

LECCIONES Y ENSAYOS

LECCIONES

- ESPÓSITO, CARLOS D.: *"Male captus, bene detentus": a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso "Avarez-Machain".*
 SANCINETTI, MARCELO A.: *¿Fundamentación objetiva del ilícito en Jakobs?*
 SANDLER, HÉCTOR R.: *Reflexiones sobre la teoría material del Derecho.*

DOSSIER

Reforma Constitucional de 1994

- COSTA, EDUARDO: *Entrevista con el doctor Enrique Bacigalupo.*
 GORDILLO, AGUSTÍN: *El nuevo sistema constitucional de control.*
 SASSAY, DANIEL A.: *El sistema de doble vuelta o "ballottage".*

ENSAYOS

- DASSEN, NICOLÁS - NATTERO, PATRUCIO: *Ley de cupos: discriminación o igualdad?*
 SAR, OMAR A.: *La "justicia" contravencional.*
Concurso de monografías de Derecho Civil en homenaje a Manuel Laque.
 PALAVICINO, FEDERICO M. - PALACIOS, DIANA P.: *Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en la Convención de Viena de 1980.*

OTRAS SECCIONES: *Miscelánea.*



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



November 5, 1907

LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano
Prof. Andrés A. J. D'Alessio
Vicedecano
Prof. Guillermo E. Moncayo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director
Prof. Héctor Raúl Sandler
Subdirector
Mary Ana Beleff
Secretario
Carlos Paris
Consejo asesor
Prof. Héctor Alegría
Prof. Julio C. Costa Rúa
Prof. Marcelo U. Salerno
Prof. Marcelo A. Sancinetti
Prof. Horacio Sanguinetti

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS*

Director: Marcelo Ferrante
Subdirector: Sebastián Picasso
Secretarios Adjuntos de Redacción: Leandro Martín Passarella
Maximiliano Batista

Redactores: Carolina Feinstein
Carolina Fernández Blanco
Máximo Lángier
Silvia Graciela Poratelli

Colaboradores: Denise Bloch
Nicolás Di Biase
Agustín Fish
Juan F. Freire Aurich
Graciela Ledesma
Julieta Rossi
Elisara Santacostaglia

* Al momento de cierre de este número el Consejo Directivo se compone de esta manera: Director: Maximiliano A. Batista; Subdirector: Leandro Martín Passarella; Secretario de Redacción: Silvia G. Feinstein; Redactores: Carolina Feinstein, Carolina Fernández Blanco, Máximo Lángier; Colaboradores: Denise Bloch, Nicolás Di Biase, Agustín Fish, Juan F. Freire Aurich, Graciela Ledesma, Julieta Rossi, Elisara H. Santacostaglia.

Biblioteca del Instituto Gioja

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

LECCIONES Y ENSAYOS

1995 - 62



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

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

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

Figueras Alcorta 2263
1425 - Buenos Aires - Argentina

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

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

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

EDITORIAL

CONTROL DE CALIDAD

En la enseñanza universitaria es imprescindible un nivel mínimo de calidad. La cuestión reside en cómo alcanzar dicho nivel mínimo.

Para ello es necesario un permanente contralor de la actividad académica. Este contralor debe darse en todos los niveles. De la institución hacia los docentes, de los docentes hacia los alumnos y también, de los alumnos hacia los profesores y la institución.

De estos modos de contralor nos centraremos en el tercero, el cual, afortunadamente, se encuentra prácticamente ausente de la vida académica. Es evidente que en la actualidad el alumno no ejerce dicha función de control. Esto no significa que no esté en condiciones de ejercerla ya que pueden surgir mecanismos informales de contralor.

Dichos mecanismos no pueden aparecer sino en el ámbito del aula y de la interacción docente-alumno. El alumno, al no tener inquietudes que puedan impulsar al docente a rever la bibliografía, incrementarla y enriquecerse con aportes personales, tampoco puede recibir del docente este mismo impulso y el resultado es un empobrecimiento de uno y otro.

El derecho a obtener una mejor calidad de enseñanza y el deber de contribuir a la optimización del sistema universitario se unen así en una actitud de estímulo, en la interacción con el docente, que representa, sin duda, la mejor forma de control de calidad del nivel académico. Los alumnos tenemos el derecho y el deber de hacerlo.

EDITORIAL

CARTA A UN ALUMNO DE PRIMER AÑO

Todos sabemos que en nuestra Facultad coexisten paralelamente dos modelos de universidad: uno en el que se exige y se estudia a conciencia, y otro, el de las comisiones donde se "zafan" o "roban" las materias. Esta dualidad en la implementación de la enseñanza, está perjudicando principalmente a aquellos que tienen verdaderas ganas y necesidades de estudiar, porque no hay relación entre el esfuerzo y los beneficios que se obtienen como resultado. Esta situación atenta contra una igualdad de oportunidades real (en el sentido de mayor número de ellas) y contra una verdadera Universidad popular que sea eficaz en reducir diferencias sociales, premiando la capacidad, la honestidad y el trabajo.

Ante este panorama, a mitad de mi carrera, pensaba que el reclamo debía estar dirigido *exclusivamente* a las organizaciones estudiantiles, ya que ninguna de ellas ha tomado nunca como objetivo político elevar el nivel académico, perjudicando de esta forma, los verdaderos y reales intereses de un estudiante. La responsabilidad de ellas está dada por su falta de representación, demostrando así una crisis de legitimidad en su accionar.

Una universidad facilista, no exigente, es injusta al no existir un sistema de premios y castigos. Que todos se reciban hace que los criterios de selección para los futuros trabajos no vayan a estar dados por la honestidad intelectual, idoneidad y dedicación, sino por la vinculación, el acomodo, la influencia familiar y el poder económico; un ejemplo de esto es el nepotismo judicial existente en nuestros tribunales. Todas esas diferencias existían el primer día de facultad, ¿por qué deben permanecer en el último?

En ese momento pensaba que bastaba con reclamarle a las organizaciones estudiantiles que terminen con nuestra FABRICA DE GHANTAS. Agregaba a mis argumentos que nuestra sociedad cuestiona diariamente la capacidad y honestidad de nuestra clase dirigente, ¿y nuestra futura clase dirigente? Recibirse zafando o copiándose, ¿no es también una forma de corrupción? Se dice "que cada uno se procure su nivel". Pero, ¿puede la sociedad dejar librado a la decisión personal de cada estudiante la calidad de sus futuros profesionales o *deberíamos bregar por la excelencia académica como un valor esencial?*

Hoy, a punto de graduarme, he comprobado que para que se produzca un verdadero cambio no alcanza con buscar solamente la excelencia académica o dirigir los reclamos a nuestras organizaciones estudiantiles. Ante todo, también hace falta una nueva actitud por parte de nosotros, los alumnos, y en especial de aquellos que no zafan, sino que son los más brillantes y deberían ser el ejemplo; ya que a mayor capacidad hay también mayor responsabilidad. Un cambio de actitud que sume a la capacidad, la honestidad, tanto intelectual como humana, ambas necesarias para reconstruir la ética universitaria.

¿Por qué también es necesario este cambio de conducta de los mejores estudiantes? Porque en nuestras aulas se puede ver que no sólo existe la corruptela del que se copia para sacarse un cuatro, sino además está el que lo hace para mantener el promedio.

Elegir las comisiones fáciles es ya una costumbre arraigada, pero no ya con la intención de zafar, sino para ir en búsqueda del diez. Una especie de rapia de notas con un sobrevuelo previo que requiere arduas investigaciones para ver dónde se encuentran.

Algo similar sucede con las becas, que supuestamente benefician a los mejores, las cuales, muchas veces, se otorgan a los más cercanos y *a priori* de toda evaluación de antecedentes.

La soberbia como negación del conocimiento, el "YO SOLO SE QUE LO SE TODO", es también algo muy común; esto lleva a plantear discusiones en términos absolutos perdiendo de vista la esencia de las mismas.

Creo que cualquier hombre de bien coincidiría conmigo en que **UNA PERSONA NO VALE POR SUS TALENTOS SINO POR EL USO QUE HACE DE ELLOS**. ¿No es éste un precepto valedero que también se tendría que tener en cuenta a la hora de medir si una persona en realidad es valiosa? Si agregáramos esta norma moral tendríamos un sentido amplio de los conceptos **TALENTOSO, MEJOR, BRILLANTE** más acorde con los requerimientos de una sociedad en crisis (es decir, en cambio) que debe recurrir a los estudiantes como su última reserva moral.

Ante todo es importante que nos repreguntemos ¿qué es ser joven? Y más que nada que nos decidamos a serlo. Ya que todos coincidirán en que la juventud implica que por nuestras venas corra el **IDEALISMO** suficiente para mantenernos espiritualmente inalterables, inamovibles e incommovibles, en definitiva, fieles a nuestros principios en situaciones en las que estén en juego valores trascendentes como la moral y la dignidad humana. Si juventud implica todo esto es muy triste ver la prematura "vejez" de un estudiante universitario.

Un estudiante nos debería insinuar el hecho de estar en presencia de alguien con cierto grado de virginidad intelectual que tenga todavía la mente clara, fresca, para darse cuenta cuáles son las cosas que, por su profundidad, realmente importan. Lucidez necesaria para rechazar de plano lo pueril, banal, trivial, fatuo, frívolo, nimio y fútil, en cada momento que se le presenten. Y más allá de que se predique una idea en nombre del solidarismo o lo haga en nombre del individualismo, lo que verdaderamente debe preocuparle es la actitud crucial, concreta y diaria del **NO EGOISMO**.

Aquellos que se lancen a la aventura del conocimiento sin una genuina vocación y honestidad, no tendrán los prerrequisitos necesarios para una sincera búsqueda de la verdad intelectual, para evitar de esta forma el relativismo epistemológico.

