiento como espacio fundamental para todos aquellos que quieran expresar sus pensamientos, y de esta forma adelantar el nivel académico y la excelencia de nuestra facultad.

Lo vivido no deja otro mensaje que seguir hacia adelante, hacia un futuro promisorio, a pesar de las perspectivas actuales. Seguiremos, entonces, edificando el mañana de esta revista, porque el intelecto, la pluma, y la palabra fueron partícipes de la construcción de nuevas eras, edades, culturas y civilizaciones. ¡Adelante a pesar de todo! Por que estamos vivos, porque ese futuro... es nuestro.

PRIMER ENCUENTRO ENTRE PROFESORES Y ALUMNOS SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO¹

CONCLUSIONES

El trabajo de la jornada se desarrolló en comisiones, cada una de las cuales desarrolló una temática establecida como guía para la discusión. Dentro de cada comisión se trataron así diversos temas, los cuales —luego de un ordenado y provechoso debate entre profesores y alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires— generaron fructíferas conclusiones.

En honor al trabajo y preferencias de cada comisión se transcribirán seguidamente las conclusiones en la forma y orden establecido por las mismas.

Comisión 1: ¿Qué se enseña y qué profesional o graduado se forma?

Profesores invitados: Dra. Mary Beloff; Dra. Graciela Wust; Dra. María Elisa David; Dr. Felipe Fucito; Lic. Susana Olszak.

Temas: Perfil del graduado (actual vs. deseable); Conocimientos, habilidades y actitudes; La ética profesional; Qué derecho se enseña; El rol del profesor.

Conclusiones:

1. El perfil del graduado.

a) El perfil actual.

No existe actualmente un perfil explicitado.

Sí aparece un perfil implícito: pasividad y falta de compromiso.

Predominio del abogado litigante.

Actualmente el abogado posee un piso básico de conocimientos pero no del derecho sino de la ley y la doctrina.

Abogado generalista orientado al litigio.

b) El perfil deseable.

Adecuado a cada situación, con capacidad de orientación a las necesidades del caso que se le plantea y con herramientas para ello.

Capaz de adaptarse a estas diferentes situaciones más allá de su personalidad.

Perfil de abogado ético con énfasis en capacidades y con un piso de conocimiento de las instituciones jurídicas básicas del ordenamiento nacional.

¹ Miércoles 31/10/2001, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

2. Conocimientos, habilidades y actitudes.

Actualmente se establece un mayor énfasis en los conocimientos, y es necesario un mayor énfasis en las capacidades integradoras.

Se debe contar con herramientas para poder actuar y adaptarse.

3. La ética profesional.

Está definida por determinadas conductas que hay que respetar y por el cumplimiento de determinadas reglas dadas.

Abstenerse de determinadas conductas pautadas.

Es necesario poner mayor énfasis en la enseñanza de la ética como materia o en transmitir esos valores desde cada una de las materias.

Actualmente la enseñanza de la ética en forma atomizada en la Facultad está ausente y no se estudian las leyes éticas existentes.

4. Qué derecho se enseña.

Derecho centrado en la transmisión de la ley y la doctrina.

Generalista con acento en el litigio.

No se transmiten conocimientos necesarios para la comprensión del mundo.

No se tienen en cuenta otras ciencias como parte fundamental de la educación.

No se crea ni favorece un espíritu crítico.

Reduccionismo educativo a determinadas materias.

5. El rol del profesor (este tema es agregado por la comisión como punto de discusión).

Aparece la falta de método y estrategia propia.

Se transmite el conocimiento por el mismo método por el cual se aprendió —sin reunión de lo adquirido o aprendido—, o por un método reactivo u opuesto.

No se transmite la aplicación de la práctica adquirida.

Comisión H: Plan de estudios y CPO

Profesores invitados: Dr. Carlos Cruz; Dr. Tomás Hutchinson; Dr. Raúl Ferreyra.

Temas: Evaluación del Plan de Estudios y propuestas de reforma; Diseño del CPO; Las orientaciones; Problemas de las materias optativas; Criterios de selección por los profesores y estudiantes; Carga horaria nominal y efectiva de las materias; Comparación con otras Facultades de Derecho y con otras carreras de la UBA.

Aclaración: La comisión trató diversos temas y no se ciñó únicamente al programa que se encontraba estipulado. Así, se fueron planteando inquietudes y conflictos nuevos durante el transcurso de la jornada, que se trataron con el mismo compromiso que los temas planteados inicialmente.

Asimismo, si bien el programa hacía hincapié en el debate sobre el CPO (Ciclo Profesional Orientado), su utilidad, defectos y virtudes, incluyó poco a poco el análisis del CPC (Ciclo Profesional Común).

Conclusiones:

1. No es posible pensar en un CPO destinado a cumplir la función de especializar a un alumno en una determinada rama del derecho, si con anterioridad no se cuenta con un ciclo general que aporte al estudiante la base suficiente como para emprender tal ciclo de especialización.

2. Es notorio que no todos los alumnos llegan con la misma formación al CPO y que esta circunstancia es tanto responsabilidad del alumno como del profesor.

3. El profesor detenta el compromiso de dedicación hacia el curso, preparación de clases y de que el método utilizado sea acorde a la época actual, motivando adecuadamente a los alumnos; a su vez el alumno tiene que asumir el compromiso de dedicarse al curso brindado y contribuir con su estudio a que también el profesor pueda recibir estímulos en su tarea.

4. Esto crea un círculo virtuoso: el profesor incentiva a los alumnos y los alumnos incentivan a los profesores.

Si este círculo se rompe y los profesores no logran incentivar a los alumnos durante el aprendizaje o los alumnos no logran incentivar a los profesores en la enseñanza, se crea un círculo vicioso que genera el deterioro de la calidad de enseñanza-aprendizaje.

Este deterioro perjudica a todos, no sólo a los estudiantes y profesores, sino también a la sociedad en su conjunto debido a que el profesional que se está formando obtendrá un título habilitante para ejercer la profesión, en estas circunstancias.

5. El "tiempo" es factor determinante; tanto desde el punto de vista del tiempo necesario para el desarrollo de los cursos como del tiempo requerido a los profesores para la actualización y preparación de los mismos.

6. Otro factor importante es la falta de pensamiento crítico por parte de los alumnos. La necesidad de incentivar en el alumno este tipo de pensamiento es considerada de una importancia vital tanto durante la primera etapa del aprendizaje, como a lo largo de todo el desarrollo de la carrera. Es necesario que este tipo de pensamiento no sea perdido por el alumno.

7. Actualmente es evidente la carencia de pensamiento crítico en algunos alumnos por lo que se considera de vital importancia la pronta solución de este problema.

Comisión III: Las clases.

Profesores invitados: Dra. M. Blanca Galimberti; Dra. Gabriela Borrás; Dr. Fernando Arnedo.

Temas: Magistrales o participativas. Teóricas o prácticas. Bibliografía única obligatoria; "Opinión de la cátedra". Fuentes no tradicionales: videos, prensa; Tecnologías informáticas (disponibles y empleadas); Presencia del

profesor a cargo del curso. Duración efectiva de las clases; Ayudantes alumnos: rol y utilidad para el ayudante y para los alumnos del curso.

Conclusiones:

1. El tópico "clases magistrales o participativas, teóricas o prácticas" plantea un antagonismo que no es o no debería ser tal.

2. Ambos métodos necesariamente se complementan.

3. El problema aparece cuando alguno de ellos, en general la práctica y la participación, no se implementan o no se alientan.

4. La calidad y el método de las clases dependerán en principio, de diferentes factores: Institucional: proporcionada distribución de alumnos según el espacio físico y según la franja horaria, disposición del mobiliario dentro del aula y condiciones de higiene de las mismas; Plan de estudios que organice la carga horaria de clases, teniendo en cuenta la cantidad y complejidad de contenidos de las diferentes materias; Relación docente-alumno.

5. Los docentes deben "formar", además de "informar"; deben valorar el "razonar", además del "memorizar". Se debe diferenciar "mal" de "equivocado".

6. Es necesario que los docentes transmitan una formación integral: teórica y práctica, que realmente prepare al alumno para el oficio del abogado.

7. Es necesario que se cumpla con un programa de enseñanza que permita al alumno leer el tema antes de asistir a clases, y que, a su vez, el alumno tome una posición activa frente a la educación.

8. La Facultad no debe ser un lugar de paso, un "medio", sino un "fin en sí mismo".

9. Deben mutuamente respetarse diferentes cuestiones: desde lo más formal e imprescindible, la puntualidad o el no fumar en el aula; hasta lo sustancial: el respeto como contrapartida de la libertad, la tolerancia como contrapartida de la participación.

10. La bibliografía única o la bibliografía adecuada a la opinión de la cátedra, concede al alumno una certidumbre que le genera la seguridad de que será aprobado. Pero esa seguridad limita el proceso de aprendizaje, el espíritu crítico y la posibilidad de formar una opinión propia.

11. La bibliografía debería generar dudas que inspiren a investigar, a participar en clases y a formar opiniones incluso contrarias a la de la cátedra, lo que a su vez debería ser respetado a la hora de examinar al alumno, siempre y cuando se trate de un tema "opinable" y esté razonable y suficientemente fundado.

12. La implementación de fuentes no tradicionales a la enseñanza: videos, prensa, tecnologías informáticas, dependerán de los mismos factores que inciden, limitando o favoreciendo, el método de clases magistrales y/o participativas.

Las pocas experiencias que se han tenido al respecto han resultado satisfactorias.

13. La presencia del profesor a cargo del curso es muy enriquecedora para el alumno, lo que a su vez es poco frecuente, y menos aún respecto de los titulares. No obstante, debería organizarse obligatoriamente, por lo menos una clase (por ejemplo, la primera o la última) con el titular de cátedra.

14. La duración efectiva de las clases debería variar de acuerdo con los contenidos de las diferentes materias, siendo la actual —en algunos casos— suficiente y en otros poco más que escasa.

15. Los ayudantes alumnos se benefician, a través de estas prácticas, comenzando a transitar en su carrera docente. Lo que debe priorizarse es que se trate de una ayudantía activa: investigando, haciendo los mismos trabajos que los alumnos pero con más profundidad, participando con nuevas dudas, y desde ya, preparando alguna clase o tema específico designado por el docente a cargo del curso.

Asimismo, podrían encargarse de las tareas formales u organizativas y transmitir a los alumnos su experiencia en la materia, pero de ninguna manera corregir parciales, o tomar a su cargo el dictado de las clases.

Los ayudantes alumnos no son docentes, sino un "nexo" entre los alumnos y el profesor, y entre ellos mismos y la docencia.

Comisión IV: Las evaluaciones.

Profesores invitados: Dra. Susana Cures; Dr. Mario Yordan; Dr. Javier Buján.

Temas: Concordancia o discordancia con el desarrollo del curso. Exámenes teóricos o prácticos. Quién evalúa efectivamente. Existencia de criterios de evaluación determinados de antemano y conocidos por los alumnos. Aceptación por los profesores de opiniones diferentes.

1. El *múltiple choice* —como método de educación— no resulta ser el más adecuado o eficaz para la evaluación de la correcta aprehensión por parte de los alumnos del objeto de estudio de las ciencias sociales, y precisamente de los diversos contenidos de la currícula.

2. Auspiciamos como metodología más conveniente que el plan de estudios pondere no sólo el *qué* del derecho, sino también el *cómo* acceder a él.

3. La transmisión del conocimiento debe complementarse con el desarrollo de: aptitudes, técnicas y habilidades. Para ello, propiciamos la evaluación "formativa" y no "final", entendiendo esta primer metodología como una formación constante e interdisciplinaria del alumno, que procure conglobar los conocimientos y romper así con el aprendizaje de compartimentos estancos autónomos y desincronizados.

4. Proponemos una planificación de la materia que no deje de lado los métodos evaluativos ni las expectativas de logro, dejando participar de manera efectiva a los alumnos.

5. Planteamos la necesidad de contemplar en la evaluación los parámetros del discurso oral y del discurso escrito, sin que esto implique que su consideración sea exclusivamente en los parciales orales o escritos.

6. Los alumnos coincidimos en que existen métodos informales acerca de la evaluación que nosotros realizamos de los docentes, y, a través de ellos, existe unanimidad en señalar que hacen disvaliosa la calidad de la enseñanza:

a. la falta de cumplimiento del horario de inicio y finalización de la clase;
b. la delegación casi total del dictado de las clases —que posteriormente serán evaluadas— en ayudantes sin la necesaria supervisión y acabada formación por los responsables de la comisión;

c. la repetición mecánica de los contenidos de un texto, la enumeración vacía de caracteres, elementos, requisitos, clasificaciones, como exclusivo o, preponderante criterio de evaluación;

d. la superficialidad de las exposiciones, que terminan por ser someros resúmenes de los que ilustran los textos de estudio, menospreciando la función docente;

e. por último, y con mayor énfasis, encontramos una peligrosa incoherencia entre lo que se transmite y lo que posteriormente se evalúa.

7. Relacionado con lo antedicho, se señaló como un método de evaluación muy provechoso la utilización de casos prácticos para internalizar al final de la clase los contenidos teóricos aprendidos. Estos no deberían ser sorpresivos, sino la resultante de una tarea previa de entrenamiento, controlada eficazmente por el docente.

De utilizarse el método de casos, debería ser muy cuidadosa su aplicación y no por ello, el criterio exclusivo de evaluación.

Comisión V: Ingreso y Egreso.

Profesores invitados: Dr. Mario Rojas; Dr. Martín Böhrer; Dr. Tulio Ortiz.

Temas: Nivel de conocimientos previos de los estudiantes; Práctico de Tribunales: evaluación de sus resultados. Alternativas; Pasantías; Habilitación profesional.

Conclusiones:

1. La deficiencia estructural que sufre el sistema educativo argentino se ve ampliamente reflejada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Tal apreciación pudo ser corroborada por los relatos de los profesores intervinientes que narraron sus experiencias al frente de la clase, como asimismo por los estudiantes que participaron, relatando éstos sus propias dificultades a la hora de interiorizarse en los temas de las materias.

2. Se generó consenso en torno a la imperiosidad de elevar el nivel de la formación en general, pero centrándose cada uno en su ámbito de acción.

3. Se observó que las carencias formativas implicaban un importante peligro para el funcionamiento de la sociedad en general, ya que los abogados tie-

ne en definitiva el monopolio del acceso a la justicia, confiándoles a éstos un gran poder así como una gran responsabilidad.

4. Es cuestionable la modalidad en la cual los cursos se dictan, proponiéndose como una de las alternativas posibles la división de los cursos en clases teóricas y prácticas.

5. La planta docente debería integrarse con profesores de dedicación exclusiva, pero al mismo tiempo es importante que el docente pueda transmitirles a los alumnos cierta experiencia práctica, obtenida ésta, inevitablemente, del ejercicio efectivo de la abogacía.

6. Respecto del Práctico de Tribunales se subrayó su poca capacidad operativa y formativa.

7. Es necesario desarrollar alternativas al mencionado mecanismo, en orden a lograr una mayor comprensión del alumno acerca del desempeño profesional.

8. Se destacan las dificultades que los egresados encuentran a la hora de la inserción profesional.

9. Es importante la obtención de títulos intermedios de la carrera, como ser el de Procurador.

10. Si deseamos gozar de un sistema democrático y republicano que realmente funcione, es imperioso mejorar la enseñanza del Derecho.

V CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVIL, SALTO, URUGUAY

Los días 8, 9 y 10 de noviembre de 2001, *Lecciones y Ensayos* asistió al V Congreso Internacional de Derecho Civil, en la República Oriental del Uruguay, representada por cinco de sus miembros. El marco que enriquece esta particular experiencia de la revista se luce en las profundas implicancias que tiene cualquier actividad que fomente el diálogo con nuestra patria hermana.

Resulta necesario destacar que este tipo de acontecimientos, aunque esporádicos por razones económicas, responde a un estratégico programa de acción que tiene por fin conquistar, desde las relaciones universitarias y académicas, el verdadero sentido de región, en el que el mundo entero parece reorganizarse. En este contexto nuestra ciencia cobra una importancia trascendental, desde el momento que entendemos al Derecho como una herramienta de la que se valen los pueblos para vivir en armonía. Sin embargo, en este caso el Derecho no ha sido medio, sino fin, siendo el aniversario de la sanción de la ley de defensa del consumidor y el derecho informático la razón por la que la comunidad jurídica internacional se congregó en la pintoresca ciudad de Salto.

Desconsiderado sería no mencionar el esfuerzo realizado tanto por nuestras autoridades como por los colaboradores de la revista para que este encuentro internacional sea un objetivo cumplido. Y sin lugar a dudas, debemos agradecer desde estas palabras a todos los organizadores del evento, personalizado en el Dr. Arturo Caumont, la amable invitación y la calurosa bienvenida recibida.

Resulta indudable el gran provecho logrado para el crecimiento y desarrollo de la revista en este tipo de actividades. La asistencia de *LyE* ha sido ventajosa desde los dos aspectos sobre los que se inscribe el antes mencionado programa de acción. A uno de ellos hemos decidido denominarlo "participación académica", la cual se cristalizó en la presentación de una ponencia, y en la invaluable experiencia de conocer y disertar sobre derecho comparado con las diversas nacionalidades que matizaron el foro. Con el mismo ímpetu procuramos la "participación promotora" en todo cuanto respecta a nuestra labor y los fines de nuestra empresa, que no es otro que el fomento de las relaciones estrictamente académicas, en un marco de diálogo entre docentes y alumnos. En este último sentido logramos entablar un productivo diálogo con alumnos del Centro de Estudiantes de la Regional Norte y miembros de la Revista Jurídica Estu-

diantil, sin olvidar a los innumerables docentes que dieron gesto de apoyo a nuestra tarea.

Este primer acercamiento, después de mucho tiempo, sirvió para un conocimiento mutuo. El intercambio de ideas y experiencias que hacen a la problemática común de las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes nos obliga a continuar interactuando con nuestros colegas uruguayos hacia la concreción definitiva de una comunicación fluida y constante.

LA REDACCIÓN

ECOMDER. PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL POR INTERNET SOBRE ASPECTOS JURÍDICOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

PEDRO LESS *

En diciembre del año 1999 a raíz de una conversación entablada entre los Doctores Daniel Ricardo Altmark y Ramón Gerónimo Brenna, expertos en Derecho Informático, de lleno involucrados en el impacto de la informática y las nuevas tecnologías en el Derecho, nació la idea de generar un ámbito académico y dinámico, cuyo espacio no físico resida en "La Red de Redes" conocida como Internet, donde se posibilitara tanto el intercambio de ponencias y trabajos relacionados con la problemática del comercio electrónico y el Derecho como su discusión mediante la utilización del nuevo instrumental tecnológico que ofrecía Internet, tal como el chat y los foros de e-mail. De esta manera se bosquejaban los primeros bocetos de lo que sería el Primer Congreso Internacional por Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico. A esta idea original fue incorporada la realización de video-conferencias on-line, que brindaría a los alumnos la posibilidad de observar y escuchar disertaciones de expertos de diferentes partes del mundo, generando un ámbito ameno que pudiera reproducir el ambiente de los eventos académicos tradicionales pero rompiendo con las barreras de tiempo y distancia.

El Dr. Daniel Ricardo Altmark fue nombrado Presidente del Congreso y junto al Dr. Ramón Gerónimo Brenna, como Presidente del Comité Científico, delimitaron las áreas temáticas:

- *Business to Business*
- *Business to Consumer*
- *Business to Government*
- *Government to Citizen*

A su vez, los temas específicos de cada una de éstas fueron definidos como sigue:

- Nombres de Dominio
- Propiedad Intelectual

* Secretario General Ecomder.

- Firma Digital y Certificado Digital
- Contratos Electrónicos y Telemáticos
- Contratos Electrónicos y Telemáticos en la órbita del Sector Público
- Aduanas
- Tributación y Facturación
- Protección del Consumidor y Publicidad
- Privacidad
- Resolución de Conflictos
- Medios de Pago
- Delitos Informáticos
- Prácticas Restrictivas de la Competencia
- Seguridad Tecnológica y Seguridad Legal
- Cyber-banking
- Telecomunicaciones
- Teletrabajo y Comercio Electrónico

Asimismo fue formado el Comité Científico presidido por el Dr. Brenna y que cuenta con la participación de destacadas personalidades del Derecho nacional y extranjero:

- Dr. Alain Bernoussan (Francia)
- Dr. Atilio Anhöl Alterini (Argentina)
- Dr. Antonio Milla (Argentina)
- Dr. Audilio González Aguilar (Francia)
- Dr. Carlos Cruz (Argentina)
- Dr. Diego Suárez Martínez (Argentina)
- Dr. Eduardo R. Conesa (Argentina)
- Dr. Emilio Suárez Linares (España)
- Dr. Ettore Giannantonio (Italia)
- Dr. Gustavo Ferrari (Argentina)
- Dr. Héctor Alegría (Argentina)
- Dr. Horacio Granero (Argentina)
- Dr. Horacio M. Lynch (Argentina)
- Dr. José Fernández Escudero (Argentina)
- Dr. Julio Núñez Ponce (Perú)
- Dr. Luis Olave Baptista (Brasil)
- Dr. Marcelo Baura Reilly (Uruguay)
- Dr. Marcelo E. Huerta Miranda (Chile)
- Dr. Marcos Da Costa (Brasil)
- Dr. Mario Lusano (Italia)
- Dr. Michael Bibent (Francia)
- Dr. Michael Vivant (Francia)
- Dr. Miguel Davara Rodríguez (España)
- Dr. Ricardo Guibourg (Argentina)
- Dr. Roberto Verengo (Argentina)
- Dr. Rodolfo Herrera Bravo (Chile)
- Dr. Salvador María Bergel (Argentina)
- Dr. Valentín Carrascosa López (España)
- Dr. Vittorio Novelli (Italia)

- Dr. Xavier Rivas (España)
- Dr. Raúl Anibal Eicherem (Argentina)
- Dra. Ana Isabel Piaggi (Argentina)
- Dra. Teresa Vargas Osorio (Colombia)

La coordinación de actividades y la materialización de todas las ideas presentadas constituye la misión del Comité Organizador, el que se encuentra integrado de la siguiente manera:

Coordinadores Generales:

- Dra. Nora Chaponick (Argentina)
- Dr. Carlos Alejandro Acquintapace (Argentina)
- Sr. Erick Iriarte Ahen (Perú)
- Dr. Juan Pablo Mas Véliz (Argentina)

Secretario General:

- Dr. Pedro Less Andrade (Argentina)

Webmaster:

- Sr. Jorge Simón Taghachian (Argentina)

Colaboradores:

- Dra. Paula Rómulo (Argentina)
- Dra. Mariana Brenna (Argentina)

A su vez, respecto de cada uno de los temas específicos precedentemente mencionados, han sido designados los siguientes responsables para la recepción, análisis y discusión de las ponencias enviadas y para la generación de actividades relacionadas con los mismos.

Nombres de Dominio:

- Dr. Javier Maestre (España)
- Erick Iriarte Ahen (Perú)
- Li Dong-Tao (China)

Firma Digital:

- Dr. Fernando Ramos (España)
- Dr. Ignacio Atamillo (España)
- Dr. Manlio Camarata (Italia)
- Dr. Mauricio Devoto (Argentina)
- Lic. Andrés Hall (Argentina)

Contratos Electrónicos:

- Dr. Leopoldo Brandt Graterol (Venezuela)
- Dr. Sergio Maldonado Elvira (Bélgica)
- Dr. Jorge Labuenza (Argentina)
- Dr. Santiago Adolfo Bignone (Argentina)
- Dr. Raúl González Yastas (Argentina)
- Dra. Josefina Orzabal (Argentina)

Aspectos Tributarios:

- Dr. Isalo Fernández Origg (Perú)
- Isabel Gómez Calleja (España)
- Alfredo Javier Parronda (Argentina)
- Carlos Mosquera (Argentina)
- Mónica Fomanello (Argentina)
- Norberto Pablo Campagnale (Argentina)
- Rita Blanco (Argentina)
- Silvia Guadalupe Catinet (Argentina)

—Roberto Sisto Fernández (Argentina)

—Ítalo Fernández (Argentina)

Protección al Consumidor:

—Dra. Carmen Velarde Koechlin (Perú)

—Dr. Fernando Ruiz (Chile)

—Dr. Rodolfo Herrera (Chile)

E-government: Contratos Electrónicos y Teletrámites en la Gestión del Sector Público:

—Carmen de Carvalho e Souza (Brasil)

—Ricardo Cantú (México)

—Dr. Jorge Repetto Aguirre (Argentina)

—Dr. Raúl Álvarez (Argentina)

—Dr. Horacio Martínez Ledesma (Argentina)

Privacidad:

—Dr. Pablo Palazzi (Argentina)

—Leif Gamersfelder (Australia)

—Dr. Alejandro Pérez (Argentina)

—Dr. Eduardo Molina Quiroga (Argentina)

—Dr. Claudio Magliana (Chile)

Resolución de Conflictos:

—Dr. Alfonso Álvarez Calderón (Perú)

Muchos de Pago:

—Dr. Carlos de Paladella Salord (España)

Delitos Informáticos:

—Dra. María José Viega Rodríguez (Uruguay)

—Dr. Marcelo Huerta (Chile)

—Dr. Claudio Libano (Chile)

—Dra. Macarena López Medel (Chile)

Propiedad Intelectual:

—Bilda Mélica Guerrero (México)

—Dr. Horacio Luna (Argentina)

—Dra. Delia Lipszyc (Argentina)

—Dr. Humberto Carrasco Blanc (Chile)

—Dr. Claudio Ossa (Chile)

—Dr. Fernando Marsica (Argentina)

Adulterio:

—Cristian Calderón (Perú)

Cyber-banking:

—Dr. James Graham (Luxemburgo)

Telecomunicaciones:

—Dr. Raúl Martínez Fassalari (Argentina)

—Dr. Pablo Pudim (Argentina)

Teletrabajo y Comercio Electrónico:

—Dr. Juan José Cigarran Magan (España)

De este modo se asentaron las bases en pos de la realización del Primer Congreso Internacional por Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico, al que se lo identificó con el nombre de Ecomder 2000 (e-commerce + Derecho) y de esta manera comenzó la construcción de su sitio web www.ecomder.com.

En mayo del año 2000 fue abierta la inscripción libre y gratuita, comenzando así las primeras actividades preparatorias de Ecomder 2000. En su pri-

mer mes de vida se recibieron cerca de 1000 inscripciones que fueron incrementándose día a día, llegando actualmente a sobrepasar las 5000 provenientes de 35 países diferentes.

En su primera edición fueron recibidas 120 ponencias y se dictaron 6 video-conferencias preparatorias en el período julio-agosto, el 1º de septiembre de 2000 se dictó la video-conferencia inaugural de Ecomder 2000 seguida de 16 video-conferencias que a continuación se detallan y constituyeron objeto de debate entre expositores y participantes por medio sesiones de *chat*:

Conferencias preparatorias:

1. Profesor Antonio Anselmo Marino (Italia)

Tema: *E-commerce* y Derecho hoy. La experiencia de la Comunidad Europea

2. Dr. Daniel Ricardo Almar (Argentina)

Tema: El desarrollo del comercio Electrónico y los nuevos tipos contractuales

3. Dr. Carlos de Paladella Salard (España)

Tema: Medio de pago en el comercio electrónico

4. Erick Iriarte Alvar (Perú)

Tema: El Sistema de Nombres de Dominios

5. Dr. Horacio Lynch (Argentina)

Tema: La incierta naturaleza de Internet

6. Dr. Ramón Gerónimo Brenna (Argentina)

Tema: Internet: Espacio virtual sin ubicación ni ley

Conferencias del Ciclo 2000:

1. Dr. Carlos Delgrosso (Uruguay)

Tema: Adecuación del Derecho a las necesidades de la firma electrónica

2. Dr. Luiz Fernando Martins Castro (Brasil)

Tema: El comercio electrónico y la protección del consumidor en el derecho brasileño en el

México

3. Prof. Cecco Della Zonta (Italia)

Tema: Internet y los límites territoriales del Derecho

4. Dr. Julio Téllez Valdez (México)

Tema: El comercio electrónico en México

5. Dr. Jean Laurent Saniou (Francia)

Tema: Problemáticas técnicas, jurídicas y de seguros en la *net-economía*

6. Dra. Yanina Amoroso (Cuba)

Tema: Marco regulatorio para el comercio electrónico en Cuba

7. Dr. Humberto Carrasco Blanc (Chile)

Tema: Algunos aspectos de la responsabilidad de los proveedores de servicios y contenidos

en Internet

8. Dr. Marcelo Bauzá Reilly (Uruguay)

Tema: Propiedad intelectual, Internet y comercio electrónico

9. Prof. Derek Loebner

Tema: El rol del gobierno en el comercio electrónico

10. Dr. Eduardo Molina Quiroga (Argentina)

Tema: El uso arbitrario de la información personal

11. Dr. Waldo Augusto Roberto Sobrino (Argentina)

Tema: Nuevas responsabilidades legales derivadas de Internet

12. Dra. Ivonne Mulae Torres (México)

Tema: La evolución del Sistema Registral en México ante el comercio electrónico

13. Dr. Víctor Zamenfeld (Argentina)

Tema: Reuniones societarias a distancia

14. Prof. Audilio González Aguilar (Francia)

Tema: Minimización del riesgo legal y auditoría legal de web sites

15. Dra. Matilde Camelli (Argentina)

Tema: La digitalización del archivo general de la Administración Pública, su valor jurídico y probatorio.