Para un estudiante, ¿qué es ser un revolucionario en vísperas del siglo XXI? ¿Significa adoptar un look de aparente rebeldía, comportarse de manera nihilista sin distinguir entre valores que merezcan ser conservados y valores que deban ser reformados y, a veces, hasta recurrir a la violencia? ¿O ser revolucionario implica afirmarse en sus convicciones éticas provistas por el corazón, la inteligencia y el

coraje (que todos sabemos dónde se deposita) e ir en contra de conductas o sistemas conservadores de privilegios como los descriptos anteriormente?

Si no procuramos nutrirnos de esta clase de armas no se podrá penetrar en la realidad y modificarla para mejor. Si ya hemos sido despejados o nos hemos desprendido de todo ideal antes de comenzar la batalla, los cuadros de jóvenes recibidos estarán formados por seres inocuos incapaces de tomar posición y decidirse a defender lo que se considera justo.

Un nuevo modelo de joven, estudiante y revolucionario debe impregnar a toda nuestra sociedad si realmente nos interesa que las cosas cambien. No podemos hacer estruendosas declamaciones acerca de la corrupción o de cualquier otra situación anómala sin antes comenzar por ver, y especialmente cambiar, nuestra propia realidad cotidiana. Este pretende ser un aporte en ese sentido.

NICOLÁS DE BRASE

INDICE

Editorial: Control de calidad	7
Editorial: Carta a un alumno de primer año	9

LECCIONES

Expósito, Carlos D., <i>Male captus, bene detentus</i> : a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Alvarez-Machain	17
Sancinetti, Marcelo A., ¿Fundamentación objetiva del ilícito en Jakobs?	49
Sandler, Héctor Raúl, Reflexiones sobre la teoría material del Derecho	67

DOSSIER

REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Costa, Edgardo, Entrevista con el doctor Enrique Bacigalupo	81
Gordillo, Agustín, El nuevo sistema constitucional de control	89
Sabsay, Daniel Alberto, El sistema de doble vuelta o <i>ballottage</i>	121

ENSAYOS

Dassen, Nicolás - Nattero, Patricio, Ley de cupos: ¿discriminación o igualdad?	177
--	-----

Sar, Omar Alberto, La "justicia" contravencional	191
Concurso de monografías de Derecho Civil en homenaje a Manuel Laquis	207
Palavecino, Federico Martín - Palacios, Diana P., Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en la Convención de Viena de 1980	209

MISCELANEA

Ubertone, Fermín Pedro, El origen de la palabra "ban-carrota"	247
---	-----

LECCIONES

**MALE CAPTUS, BENE DETENTUS:
A PROPOSITO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS
EN EL CASO ALVAREZ-MACHAIN**

CARLOS D. ESPÓSITO

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo de Estados Unidos de América dictó una sentencia en el caso *Alvarez-Machain*¹ el día 15 de

¹ *United States v. Humberto Alvarez-Machain*, 112 s.Ct. 2188. La sentencia ha sido publicada en *Internacional Legal Materials*, Vol. 31, 1992, pp. 906 y sigs.; también existe una impresión en el *Boletín de Documentación del Tribunal Constitucional*, nº 7-8, 1992, pp. 114-143. Hay una traducción no oficial al español aparecida en la revista *Topos*, nº 63, septiembre de 1992, pp. 23 y sigs. Las traducciones en este artículo pertenecen al autor. En relación con la sentencia *vide*, a favor de la coherencia con el Derecho Internacional, Halvorstam, Malvina, "In Defense of the Supreme Court Decision in *Alvarez-Machain*", *American Journal of International Law*, Vol. 86, 1992, pp. 736-746; crítica, Glennon, Michael, "State-Sponsored Abduction: A Comment on *United States v. Alvarez-Machain*", *id.*, pp. 746-756; también crítica, Semmelman, Jacques, *id.*, pp. 811-820; sobre la decisión del Tribunal Federal, Lowenfeld, Andreas, "Still More on Kidnapping", *AJIL*, Vol. 83, 1991, pp. 653 y sigs. En España, además de las noticias y comentarios en periódicos, el caso suscitó un estudio de la Consejería Delegada de Relaciones Internacionales del Poder Judicial, reproducido en *Estudios de Jurisprudencia*, nº 2, 1992, pp. 139-143; además, el ministro de Justicia, Tomás de la Quadra Salceda, tuvo que responder a una pregunta sobre el tema en el Congreso de los Diputados, BOCG, Congreso, nº 322, p. 8907.

junio de 1992, donde sostuvo que el secuestro violento de un acusado, de nacionalidad mexicana y residente en México, realizado con la intervención de autoridades norteamericanas en territorio mexicano sin consentimiento de las autoridades de ese Estado, no prohíbe que el secuestrado sea juzgado en EE.UU. por violaciones de las leyes penales de ese país. Esta decisión conmovió a la opinión pública mundial, y con razón, pues el fallo resulta exasperante, porque normativiza una situación de poder abusiva y contraria al Derecho internacional, violadora incluso del ordenamiento jurídico de EE.UU. en la medida en que éste prohíbe el secuestro internacional de personas². ¿Se imagina el lector cómo reaccionaría el Gobierno y la opinión pública de España ante un hecho similar que tuviera lugar en territorio español? O, sin alejarnos de la escena norteamericana, supongamos, como lo hizo Abraham Sofaer³ en una intervención en el Congreso de los Estados Unidos⁴, que el Reino Unido resolviera secuestrar a un individuo, acusado sobre la base de leyes inglesas, cuya extradición haya sido denegada por Estados Unidos⁵. Desde el punto de vista del Derecho internacional, estas situaciones significan un acto contrario a la soberanía de un Estado independiente y, en el caso de que existiera una obligación convencional en vigencia, una violación del correspondiente tratado de extradición entre los dos Estados en cuestión. Además, en el ámbito de los derechos humanos, debemos preguntarnos si este tipo de acciones constituyen un arresto ilícito, que transgrede las normas de un debido proceso legal sin respetar los presupuestos de un

² Ver la *Lindbergh Act*, 18 USCA §1201.

³ Abraham Sofaer es asesor jurídico de la Secretaría de Estado de EE.UU.

⁴ *Bill to Authorize Prosecution of Terrorists and Others Who Attack U.S. Government Employees and Citizens Abroad: Hearing Before the Subcomm. on Security and Terrorism of the Senate Comm. on the Judiciary, 99th Cong. 1st. Sess., 1985, p. 63.*

⁵ Sin duda, Sofaer se refería a los casos en que los tribunales de EE.UU. han denegado la extradición de presuntos miembros del Ejército Revolucionario Irlandés (IRA) solicitados por el Reino Unido; ver Lowenfeld, Andreas F., "US Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law, Continued", *AJIL*, vol. 84, 1990, pp. 449-450 (nota 19), donde se citan los casos: *Mackin*, Mag. No. 89 Cr. Misc. 1 (SDNY); *McMullen*, Mag. No. 3-78-1899 MG (ND Cal. May 11, 1979); y *Doherty*, 399 F. Supp. 270 (SDNY) 1984.

procedimiento penal con arreglo a las normas constitucionales de un Estado de Derecho⁶ y los tratados internacionales de protección de derechos humanos⁷.

Sin embargo, en una segunda mirada al asunto comprobamos que existen razones de peso que secundan la decisión de enjuiciar a los acusados, cualquiera que sea la forma en que éstos hayan llegado al tribunal. En primer lugar, existen razones de sentido común que compelen a no dejar de juzgar, y en su caso castigar, a los presuntos delincuentes. Un segundo motivo, no menos importante, proviene del Derecho internacional vigente, en el que no está claramente establecido que el enjuiciamiento de un acusado después de una detención irregular se encuentre prohibido. Al contrario, un estudio de la práctica de los tribunales internos de los Estados permitiría sostener con cierta plausibilidad que la regla *male captus, bene detentus* es una regla generalmente aplicada por los jueces nacionales. A partir de la constatación de este dato, habrá que determinar si la regla citada es una norma de Derecho internacional consuetudinario; aunque la caracterización de esa regla como tal sea discutible, la tarea opuesta no es menos ardua. En efecto, es difícil encontrar en el Derecho internacional general una norma que prohíba el desarrollo de un juicio contra un sujeto mal capturado, si no es por la vía de la concreción del principio de soberanía. De todas formas, como se sugirió hace un momento, la determinación del Derecho internacional en vigor es ciertamente uno de los problemas prácticos y doctrinales más graves de la ciencia iuspublicista internacional⁸. La extensión y los objetivos de este artículo hacen inadecuado un tratamiento profundo de la problemática aludida, sin embargo, será necesario tomar una postura con respecto a este tema cuando se analice el valor de la regla en cuestión y, en su caso, su validez como norma de Derecho internacional público.

⁶ Ver la sección IV de este trabajo.

⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 9°, 12 y 13; Convención Europea de Derechos Humanos, art. 5°; Convención Interamericana de Derechos Humanos, art. 7°.

⁸ Ver Jennings, Robert, "The Identification and Identity of International Law"; Bin Cheng, "On the Nature and Sources of International Law", todos en Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, London, 1982.