16. Prof. Adolfo Aníbal Alterini (Argentina)

Tema: La profesión de abogado ante el impacto de Internet en la sociedad

Mediante un boletín informativo semanal que fue incorporado, conteniendo las novedades y actividades nacionales e internacionales del mundo del comercio electrónico, se entabló un fluido contacto vía *e-mail* con todos los participantes, donde se los informó de las diferentes actividades realizadas en este ámbito.

Asimismo tuvimos el honor de recibir proyectos legislativos tanto nacionales como extranjeros a fin de ser incorporados al debate de nuestro ámbito. Paso a paso Ecomder fue convirtiéndose en un referente internacional en los aspectos jurídicos del comercio electrónico.

La expansión internacional de nuestras actividades y la iniciativa de nuestros colegas generó el planteo, dentro del congreso, de la creación de capítulos regionales, que fuesen capaces de abarcar exhaustivamente las cuestiones locales relacionadas con el objeto de estudio de nuestra actividad con el fin de compartir con todos los participantes las experiencias realizadas en cada uno de ellos. Fueron conformados nueve capítulos regionales. Presididos por prestigiosos especialistas que, junto a sus colaboradores, fomentan el desarrollo de actividades y comparten con todos los participantes de Ecomder el resultado de las mismas. Nuestro objetivo es incorporar, día a día, nuevos capítulos regionales para así tratar de un modo profundo las realidades existentes en cada uno de ellos.

— Capítulo Europeo

Presidente: Prof. Antonio A. Martino

— Capítulo Brasileño

Presidente: Dr. Luis Fernando Martins Castro

— Capítulo Peruano

Presidente: Dr. Pedro Patrón Bedoya

— Capítulo Cubano

Presidente: Dra. Yarina Amoroso

— Capítulo Puerto Rico

Presidente: Dr. Luis Matiz Arguëlles

— Capítulo México

Presidente: Dr. Julio Téllez Valdez

— Capítulo Costa Rica

Presidente: Dr. Juan Diego Castro Fernández

— Capítulo Ecuador

Presidente: Dr. Juan José Pérez Rivadeneira

— Capítulo Uruguay

Presidente: Dr. Carlos Delpiazzo

Así llegamos al cierre de las actividades de nuestro primer ciclo, cumpliendo nuestro primer año de vida. En función de ello fueron realizadas, en el Salón Auditorium de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 16 y 17 de mayo de 2001, las Primeras Jornadas Internacionales sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico.

Durante dos días Ecomder dejó su espacio virtual y nos permitió conocer las caras de nuestros participantes que dejaron de ser un nombre delante de una "Q". Contamos con la participación de más de 600 asistentes. En este evento se realizaron conferencias y paneles con profesionales nacionales y extranjeros, se realizaron las relatorias de todas las ponencias enviadas y se dictaron en directo, aprovechando el moderno equipamiento incorporado por nuestra facultad, cinco video-conferencias con los más prestigiosos centros de estudio en esta materia, entre los que se encontraban: el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Pisa (Italia), la Facultad de Derecho de la Universidad de Montpellier (Francia), la Universidad Nacional de Educación a Distancia de la Universidad de Mérida —UNED— (España), el National Law Center de Washington DC (EE.UU.) y la Orden de Abogados de São Paulo (Brasil).

Al finalizar las Jornadas se entregaron los premios a las mejores ponencias presentadas, momento en el cual esta revista entregó el premio "Lecciones y Ensayos" a la mejor ponencia presentada por un estudiante universitario; el galardonado fue el Señor Sebastián Alanís, estudiante de la carrera de Abogacía de esta Facultad, su ponencia titulada "Responsabilidad de las Empresas de Análisis Crediticio" puede ser consultada en este número. Asimismo se entregó el premio "El Derecho" a la mejor ponencia presentada por un graduado concedido a la Dra. Isabel Gómez Calleja de España por su trabajo titulado "La influencia del comercio electrónico sobre la fiscalidad del siglo XXI".

De esta manera se cerraron las actividades del 2000 y se anunció el comienzo de las actividades del 2001 para el mes de agosto. Sin embargo, Ecomder no dejó de realizar tareas, continuó con sus boletines informativos, con sus foros de discusión y con sus conferencias.

En el ciclo 2001 se incorporaron tres centros de investigación, los cuales, durante todo el desarrollo del evento investigaron los siguientes temas:

- Nuevos problemas para la protección de los derechos intelectuales en Internet.
- Hacia la estructuración de un régimen internacional de inscripción y titularidad de dominios.
- Contratos en Internet: lugar y momento de perfeccionamiento, ley aplicable y juez competente.
- *E-government*: el gobierno electrónico en la sociedad de la información

Dichas investigaciones consistieron en el acopio de material doctrinario, legislativo y jurisprudencial sobre el tema en análisis, se habilitó un ámbito es-

pecífico en la web para la incorporación de dicha documentación a la que tendrán acceso exclusivo los integrantes de cada equipo de investigación.

Se acordó en cada equipo y para cada tema un cronograma de debates a través del *chat*, para delinear el análisis de los documentos y las conclusiones del grupo de investigación.

El objetivo final es la publicación de un libro en la colección bibliográfica *Informática y Derecho. Aportes de Doctrina Internacional*, Depalma, Buenos Aires, de autoría de los participantes de cada equipo de investigación.

La coordinación del funcionamiento de los equipos de investigación está a cargo de la Coordinadora General de Ecomdex, Dra. Nora Chaponick, ejerciendo la dirección de las investigaciones el Dr. Daniel Ricardo Altmark, Presidente de Ecomdex.

La creación de Ecomdex, base de datos cuyo objetivo es concentrar el mayor volumen de información normativa vinculada a la regulación de Internet y el comercio electrónico, ha sido otra de las novedades introducidas en el ciclo 2001.

Durante el año 2001 se dictaron las siguientes 19 video conferencias, cuyo ciclo fue presentado por el ex Decano Prof. Dr. Andrés J. D'Alessio, inaugurando este ciclo, con el dictado de la primera conferencia, el actual Decano Prof. Atilio Aníbal Alterini.

1. Prof. Atilio Aníbal Alterini (Argentina)
Tema: Imposición de las tecnologías de la información y nuevo marco legal
2. Prof. Julian B. McDonnell (EE.UU.)
Tema: *E-commerce Under the Uniform Commercial Code*. El comercio electrónico en el Código de Comercio Uniforme de los EE.UU.
3. Lic. Edmundo Valenti (Argentina)
Tema: Análisis de las políticas actuales en la regulación de los nombres de dominio
4. Prof. Harold J. Krest (EE.UU.)
Tema: El tratamiento normativo y jurisprudencial de la privacidad en los EE.UU.
5. Prof. Antonio A. Martino (Italia)
Tema: *E-Government*. Internet como herramienta de comunicación entre el Estado y los ciudadanos.
6. Prof. Richard Warner (EE.UU.)
Tema: Aspectos contractuales en el comercio electrónico
7. Juez Edward Charles Prado (EE.UU.)
Tema: La informática como herramienta auxiliar de la labor del juez
8. Dr. Eduardo Conesa (Argentina)
Tema: El impacto de internet en la economía
9. J. D. David Michael (EE.UU.)
Tema: El Tribunal Multipartes en el Distrito de Columbia, Washington D.C., EE.UU.
10. Adrián S. Núñez (Argentina)
Tema: Comercio electrónico. Aspectos impositivos a tener en cuenta.
11. Dr. Osvaldo Alejandro Grossman (Argentina)
Tema: Internet como servicio público
12. Dra. Leonor Gatti (Argentina)
Tema: Problemas legales que plantea la piratería en Internet
13. Dr. José Fernández Escudero (Argentina)
Tema: Aspectos jurídicos de la banca electrónica

14. Dr. Jorge Macián (Argentina)

Tema: El comercio electrónico y los sistemas tributarios

15. Dr. Javier Fernández Moñes (Argentina)

Tema: Valor probatorio del correo electrónico

16. Dra. Philippa Lawson (Canadá)

Tema: Protección de los consumidores en el comercio electrónico

17. Dra. Philippa Lawson (Canadá)

Tema: Resolución de disputas *on-line*

18. Dr. Fernando Galindo Ayala (España)

Tema: Tratamiento jurídico del comercio electrónico en la Unión Europea

19. Dr. Daniel Altmark (Argentina)

Tema: *Habeas data*. Adecuación de las bases de datos a su normativa

Uno de los acontecimientos más importantes del ciclo 2001 constituyó en el lanzamiento, a mediados de año, en un esfuerzo conjunto con el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de los Cursos de Posgrado *On-line* del Programa de Actualización en Derecho Informático, incorporando la última tecnología en Educación a Distancia. Este ciclo comenzó con los cursos de Contratos Informáticos y Régimen Jurídico de los Bancos de Datos, luego se incorporó, en la segunda edición, el curso de Contratos Telemáticos y para el ciclo lectivo 2002 hemos incorporado los cursos de Introducción a la Informática y el Teleprocesamiento, Informática Jurídica I y Contrato de *Outsourcing* de Sistemas de Información.

De este modo profesionales de diferentes regiones del país y del exterior se encuentran en condiciones de cursar 165 hs. *on-line* de dicho Programa de Actualización permitiéndonos extender la capacitación profesional al interior y al exterior del país rompiendo los límites del tiempo y la distancia. Mediante su desarrollo hemos comprobado que esta modalidad de enseñanza permite un contacto directo con participantes de diferentes lugares del globo, posibilitando un fluido intercambio de conocimientos con el más alto nivel académico entre participantes de 10 países diferentes.

Es nuestra intención extender esta modalidad al resto del Programa de Actualización en Derecho Informático incorporando sistemáticamente el resto de los cursos que lo conforman y crear cursos internacionales organizados juntamente con los más prestigiosos centros de estudio en la materia.

Hoy reafirmamos el compromiso tomado a comienzos del año 2000, e invitamos a participar a todo aquel que se encuentre interesado en la temática a realizar sus aportes y sumarse a esta comunidad jurídica. Asimismo agradecemos el apoyo incondicional que hemos recibido de las autoridades de esta Facultad de Derecho y el respaldo de las demás entidades que nos apoyan desde nuestros comienzos, haciendo una mención especial a esta revista, de la que además tengo el honor de haber sido miembro.

Lo que en diciembre de 1999 parecía sólo un sueño, hoy se ha materializado. Ecomder se ha transformado en un referente internacional de los aspectos jurídicos del comercio electrónico, que es tenido en cuenta por organismos pu-

blicos, privados y académicos para la difusión, el debate, la investigación y la búsqueda de soluciones legales a los problemas que plantea el impacto de la informática y las nuevas tecnologías en esta nueva sociedad de la información.

Seguiremos innovando, incorporando tecnología y creando nuevas actividades para que alumnos, profesores, profesionales y cualquier interesado en la temática objeto de Ecomder encuentre un ámbito apto para el debate, la reflexión, la investigación, la capacitación, el intercambio y la difusión de conocimientos.

COMENTARIOS
BIBLIOGRÁFICOS

"RECONSTRUYENDO LAS CRIMINOLOGÍAS CRÍTICAS": UN COMENTARIO A LA REVISTA ¹

ANA ALIVERTI ²

I. LA REVISTA

En noviembre del año pasado se publicó el último número de la revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. En esta oportunidad los editores decidieron dedicar el número trece de sus "cuadernos" a la criminología.

Esta revista, que edita desde hace ya siete años Ad-Hoc, ocupa un lugar privilegiado entre las publicaciones dirigidas a la divulgación de la ciencia del derecho. Este espacio se lo ha sabido ganar gracias a la calidad de su contenido, logrado por el prestigio de los doctrinarios convocados, y a las amplias oportunidades de publicación que brinda a aquellos que se destacan como promisorios investigadores. Por otra parte, Cuadernos... cuenta con una sección dedicada al análisis de jurisprudencia nacional e internacional que resulta de suma utilidad para la actualización académica.

Tal como adelantamos, el volumen que en esta oportunidad comentaremos, *Reconstruyendo las criminologías críticas*, está exclusivamente dedicado a los actuales enfoques abordados por la disciplina criminológica. El compilador, Máximo Sozzo, profesor de la Universidad del Litoral, de Buenos Aires y de Palermo, y estudioso de los saberes sobre la "cuestión criminal", ha reunido diversos textos de profesores e investigadores extranjeros —tanto de Europa como de Australia y Canadá—, que han sido traducidos por él mismo junto con otros profesionales de las universidades de Rosario, del Litoral y de Buenos Aires.

La importancia de esta compilación radica, fundamentalmente, en la posibilidad que brinda a los interesados en la disciplina de acceder a los textos más actuales y autorizados en el área. En este sentido, cabe adelantar que la totalidad de los textos escogidos versan sobre el papel que tiene o debe tener la criminología en la actualidad, discusión que dista de estar cerrada.

¹ SOZZO, Máximo (comp.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, año VII, tomo 13 de revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, noviembre de 2001, 431 ps.

² Alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Además, el limitado desarrollo de esta disciplina en nuestro medio académico acrecienta el interés que reviste esta tarea editorial para los estudiosos locales. En tal contexto, entonces, resulta sumamente auspiciosa una publicación de trabajos de académicos extranjeros, ya que contribuirá a la construcción de un saber criminológico. Por lo demás resulta de mucha utilidad como instrumento para analizar los asuntos periféricos, sobre todo, si se considera el vastísimo campo empírico del que disponemos.

II. EL CONTENIDO

En el primer artículo, "¿Vale la pena salvar a la criminología?", el autor, Massimo Pavarini, plasma la existencia de una crisis: en el saber criminológico y la necesidad de trazar nuevos horizontes de estudio, de manera de salir del clásico conflicto entre capital y trabajo, tantas veces abordado por la criminología crítica. En tal sentido, presenta dos tópicos alternativos: la violencia sobre las mujeres y la criminalidad organizada.

Por otra parte, y en conexión con lo anterior, el criminólogo italiano rescata el tantas veces criticado carácter vago de la disciplina. Este rasgo, que se ha sabido ganar la criminología por carecer de un método propio, lo reivindica porque permite la constante adaptación a nuevos objetos de estudio, de acuerdo con los diferentes contextos y la capacidad de sugerir respuestas parciales y provisionarias a los problemas que se le plantean. Este cariz que toma la criminología posmoderna es, para el autor, consecuencia de la desvirtuación de la denominada "ontologización del delito": al no ser el delito una realidad natural sino una construcción social, no se puede pensar en una teoría general del control social, del delito o de la desviación. Estos rótulos serán impresos en determinadas conductas de acuerdo con determinados intereses en juego en cierto momento histórico. Será el resultado de lo que el autor considera un aspecto de la "distribución política de la riqueza social"².

Otro punto destacable en el trabajo de Pavarini es lo que él llama la "vocación partisana de la criminología". Esto es, la idea de que el único punto de vista sobre el que debe construir el criminólogo su discurso es el de las percepciones subjetivas de los actores sociales involucrados en el accionar disciplinar, aquéllos que resisten a la definición. En este sentido Pavarini retoma la idea de "el otro lugar" del control social planteada por Thamar Pitch³.

El trabajo del británico Jock Young, autor de *The New Criminology*⁴, merece un comentario aparte. Este texto —"Escribiendo en la cúspide del cambio:

² PAVARINI, Massimo, "¿Vale la pena salvar a la criminología?", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VIII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, p. 31.

³ PITCH, Thamar, "¿Qué es el control social?", *Delito y sociedad*, año IV, nro. 8, 1996, ps. 51/71.

⁴ Este texto, escrito junto con Ian Taylor y Paul Walton, fue publicado en 1973 y marcó en años y

Una nueva criminología para una modernidad tardía" — plantea, al igual que el de Pavarini, el rol de la criminología en la posmodernidad. Young concretamente se pregunta qué hay después del clasicismo y del positivismo, lo que, en definitiva, equivale a decir cuál es el papel que debe jugar el saber criminológico en el nuevo escenario posmoderno. El autor, desde una perspectiva realista de izquierda, intenta contestar este interrogante a partir del nuevo contexto frente al que se debe situar la disciplina: la crisis de la modernidad. En este sentido, se encuentra con una sociedad notablemente fragmentada, basada en la lógica del mercado y la meritocracia, y que tiene como rasgo determinante la ruptura con las reglas absolutas. De éste se derivan, a su vez, cuatro características: la tasa delictiva creciente, la revelación de las víctimas invisibles, la problematización de la definición y la existencia de una conciencia creciente de la universalidad del delito y de la selectividad de la justicia. Todo esto ha contribuido a convertir a la criminología, en términos de Young, "en una disciplina sospechosa" ³.

En este contexto la realidad se vuelve cada vez más compleja y, como consecuencia necesaria, el objeto de la criminología es reinterpretado a la luz de aquélla. Para el autor, la criminología —especialmente en su vertiente realista de derecha— cumple un papel de reificador político, pues el delito es por ahora uno de los únicos núcleos en los que existe un cierto consenso dentro de las segmentadas sociedades actuales. La idea de "delito" generaría entonces esa coalición percibida por aquellos teóricos como indispensable en las sociedades posmodernas. Este rol, en cierta medida, ya lo había advertido Foucault al referirse específicamente a la función de la prisión en las sociedades contemporáneas ⁴. Frente a este escenario, Young, en cambio, plantea la necesidad de que la criminología acepte las nuevas circunstancias que trae aparejada la posmodernidad. Resulta imperioso, por tanto, dejar de lado la utopía de una sociedad basada en nuevas fuentes de consenso, de manera de restablecer la cohesión social perdida. Antes bien, se trataría de crear nuevas estrategias para adaptar la disciplina a las nuevas condiciones sociales, enfatizando la diversidad y la pluralidad de valores. Según el autor, éste sería el momento de realizar tal reformulación.

Siguiendo la línea de los autores anteriores, Ericson y Carrière hacen su aporte al tema al ubicar esta modificación del objeto de estudio de la criminología como parte de un proceso más amplio de fragmentación, que abarca tanto el ámbito académico como otras instituciones sociales y la sociedad misma, con-

en disputa dentro de la criminología. El mismo fue editado en castellano por Editorial Anarcrona, en 1975.

³ Young, Jack, "Escribiendo en la cuspide del cambio: Una nueva criminología para una modernidad tardía", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Ad-Hoc*, año VII, no. 13, Buenos Aires, 2001, p. 93.

⁴ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores, México, 1987, p. 282.

siderada desde un punto de vista más general. En este contexto la criminología se encuentra en el medio de una infinidad de discursos que la atraviesan constantemente como, en términos de los autores, "un depósito de discursos académicos múltiples y un generador de mezcla entre diversas disciplinas, ya que constituye un campo interdisciplinario"⁷. La necesidad de elaborar interdisciplinariamente el propio discurso es no sólo necesario sino también inevitable.

Una apreciación similar a la de los autores precedentemente reseñados realiza Dario Melossi⁸ respecto de la sociedad contemporánea. Sin embargo, Melossi es menos determinante en cuanto al carácter innovador que implicarían los cambios de la sociedad posmoderna en el objeto de la criminología. El autor plantea una suerte de proceso cíclico por el que atraviesa la criminología desde su nacimiento. En este sentido, la criminología y la construcción de su discurso estarían inevitablemente ligados con los discursos del proceso hegemónico. La criminología sería la mano derecha de estos últimos.

Para Melossi, los discursos hegemónicos echan mano de lo que denomina técnicas de inclusión/exclusión de personas según determinadas circunstancias. Las técnicas de inclusión son utilizadas cuando se experimenta una sofocación del orden social y, por tanto, es menester un cambio, que genera la innovación. La desviación es tolerada y comprendida desde una óptica pluralista y conflictiva de la sociedad. El delincuente es concebido más como un héroe que como un villano. A las segundas —las técnicas de exclusión—, en cambio, se recurre cuando existe una necesidad imperiosa de restablecer un orden que se ha fragmentado y diseminado y cuando esta ruptura, por otra parte, ya no es tolerable. En esta última circunstancia, el Estado —simbólicamente representado en el castigo estatal— aparece como el ejecutor de dicha función creando, mediante la dualidad amigo-enemigo, la cohesión social necesaria. De ahí la contemporaneidad del "estructural funcionalismo" y de las teorías de la reacción social —comúnmente denominadas del *labelling approach*— con el modelo del Estado benefactor y, por otra parte, la identificación entre lo que Melossi llama "la criminología de la revancha" con el surgimiento del Estado neoliberal.

Desde una perspectiva neomarsista, el autor replantea la relación entre la estructura social y el sistema penal postulada por Rusche y Kirchheimer en su obra *Pena y estructura social*⁹, pero la complejiza al añadir nuevos factores que rompen con una mirada excesivamente determinista entre ambos polos de la relación. Así, la criminología y su objeto deben verse como continuamente atravesados por dichas variantes.

⁷ ERICSON, Richard. - CARRIÈRE, Kevin. "La fragmentación de la criminología". *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc*, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, ps. 157/158.

⁸ MELOSSI, Dario. "Teoría social y cambios en las representaciones del delito". *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc*, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, ps. 115/156.

⁹ RUSCHE, Georg - KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Temis, Bogotá, 1982.

Resulta particularmente original el planteo que hace Álvaro Pires respecto del objeto de la criminología. Este catedrático de la Universidad de Ottawa define al delito como un "objeto paradójal" en la medida en que encierra dos cuestiones distintas, hasta cierto punto opuestas y aparentemente incompatibles: por un lado, la explicación de ciertos comportamientos (a los que ha denominado "hechos brutos") y, por el otro, el análisis de procesos de criminalización. Estas dos cuestiones han sido planteadas por el paradigma etiológico y por el paradigma de la reacción social, respectivamente. En este sentido, Pires plantea una posición intermedia entre estos dos paradigmas mediante el paradigma de las interrelaciones sociales. Resuelve así el debate epistemológico entre realistas y constructivistas, sosteniendo que el objeto crimen no puede ser comprendido más que a partir de la lógica de la paradoja y de la superposición.

El problema de las causas del comportamiento humano junto con el de las causas de la definición de una parte de los mismos como crimen será el objeto que debe abordar la criminología. No se trata de hacer una teoría del comportamiento criminal, pues éste como tal existe una vez que es definido de dicha manera por el sistema penal y, por lo tanto, es contingente. Antes bien, Pires entiende que de lo que se trata es de construir una "teoría de ciertas formas de comportamientos problemáticos en situaciones específicas"¹⁰, que evidencie la contingencia del objeto. Esta tesis, entonces, permitiría desontologizar la noción de crimen y evitar, así, que se legitime el programa penal oficial, mediante la distancia teórica de la racionalidad penal moderna que el investigador debe continuamente tratar de alcanzar.

Prosiguiendo con la búsqueda de un objeto para la criminología posmoderna, George Pavlich¹¹ plantea la necesidad de reconsiderar y rescatar el rasgo crítico de la criminología. La crítica, en su valor emancipador y liberador, permite el constante cuestionamiento de las bases subyacentes en las que se apoya la disciplina. El autor observa cómo el carácter crítico de la criminología ha sido sustituido, en los teóricos posmodernos, por estrategias más pragmáticas que buscarían respuestas concretas al problema del crimen en nuestras sociedades. Este viraje debe explicarse a la luz de las condiciones posmodernas en las que la idea de la emancipación universal, como todos los absolutos, ha sido puesta en crisis.

Mediante una aguda crítica —fundamentalmente al realismo de izquierda que parecía promotor en este sentido—, el autor presenta los nuevos enfoques que se han ido desarrollando a partir de la tendencia a la pérdida del criticismo en el seno de la criminología, ya advertida por diversos teóricos.

¹⁰ PIRES, Álvaro, "Consideraciones preliminares para una teoría del crimen como objeto paradójal", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc*, año VII, no. 13, Buenos Aires, 2001, p. 223.

¹¹ PAVLICH, George, "Crítica y criminología: en búsqueda de la legitimación", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc*, año VII, no. 13, Buenos Aires, 2001, pp. 307/338.

En esta línea, plantea la necesidad de reformular los cimientos en los que se apoyaba la criminología sin aferrarse caprichosamente a respuestas universales que dejen tranquila la conciencia del criminólogo. Antes bien, su tarea debe nutrirse de una constante búsqueda de lugares marginales, de narrativas marginales —de “otredades excluidas”— que cuestionen los límites discursivos cristalizados y que, de esta manera, construyan alternativas a las identidades dadas. Gracias al constante replanteo, éstas perderán su pretensión de universalidad para resignarse a asumir una naturaleza cada vez más contingente. Así los mismos discursos marginales, una vez que cumplen su función, tendrán también que ser cuestionados para generar, a su vez, otros límites discursivos hasta el infinito.

Mediante una narrativa muy particular, Ronnie Lippens advierte esta tendencia y trata de buscar un discurso sustitutivo al deconstruido por la posmodernidad —o, según las palabras más enfáticas del propio Lippens, por la “hipermodernidad”—. En este sentido, observa melancólicamente la misión de liberación de la criminología que fácilmente lograba identificar el sufrimiento para presentarlo a sus víctimas de manera clara y ordenada, racionalmente convincente. En el nuevo escenario hipermoderno “ya no es muy fácil encontrar un sufrimiento unidimensional y bien definido, ni conseguir alternativas instantáneas...”¹², lo que produce niveles extremos de reflexividad y flexibilidad. La criminología debe ser coherente en su adaptación a este escenario, en el que el Otro excluido es un otro “multidimensional”, en el que el hallazgo de respuestas es de carácter efímero y transitorio. Lippens propone una criminología que cruce fronteras (*border-crossing criminology*). En este sentido, afirma que el criminólogo debe tener plena conciencia del carácter fragmentante del discurso que incluye a unos y excluye a otros; el discurso es siempre parcial. Cruzar fronteras, para Lippens, consistiría en atravesar estos discursos y desafiar sus límites, deconstruir las propias subjetividades, para encontrar nuevas identidades/diferencias; no permanecer en fronteras definidas, con pretensión de universalidad, mientras se ignora la heterogeneidad y multiplicidad de experiencias exteriores a ellas. En este punto se puede advertir la gran similitud que existe entre el planteo de Lippens y de Pavlich.

En este orden de ideas, el intento de rescatar el criticismo de la criminología es desarrollado por Nils Christie¹³ desde una perspectiva más amplia. El autor, mediante un lenguaje llano y claro, llama la atención sobre la sobreesocia-

¹² LIPPENS, Ronnie, “¿Alternativas a qué tipo de sufrimiento? Hacia una ‘criminología que cruce fronteras’ (*border-crossing criminology*)”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, no. 13, Buenos Aires, 2001, p. 270.

¹³ CHRISTIE, Nils, “Cuatro obstáculos contra la intaxide, Notas sobre la sobreesocialización de los criminólogos”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, no. 13, Buenos Aires, 2001, ps. 339/352.

lización de los criminólogos, que se iniciaría desde la enseñanza universitaria. En efecto, en la universidad se produciría un proceso de infantilización, por el que los estudiantes, en vez de construir un saber a partir del legado que reciben, son formados para aceptar sin cuestionar la herencia cultural como si ya estuviera todo dicho, cristalizado, como si hubiera una sola verdad que debe apre(h)nderse. En el marco de la investigación científica, el autor afirma que, debido a los avances tecnológicos, se cuenta con registros de datos que ya han sido procesados y que el investigador recoge para iniciar su trabajo, sin advertir que este procesamiento lleva implícito un sinnúmero de definiciones oficiales, no cuestionadas ni puestas en crisis.

El criminólogo debe situarse justamente en el rol de constante cuestionador de las categorías oficiales, por lo que resulta sumamente riesgosa la aceptación acrítica de los datos que el Estado pone generosamente a su disposición. Lo que aparentemente es una cuestión simplemente metodológica, tiene importantísimas implicancias en la disciplina. Esto particularmente tiene relevancia en lo que respecta al estatuto que se le otorgue al delinco: esto es el de considerarlo ontológicamente, y no como el producto de una política criminal (estatal) y más ampliamente, como una categoría socialmente construida.

Finalmente, destacaremos el trabajo de John Braithwaite¹⁴, que analiza el nuevo papel de la criminología, enfocada fundamentalmente en el marco de la instauración de un nuevo modelo estatal. De esta manera, llama la atención sobre la crisis del Estado benefactor y las consecuencias de la irrupción del "Estado regulador" en el sistema de justicia criminal. En este sentido, la función de la policía, de la cárcel y la de los diferentes actores del sistema penal, entre otros, ha sufrido profundas modificaciones: por lo que la criminología se ha vuelto prácticamente incapaz de proveer soluciones en esta coyuntura. Para resolver esta carencia, Braithwaite propone un Estado fuerte que, al mismo tiempo, sea compatible con los nuevos roles del mercado y de la sociedad civil en la sociedad actual. En el ámbito específico del sistema penal, el autor se inclina por la instauración de una justicia restaurativa.

Como advertimos a lo largo de esta breve presentación, el objeto de la criminología hoy es determinar justamente cuál es su objeto. Los ensayos analizados se refieren a la crisis de la modernidad y a su repercusión en el estudio de la cuestión criminal o, en palabras de Pires, de los comportamientos problemáticos. Tales planteos confluyen en la temática y al mismo tiempo divergen por las diferencias que cada autor introduce, enriqueciendo el debate. Esta compilación constituye así una presentación sintética pero, a la vez, completa del mismo.

¹⁴ BRAITHWAITE, John, "El nuevo Estado regulador y la transformación de la criminología", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2006, pp. 43/74.