En consecuencia, una vez definido el problema, con un acento más pronunciado en el Derecho internacional que en el Derecho interno de cada Estado, se puede establecer claramente cuáles son los objetivos del presente trabajo. Antes de entrar en el análisis del caso *Alvarez-Machain*, sin embargo, debemos exponer a grandes rasgos la teoría general de la jurisdicción en el Derecho internacional, haciendo una especial consideración de la competencia ejecutiva de los Estados, ya que en ese contexto opera la regla en cuestión. Luego veremos cuál es el valor que el Derecho internacional atribuye a las sentencias de los tribunales internos de los Estados, para determinar la validez de la regla aplicada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Alvarez-Machain* y poder decir si se trata de una norma consuetudinaria de Derecho internacional o si, por el contrario, sólo se trata de una regla del Derecho interno de los Estados que no goza del valor de una costumbre internacional. Posteriormente examinaremos los hechos y los fundamentos de Derecho de la última sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU., haciendo siempre un contrapunto entre la opinión de la mayoría, redactada por el juez Rehnquist, y el voto particular conjunto de la minoría, redactado por el juez Stevens. En la sección siguiente investigaremos, ya en el contexto de la protección internacional de los derechos humanos, la compatibilidad de la regla *male captus, bene detentus* con los presupuestos del proceso penal. Finalmente, unas breves conclusiones versarán sobre la legitimidad y legalidad de la conducta de los Estados con relación a secuestros realizados en el extranjero y sobre la validez actual de la regla *male captus, bene detentus*. En definitiva, detrás de todo esto se halla un viejo problema jurídico-político: si las conductas oficiales ilegales dentro de los límites de un Estado pueden perder esa característica por el mero hecho de traspasar dichos límites.

II. EL CONCEPTO DE COMPETENCIA EJECUTIVA: SU DELIMITACIÓN

El concepto de jurisdicción⁹ es evidentemente un concepto ambiguo¹⁰. Desde el punto de vista del Derecho interna-

⁹ Sobre el tema, en general, puede consultarse Mann, Francis A., "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. III, Vol. 1, 1964, ps. 9-162; *id.*, "The Doctrine of Jurisdiction Revisited After Twenty Years", *Rec. des Cours*, t. 186, Vol. III, ps. 11-118; Schachter, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Boston, London, 1991, cap. XII, especialmente ps. 253-257; Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 4^o ed., Oxford, 1990, ps. 298-321.

¹⁰ Hasta cierto punto, podría utilizarse la palabra jurisdicción para denotar el significado que le atribuimos a la palabra competencia. Es difícil medir hasta dónde la utilización del término "jurisdicción" que en castellano se identifica más con la función de decir el Derecho, constituye un anglicismo que confunde ese concepto con el de "competencia". La diferenciación es, ciertamente, difícil de elaborar en el ámbito del Derecho internacional, donde las influencias del Derecho comparado y de otros sistemas jurídicos son más permeables a la hora de definir los conceptos que componen su edificio teórico. En el ámbito del Derecho europeo continental, puede afirmarse que la jurisdicción es un presupuesto de la competencia: un órgano tiene una jurisdicción que debe ejercerse dentro de unos determinados límites, es decir, su competencia. Por lo tanto, los dos conceptos definen figuras diferentes; incluso el uso de la palabra competencia tiene dos significados: uno más amplio, referido al campo en el que un órgano judicial, por ejemplo, actúa (en su área), y otro más preciso relacionado con el caso concreto, en el que un órgano está habilitado para operar. En Derecho internacional se utiliza el término jurisdicción, en sentido amplio, para referirse a la autoridad o potestad del Estado para llevar a cabo cierto tipo de actos que afectan a terceros Estados. En este ensayo utilizaré el término jurisdicción en este sentido amplio, y competencia en un sentido más restringido, que, como veremos más adelante, opera en tres ámbitos determinados.

Salvando esta aclaración, debemos decir que podemos encontrar a los términos "jurisdicción" y "competencia" aplicados casi indistintamente en contextos muy concretos, como por ejemplo el empleo que se hace de ellos en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuyo capítulo II se titula "Competencia de la Corte", combiándose los dos términos en el art. 36 del Estatuto. En la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia hallamos una distinción entre dos posibles significados del término competencia (jurisdiction) en el caso del Canal de Corfú, donde el Dr. Daxner, *juzex ad hoc* por Albania, dijo al respecto en su opinión disidente: "In my opinion, the word 'jurisdiction' has two fundamental meanings in international law. This word is used: (1) to recognise the Court as an organ instituted for the purpose *ius dicere* and in order to acquire the ability to appear before it; (2)

cional, sin embargo, se puede afirmar que la jurisdicción alude al derecho de un Estado, derivado del principio de soberanía, de regular materias que no caen exclusivamente dentro de su esfera interna de poder¹¹. Por lo tanto, la jurisdicción es un poder que ejercen los Estados dentro de los límites de su soberanía y respecto a la soberanía de los demás Estados. Es decir, el ejercicio de las competencias derivadas de la jurisdicción se encuentra limitado por el Derecho internacional, fundamentalmente porque es ese complejo normativo el que define la soberanía de los Estados y, en consecuencia, también el que la delimita. La Corte Permanente de Justicia Internacional defendió un argumento similar, en lo que a la limitación se refiere, tanto en el asunto de los *Decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos*¹² como en el caso *SS Lotus*¹³.

to determine the competence of the Court, i.e., to invest the Court with the right to solve concrete cases" (ICI Reports 1948, p. 15, en la p. 39). Ver Sir Fitzmaurice, Gerald, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, 1986, Vol. I, pp. 109-111; *id.*, Vol. II, pp. 434-435; ver también, sobre el mismo tema con referencia a la CIJ, Rosenne, Shabtai, *The International Court of Justice*, Leyden, 1967, pp. 252-253.

¹¹ Una explicación de los distintos elementos de esta afirmación en Mann, Francis A., "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *Rec. des Cours*, t. III, Vol. I, 1964, pp. 9-15. El mismo autor, en su segundo estudio sobre el tema, afirma que la jurisdicción internacional es un aspecto o un ingrediente o una consecuencia de la soberanía, o de su territorialidad o del principio de no intervención, siendo su diferencia meramente terminológica. Seguidamente escribe: "Thus extend so far as, but no further than the sovereignty of the State which puts them into force not does any legislator normally intend to enact laws which apply to or cover persons, facts, events or conduct outside the limits of his State's sovereignty" (en *Rec. des Cours*, I, 1965, Vol. III, 1964, p. 20).

¹² PCIJ, Ser. B, n° 4, 1921, pp. 23-24, donde podemos leer que "jurisdiction which, in principle, belongs solely to the State, is limited by rules of international law".

¹³ The case of the *S.S. Lotus* (Francia y Turquía), PCIJ, Ser. A, n° 10, 1927. En este caso los límites impuestos por el Derecho internacional están subordinados a una regla de libertad que, para algunos intérpretes, es incompatible con el sistema de Derecho internacional. En este último sentido, Mann, F. A., "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *Rec. des Cours*, t. III, Vol. I, 1964, pp. 3 y *sig.*; Sir Lauterpacht, H., *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 1933, pp. 94-96.

En la doctrina de Derecho internacional se distinguen tres tipos de competencia¹⁴ derivadas de la soberanía del Estado: competencia para prescribir una norma (legislativa), competencia para dictar una sentencia (judicial) y competencia para hacer cumplir una decisión judicial o legislativa (ejecutiva). ¿Cuáles son las bases o criterios por los cuales un Estado puede ejercer sus competencias en los sentidos descritos? Como adelantáramos, en el caso *Lotus* la Corte Permanente de Justicia Internacional fijó como criterio general de jurisdicción el *principio de libertad*, según el cual todo Estado puede regular su legislación a su discreción, siempre y cuando al hacerlo no entre en conflicto con las restricciones impuestas por el Derecho internacional. Dejando de lado las particularidades del caso¹⁵, hay que decir que allí la C.P.J.I. sentó un principio, a mi criterio más procesal que sustantivo, que se convirtió en la doctrina clásica sobre competencias estatales en Derecho internacional. Una ajustada mayoría de los jueces sostuvo que un Estado no necesita establecer una base válida para el ejercicio de competencia y que la carga de la prueba de la violación del Derecho internacional recae sobre aquel que alega la violación. La Corte, sin embargo, hizo una aclaración especial referida al Derecho penal, ámbito en el que existen reglas especiales, no sólo desde el punto de vista estatal, sino también desde el punto de vista del individuo¹⁶. Hoy en día el principio formulado en el caso *Lotus* ya no es incuestionable como regla procesal, ni siquiera fuera de los límites del derecho penal, ya que parte de la doc-

¹⁴ Es discutible que la clasificación sea universal, porque es cierto que el origen de la misma proviene de la doctrina anglosajona; sin embargo, la he adaptado porque considero que, con algunas críticas, la clasificación es buena, sobre todo por su poder explicativo. Hay que decir que ni siquiera la totalidad de la doctrina anglosajona está de acuerdo sobre la bondad de la clasificación. Por ejemplo, Mann, F. A., no acepta la categoría "competencia judicial", porque cree que está comprendida en la jurisdicción legislativa. En la nota 47 de su segunda lección dice que la competencia judicial "in reality no more than an aspect or an emanation of legislative jurisdiction or what the Americans call jurisdiction to prescribe". *Rev. des Cours*, 1924, p. 191.

¹⁵ En este asunto se discutía si el ejercicio de jurisdicción por parte de Turquía, al juzgar a un oficial francés de un buque de bandera francesa responsable de la colisión en alta mar contra un buque turco que naufragó a causa de la misma, manteniendo ocho personas de su tripulación, era conforme al Derecho internacional.

¹⁶ *Caso SS Lotus*, op. cit. (nota 13), p. 20.

trina se pronuncia a favor del principio de razonabilidad como límite al ejercicio de competencias por parte de los Estados en todas sus facetas, de esta manera ese ejercicio estará siempre limitado por una regla de razonabilidad¹⁷.