Algunos temas han contribuido a " patear el tablero " en este sentido, como el discurso feminista, según reconocen varios de los autores aquí reunidos. Lippens, por ejemplo, ha advertido: « en el discurso feminista un constante desafío de sus propios límites. Desde su versión " binaria " hasta los nuevos enfoques más descentrados, el feminismo ha practicado lo que llama el " cruce de fronteras " *avant la lettre* »¹⁵. Sin embargo, en el marco de esta compilación, es Kerry Carrington quien aborda el tema en forma específica. En efecto, en este trabajo — que justamente se titula " Posmodernismos y criminologías feministas: la fragmentación del sujeto criminológico " — la autora australiana advierte una notable ruptura discursiva en la " crítica posmoderna de la modernidad " ¹⁶; de tal fenómeno no estaría exento el discurso feminista, el que es tomado como ejemplo del fenómeno advertido.

Lo que Carrington llama el " esencialismo de género ", que intentó cuestionar la naturaleza masculina del discurso criminológico, cayó en otro reduccionismo — el de concebir a la mujer como una categoría homogénea — sin poder romper con la fórmula binaria criticada. Esta tesis pasa por alto las diferencias en los niveles de criminalización y victimización que existen en la diversidad del mundo femenino, así "[p]or un lado, se denuncia a Lombroso como monstruo misógino y por el otro, se invoca la sombra de Lombroso para explicar la criminalidad innata del sexo masculino" ¹⁷. Las nuevas perspectivas, entonces, niegan las soluciones universales debido a la imposibilidad de dar una misma respuesta a la diversidad de subjetividades. Esta mirada novedosa complejiza la cuestión incorporando la clase, la etnicidad, la edad y la orientación sexual como variables relevantes para ajustar el análisis, siempre parcial, a estas diversidades. De esta manera, advierte la fragmentación misma de la personalidad legal, la que no puede reducirse a las categorías " mujer " y " varón ".

III. EL TRABAJO FINAL

Luego de un recorrido por los discursos que actualmente se tejen alrededor de la disciplina criminológica desde los centros de investigación de los países centrales, resulta obligada una referencia al estado actual de la misma en el ámbito local y a la utilidad que dichos discursos puedan arrojar en el análisis de los problemas de la periferia. De esta tarea se ha encargado Máximo Sozzo, por lo que su trabajo merece un párrafo aparte.

¹⁵ LIPPENS, Ronnie, " Alternativas... ", cit., p. 292/293.

¹⁶ CARRINGTON, Kerry, " Posmodernismos y criminologías feministas: la fragmentación del sujeto criminológico ", *Cuestiones de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, p. 240.

¹⁷ CARRINGTON, Kerry, " Posmodernismos... ", cit., p. 251.

Sozzo plantea acertadamente la importancia, nada desdeñable por cierto, de la tarea de traducción en el nacimiento y desarrollo posterior de un saber criminológico en el ámbito de América latina. En este sentido, el autor rescata el rol de adaptación-rechazo-complementación que a partir de finales del siglo XIX ha cumplido el trabajo de traducción de textos extranjeros en el desarrollo de una disciplina criminológica en la región. Así enfrenta las objeciones planteadas por diversos teóricos latinoamericanos que ven en esta labor una suerte de dependencia cultural que se enmarca en un contexto más amplio de dependencia de los países periféricos respecto de los países centrales¹⁸. La traducción/traslación de textos extranjeros se vislumbra para aquéllos, a lo sumo, como "inevitable" debido a la escasez de instrumentos teóricos adecuados. Frente a estas críticas, Sozzo destaca el carácter metamorfoso presente en toda traducción. Esta tecnología no se opone a la creatividad y a la innovación; antes bien, afirma el autor, media "entre el lenguaje importado culturalmente y los plurales problemas de los contextos locales"¹⁹.

La tesis de Sozzo se presenta, sin duda, atractiva e innovadora. Sin embargo, no resulta totalmente opuesta a las ideas objetadas; en particular, me refiero al "realismo criminológico marginal"²⁰ planteado por Eugenio Zaffaroni y citado por el mismo Sozzo. Dicha tesis advierte la diferencia de los procesos experimentados en los países centrales respecto a los de los periféricos, y la consecuente incapacidad de analizar éstos a través de los marcos teóricos producidos en el seno de aquéllos. Considero que ambas argumentaciones son complementarias para analizar el desarrollo de una criminología de corte crítico en América latina, en el sentido de que permiten aprovechar los desarrollos teóricos alcanzados por los investigadores extranjeros con la plena conciencia de las diferencias que median entre los ámbitos en que se llevan a cabo las investigaciones. Esta tarea, antes que una mera labor de importación/traslación de contenidos de una lengua a otra, implica necesariamente un acto de continua intercomunicación entre el allá y el acá, que acepta, rechaza, complementa y, de este modo, enriquece la disciplina criminológica.

¹⁸ En este sentido se han pronunciado, entre otros, Lella Añajar de Castro, Rosa Del Olmo y, más recientemente, Eugenio R. Zaffaroni.

¹⁹ Sozzo, Máximo, "Traduttore traditore. Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VIII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, p. 419.

²⁰ Ver en ZAFFARONI, Eugenio R., *Política criminal latinoamericana*, Hammarabi, Buenos Aires, 1982; *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1985; *Criminología, aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, 1993.

COMENTARIOS DE FALLOS

SIDA Y MEDICINA PREPAGA

DIEGO MARTÍN PAPAYANNIS *

INTRODUCCIÓN

El 13 de marzo de 2001, la Corte Suprema de Justicia de la Nación pronunció dos sentencias relacionadas con la cobertura médica de los portadores del virus HIV por parte de las empresas de medicina prepaga. Ambos fallos son de una importancia superlativa, ya que su contenido proyecta un verdadero compromiso que apunta a efectivizar el derecho a la salud.

En nuestro país, el sistema de salud está fragmentado en tres sectores ¹. El sector público, conformado por hospitales provinciales, municipales y centros de atención primaria; el sector privado, compuesto por hospitales privados y sanatorios; y el sector de la seguridad social médica, destinado a atender a los trabajadores en relación de dependencia a través de las obras sociales. La lucha contra el SIDA, declarada de interés nacional por la ley 23.798, requiere la colaboración de todos los sectores. Es por eso que la ley 24.455, promulgada el 1 de marzo de 1995, establece un Programa Médico Obligatorio (PMO) que deberán cumplir las obras sociales. El mismo consiste en un mínimo de prestaciones que deben brindarse al paciente sin que sea posible oponerle reparo alguno. Entre las prestaciones que se incorporan figuran los tratamientos para personas infectadas con el virus del SIDA ². Casi dos años más tarde, la ley 24.754 extendió el PMO a las empresas de medicina prepaga. Esto fue necesario debido a que la modalidad de contratación por adhesión, en la que al beneficiario no se

¹ Sobre este tema puede consultarse *Derecho a la salud. Acceso al tratamiento para HIV SIDA*, capítulo IX de "Derechos Humanos en Argentina", Informe anual 2000, CELS, Eudeba.

² El art. 1º de la ley 24.455 establece: "Todos las Obras Sociales y Asociaciones de Obras Sociales del Sistema Nacional incluidas en la ley 23.660, recipientes del fondo de redistribución de la ley 23.661, deberán incorporar como prestaciones obligatorias:

"a) La cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por algunos de los retrovirus humanos y les que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y/o las enfermedades intercurrentes;

"b) La cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas que dependan física o psíquicamente del uso de estupefacientes;

"c) La cobertura para los programas de prevención del SIDA y la drogadicción".

* Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

le permite discutir los términos contractuales, fue un campo propicio para que las prestadoras excluyeran del marco de cobertura aquellas enfermedades consideradas de alto costo. De esta manera, se desvirtuaba el sinálgama contractual, ya que estadísticamente cuando se requería el servicio el plan médico del adherido no lo cubría o éste, por las características del contrato, había sido pagado en exceso³. Luego de la sanción de la ley, las empresas de medicina prepaga continuaron negando asistencia a algunos pacientes esgrimiendo los más variados argumentos.

Estos pronunciamientos de la Corte vienen a aclarar el panorama —esperemos— definitivamente. En el fallo que analizaremos —E. R. E. v. Omint SA de Servicios— se describe a la perfección la relación jurídica entre el beneficiario y la empresa de medicina prepaga, la normativa aplicable, los derechos y obligaciones de las partes, etc. En el segundo fallo, cuyo estudio sería objeto de otro trabajo, la Corte desestima la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.754 solicitada por el Hospital Británico de Buenos Aires. Ambas decisiones sientan las bases para el desarrollo del derecho a la salud. Es por eso que consideramos pertinente este breve comentario.

E. R. E. v. Omint S.A. de Servicios

1. LOS HECHOS

Entre abril de 1992 y junio de 1993, el actor trabajó en relación de dependencia para la firma ISC Bunker Ramo Argentina SA. A partir de julio de ese año, las tareas desempeñadas por el reclamante fueron tercerizadas, por lo que el servicio se prestó, hasta enero de 1995, a través de una empresa de la cual él era socio gerente. En todo momento, el actor gozó de los beneficios del sistema de medicina prepaga que presta la demandada (Omint SA de Servicios) como un anexo de su remuneración. Desde enero de 1995, pese a no haber sido acreditada la existencia de nexo contractual alguno con ISC Bunker Ramo Argentina SA, el actor continuó recibiendo la cobertura médica. Recién en agosto de 1997, ISC Bunker Ramo Argentina SA comunicó a Omint SA de Servicios el cese de su vinculación con el actor. En septiembre de ese mismo año, al intentar el reclamante abonar personalmente la cuota correspondiente, fue sorprendido con una respuesta negativa por parte de la empresa. Ésta alegó que el derecho a la cobertura había cesado en el momento en que se extinguió la relación contractual que él mantenía con quien fuera antiguamente su empleadora. Asimismo, se le negó la posibilidad de contratar el servicio a título personal. Este he-

³ En los contratos de medicina prepaga el beneficiario paga a cuenta de enfermedades futuras. WENGARTEN, Celso - LOVECE, Graciela, "Protección del usuario de los servicios médicos pagados", LL. 1997-C-548.

cho coincide temporalmente con la detección del virus HIV en el organismo del actor. Frente a esto inició una acción de amparo, pero su pretensión fue rechazada tanto por el juez de grado como por la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por considerar que una vez concluido el convenio entre ISC Bunker Ramo Argentina SA y Omint SA de Servicios, era facultad de ésta aceptar o no la propuesta de afiliación personal efectuada por el actor. También le fue denegado el recurso extraordinario con fundamento en que las cuestiones de hecho y de derecho procesal y común son ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48. Finalmente, el caso llegó a la Corte una vez deducida la queja por denegación de recurso extraordinario.

II. LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA

La Corte, haciendo suyos los argumentos expuestos por el Procurador General de la Nación en su dictamen, revocó la sentencia apelada y condenó a Omint SA de Servicios a reincorporar al actor al servicio médico prepago. El Dr. Vázquez se pronunció en el mismo sentido aunque según su voto, Los ministros Belluscio, Bossert y Petracchi, por su parte, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280, CPCCN), por lo que desestimaron la queja.

A continuación examinaremos las principales cuestiones analizadas en el dictamen del Procurador General de la Nación —Nicolás E. Becerra— y en el voto del Dr. Adolfo Vázquez.

1. La función social de las empresas de medicina prepaga

La actividad de las empresas de medicina prepaga es, sin lugar a dudas, de índole comercial (arts. 7º y 8º, inc. 5º, del CCom.). Sin embargo, los principios que inspiraron la reforma del '68 exigen que el ejercicio de los derechos esté orientado a una finalidad social. En consecuencia, el derecho absoluto de propiedad, consagrado originalmente en el art. 2513, CCiv.⁴, la libertad de contratar, el derecho de ejercer toda industria lícita, etc., fueron atenuados sensiblemente. Al estar en juego intereses superiores, como la protección de la vida, la salud, la seguridad e integridad de las personas⁵, se justifica la intervención es-

⁴ El texto original del art. 2513, CCiv. redactado por Villar Sánzfield decía: "Es inherente a la propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. El puede donarla, venderla, degradingla o destruirla...". Y en la nota se aclaró: "[...] es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva acarrea más peligro que ventajas...". Con la ley (17.311) se modificó este artículo limitando el derecho de propiedad a un ejercicio regular del mismo.

⁵ Art. 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 4º y 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 42 y 75, inc. 22 de la CN.

total ⁶. En este sentido, la ley 24.754 regula las condiciones en que debe prestarse el servicio, con el fin de asegurar un mínimo de cobertura. El orden público se hace presente en el ámbito privado de la autonomía de la voluntad como una manera de prevenir el abuso de la posición dominante por parte de las empresas. Se busca que éstas —al decir de Fernández Sessarego— “no ejerciten sus legítimos derechos antisocialmente, sino más bien de modo normal, regular”. Aclara, además, que “lo antisocial es lo inhumano, lo que repugna a la conciencia ética colectiva, lo que agravia la juridicidad, lo que es diametralmente contrario a la vivencia de la solidaridad” ⁷. La intervención es, más que nada, una precaución legislativa, cuya necesidad se justifica sobradamente por la experiencia. Desde otro punto de vista, considerando que los contratos tipo, es decir, preimposos en formularios inmodificables, generalmente excluyen la cobertura de ciertas enfermedades, la regulación estatal es una forma de recuperar la libertad contractual allí donde era amenazada ⁸.

A la luz de estas ideas debe analizarse el desenvolvimiento de las empresas de medicina prepaga en la comunidad que, como bien señala el Procurador en su dictamen, han sido beneficiadas con la exención de pago de ciertos tributos en virtud de la importante función social que se les ha asignado. Ello implica que toda interpretación debe ser pro-prestación del servicio, pro-cumplimiento de esa finalidad social.

2. Caracteres del contrato de medicina prepaga

Los contratos de medicina prepaga se caracterizan por ser de larga duración. La finalidad del beneficiario es protegerse de riesgos futuros en su salud. Para ello, paga mensualmente una cuota con prescindencia de la utilización o no del servicio. Explica el Dr. Vázquez en su voto que “el beneficiario se asegura de que si necesita los servicios prometidos podrá tomarlos aunque no tenga certeza de cuándo ni en qué cantidad, pudiendo ocurrir inclusive que nunca los requiera, en cuyo caso el gasto realizado se traducirá únicamente en la tranquilidad que le dio la cobertura durante todo ese tiempo”. Es claro que la satisfacción del propósito perseguido depende en gran medida de la continuidad de la asistencia médica. Cuando el beneficiario requiere ser tratado por alguna

⁶ En los autos “C. S., G. v. Organización de Servicios Directos Empresarios” (C. Nac. Apels. Seg. Soc., sala II, 30/3/2000, DT, 2001 -A- 7061, el voto del Dr. Fernández sostiene: “las garantías constitucionales del derecho a la vida, seguridad e integridad de la persona priman por sobre cualquier cuestión comercial”. También, en el fallo que comentamos, el Dr. Vázquez dice en su voto: “más allá de su constitución como empresas las entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que cede por encima de toda cuestión comercial” (E., R. E. v. Omni SA de Servicios).

⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Ahuar del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 9.

⁸ Ver ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 73.

afección, la empresa de medicina prepaga no hace más que utilizar los fondos ahorrados por aquél desde la celebración del contrato. Es por ello que una rescisión injustificada o la negativa infundada de cobertura implicaría la privación de la contraprestación correspondiente a las cuotas abonadas y una apropiación ilegítima de ese capital. Una actitud semejante frustraría el elemento "previsión", natural en este tipo de contratos, además de ser violatorio de todos los principios básicos que rigen en la materia. Así, no se estarían respetando los principios de la buena fe (art. 1198, CCiv.), ejercicio regular de los derechos (art. 1071, CCiv.) y equivalencia de las prestaciones (arts. 954 y 1198, CCiv.).

Es interesante remarcar el rol de la confianza en este contrato⁹. Ella hace que la persona decida celebrarlo. Por lo general, no es espontánea, sino que es creada de distintas maneras. La publicidad que promete un determinado *standard* de calidad, que acentúa la experiencia, el prestigio o la trayectoria de la empresa juega un papel esencial en la generación de confianza; y junto con ella se generan expectativas que, siempre que sean razonables, no deben ser defraudadas.

En síntesis, el beneficiario siempre decide contratar para prevenir riesgos futuros en su salud, y lo hace con una determinada empresa motivado por la seguridad que ella transmite en el mercado. Entonces, toda interpretación debe ser a favor de la continuidad y permanencia del servicio, que es lo único que posibilita la satisfacción del elemento "previsión" y evita el fraude a la confianza.

3. Contrato a favor de terceros o gestión de negocios

Señala el Procurador que es posible sostener la existencia de un contrato entre ISC Bunker Ramo Argentina SA y Omint SA de Servicios con una estipulación a favor de un tercero (el actor). Sin embargo, dada la atipicidad de la relación jurídica que vinculó a los afectados, no descarta la configuración de una gestión de negocios emprendida por la ex empleadora —al contratar la prestación de servicios médicos— y luego ratificada por el beneficiario, lo que lo convertiría en contratante directo.

Creemos que la figura de la gestión de negocios debe ser descartada ya que uno de sus requisitos es que el titular del negocio se encuentre impedido de actuar. En caso contrario, estaríamos frente a un mandato tácito¹⁰ o una intro-

⁹ Dice Rezzónico respecto de la confianza: "es un principio de derecho de gran contenido ético, con densa vivencia en el campo interindividual, de especial significación en las relaciones jurídicas patrimoniales, que impone a quienes participan en el tráfico un particular deber de honrar las expectativas despendadas en los demás, en cuanto sean legítimas y fundadas, tanto en la etapa previa a la conclusión del contrato como en su desarrollo y en el tramo poscontractual". Rezzónico, Juan C., *Principios fundacionales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 378.

¹⁰ GHIERLI, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales*, T. I, Astrea, Buenos Aires, 4ª ed., 1998, p. 346. También ALTERINI, Asilo - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 742.

misión injustificada en los asuntos ajenos, dependiendo de que el titular conozca o no la actuación del tercero ¹¹.

Compartimos, en cambio, la apreciación del Procurador en cuanto a que el encuadre jurídico correcto es el contrato con estipulación a favor de terceros. Este está previsto en el art. 504, CCiv. La doctrina ha dicho que "hay contrato a favor de tercero cuando una de las partes, denominada estipulante, conviene en su propio nombre y a mérito de un interés digno de tutela que la contraparte, llamada promitente, quede obligada hacia un tercero, designado como beneficiario, a cumplir una prestación que, aceptada, se estabiliza a su favor" ¹². Los tres sujetos de la relación jurídica en el presente caso son: a) ISC Bunker Ramo Argentina SA (estipulante), b) Omint SA de Servicios (promitente) y c) el actor (beneficiario).

La categorización recién practicada es de suma importancia dado que, una vez aceptada la estipulación, el tercero beneficiario podrá exigir el cumplimiento de la obligación, contando para ello con todos los medios legales que corresponden al acreedor contra el deudor ¹³.

... Ahora bien, el mismo Procurador reconoce implícitamente que para arribar a su decisión no puede valerse de esta figura jurídica. Piénsese que el contrato de medicina prepaga es de tracto sucesivo y no está sujeto a plazo final. Es decir, el contrato mantiene su eficacia hasta que sea rescindido por alguna de las partes o, por lo general, hasta el fallecimiento del beneficiario. Sería ilógico que ISC Bunker Ramo Argentina SA tenga que mantener indefinidamente el beneficio (o sea, el contrato con Omint SA de Servicios) a favor del actor, luego de extinguida su relación con él. Entonces, desde este punto de vista, una vez concluido el contrato entre el estipulante y el promitente, el beneficiario pierde derecho a la prestación, por lo que, en caso de querer conservarla, se vería obligado a solicitar —como de hecho hizo— su incorporación a título personal. Sobre este punto el Procurador no se pronuncia. Únicamente se limita a señalar que aun cuando estemos en presencia de una gestión de negocios ajenos o de un contrato con estipulación a favor de terceros, no termina de apreciar "qué relevancia podría revestir para esta cuestión que el contrato lo haya celebrado el propio actor o bien su ex empleadora en su beneficio, puesto que [...] tanto la economía como la finalidad particular del negocio resultarían salvaguardados". Nótese que se hace primar un análisis axiológico —en cuanto lo relevante es la preservación del negocio atento a la función social de las empresas de medicina prepaga— antes que un análisis teórico jurídico.

¹¹ Cuando no promedia una causa de justificación, la intromisión es ilícita. ALTERINI, Adolfo A., *Consenso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 321.

¹² MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Consenso*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, edición actualizada, p. 347.

¹³ *Ibid.*, p. 353, con cita de Ripert y Boesinger.

Participamos de esta concepción del derecho toda vez que, si bien es probable que el encuadre jurídico correcto sea "el contrato con estipulación a favor de terceros", ello nos conduce a un resultado poco feliz teniendo en cuenta los intereses en juego. Recién ahora comprendemos porqué al comienzo de su dictamen, luego de evaluar los hechos, el Procurador manifiesta: "esta causa, en rigor, presenta tanto indeterminaciones normativas como fácticas lo que, demás está decirlo, no empuja a la necesidad de que se le provea de una adecuada solución, máxime encontrándose en serio riesgo el derecho a la salud de una persona, pero que *si acaso justifica o aconseja un abordaje no tan severo y estrechamente contractual del tema, sino uno que tome en cuenta la circunstancia concreta del actor y las particularidades del sistema en el que la relación se inserta...*" (la bastardilla es nuestra).

El Dr. Vázquez ni siquiera se cuestiona la naturaleza jurídica de la relación entre los sujetos involucrados. Él considera que, independientemente de quién haya pagado la cobertura, lo real y concreto es que al actor se le aseguró la atención médica para cuando ocurriese una eventualidad. Además, al manifestar el beneficiario que en adelante se haría cargo de las cuotas, se estaba garantizando el sinalagma contractual, por lo que la negativa de la empresa obedeció a su intención de liberarse del riesgo empresario. Por último, juzga que: "este intento de la accionada de incumplir deliberadamente una obligación contraída, resulta reprochable desde todo punto de vista, máxime si se tiene en cuenta que en este tipo de empresas se realizan cálculos actuariales que permiten establecer —con bastante certeza— los riesgos como el aquí considerado y así calcular la cuota a cargo del beneficiario con un margen apreciable de ganancia para la prestadora médica" ¹⁴.

4. Ley de Defensa del Consumidor

El derecho de consumo no se ocupa exclusivamente de los intereses económicos de los consumidores y usuarios, sino que abarca también la tutela del derecho a la salud e integridad física de ellos. La mayoría de las legislaciones establecen un catálogo de derechos básicos del consumidor, en el que incluyen

¹⁴ Weingarten y Ghersi sostienen que cuando se trata de personas de hasta 25 años de edad la tendencia de la prestación es base cero, es decir, sin erogaciones por parte de la empresa. En el sector siguiente, comprendido por personas de entre 25 y 40 años, la tendencia no llega al 5%. Finalmente, luego de los 50 años los requerimientos son de clínica general, que tampoco representan grandes gastos. En cuanto a los casos críticos (SIDA, cáncer, etc.), éstos son mínimos en relación al número de pacientes y a la rotación generacional. Por lo tanto, "el negocio de la medicina, bien generalizado, es impecable y de buena y constante tasa de beneficio". WEINGARTEN, Celia - GHERSI, Carlos, "Análisis: Plan Médico Obligatorio (PMO)", JA, 7/10/2001, p. 40. Coincidentemente, el Procurador explica en su dictamen que "la curva de utilidad marginal que atale a las partes es inversa, puesto que las empresas de medicina prepa obtienen mayores márgenes en los comienzos de la relación, en que los pacientes pagan, por lo general, con bajo nivel de consumo de servicios...".

la protección de la vida, la salud y la seguridad (ley uruguaya, art. 6º, inc. 1º; ley portuguesa, art. 3º, inc. b); ley española, art. 2º, inc. 1º a); en Brasil, el Código do Consumidor, art. 6º, inc. 1º, etc.). Otras legislaciones, como la nuestra, disponen medidas tendientes a prevenir eventuales daños (arts. 5º y 6º de la ley 24.240).

En lo que hace a los contratos de medicina prepaga, no cabe ninguna duda de que están contemplados en el ámbito de aplicación de esta ley. Es claro que quien contrata con ellas un *servicio* (la prestación médica) a *título oneroso para beneficio propio* cuadra perfectamente en la definición de "consumidor" prevista por el art. 1º de la ley 24.240 (LDC). Asimismo, las empresas de medicina prepaga son, de acuerdo al artículo siguiente, proveedoras de servicios, por lo que están obligadas al cumplimiento de esta normativa.

Las consecuencias prácticas que se derivan de calificar a la presente relación como "de consumo" son variadas. En primer lugar, los arts. 3º y 37 ordenan que la interpretación se haga en el sentido más favorable al consumidor. El primero de ellos resuelve un eventual conflicto normativo al disponer que, cuando dos o más leyes sean aplicables a una misma situación, debe estarse a lo prescripto por la que más beneficie al consumidor. El segundo de los artículos mencionados regula en idéntico sentido la interpretación de las cláusulas del contrato en caso de ambigüedad, vaguedad, contradicción, etc. Respecto de las cláusulas abusivas, establece que se las tendrá por no convenidas, sin perjuicio de la validez del contrato. Otra de las consecuencias, observada en el voto del Dr. Vázquez, es la prevista en el art. 6º, LDC: "Las cosas y servicios [...] cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos [...] razonables para garantizar la seguridad de los mismos". Esta premisa —continúa diciendo el ministro— fue desconocida en el caso. Si bien a simple vista la norma puede parecer inaplicable, creemos que el deber de seguridad, presente en todo contrato (art. 1198, CCiv.), obligaba a Omint SA de Servicios a no interrumpir la asistencia médica, ya que de esa manera se evitaba poner en peligro la salud del actor.

5. Factores pragmáticos

Alf Ross, al definir el proceso de decisión judicial, dice que "es la resultante de un paralelogramo de fuerzas en el que los vectores dominantes son la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material. La decisión a la que se arriba está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y de la actitud valorativa de la conciencia jurídica"¹⁵. Por conciencia jurídica formal debe entenderse el sentimiento de respeto por el de-

¹⁵ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997, p. 175.

recho; engloba la idea de que las sentencias deben fundarse en la normativa vigente. Ahora, el juez no es un autómatas que en forma mecánica transforma normas y hechos en decisiones, sino que teniendo en cuenta su función social adopta resoluciones que siente como "correctas", de acuerdo con la tradición jurídica y cultural. A esto último se lo denomina conciencia jurídica material, que está comprendida, en definitiva, por la valoración extra-jurídica del juez. La sentencia será, entonces, el resultado de la lucha entre el sentimiento de obediencia al derecho y el sentimiento de estar arribando a una solución "justa" o "correcta". Sin embargo, una vez que el juez resolvió su conflicto interno, empieza a considerar lo que Ross denomina *factores pragmáticos*. Éstos no son otra cosa que los efectos sociales de su sentencia. En casos de gran trascendencia, por lo general, el juez se encuentra "presionado" para fallar en uno u otro sentido, por lo que los factores pragmáticos pueden llegar a ser el elemento de decisión más importante.

Esta breve reseña del pensamiento de Ross tiene como finalidad facilitar la exposición de los factores pragmáticos en el fallo de la Corte Suprema. Puede notarse que el Procurador, luego de analizar los hechos del caso, la función social de las empresas de medicina prepaga, la naturaleza jurídica de la relación entre ISC Bunker Ramo Argentina SA, Omint SA de Servicios y el actor, las características del contrato de medicina prepaga y la aplicación de la ley de defensa del consumidor, algunos párrafos antes de fallar, se detiene en un argumento que no es jurídico sino pragmático. Así, señala que "en este contexto no puede desconocerse que resultaría más dificultoso —acaso imposible— para el pretensor, en su situación actual, contratar otra cobertura sanitaria de similares características, a lo que se añade [...] que las características de esta patología imponen un tratamiento tanto regular como oportuno y sin dilaciones". En el voto del Dr. Vázquez puede leerse: "el rechazo del actor implicó su total desprotección, puesto que, en los hechos, resulta imposible pensar que tiene posibilidades de acceder a una institución similar encontrándose ya instalada en él una enfermedad como el SIDA". En el párrafo siguiente podemos observar que los factores pragmáticos coinciden con la conciencia jurídica material del ministro: "en este aspecto, cabe hacer hincapié en que la conceptualización del derecho como justicia y equidad imponía al tribunal a quo la necesidad de afirmar que valores tales como la salud y la vida están por encima de todo criterio económico".

Las consecuencias de un fallo adverso serían tres. Primero, se estaría privando al actor de recibir tratamiento en el corto y mediano plazo, lo que podría redundar en un agravamiento de su salud. En segundo lugar, se estaría trasladando a un paciente del sector privado al sector público. A fin de cuentas se estaría contribuyendo a la saturación del sistema. Por último, teniendo en cuenta que —sin ser vinculante— la jurisprudencia de la Corte Suprema ejerce una

gran influencia en las decisiones de los tribunales inferiores, se estaría marcando un camino en el que sería imposible la realización del derecho a la salud.

III. REFLEXIÓN FINAL

Como siempre, las conclusiones las fuimos trazando en el desarrollo del trabajo. Sin perjuicio de ello haremos un último comentario.

El sistema jurídico fue receptando la problemática del virus HIV hasta llegar, en menos de una década, a un nivel satisfactorio desde el punto de vista de las garantías que consagra. La gran deuda pendiente es la plena eficacia del pleo normativo. Ésta se logra desde la administración pública, mediante la implementación de políticas de acción social ¹⁶, pero fundamentalmente con un Poder Judicial decidido, que dé señales inequívocas respecto de su voluntad de proteger la salud de la comunidad. Este fallo de la Corte Suprema es un aporte importante en ese sentido. Destaca algunas pautas que ya no van a poder ser discutidas. Condena la sujeción a tecnicismos legales y criterios formales ¹⁷ cuando están involucrados bienes jurídicos superiores. En el plano económico, llama la atención a las empresas de medicina prepaga que intentan lucrar desmedidamente a costa de los beneficiarios.