Por lo demás, hay acuerdo en que existen criterios por medio de los cuales se pueden determinar las competencias de un Estado. Las competencias, pues, se determinan de acuerdo con los principios de territorialidad, nacionalidad, protección y universalidad. Por el principio de *territorialidad* un Estado tiene competencia sobre los actos cometidos dentro de su territorio, personas o cosas presentes en el mismo, conductas llevadas a cabo fuera del territorio del Estado que surten efecto dentro de su territorio. Este principio es la base de jurisdicción por excelencia; es lógico que así sea, porque la jurisdicción es un poder que deriva de la soberanía, siendo ésta a su vez una categoría primordialmente territorial. Se ha distinguido entre principio territorial subjetivo y objetivo. El primero habilita a un Estado para juzgar y castigar un delito comenzado en su territorio, aunque el injusto haya finalizado en el territorio de otro Estado; mientras que el principio territorial objetivo establece que un Estado tiene competencia para juzgar y castigar delitos comenzados fuera de su territorio y consumados dentro del mismo¹⁸. El principio de *nacionalidad* autoriza al Estado a ejercer competencia sobre las actividades, estado, intereses y relaciones de sus nacionales, tanto dentro como fuera de su territorio. Este principio tiene dos facetas, en su lado activo el Estado es competente sobre las personas y las cosas que posean su nacionalidad; mientras que en su lado pasivo, donde su autoridad es mucho más débil y para algunos incluso inexistente¹⁹,

¹⁷ Así el *Restatement, Third, Foreign Relations Law of the United States*, 1988, § 403, donde se definen con un gran esfuerzo de precisión los términos por los cuales debe determinarse la categoría "razonabilidad", reduciendo en gran medida las probabilidades de que se obra con arbitrariedad. Oscar Schachter adopta una posición similar en "International Law in Theory and Practice", *Rec. des Cours*, t. V, Vol. 178, 1982, pá. 240-242. En realidad, el principio que recae en el caso *Lotus* nunca mereció el calificativo de in cuestionable, porque el presidente del Tribunal tuvo que desempatar una votación igualada en seis votos contra seis.

¹⁸ *Harvard Research in International Law*, "Jurisdiction with Respect to Crime", *AJIL*, Vol. 29, 1935.

¹⁹ F. A. Mann dice en este sentido, que salvo ciertas excepciones, como las derivadas del principio de universalidad, la nacionalidad de la

el Estado ejerce su competencia para proteger a sus nacionales, es decir, que se aplica el criterio de la nacionalidad de la víctima. El principio de *protección* faculta a un Estado a ejercer su competencia en los casos en que desde el exterior se conduzcan actividades dirigidas contra la seguridad del Estado practicadas por extranjeros²⁰. Por último, el principio de *universalidad* concede competencia a un Estado para definir y castigar ciertos delitos de relevancia universal reconocidos por el conjunto de la comunidad de naciones, como por ejemplo el genocidio, los crímenes de guerra, la piratería, la esclavitud, ataques o secuestro de aviones, ciertos actos de terrorismo, etcétera. Esta base jurisdiccional existe aun cuando ninguno de los criterios antes especificados estuviera pre-

victimia no establece una conexión suficientemente adecuada para ejercer jurisdicción penal, *Rec. des Cours.*, 1964-I, pá. 91-92. Además del principio de universalidad, que pertenece al Derecho internacional general, en el ámbito convencional encontramos este principio en las Convenciones sobre aviación civil: Convenio de Tokio de 1963, sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves, Convenio de La Haya de 1970, sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, y el Convenio de Montreal de 1971, sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación, de las que España es parte (I.O.E. de 25-XII-69; 15-I-73; 10-I-74, respectivamente).

En la decisión del caso *Lotus*, la Corte estudió tratar el problema del principio de la nacionalidad pasiva, basándose en que Turquía tenía competencia en base al principio de territorialidad, porque el argumento se elaboró sobre la fección de que el buque hundido era territorio turco, en especial, pá. 22-23. Este razonamiento ha sido ampliamente criticado; ver F. A. Mann, *id.*, pá. 92-93.

²⁰ Hay Estados que tienen normas penales tipificando delitos enmarcados en el principio de protección. El caso de Israel constituye una muestra en este sentido, porque tiene una norma que estipula lo siguiente: "The courts in Israel are competent to try under Israeli law a person who has committed abroad an act which would be an offence if it had been committed in Israel and which harmed or was intended to harm the State of Israel, its security, property or economy or its transport or communications links with other countries" (Reforma de 1972, 5732 (1972) *Sefer Ha-Chukkin*, p. 52, citada por Henkin, L., Pugh, R. C., Schachter, O., Smit, H., *International Law: Cases and Materials*, 2ª ed., St. Paul, Minnesota, 1987, pá. 865-866). Esta disposición contiene una base de habilitación jurisdiccional exorbitante, pudiendo aducirse que va más allá de los límites del principio de protección. En todo caso, una base jurisdiccional exorbitante o extraordinaria no es por sí misma contraria al Derecho internacional, la violación de una norma de Derecho internacional debe probarse.

sente. Por supuesto, la competencia estatal se puede ejercer siempre, aunque no exista ninguna base habilitante, cuando dos o más Estados llegaren a un acuerdo a tal efecto²¹.

El estudio de la regla *male captus, bene detentus* se debe ubicar en el contexto de la autoridad que tiene un Estado para utilizar sus recursos con el fin de hacer respetar sus leyes, es decir, dentro de la competencia ejecutiva. El concepto de competencia ejecutiva tiene una vertiente interna, por ejemplo cuando la policía hace cumplir el Derecho dentro de los límites de su competencia territorial, y una vertiente internacional, cuando un Estado pretende hacer respetar sus leyes más allá de sus fronteras. En este sentido, si bien no se pueden establecer reglas generales comúnmente aceptadas por el conjunto de los Estados, sí se puede afirmar que, como ya se advirtió, la competencia ejecutiva se encuentra limitada²² por el Derecho internacional cuando se lleva a cabo en el territorio de otro Estado, sin importar el carácter jurídico, civil o penal, de la medida ejecutiva²³, porque cualquier acto de policía en el territorio de otro Estado, sin el consentimiento del último, implica una violación de la soberanía del Estado y del principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Como lo constata Francis Mann, afirmaciones como la que acabamos de expresar son ya un lugar común en los libros de texto de Derecho internacional²⁴. El mismo autor cita a renglón seguido el párrafo donde la Corte Permanente de Justicia Internacional hizo referencia al mismo principio en el caso *Lotus*:

²¹ Un ejemplo de este tipo de acuerdos era la Convención Hay-Bunau-Varilla de 1903, cuyo art. 2º otorga a los Estados Unidos el uso, ocupación y control del Canal de Panamá a perpetuidad; el art. 3º provee, por su parte, que EE.UU. ejercería sus poderes en el territorio del Canal como soberano. Como sabemos, estas estipulaciones sufrieron grandes modificaciones en los acuerdos de 1977, conocidas como Torrijos-Carter, donde se enfatiza el carácter soberano de Panamá sobre todo su territorio. Ver Smit, Hans, "The Proposed Panama Canal Treaties: A Triple Failure", *Colum. J. Transnat. L. L.*, Vol. 17, 1978, pp. 1 y sigs., citado por Henkin y otros, *op. cit.* (nota 20), pp. 860 y sigs.

²² Ver *supra* texto de la página 11 y notas complementarias.

²³ Cfr. Henkin, L. y otros, *op. cit.* (nota 20), pp. 820 y sigs. y, en particular la Sección 8, pp. 884-885.

²⁴ Mann, F. A., lo dice con estas palabras: "In the absence of consent, no State is allowed to exercise jurisdiction within the territory of another State", en *Rec. des Cours*, 1964, p. 127.

La limitación primordial que impone el Derecho internacional es la de excluir —salvo la existencia de una regla permisiva contraria— todo ejercicio de poder sobre el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción es ciertamente territorial; ella no podrá ejercerse fuera del territorio, sino en virtud de una regla permisiva derivada del Derecho internacional consuetudinario o de una convención²⁵.

En definitiva, como bien dice Francis Mann²⁶, cuando nos encontramos ante un problema de ejercicio de competencia ejecutiva en el ámbito internacional debemos situarnos en el terreno de la integridad territorial del Estado y hacernos la siguiente pregunta: ¿constituye el hecho realizado en su territorio una violación de sus derechos soberanos según el Derecho internacional? El ejercicio contrario a Derecho en el ámbito de las competencias ejecutivas es, en cierta medida, más sencillo de definir en sus términos internacionales que el exceso de competencias legislativas²⁷, porque siempre que se lleven a cabo actos de policía o ejecutivos en el territorio de otro Estado, sin el consentimiento de éste, estaremos ante un ilícito internacional, ya que se habrán violado los principios de soberanía e intervención de los asuntos internos de los Estados²⁸. Además, en el caso de que existiera una obligación convencional, contraída por ejemplo, a través de un estado de extradición o de cooperación policial, habría que establecer si existe también una violación de la misma. Como se comprenderá, este juicio se complica en el caso de la competencia estatal legislativa²⁹ y judicial, porque en estos ámbitos es

²⁵ Asunto del S. S. *Lotus*, op. cit. (nota 13), ps. 18-19.

²⁶ Mann, F. A., en *Rec. des Cours*, 1964, p. 128.

²⁷ En realidad, como señala Mann, F. A., el ejercicio de competencias ejecutivas es diferente al ejercicio de competencias legislativas y, consecuentemente, su regulación está regida por principios diferentes. Así, puede decirse que un Estado puede haber ejercido su competencia legislativa correctamente y, no obstante, carecer de competencia ejecutiva. Ver Mann, F. A., *Rec. des Cours*, 1964, p. 128.

²⁸ Ver Ramón Brotons, Antonio, *Derecho Internacional Público. I. Principios Fundamentales*, Madrid, 1962, ps. 79 y sigs.

²⁹ Cosa, sin embargo, que las bases de competencia son determinantes no sólo para el ejercicio de competencias ejecutivas y judiciales, sino también para el ejercicio de competencias legislativas. Una buena prueba de ello es la reciente recomendación de la CE al presidente de E.E.U.U. para

mucho más difícil determinar si existe una norma de Derecho internacional general que prohíba actividades como legislar con pretensiones de validez extraterritorial (el caso de las normas antitrust³⁰ es un ejemplo paradigmático de una categoría de especial complejidad). De todas maneras, a los efectos de nuestro estudio nos basta con permanecer dentro del ámbito de la competencia ejecutiva de los Estados, en el cual, en principio, no caben dudas sobre la existencia de una norma restrictiva en el contexto del sistema normativo internacional³¹, cuya violación implicaría un ilícito internacional y la correspondiente responsabilidad internacional del Estado que llevar a cabo el acto contrario a Derecho. Al amparo de esta argumentación, podemos afirmar que el secuestro de una persona llevado a cabo por agentes o cómplices de un Estado

que vote la ley que refuerza el embargo contra Cuba (*Cuban Democracy Act*), porque ese fortalecimiento del bloqueo es contrario a los principios generales del Derecho internacional. Como informaba *El País* (9-X-82, p. 9), la nueva ley prevé la persecución penal y sanciones civiles a las empresas norteamericanas que comercien con Cuba desde el exterior del territorio de E.E.UU. Otro ejemplo, algo más lejano en el tiempo pero con mayor fuerza probatoria, es el caso del gasoducto siberiano, ver *ILM*, vol. 31, 1982, pá. 891 y sigs.

³⁰ Ver, en general, Mann, F., *Rec. des Cours*, 1964, pá. 96 y sigs. y 150 y sigs; *id.*, *Rec. des Cours*, 1984, pá. 86 y sigs. La base jurisdiccional fundamentada en el principio de territorialidad objetiva responde en la práctica a la problemática de los casos que incluyen elementos internacionales regidos por normas antitrust. Ver Jennings, "Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws", *BYIL*, vol. 33, 1967, pá. 146-175. El principal problema que se plantea en este ámbito es el de la determinación del concepto de "efectos", *id.*, p. 159; y Schachter, O., *op. cit.* (nota 9), pá. 261-264.

³¹ En mi opinión existe, sin embargo, una interrelación entre los tres tipos de competencias que hace difícil sostener que sólo la competencia ejecutiva del Estado está limitada por el Derecho internacional. Esto es así porque la competencia ejecutiva existe siempre y cuando haya una base de competencia legislativa. En este sentido, con los límites que representa un texto que sólo representa una línea doctrinal de E.E.UU. se expresa el *Restatement*, *op. cit.* (nota 17), en el § 431, donde se establece que "If a State may employ judicial or nonjudicial measures to induce or compel compliance or punish noncompliance with its laws or regulations, provided it has jurisdiction to prescribe in accordance with §§ 402 and 403". Otro argumento a favor de la limitación aparece si asumimos un punto de vista sistemático; en efecto, es inaceptable que un poder legislativo dicte normas que no podrá hacer cumplir sino violando el Derecho, en este caso el Derecho internacional.

"A" en el territorio de un Estado "B" constituye una clara violación del Derecho internacional, que genera responsabilidad internacional del Estado "A" y, por lo tanto, una obligación de reparación. Sin perjuicio de volver al tema de la responsabilidad internacional y a la obligación de reparar que genera, debemos hacer frente ahora a la siguiente pregunta: ¿pueden los tribunales del Estado que llevó a delante la captura ilegal enjuiciar a una persona secuestrada en violación del Derecho internacional? A partir de este punto entramos en la formulación básica de la regla *male captus, bene detentus*, cuyo significado y antecedentes prácticos estudiaremos en la próxima sección de nuestro trabajo.

III. EL SIGNIFICADO Y LA APLICACIÓN DE LA REGLA *MALE CAPTUS, BENE DETENTUS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Como se dijo, la regla *male captus, bene detentus* es una regla aplicada por los tribunales internos de los Estados, por lo tanto se trata, donde existiere y se aplicase, de una norma de derecho nacional o interno. ¿Qué relevancia tiene esta regla para el Derecho internacional? ¿Puede constituir una prueba de la existencia de una norma de Derecho internacional general derivada de una práctica de los tribunales de los Estados que conforman la comunidad internacional? En primer lugar, la regla en cuestión sólo tendrá una relevancia jurídico-internacional en tanto y en cuanto exista un elemento internacional en el caso. Así, por ejemplo, cuando la policía de un determinado Estado detenga ilegalmente a un ciudadano dentro de su propio territorio habrá cometido, en el caso de que esta acción estuviere legalmente sancionada, un delito penal, que sólo podrá adquirir matices internacionales si ese Estado estuviera ligado convencionalmente a alguna instancia judicial internacional, como es el caso de España con relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁸. Pero, si existen elementos internacionales, por ejemplo porque la policía de un Estado practicó la detención en territorio de otro Estado, la cuestión adquiere relevancia en el plano del Derecho internacional general. Consecuentemente, si pretendemos

²⁸ Ver *infra*, sección V.

establecer la categoría de la regla *male captus, bene detentus* en este marco, habrá que recurrir a las fuentes del Derecho internacional. ¿Qué categoría le corresponde a una regla jurisprudencial nacional en el Derecho internacional? El artículo 38.1 d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia habla de "las decisiones judiciales (...) como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho"³³. No cabe duda de que entre las "decisiones judiciales" a las que se refiere el artículo transcrito estarán las de la Corte Internacional de Justicia, los tribunales arbitrales internacionales, los tribunales supranacionales de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, etcétera. ¿Están comprendidas las decisiones judiciales estatales en el concepto de decisiones judiciales? La respuesta debe ser matizadamente afirmativa³⁴. En la búsqueda de certeza por la determinación del derecho positivo, los internacionalistas se aferran a la jurisprudencia internacional en general, sin que la proveniencia de la doctrina jurisprudencial sea un obstáculo insalvable. Sin embargo, la autoridad científica que una decisión posea como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho variará en relación a la categoría del tribunal que dicte la sentencia. Así, una decisión de la Corte Internacional de Justicia, que haya sido adoptada por gran mayoría o unanimidad, tendrá un vigor indisputable para la argumentación de Derecho internacional, mientras que una decisión de un Tribunal Supremo nacional sólo ocasionalmente poseerá un valor determinante de Derecho internacional. Otro elemento importante para establecer el valor determinante de la jurisprudencia de

³³ Parte de la doctrina ha criticado que la relación de fuentes del artículo 38 del Estatuto pueda ser considerada como "las fuentes del Derecho internacional". Sin embargo, evitando entrar ahora en la discusión del problema, se puede sostener que las fuentes del artículo 38 son generalmente consideradas como las fuentes del Derecho internacional, y que las posiciones anteriormente señaladas se encuentran en minoría frente a la doctrina dominante, que ve en el art. 38 la enumeración de las fuentes del Derecho internacional.

³⁴ Cfr. Brownlie, I., *Principles of International Law*, 4ª ed., Oxford, 1991, ps. 23 y sigs., donde el profesor Brownlie dice expresamente que "el art. 38.1 d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no está limitado a las decisiones internacionales y que las decisiones de los tribunales nacionales tienen valor probatorio". Cfr. también Verdross A. - Simma, B., *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3ª ed., Berlin, 1984, § 622, p. 398.

los tribunales nacionales es la materia sobre la que versa la sentencia. En este sentido, el soporte jurisprudencial de los tribunales nacionales ha sido muy importante en materias como la inmunidad de los Estados, la inmunidad diplomática y, sustancialmente a los efectos de nuestro trabajo, la extradición. En general, apoyándonos en la opinión de autores de la calidad de Oscar Schachter²⁵, se puede decir que "las decisiones de los tribunales nacionales, si bien tratadas con mayor precaución, también han sido ampliamente utilizadas como declaraciones altamente persuasivas de Derecho internacional" y que, en consecuencia, también pueden ser consideradas como "costumbre jurisprudencial"²⁶.

No obstante haber dado un primer paso, queda todavía por responder la pregunta principal: ¿qué incidencia tiene la regla *male captus, bene detentus* en el Derecho internacional? Como regla ocasionalmente aplicada por los tribunales internos de los Estados, puede ser, como ya dijimos, una prueba para determinar la existencia de una norma de Derecho internacional consuetudinaria. En consecuencia, el interrogante fundamental al que debemos enfrentarnos es: ¿existe una norma de Derecho internacional general que permita el enjuiciamiento de un individuo secuestrado en violación del Derecho internacional? En principio, la respuesta debe ser negativa. Esta conclusión surge obligadamente debido a la operatividad del principio de soberanía y al ámbito de validez del ejercicio de competencias ejecutivas. Como se dijo en las conclusiones de la segunda parte de este trabajo: (1) es incontrovertible que el ejercicio de actos soberanos de policía en el territorio de otro Estado sin su consentimiento es un ilícito internacional; (2) el Estado que ha llevado a cabo la acción delictiva es responsable internacionalmente; (3) la responsabilidad internacional genera una obligación de reparar, que, en este caso, consistiría en principio, en la restitución²⁷.

²⁵ *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Boston, London, 1991, p. 48.

²⁶ El término pertenece a E. Giroud y está recogido por Pastor Ridruejo, J. A., en su *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 4ª ed., Madrid, 1992, p. 104.

²⁷ Este tipo de reparación se produjo en el caso *Jacob-Salomon*, un judío alemán que vivía en Suiza cuando fue secuestrado y trasladado a Alemania por agentes nazis en 1935; el gobierno suizo logró que Jacob Salomon fuera devuelto a territorio suizo.

de la persona secuestrada al Estado de origen; además, deberá establecerse la responsabilidad penal de los autores materiales de la detención irregular.

Otra forma de enfrentarnos al problema, más realista y también más compleja, consiste en hacernos la pregunta en su forma negativa: ¿existe una norma de Derecho internacional general que prohíba el enjuiciamiento de un individuo secuestrado en violación del Derecho internacional? Es difícil dar una respuesta positiva a esta pregunta desde el punto de vista del Derecho internacional general, lo que probaría —como dice Francis Mann— que nos encontramos ante una dicotomía entre el Derecho internacional y el Derecho interno de los Estados²⁸. La dificultad radica, precisamente, en que la prohibición resultaría, en todo caso, de la concreción de la norma general que impide violar la soberanía de los Estados y, como consecuencia, de la aplicación del principio *ex iniuria ius non oritur*.