Por último, creemos que se ha preservado la seguridad jurídica. Pero no la seguridad jurídica a la que estamos acostumbrados, relacionada principalmente con el derecho de propiedad, sino una seguridad jurídica ligada a otros valores como la protección de la salud, que no puede ser coartada por la voluntad unilateral de las empresas. La arbitrariedad ha sucumbido ante la supremacía, no de la ley, sino del Derecho aplicado por la Corte con criterios de razonabilidad y marcada solidaridad. Por ello, nos atrevemos a afirmar, siguiendo las ideas de José Ingenieros, que este fallo es un fallo justo ¹⁸.

¹⁶ Podemos destacar las res. 787/91 (Política Normativa en Relación a la Infección de HIV en los Servicios Carcelarios Federales), 88/92 (Programa Nacional de Lucha contra los Retrovirus Humanos) y 169/94 (Vademécum básico para la atención de pacientes de HIV) del Ministerio de Salud y Acción Social, entre otras.

¹⁷ Al referirse a la admisión del recurso extraordinario, dice: "...sin que quepa extender, a su turno, la apreciación de los requisitos formales del recurso, habida cuenta la índole de los derechos en juego y dado que, finalmente, se pretende el resguardo de garantías cuya interpretación ha sido confiada a esa Corte".

¹⁸ INGENIEROS, José, *Las fuerzas morales*, Losada, Buenos Aires, 1991, pt. 38 y ss. El autor explica que la justicia es un presupuesto de la solidaridad. Entonces, donde hay solidaridad necesariamente hay justicia.

LITERATURA Y DERECHO

LITERATURA Y DERECHO

En este número inauguramos una nueva sección en nuestra revista en la que pretendemos comenzar a construir "un puente entre la literatura y el derecho"¹ con la intención de enriquecer el saber jurídico. Aún podemos discutir cuál es el objeto de dicho saber, pero no nos quedan dudas de lo valiosa que resulta la interdisciplinariedad con otros conocimientos, entre ellos, la literatura. El lector puede preguntarse ¿qué puede aportar la literatura al derecho? Para responder a este interrogante, nos vemos obligados a definir a la literatura y su función en nuestra sociedad, para luego delinear el aporte que puede brindar al derecho en particular. Encontramos múltiples opiniones al respecto, pero preferimos destacar la de Jean Paul Sartre que, con sencillez y claridad, sostuvo: "...lo que hay que hacer, es mostrar al hombre en la infinita red de sus relaciones con un horizonte, y tomarlo como tema. Para mí, en suma, la literatura tiene una función de realismo, de amplificación [...] además, una función crítica. Función, por otra parte, que asume por sí misma: el hombre no necesita saberse crítico para serlo. Estos tres elementos me parecen indispensables: tomar al hombre, mostrar que está vinculado al mundo en su totalidad, hacerle sentir su propia situación, para que se encuentre en ella, y se encuentre a disgusto, y, al mismo tiempo, darle los elementos de una crítica que pueda facilitarle una toma de conciencia..."². Por consiguiente, este "puente" permitiría que el saber jurídico se acerque al ser humano y a su relación con el mundo que lo rodea, alejándose así de posturas idealistas. Esta opinión es compartida por Edgar Morin al decir que "...la ciencia es un modo de conocimiento que tiene su valor, su modo de verificación y su búsqueda de objetividad, pero también sus limitaciones... Las ciencias sociales no pueden revelar las vidas personales, los sujetos con su ambiente, sus pasiones, el odio, el amor. Pienso que si queremos comprender el mundo humano, la literatura es fundamental..."³. Por otra parte, la

¹ Expresión utilizada por Martí, Enrique E., "Derecho y literatura. Algo de lo que si se puede hablar pero en voz baja", *Derecho, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 2, 1998, p. 251.

² Conversación con Jean Paul Sartre realizada por Jorge Semprón publicada en *Cuadernos de Rueda Ibérica*, París, octubre-noviembre de 1965, nro. 3, pp. 78/86.

³ Entrevista a Edgar Morin realizada por Claudio Martyniuk publicada en el diario Clarín, suplemento "Zona", 30/1/2000 cit. en Cárcova, Carlos M., "Derecho, literatura y conocimientos", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1999-2000, p. 176.

literatura permite reforzar la función crítica del saber jurídico brindando nuevas armas en la lucha por un cambio de la realidad. En ello se basa la decisión de abrir esta nueva sección, que hoy comienza desde la propia redacción de *Lecciones y Ensayos*, pero que esperamos siga creciendo en el futuro con el aporte de alumnos y profesores.

El siguiente extracto pertenece al libro *Diccionario del Diablo* de Ambrose Bierce (1842-1914). Este autor norteamericano, cuyo lapso de vida coincide con la construcción interna de su país, se alistó en uno de los bandos durante la Guerra Civil, para luego dedicarse al periodismo. Cuando tenía más de 70 años se aventuró a participar de la Revolución mexicana. Su vida fue agitada y signada por hechos trágicos, lo cual colaboró a formar su espíritu cínico y ácido.

Este libro es una recopilación de las publicaciones que realizó en un semanario desde 1881 hasta 1906. Resulta fascinante la crítica corrosiva que despliega atacando principalmente los valores e instituciones modernas, no escapando de esta crítica el derecho, entendido como orden jurídico.

En el siguiente párrafo imagina el nacimiento del derecho de un modo original.

"Satanás: s. Uno de los lamentables errores del Creador. Habiendo recibido la categoría de arcángel, Satanás se volvió muy desagradable y fue finalmente expulsado del Paraíso. A mitad de camino en su caída, se detuvo, reflexionó un instante y volvió. —Quiero pedir un favor —dijo—. ¿Cuál? —Tengo entendido que el hombre está por ser creado. Necesitará leyes. —¿Qué dices miserable? Tú, su enemigo señalado, destinado a odiar su alma desde el alba de la eternidad. ¿ni pretendes hacer sus leyes? —Perdón; lo único que pido, es que las haga él mismo. Y así se ordenó".

El segundo extracto de esta sección pertenece a *La isla de los Pingüinos*, la fantástica obra de Anatole France. Su nombre verdadero era Jacques Anatole François Thibault, nació en París en 1844 y falleció en Tours en 1924. Fue considerado uno de los más grandes escritores franceses, siendo galardonado con el premio Nobel de literatura en 1921. Fue un acérrimo defensor de las causas humanitarias, de los derechos civiles y laborales y de la educación popular. También resulta destacable su intervención a favor de Dreyfus.

En 1880, publica *La isla de los Pingüinos*, en donde refleja una sátira a la sociedad moderna, a partir de la evolución histórica de estas aves al convertirse en antropomorfos.

En este párrafo —a través de una conversación entre San Mael y el monje Bulloch— se desarrolla una fuerte crítica al derecho a la propiedad privada y a su fundamento.

Entonces dijo a Bulloch:

—Observo con tristeza, hijo mío, que los habitantes de esta isla, desde que se han transformado en hombres, obran con menos prudencia que antes. Cuando pertenecían al reino de las aves sólo se querellaban en la época de celo, y al presente disputan a todas horas [...].

Precisamente en el fresco valle hay una docena de hombres pingüinos ocupados en reventarse los unos a los otros con palos y azadones, que deberían solamente aplicar a los trabajos del campo. Más crueles aún que los hombres, las mujeres desgarran con sus uñas el rostro de sus enemigos. ¿Sabes por qué se destrazan?

—Lo hacen por espíritu de asociación, padre mío, y para asegurar lo por venir —respondió Bulloch—. El hombre es, por esencia, previsur y sociable; tal es su carácter. No puede vivir sin una segura apropiación de las cosas. Esos pingüinos que veis, venerable maestro, se apropian las tierras.

—¿No podrían apropiárselas menos violentamente? —preguntó el anciano— [...]. ¿No veis, hijo mío, aquel que, furioso, arranca con los dientes la nariz de su adversario, y ese otro que aplasta la cabeza de una mujer con una piedra enorme?

—Los veo —respondió Bulloch—. Ahora crean el derecho y fundan la propiedad, establecen los llamados principios de la civilización, las bases sociales y los cimientos del Estado.

—¿Cómo es posible? —preguntó el anciano Mael.

—Amojonan los campos. Éste es el origen de toda organización social. Vuestros pingüinos, venerable maestro, realizan augustas funciones. Su obra será consagrada por los legisladores, protegida y confirmada por los magistrados a través de los siglos.

Mientras el monje Bulloch pronunciaba estas palabras, un robusto pingüino de piel blanca y pelo rojo atravesaba el valle cargado con una enorme maza. Acercóse a un humilde pingüino que regaba sus lechugas abrasado por el sol, y le gritó:

—¡Tu campo es mío!

Después de pronunciar estas palabras dominadoras, golpeó con la maza la cabeza del hortelano, el cual se desplomó sobre la tierra cultivada por sus afanes.

Entonces el santo varón Mael [...] con la voz ahogada por el dolor y el miedo, dirigió al cielo esta súplica:

—Dios mío, Señor mío, Tú, que recibes los sacrificios de Abel; Tú, que maldices a Caín, vengo, Señor, a este inocente pingüino inmolado en su huerta y haz sentir al asesino el peso de tu brazo. ¿Habrá crimen más odioso ni más grave ofensa a tu Justicia, Señor, que este asesinato y este robo?

—Cuidado, padre mío —dijo Bulloch suavemente—, pues lo que llamais robo y asesinato es la guerra y la conquista, fundamentos sagrados de los im-

perios, origen de todas las virtudes y de todas las grandezas humanas. Reflexionad que si vituperáis al robusto pingüino escarneceis el principio y raíz de toda propiedad. No me costaría mucho trabajo demostrarlo. Cultivar la tierra, es una cosa, y otra cosa es poseerla: no debe haber confusión entre ambas. En materia de propiedad, el derecho del primer ocupante es incierto e infundado; el derecho de conquista descansa en sólidos cimientos; es el único respetable, por ser el que se hace respetar. La propiedad tiene por única y gloriosa origen la fuerza, principia y se conserva por la fuerza. Así, es augusta y sólo cede a una fuerza mayor; por esto puede llamarse noble a todo el que posee. Y ese pingüino rojo y forzado que despachurra al trabajador para quitarle su huerta, acaba de fundar una muy noble casa. Voy a felicitarle.

Después de hablar así, Bulloch se acercó al robusto pingüino [...]. Y después de inclinarse el monje casi hasta dar con la cabeza en el suelo, le dijo:

— Señor Greateank, príncipe temido, vengo a rendiros homenaje como fundador que sois de un poder legítimo y de una riqueza hereditaria. Sepultado en vuestro territorio el cráneo del vil pingüino a quien derrotasteis, arraigardn para siempre los sagrados derechos de vuestra propiedad sobre este suelo, ennoblecido por vuestra conquista [...].

Bulloch puede ser considerado, pues, como fundador del Derecho Civil en la Pingüinia.

El texto es muy rico en su conjunto y generará seguramente múltiples comentarios. Por nuestra parte nos gustaría relacionarlo con ciertas ideas.

Es interesante tomar por un momento la definición de derecho real de Aubry y Rau, en donde se sostiene que este derecho existe cuando una cosa se encuentra sometida al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata oponible a toda otra persona. Como observamos, la naturaleza del derecho real estaría dada por su oponibilidad *erga omnes*. Esta oponibilidad se garantiza al titular del derecho cuando tiene acceso a medios jurídicos coercitivos —en las sociedades modernas a través de las acciones reales—. En el fragmento de Anatole France es claro que el derecho de propiedad privada existe cuando el titular es lo suficientemente fuerte como para poder impedir que los demás se apropien de su posesión. Por lo tanto, la vigencia del derecho a la propiedad privada se garantiza sobre la base del acceso a la coerción.

Otro aspecto interesante es que el derecho de propiedad privada y, consecuentemente, el Derecho Civil tienen origen en un hecho ("Ser"), en un acto de fuerza. Por lo tanto, la distinción entre ser y deber ser "inmediatamente dada a nuestra conciencia", según Hans Kelsen, no parece tan clara en este relato. Al menos, ni Bulloch, ni Greateauk parecen tener en la mente una norma fundamental para fundar el ejercicio de su poder, ni para derivar válidamente las normas jurídicas.

Respecto del derecho de conquista, preferimos transcribir un pasaje del libro de Engels *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*.

Veamos el imperio de los francos. En él correspondió a los salidos victoriosos la posesión absoluta no sólo de los vastos dominios del Estado romano, sino también de todos los demás inmensos territorios no distribuidos aún entre las grandes y pequeñas comunidades regionales y de las marcas, y principalmente la de todas las extensísimas superficies pobladas de bosques. Lo primero que hizo el rey franco al convertirse de simple jefe militar supremo en un verdadero príncipe, fue transformar esas propiedades del pueblo en dominios reales, robarlas al pueblo y donarlas o concederlas en feudo a las personas de su séquito.

Por último, queremos remarcar la noción de sagrado del derecho a la propiedad privada, a la cual, nuestra CSJN no se ha mantenido ajena. En el fallo "La municipalidad del Capital contra doña Isabel A. Elorondo, sobre expropiación; por inconstitucionalidad de la ley de 31 de Octubre de 1884" (*sic*) se dijo en el considerando undécimo: "Que con tal sistema, en efecto, para ejecutar obras de utilidad pública en un extremo de la República, por ejemplo, sería permitido expropiar bienes en el otro, y atacar arbitraria e indistintamente en todos los puntos del país el sagrado de la propiedad...".

El tercer texto pertenece a Alejandro Dumas, quien nació en 1802 en Villers-Cotterêts, al norte de París y murió en 1870. Se dedicó a estudiar profundamente la Historia, la cual nutrió muchas de sus novelas. A los 27 años, ya era un célebre escritor, destacándose también su participación en la vida política, apoyando la revolución de 1848, y a Garibaldi en Italia. En 1844 inició una serie de grandes novelas sobre los acontecimientos más singulares de la historia de Francia, entre las que se encontraba su gran obra *Los Tres Mosqueteros*. De *El Conde de Montecristo* compartiremos el siguiente extracto.

—¿Y creéis que no ofrece peligro nuestro desembarco?

—Ninguno. Los contrabandistas no son ladrones.

—Pero esos bandidos corsos... —murmuró Franz calculando de antemano todas las posibilidades.

—¡Vaya por Dios! —dijo Gaetano—. Ellos no tienen la culpa de ser bandidos, sino la autoridad.

—¿Qué decís?

—Desde luego. Les persiguen por haber hecho una piel, y nada más. ¿Cómo si el vengarse no fuera en Córcega lo más natural del mundo!

—¿Qué entendéis por haber hecho una piel? ¿Haber asesinado a un hombre? —dijo Franz prosiguiendo sus pesquisas.