Un caso paradigmático, que puede servirnos de base para mostrar esta dicotomía es el secuestro de Adolf Eichmann²⁹. El 11 de mayo de 1960, agentes oficiales israelíes secuestraron a Eichmann de su residencia en los suburbios de Buenos Aires, donde vivía desde 1950 bajo el nombre de Ricardo Klement. El arresto se realizó sin el consentimiento del gobierno argen-

²⁸ Mann, F. A., en la nota 13, ps. 130-131 de su lección de 1964 dice, curiosamente, que la violación del Derecho internacional mediante la realización de medidas de ejecución que conlleven el uso de la fuerza física es algo totalmente diferente a la decisión del tribunal del país secuestrador de declinar o no su competencia. El constata que la costumbre de los tribunales es la de aplicar la regla que estamos poniendo en cuestión en este estudio. No obstante, hay que hacer justicia hacia este autor, porque, inmediatamente después dice: "This is a rule which perpetuates a dichotomy between international and municipal law and may at some time have to be reconsidered".

²⁹ Fiscal General del Estado de Israel v. Adolf Eichmann, un sumario del caso en inglés más los textos de las sentencias del Tribunal de Distrito de Jerusalem y del Tribunal Supremo de Israel pueden consultarse en *International Law Reports*, vol. 36, 1968, ps. 5 y sigs.; en las páginas 342 a 344 de la colección citada hay una bibliografía exhaustiva del caso Eichmann. Extractos del caso, también en inglés según la traducción oficial del gobierno israelí, en *AJIL*, vol. 56, 1962, ps. 808 y sigs. Debo advertir, sin embargo, que este caso sólo sirve para ilustrar la divergencia aludida y no para resolver los casos que normalmente se presentan subsumidos en la regla *ius cogens*...

tino, Argentina cursó una protesta formal ante el ilícito internacional perpetrado en detrimento de su soberanía territorial y solicitó una reparación adecuada, es decir, la restitución de Eichmann y el castigo de sus raptores. Ante la falta de una respuesta seria de Israel, que sólo respondió con una nota de 3 de junio en la que expresaba su pesar y afirmaba que la acción había sido llevada a cabo por un "grupo de voluntarios", el gobierno argentino utilizó la vía de los artículos 34 y 35.1 de la Carta de las Naciones Unidas⁴⁰. El artículo 34 de la Carta faculta al Consejo de Seguridad a "investigar toda controversia, o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia, a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales". Sobre la base del artículo 35.1 "todo miembro de las Naciones Unidas podrá llevar cualquier controversia, o cualquier situación de la naturaleza expresada en el artículo 34, a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General". A pesar de las argumentaciones de Israel⁴¹ alegando que las declaraciones argentinas no bastaban para cubrir los requisitos del artículo 34, el Consejo de Seguridad incluyó el asunto en su agenda en la sesión 865 de 22 de junio de 1960. En su resolución de 23 de junio de 1960 (S/4349), el Consejo de Seguridad declaraba que actos de esa naturaleza, que afectan la soberanía de un Estado miembro y, por lo tanto, causan fricción internacional, pueden, si se repiten, poner en peligro la paz y seguridad internacionales; además, pedía al gobierno de Israel que efectuara una reparación apropiada de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y con las normas de Derecho internacional. Finalmente, Israel y Argentina llegaron a una solución que expresaron a través de un comunicado conjunto de 3 de agosto de 1960⁴². Desde el punto de vista interestatal,

⁴⁰ Carta del representante de Argentina, Embajador Mario Amodeo, al presidente del Consejo de Seguridad, U.N., Doc. S/4336. Sobre la solución de controversias o situaciones por las Naciones Unidas, en general, Merrifield, J. G., *International Dispute Settlements*, 2ª ed., 1991, capítulo 9; en particular, sobre el papel del Consejo de Seguridad, Roman, K. (ed.), *Dispute Settlement through the United Nations*, N. York, 1971 y Kahng, T. J., *Law, Politics, and the Security Council*, 2ª ed., La Haya, 1969.

⁴¹ Carta de 21 de junio de 1960, U.N., Doc. S/4341.

⁴² Este comunicado dice: "Los gobiernos de la República Argentina e Israel, animados por el propósito de dar cumplimiento a la resolución del

la cuestión quedaba zanjada; mientras tanto, en el tribunal de distrito de Jerusalem, el Dr. Robert Servatius, abogado defensor de Eichmann, esgrimía como una de sus defensas la falta de jurisdicción del tribunal para decidir el caso. La defensa alegaba que, a raíz del ilícito internacional consistente en la captura ilegal del acusado, éste no podía ser sometido a juicio, dado que la máxima *ex iniuria non oritur ius* era de aplicación al caso. Este argumento fue rechazado por el tribunal con fundamento en varias doctrinas, entre las que se destacan las que hacen referencia al tipo de crímenes contra la humanidad de los que era acusado Eichmann, la aplicación del principio de universalidad y el principio de protección como base de competencias válidas para este caso. Este es un caso especial, debido al carácter horrendo de los atroces crímenes cometidos por el acusado contra el pueblo judío y contra la humanidad; sin perjuicio de este sustrato ético indiscutible, se debe admitir que el tribunal fundamentó su rechazo de la defensa de falta de competencia con argumentos jurídicos bien contruidos. Después de argumentar sobre la base de precedentes de los tribunales ingleses, palestinos y norteamericanos⁴³, el tribunal da por sentado que a pesar de la existencia de algunas voces críticas en la doctrina, existe una regla que permite a los tribunales nacionales juzgar a un acusado que haya sido secuestrado en violación del Derecho internacional, por la forma en la que el acusado fue trasladado del territorio de un Estado a otro, es un problema que se presenta en un plano internacional, en el que sólo están en

Consejo de Seguridad del día 23 de junio de 1960, en cuanto expresa la esperanza de que mejoren las relaciones tradicionalmente amistosas entre ambos países, resuelven considerar concluido el incidente originado en la acción cometida por nacionales israelíes en perjuicio de derechos fundamentales del Estado argentino⁴⁴.

⁴³ Secciones 41 y sigs. del fallo del Tribunal de Distrito de Jerusalem. La mayoría de los casos citados han sido analizados por P. O'Higgins en su artículo "Unlawful Seizure and Irregular Extradition", *BYIL*, vol. 36, 1960, pp. 279-320. En su trabajo, O'Higgins hace un estudio riguroso de la práctica clasificando los casos según sean (1) recuperación de delincuentes fugitivos en violación del Derecho internacional; (2) captura de un delincuente fugitivo en el territorio del Estado B por agentes privados, con la connivencia de agentes oficiales del Estado A; (3) *idem*, sin connivencia; (4) captura irregular antes de producirse la extradición; y (5) extradición errónea.

juego las relaciones entre los Estados implicados, y que se debe solucionar en ese nivel⁴⁴.

El caso que acabamos de comentar tiene ciertas particularidades que lo hacen único. Por un lado, la controversia generada por el secuestro de Eichmann se solucionó a nivel interestatal mediante la negociación internacional, con lo cual el ilícito internacional fue subsanado mediante el arreglo al que llegaron las partes. Por otro lado, el carácter horrendo de los crímenes cometidos convierte al caso en un incidente difícil de analogar. En definitiva, los factores emocionales que genera este caso no permiten que se convierta en un precedente en sentido general. Sin embargo, el caso Eichmann nos permite observar los elementos esenciales de la dicotomía a la que venimos haciendo referencia: se rinde honor al Derecho internacional solucionando las violaciones a ese ordenamiento sobre las negociaciones interestatales o dejándolas inertes cuando no significan un peligro capaz de conmover el orden internacional, sin tomar en serio en el Derecho interno esas violaciones a los efectos del enjuiciamiento del individuo acusado de haber realizado actos contrarios al ordenamiento jurídico del Estado que ejerce su jurisdicción.

IV. EL CASO ALVAREZ-MACHAIN⁴⁵

A) Hechos

Los hechos del caso *Alvarez-Machain* son aún más claros en cuanto a sus elementos tipificadores, porque concurren varios factores: la violación de la soberanía territorial de un Estado, la protesta del Estado víctima y la violación de un tratado bilateral de extradición. No obstante todo lo apuntado, el tribunal supremo de E.E.UU. decide, a solicitud del Poder Ejecutivo, ordenar la continuación del proceso en vez de devolver al acusado a su país en concepto de reparación por quebrantar el Derecho internacional.

Humberto Alvarez-Machain, médico de nacionalidad mexicana y residente en México, fue secuestrado de su domi-

⁴⁴ *Id.*, sección 59.

⁴⁵ Sobre el caso resuelto por el tribunal supremo de E.E.UU., ver la bibliografía citada en la nota 1.

cilio y llevado en avión a El Paso, Texas, en abril de 1990. Alvarez-Machain estaba acusado de participar en la tortura y asesinato de un agente de la Agencia de Policía de Narcóticos (*Drug Enforcement Agency*, de aquí en adelante DEA) y de su piloto, razón por la que es arrestado a su llegada a Texas. El tribunal de distrito desestimó el procesamiento debido a la forma irregular en que el acusado había sido traído a juicio, es decir, a causa de un secuestro internacional del que fueron responsables los agentes de la DEA. Además, este tribunal, y el tribunal de apelaciones que confirmó esta decisión⁴⁶, tomaron en cuenta la protesta presentada por México ante la violación de su soberanía territorial y del tratado de extradición⁴⁷ en vigor entre México y Estados Unidos; como consecuencia adicionalmente a su declaración de incompetencia, el tribunal de distrito ordenó la repatriación del acusado. Hasta aquí no puede haber ninguna objeción a la actuación judicial, porque por un lado respeta el Derecho internacional general y convencional aceptando su falta de competencia, decretando como reparación la repatriación del individuo; por otro lado actúa de conformidad con los derechos humanos básicos de la persona, al tener en cuenta no sólo el aspecto interestatal de la cuestión, sino también el individual. El tribunal supremo, sin embargo, llegó a la decisión opuesta: sostuvo que "El hecho de que el acusado haya sido secuestrado por la fuerza no impide su juicio en Estados Unidos por violación de las leyes penales de este país". Veamos cómo razonó la mayoría del tribunal supremo a través del voto redactado por su presidente, el juez Rehnquist.

⁴⁶ La confirmación del tribunal de apelaciones para el noveno circuito, contra el que se interpuso un *writ of certiorary* ante el tribunal supremo, es análoga a una sentencia del mismo Tribunal dada en el caso *United States v. Verdugo Urquidiz*, de 22 de julio de 1991, *ILM*, vol. 30, 1991, ps. 1197 y sigs.

⁴⁷ Tratado de Extradición entre México y EE.UU., de 4 de mayo de 1978, 31 *UST* 5039, *TIAS*, n° 9636, también en *ILM*, vol. 17, 1978, ps. 1058 y sigs. Sobre extradición en general, véase Gilbert, G., *Aspects of Extradition Law*, Dordrecht, Boston, London, 1991, y la bibliografía allí citada. Este autor trata el problema que aquí nos ocupa en el capítulo VII del libro citado, bajo el título "Irregular Forms of Rendition", ps. 183-208.

B) Cuestiones de Derecho: La interpretación del tratado de extradición y la aplicación de la doctrina Ker-Frisbie

En el primer párrafo de su sentencia, el tribunal supremo se plantea la cuestión de la siguiente forma: ¿tiene un acusado, que ha sido secuestrado de una nación con la que existe un tratado de extradición y transportado a Estados Unidos, una excepción de incompetencia contra los tribunales de este Estado derivada de los hechos evocados? El tribunal responde negativamente sobre la base de la interpretación del tratado y de la aplicación de la doctrina *Ker-Frisbie*⁴⁸. La interpretación del tratado de extradición es la parte central de la sentencia, a la vez la más *novae*. Es el núcleo porque según el tribunal la aplicación de la doctrina *Ker-Frisbie*, que sostiene la irrelevancia de las formas de traer a un acusado frente a un tribunal a los efectos de su posterior juicio, está condicionada en este caso a que el tratado de extradición no prohíba el secuestro internacional de personas. Es *novae* porque se fundamenta en un análisis literal del texto del tratado, sin considerar a fondo el contexto, objeto y fin del mismo. En consecuencia, si uno demuestra que esta interpretación es equivocada, habrá derribado todo el edificio argumentativo de la mayoría.

En la averiguación del significado del tratado, el tribunal supremo procedió, como cuando interpreta una ley, analizando primero el sentido literal de sus términos. Esta operación lleva al tribunal supremo a sostener que "el tratado no dice nada sobre las obligaciones de EE.UU. y México de abstenerse de realizar secuestros forzados de personas en el territorio de otra nación, ni de las consecuencias que prevé el tratado si un secuestro tal ocurriera". El recurso de la mayoría del tribunal supremo a la interpretación literal como primer paso coincide con el mandato que contiene el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁴⁹. Según el párrafo primero de esta norma, la interpretación de un tratado se debe llevar a cabo "de buena fe conforme al sentido corriente

⁴⁸ La doctrina *Ker-Frisbie* surge de los casos *Ker v. Illinois*, 119 US 436 (1886) y *Frisbie v. Collins*, 342 US 619 (1952).

⁴⁹ Ver Borrero Brito, A., *Derecho Internacional Público*, 2. Tratados. Madrid, 1987, pá. 306 y siga. (y bibliografía citada en las pá. 321 a 324).

que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". No obstante, como surge de la transcripción del artículo 31, párrafo 1, la ausencia de una respuesta explícita en los términos del tratado no significa que allí haya concluido la tarea interpretativa; al contrario, allí comienza el segundo paso de la interpretación, es decir, la indagación del objeto y fin del tratado al que se le busca un sentido.

Preguntarse por el objeto y fin de un tratado no es una y la misma cosa. Contra una pretendida sinonimia entre estos términos, Antonio Remiro ha dicho que "objeto y fin componen un criterio de interpretación en el que el primer elemento —el objeto— desempeña el papel del realismo y la moderación y el segundo —el fin— el papel del idealismo y del progreso"⁵⁰. En el caso *Álvarez-Machain* el asunto controvertido estriba efectivamente en las distintas concepciones del objeto y fin del tratado de extradición. De esta manera, para la mayoría del tribunal, la prohibición de secuestrar a una persona para llevarla ante los tribunales de EE.UU. no surge ni de la letra, ni del contenido histórico, ni de los términos implícitos del tratado. Admitiendo incluso que el secuestro del acusado era "impresionante"⁵¹, la mayoría afirmó que la decisión sobre la repatriación del demandado, como problema externo al tratado de extradición, era un asunto que debía resolver el Poder Ejecutivo⁵².

La opinión disidente, en cambio, interpretó el tratado en sentido opuesto a la mayoría y conforme a la sentencia del tribunal de apelaciones. Para la minoría el objeto y fin del tratado de extradición obliga claramente a cada una de las partes al compromiso mutuo de respetar la integridad territorial de la otra parte contratante.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 313.

⁵¹ El tribunal supremo lo califica con la palabra *shocking*.

⁵² El fallo dice textualmente: "a matter for the Executive Branch". Esta cuestión se relaciona con los problemas derivados de la doctrina constitucional de los amplios poderes del presidente en materia de política exterior vis a vis el Derecho internacional. En general, puede consultarse el libro de Henkin, Louis, *Foreign Affairs and the Constitution*, 1972. Sobre el tema, en particular, ver "Agora: May the President Violate International Law?", *AJIL*, vol. 80, 1986, ps. 913 y sigs.; Menree Leigh, *AJIL*, vol. 66, 1992, ps. 757 y sigs., y la bibliografía citada por estos autores.

En mi opinión, el fin del tratado de extradición es, precisamente, regular normativamente las pretensiones de los Estados parte respecto de las personas que están bajo la jurisdicción del otro. De ello surge claramente que la existencia del tratado excluye todo otro procedimiento que no sea el establecido. Es decir, todo lo contrario de la interpretación realizada por el tribunal supremo. Esto es tan claro que, en verdad, podría afectar directamente a la exigencia de la buena fe en la interpretación. Por lo tanto, la disidencia lleva toda la razón, porque es "monstruoso"³⁹ sostener que todo está permitido para las autoridades de E.E.UU. en la medida en que no haya sido expresamente prohibido por un tratado. Este punto de vista nos conduce nuevamente al campo del Derecho internacional consuetudinario, que nos ofrece razones para fortalecer la argumentación del voto de la disidencia.

El Derecho internacional general prohíbe a todo Estado el arresto internacional de personas sin el consentimiento del Estado en que se lleva a cabo la operación. Esta norma tiene validez incluso considerando la cuestión en el campo de la interpretación de los tratados, donde el mismo artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados dispone en el párrafo 3º, inciso c), que en la interpretación se deberá tener en cuenta "toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes". Si como dijimos en la segunda parte de nuestro trabajo, la norma que prohíbe el secuestro irregular de una persona en el territorio de un Estado, llevado a cabo por agentes de otro Estado, sin el consentimiento del primero, es una norma de Derecho internacional consuetudinario, entonces esa norma se debe aplicar al caso y, por lo tanto, corresponde decretar la violación del Derecho internacional, con la consiguiente responsabilidad internacional del Estado que motivó el secuestro. De todos modos, cabe señalar, que según un punto de vista clásico del Derecho internacional, la reparación que genera la violación de la norma de Derecho internacional en estos casos no siempre debería tener por consecuencia que el secuestrado sea devuelto al país de origen⁴⁰. La concepción contemporánea del Derecho

³⁹ Esa fue la expresión utilizada por el juez Stevens para calificar la decisión de la mayoría, expresión que a su vez toma de una sentencia del juez Story en el caso *The Apollon, 9 Wheat, 362* (1824).

⁴⁰ El asunto de Jacob Salomon es el caso generalmente citado para sostener esta práctica. Como adelantáramos en la nota 37, Jacob Salomon

internacional, sin embargo, no parece compatible, según mi punto de vista, con este tipo de soluciones, desde el momento en que no se toman en serio los derechos que el mismo ordenamiento internacional, junto con los regímenes constitucionales particulares —cuando sea el caso—, garantizan al individuo, esto es, las garantías que provienen de los derechos humanos reconocidos —aunque exiguamente respetados— por la sociedad internacional en su conjunto.

Además, es posible oponer a la validez de los fundamentos jurídicos de la sentencia otro argumento, siempre en favor de la inaplicabilidad de la doctrina *Ker-Frisbie*. La interpretación del tribunal supremo adolece de —al menos— dos fallos al emplear esta doctrina para resolver el presente caso: 1) la doctrina no es aplicable al caso debido a que los hechos no son análogos; y 2) es una doctrina en la que sólo la regla contenida en *Frisbie* puede seguir siendo válida si es verdad que, como dijo el juez Gray en el caso *The Paquete Habana*, "*International law is part of our law*"³⁵ y que los tratados son "*the supreme Law of the Land*"³⁶. Con respecto al primer punto, el Tribunal Supremo de EE.UU. dijo que "las únicas

era un periodista alemán perseguido por los nazis y secuestrado en Suiza, desde donde fue llevado a Alemania para ser juzgado por traición. El gobierno suizo protestó y llevó el caso ante el tribunal arbitral previsto por el Tratado suizo-alemán de arbitraje y conciliación. El gobierno alemán desistió el proceso arbitral y devolvió a Jacob Salomon.