—Haber matado a un enemigo, que es muy diferente —respondió el patrón.

Es evidente la influencia del positivismo, aunque primitivo, en el pensamiento de algunos personajes de esta obra. La autoridad es la que determina

quiénes son buenos y quiénes no. Esto es posible afirmarlo únicamente desde el relativismo ético, ya que no existe *malum in se* sino *malum prohibitum*. Es ilícita aquella conducta a la cual el ordenamiento jurídico imputa una sanción. Ningún juicio de valor indica qué conductas son buenas y cuáles son malas. Así, una conducta altruista, como la beneficencia o caridad, reconocida como buena por la sociedad, sería delito si el sistema hubiese previsto la aplicación de una sanción como consecuencia de su realización. Éste es un paso fundamental en la ciencia del derecho. Permite describir los fenómenos jurídicos avalorativamente, por lo tanto, con mayor precisión.

Otro aspecto interesante para destacar es la significación jurídica de los hechos, claramente expuesta por Dumas. Desde el positivismo, el mismo acto de acabar con la vida de un ser humano va a ser considerado homicidio, defensa propia, venganza o la ejecución de una sentencia, dependiendo de lo que el ordenamiento jurídico establezca. En el caso, Franz pregunta si *haber hecho una piel* es haber asesinado a alguien. Lógicamente, el patrón interpreta el mismo hecho a la luz del ordenamiento jurídico en el que los casos se desenvuelven, y de acuerdo con éste, no es lo mismo matar a un hombre que matar a un enemigo. Lo primero, podemos suponer, está penado y lo segundo no. Entonces, *hacer una piel* —que no es delito— se diferencia del homicidio por la significación jurídica que cada hecho adquiere en virtud de las disposiciones del sistema jurídico en que son interpretados, aun cuando la conducta observada por un tercero sea idéntica en ambos casos.

También podemos encontrar a partir de este mismo extracto interesantes concordancias con la filosofía iluminista, la cual consideraba que sólo la ley determinaba los delitos y su sanción. Al respecto, uno de los principales exponentes del iluminismo, Cesare Beccaria, sostenía que “En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. La premisa mayor será la ley general; la menor la acción conforme o no con la ley, de donde inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”.

Este apego por la ley penal, es manifestado también por Montesquieu al considerar que “En el Gobierno republicano es propio de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley [...] el juez impone la pena que la ley señala para aquel hecho, para lo cual no necesita más que tener ojos”.

Este último extracto pertenece al libro *La última tentación*, y su autor es Nikos Kazantzakis, quien nació en 1883 en Candia (hoy Heraklion), en la isla de Creta, y estudió en la Universidad de Atenas, donde obtuvo el título de Licenciado en Derecho. Su obra más conocida es la novela *Zorba, el griego*. También publicó diversos libros sobre temas religiosos y filosóficos, entre los que se destaca *La última tentación de Cristo* en 1951. Falleció en el año 1957.

—J/ Crucificado— grió. (Rafó, el centurión)

—*Ya pronuncié mi sentencia —dijo el rabino con voz calma—, y tú pronunciaste la tuya, centurión. Pero aún debe pronunciar la suya alguien que es más grande que nosotros.*

—*¿El emperador?*

—*No, Dios.*

El centurión se echó a reír.

—*Yo soy en Nazaret la voz del emperador. El emperador es en toda la tierra la voz de Dios. Dios, el emperador y Rufo pronunciaron su sentencia.*

El rabino y el centurión invocan el derecho natural para defender sus posturas, que, obviamente, son contradictorias. Ha sido típico del jusnaturalismo servir como argumento para respaldar cualquier decisión o exigencia. Se han producido revoluciones y terrorismo de estado en nombre del derecho natural, se lo ha utilizado para justificar la democracia y el poder absoluto; no hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural. En definitiva, quien la invoca nada dice que pueda ser comprobado, porque apela a los valores —por lo general, los propios—, y éstos no son verdaderos ni falsos.

La crucifixión, sostiene implícitamente el rabino, como ejecución de una norma positiva —que es la sentencia— se contrapone con el derecho divino, por lo tanto, no es válida. Por supuesto, el rabino no nos explica cómo logró conocer la ley de dios ni cuál es su contenido.

Desde otro punto de vista, el centurión afirma que, en última instancia, es dios quien dicta la sentencia. Es admisible que el emperador haya facultado al centurión a pronunciar y ejecutar sentencias, pero lo que no puede ser explicado —sin recurrir a la magia, claro está— es de qué manera el emperador es la voz de dios en la tierra.

Hay varias formas de resolver este conflicto. La primera es aceptando que el derecho no es más que la imposición de las decisiones del más fuerte. Esto puede verse en el hecho de que si el emperador es la voz de dios, y nadie, salvo por medio de suyo, puede conocerla, no hay seguridad de que esta supuesta voz de dios no sea en realidad la voluntad egoísta del emperador. Otra forma de resolver el problema es acudiendo a una fórmula que el derecho natural ha utilizado en el pasado. Esta fórmula exigía resignarse ante una ley humana aparentemente injusta en pos de conservar la paz social —aunque en otra línea de pensamiento, el contractualismo en la voz de Hobbes también se enfrenta con esta disyuntiva de la legitimación y se asimilan en la explicación y necesidad de una herramienta, aún injusta, que asegure el orden—. El autor comienza con la descripción del hombre como un ser apasionado e insaciable, que deseará e invadirá sin cesar las posesiones ajenas; se sentirá acosado, a su vez, por los demás. Para que no lo golpeen, golpeará primero, convirtiendo el miedo en violencia. Sin embargo, esta situación natural de los hombres —guerra—, cesará en un

momento de lucidez, cuando los hombres acuerden crear un monstruo aún más violento que ellos, el Estado, para que los contenga y sujete mediante el terror.

La tercera manera de resolver el problema de la legitimación del poder en el derecho natural es que en la medida en que éste exista, no puede ser conocido por los hombres, pero es permanentemente invocado por ellos pues resulta de gran utilidad al momento de fundar o legitimar la fuerza, ya sea conservadora o revolucionaria; no es recomendable considerarlo seriamente como elemento a tener en cuenta en el análisis jurídico.

¿LO SABÍA?

¿LO SABÍA?

DEUDA PÚBLICA

"Branicardi Adriano Caredio v. Estado Nacional (BCRA) s/ cobro".

Procurador Fappiano.

"...desde la primera mitad de este siglo, la práctica de las Naciones evidencia la aplicación de una regla de conducta uniforme y reiterada de los Estados (*opinio juris*) con arreglo a lo cual un país incurre en responsabilidad internacional si desconoce, repudia, anula, suspende o modifica el servicio de su deuda mediante acto legislativo o decreto ejecutivo si no justifica estas medidas en razones de necesidad financiera o de interés público. Efectivamente, hacia fines de los años veinte, el Secretario del Tesoro de los Estados Unidos de América, Andrew Mellon, proclamaba que "...La insistencia en el cumplimiento de un convenio que supere la capacidad de pago de una Nación, le serviría de justificación para negarse a cualquier arreglo. Nadie puede hacer lo imposible..." [...].

Consecuentemente con ello, las suspensiones del servicio de la deuda que los gobiernos han efectuado invocando razones de necesidad financiera o de interés público han sido aceptadas por la comunidad internacional. Tal el caso de la "incapacidad de pago" planteada por los Aliados europeos en la primera postguerra, la que Alemania adujera frente a esos mismos Aliados y la que América latina invocara frente a los tenedores de sus bonos en la década de los treinta. [...].

El tema de la deuda pública quedó, finalmente, incluido como circunstancia excluyente de ilicitud en el derecho internacional, en el proyecto del Relator Especial Roberto Ago, elaborado tendiendo en cuenta el documento preparado por la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas en el marco de las investigaciones realizadas de la práctica de los estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina relativa a las diversas circunstancias provisionalmente seleccionadas para la elaboración de ese informe como excluyentes de ilicitud en el derecho internacional: la fuerza mayor, el caso fortuito y el estado de necesidad [...]. En el trigésimo período de sesiones, la Comisión aprobó la primer lectura del proyecto Ago [...].

Así en el asunto de la indemnización rusa, la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya declaró en su fallo del 11 de noviembre de 1912 que: "hay fuerza mayor siempre que el pago de la deuda pueda hacer peligrar la existencia

del Estado, aunque ese peligro no sea grave, o que el pago pueda comprometer gravemente su situación interior o exterior".

En referencia al caso griego se dice que "incluyó varias citas del profesor Gastón Jéze. Entre ellas la del *Journal des Finances* del 2 de agosto de 1927 donde afirmó que: "Constituye, en efecto, una norma indiscutible del derecho internacional financiero el que un Estado está facultado legítimamente para suspender el servicio de su deuda pública en la medida en que el servicio íntegro de ella comprometería el buen funcionamiento de sus servicios públicos esenciales. En efecto, es evidente que, para pagar íntegramente a sus acreedores, un gobierno no va a paralizar los servicios de la defensa nacional, de la policía y de la justicia" [...]. Es una norma de derecho internacional positivo el que un Estado se encuentre autorizado para dar prioridad al funcionamiento de sus servicios públicos esenciales sobre el pago de su deuda.

(Fallo, 319:2886).

BIBLIOTECA POLICIAL

... J. Maxwell consideraba que la criminalidad era hereditaria. Basa su postura en este fragmento de la *Moral Sexual* de Wylm: "Ella dirá [La ciencia], lo dice ya, que la libertad humana no tiene límites, que debe ser respetada hasta donde no sea perjudicial y que no es más injusto el privar a los reproductores malsanos de los medios de perjudicar, que lo es el arrancar a las víboras sus colmillos venenosos [...]. La colectividad tiene el derecho de alejar toda la posibilidad de uniones malsanas".

A partir de allí intenta fundamentar la castración como mejor medio para combatir el delito. Afirma categóricamente: "La lucha contra la herencia no existe en nuestras regiones; este acto tan importante para el individuo procreado, la reproducción, este hecho tan grave para la colectividad cuya composición depende de las uniones fecundas, está en absoluto descuidado por nuestras sociedades actuales, y principalmente en Occidente. No puedo comprender la indiferencia con que se deja llevar a cabo esta función a la colectividad, y al niño que ha de nacer más aún, quizá, que a los mismos padres que lo engendran [...]. Los cuidamos en los asilos, cuando no los enviamos a presidio, pero no buscamos la forma de prevenir la desgracia de su nacimiento culpable. Acordamos premios a la selección de reproductores de animales, fomentamos la cría de caballos de pura sangre, la de toros, la de corderos y permanecemos indiferentes ante la calidad de los hombres y las mujeres que formarán nuestra futura sociedad.

"No puedo comprender nuestra locura, nuestra ceguera, pues no es sólo la criatura a quien se debiera alejar de la vida, como se aleja al transeúnte de la mina que va a explotar. También el cuerpo social se le debe proteger de la introducción de todo germen malsano".

Asevera que "...la castración de los criminales, científicamente, no ofrece inconvenientes. ¿Qué pueden interesarnos el placer y las ilusiones de los padres

ante el superior interés social y el hijo futuro [...]. Es evidente como la castración es una medida de eficacia absoluta; los reproductores malsanos quedan excluidos de toda participación en la formación de elementos de la sociedad futura”.

Maxwell, J. *El crimen y la sociedad*, T. II, Biblioteca Policial, Buenos Aires, 1939.

¿SANCINETTI ES UTÓPICO?

“En todos los casos, la tentativa del delito es asimilada al acto. Los obstáculos que pudieron impedir la ejecución de un crimen no constituyen, según ellos, disculpa para el criminal de quien no dependió que sucediese de otro modo”.

Maro, Tomás. *Utopía*, Biblioteca Mundial Sopena, 1941, Buenos Aires, p. 301.

“Si el reproche incluye otros elementos distintos a la voluntad, reprochará algo que, en verdad, no es propiamente imputable al autor. Imputable al autor es sólo su decisión de acción, su acto de voluntad; lo que excede de esto constituirá un elemento *casual* respecto del autor imputado: un tratamiento injusto [...].

[El ilícito] no puede incluir ingredientes que no estén alcanzados por el contexto de la finalidad del autor, que no sean enteramente dependientes de su voluntad [...]. La producción del resultado, como tal, no podría agregar más finalidad, más decisión de afectación del objeto del bien jurídico.

Que el resultado se produzca efectivamente, o no, no integrará esa decisión [de voluntad]. El [resultado] no agrega nada a la tendencia de la acción no le quita a ésta un ápice de voluntad”.

Sancinetti, Marcelo. *Teoría del delito y alicuoteo de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al alicuoteo de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, ps. 62 y 63.

ANARQUÍA FIDUCIARIA

“Por lo que respecta a la prohibición a las provincias de emitir billetes y sellar moneda sin autorización del Congreso federal debe consignarse en homenaje a la verdad que ante las urgencias porque han atravesado algunas provincias, lanzaron las llamadas ‘letras de tesorería’, medio poco disimulado en realidad de violar la mencionada prohibición [...]. Si la emisión de letras y bonos de tesorería se generalizara, se llegaría a una verdadera anarquía fiduciaria y a la ruina de las mismas provincias que se pretendiera apuntalar en forma tan espuria.

De Vedia y Mitre, Mariano. *El régimen tributario de la Argentina*, Editorial de la Universidad, Buenos Aires, 1926, p. 162.



- **Gargarella, Roberto**, La política del republicanismo: vida pública y libertad de expresión
- **Cerri, Horacio Guillermo**, La Ley de Presupuesto ante la Constitución
- **Piso, Guillermo**, Acerca del positivismo y la ciencia
- **Ferreira, Raúl Gustavo**, Tensión entre principios constitucionales. A propósito de los "piquetes": ¿abuso o ejercicio de los derechos constitucionales que parecen antagonizar?
- **Pastor de Izábara, Gloria Mariana**, Derecho del trabajo: su relación e integración con los Derechos Humanos, la Economía y la Sociología

- **Alania, Sebastián O.**, Responsabilidad de las empresas de análisis crediticio
- **Parise, Agustín**, Un crisol utilizado por la Historia, el Derecho y la Ciencia del Pueblo
- **Spaventa, Verónica**, Género y control social

- **De Souza Del'Olmo, FlORIZABÉL**, Augusto Teófilo de Freitas. El protojurista del Mercosur

- **Professor Doctor Julio Maier**

- **45 aniversario de la Revista Lecciones y Ensayos (1956-2001)**
- **Primer Encuentro entre Profesores y Alumnos sobre la Enseñanza del Derecho**
- **V Congreso Internacional de Derecho Civil**, Salto, Uruguay
- **Lago, Pedro, Ecomder**, Primer Congreso Internacional por Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico

- **Aliverti, Ana**, "Reconstruyendo las criminologías críticas": un centenario a la revista

- **Papapanzi, Diego Martín**, SIDA y medicina prepa

ISBN 950-20-1450-2



9 789502 014500