En EE.UU. han sido algunos tribunales federales de apelación los que han adoptado esta solución, como lo demuestra la sentencia de la Corte de Apelaciones para el noveno circuito en el caso *United States v. Verdugo Quiñones*, 639 F. 2d 1341 (9th Cir. 1991), reproducida en *International Legal Materials*, vol. 30, 1991, pá. 1197 y sigs., y la propia sentencia recaída en el caso *Alvarez-Machain*. En *State v. Ebrahim* el tribunal supremo de Sudáfrica llegó a una conclusión similar; una traducción abreviada de esta sentencia aparece en *ILM*, vol. 31, 1992, pá. 888 y sigs. Mann F. A., hace referencia a la abundante práctica que sustenta la solución de la devolución en su trabajo "Reflections on the Prosecution of Persons Abducted in Breach of International Law", en Y. Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Peacetime, Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, p. 411, donde afirma que "*The normal and generally accepted remedy in the event of a wrongful abduction is the return of the victim, i.e., restitution in kind*".

³⁵ *The Paquete Habana*, 175 US 677 (1900).

³⁶ Constitución de EE.UU., artículo VI.

diferencias entre *Ker* y el presente caso, son que *Ker* fue decidido sobre la premisa de que no había intervención gubernamental en el secuestro (...); y Perú, desde donde *Ker* fue secuestrado, no objetó su procesamiento⁵⁷. Esta afirmación es incorrecta, dado que al menos hay tres diferencias más: 1) respecto del agente responsable del secuestro: en el caso de *Ker* el secuestro se llevó a cabo por un particular (aunque la cuestión es discutida). Por el contrario, en el caso *Alvarez-Machain* se demostró que la administración de E.E.UU. había ordenado el secuestro; 2) respecto del lugar del crimen: mientras que Frederick *Ker* fue autor de un delito en el Estado de Illinois, Humberto *Alvarez-Machain* está acusado por delitos cometidos en el territorio mexicano; y 3) la residencia habitual de los acusados: *Ker* era residente en Illinois y viajó a Perú escapando de la persecución policial, en cambio *Alvarez-Machain* era residente en Guadalajara, México. Fuera de ello se debe subrayar otra diferencia aún más relevante: el tiempo en que se juzgan los hechos. La opinión del juez Miller tiene ya más de un siglo de vida y las circunstancias del mundo en que vivimos no son ciertamente las mismas⁵⁸. Y, lo que es más importante, el Derecho internacional no ha permanecido intacto. No se afirma que una norma jurídica deba perder validez por el paso del tiempo, pero es claro que una regla de Derecho como la que se extrae del caso *Ker* cambia fundamentalmente según sea leída a la luz de un Derecho internacional meramente interestatal o de un Derecho internacional que incorporó la protección de los derechos fundamentales del individuo como uno de sus objetivos esenciales.

En otro orden de cosas, con respecto a la falta de protesta del gobierno peruano, es justo recordar que la situación imperante en Perú no era comparable con la de México. En

⁵⁷ *ILM*, ps. 304-305. En una nota a pie de página se menciona una tercera diferencia, la de la nacionalidad de la persona irregularmente detenida, que se deja fuera de la argumentación con el pretexto de que la defensa no había considerado ese elemento como esencial para la resolución del caso, nota 9 de la sentencia.

⁵⁸ En la doctrina no faltan opiniones críticas sobre la validez de la regla contenida en el caso *Ker*; por todos, Lowerfeld, *Andrews*, "US Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law, Continued", *AJIL*, vol. 84, 1989, p. 84 (y autores citados en nota 97), donde el autor afirma que "the opinion in *Ker* is overruling".

aquella época, Perú se encontraba en la última etapa de la Guerra del Pacífico (1879-1883) y ante el sitio de Lima por los chilenos, las autoridades peruanas habían escapado a Arequipa²⁸. En estas condiciones, el detective de la famosa agencia Pinkerton, contratado para llevar a Ker a EE.UU., no pudo presentar la petición de extradición que traía consigo; paralelamente, resultaba improbable que el gobierno de Perú estuviera en condiciones de efectuar protestas por la violación de su soberanía territorial.

Si la crítica a la aplicabilidad de la regla contenida en Ker es válida, quedaría el problema de la relevancia del precedente contenido en *Frisbie*. Este último precedente, sin embargo, no entraña ningún peligro para la comunidad internacional si se lo interpreta restrictivamente, porque establece en definitiva una regla aplicable a las relaciones entre los diferentes Estados de EE.UU., que no se debería extender al ámbito internacional.

V. EL PRINCIPIO MALE CAPTUS, BENE DETENTUS Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS PRESUPUESTOS DEL DERECHO PROCESO LEGAL.

En el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos se encuentra vigente un conjunto de normas relativas a las garantías del individuo que conducen a la descalificación de la regla *male captus, bene detentus*. En primer lugar, el artículo 55, inciso c), de la Carta de Naciones Unidas contiene un mandato de tipo general para promover "el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinciones por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades". Este mandato tiene por propósito la creación de "condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones", condiciones que se ven atacadas por sentencias como la del tribunal supremo de EE.UU. en el caso *Alvarez-Machain*.

²⁸ Ver Fairman, Charles, "Ker v. Illinois Revisited", *AJIL*, vol. 47, 1953, ps. 678 y sigs.

En segundo lugar, y más concretamente relacionado con el caso en cuestión, debemos referirnos a un grupo de normas de ámbito universal y regional que afectan directamente a la validez de la regla *male captus, bene detentus*: El artículo 9º de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁰ dispone que "nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado" y su equivalente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶¹. En el ámbito regional europeo, el artículo 5º de la Convención Europea de Derechos Humanos⁶² proclama el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, y establece los casos y la forma en los que una persona puede ser privada de su libertad. En lo que hace al continente americano, el artículo 7º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos declara el derecho de toda persona a su libertad personal y a la seguridad, disponiendo que nadie deberá ser privado de su libertad excepto por las razones establecidas de antemano en las constituciones de los Estados parte en el Convenio o por leyes basadas en las mismas.

En España no existen precedentes judiciales sobre la aplicación de la regla *male captus, bene detentus*. ¿Cómo debería actuar el juez español ante un acusado llevado a los tribunales en violación del Derecho internacional? ¿Tiene una persona irregularmente detenida una excepción de incompetencia por causa de la violación de los presupuestos del debido proceso legal? Si bien no existe una tipificación legislativa del caso que analizamos, se puede afirmar que, como resultado del respeto debido al Derecho internacional y de una correcta interpretación de la Constitución española, el juez español estaría obligado a declararse incompetente. Esta respuesta halla su fundamento en los siguientes argumentos:

A) Derecho internacional

España es un país respetuoso del orden internacional y, en consecuencia es de esperar que ante una situación irregu-

⁶⁰ Resolución 217 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10-XII-48.

⁶¹ Desde 1985 España es parte en el Pacto y ha aceptado la competencia del Comité de Derechos Humanos para tratar reclamos de otros Estados (art. 41) y de individuos contra Estados (art. 1º del Protocolo facultativo), ver B.O.E. de 17-IV-85.

⁶² Este convenio ha sido ratificado por España (B.O.E. nº 243, de 10-X-79) y ha entrado en vigor para España el 4-X-79.

lar, como la del secuestro ilícito internacional, actúe de acuerdo con el ordenamiento internacional y garantice la observancia de las garantías individuales que prevé el Derecho internacional⁶². El respeto al orden internacional se concreta en la declaración de incompetencia y la orden de repatriación del acusado, mientras que la observancia de los derechos individuales proviene de actuar conforme a los tratados de derechos humanos de orden universal y regional. En cuanto a esta última afirmación, España se encuentra obligada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Europea de Derechos Humanos; el artículo 10.2 de la Constitución establece, además, que los derechos fundamentales deben ser interpretados conforme a esos textos.

B) Constitución de 1978

La Constitución española garantiza, a través de su artículo 17, apartado 1, que:

"Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley".

La vertiente procesal penal es quizás la más relevante del desarrollo de esta garantía, que debe leerse en el marco de lo establecido en el artículo 1º de la Constitución, de donde surge la plena operatividad en el territorio español de los principios del Estado de Derecho y de la Democracia⁶⁴. En concordancia con estos principios, y concretando el significado de la proposición, el tribunal constitucional dijo en su sentencia de 26 de diciembre de 1984 que "la libertad resulta conculcada contra lo que dispone el artículo 17 cuando se actúa tanto bajo la cobertura impropia de la Ley como contra lo que la Ley dispone"⁶⁵. ¿Se actúa de esa forma cuan-

⁶² La discusión (aludida en la nota 52) que tiene lugar entre los juristas norteamericanos sobre la autoridad del presidente de EE.UU. para violar el Derecho internacional consuetudinario resulta ajena a los juristas españoles. Cf. la bibliografía citada en la nota 52.

⁶⁴ Peces Barba, *Los Valores Superiores*, Madrid, 1984; Pérez Luño, *Los Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984.

⁶⁵ STC 127/84 de 26 de diciembre, fto. jco. 2.

do se detiene irregularmente a una persona fuera del territorio del Estado? Creo que la respuesta es afirmativa.

Sin embargo, queda todavía otra cuestión: ¿puede una excepción de incompetencia en el sentido del artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a favor de aquel que fuere irregularmente detenido? Sin pretender abordar los problemas que surgen del interrogante formulado, pienso que el mismo se debería solucionar en el contexto de los presupuestos del debido proceso legal y de las normas arriba citadas, con lo cual se obtendría una respuesta similar a la anterior.

C) *Principios generales del Derecho procesal: analogía con la teoría de la prueba prohibida y derecho al juez natural*

En España, al parecer, no hay precedentes⁶⁸ judiciales que se hayan pronunciado sobre la posibilidad de juzgar a una persona irregularmente detenida. Sin embargo, ante un caso semejante, el juez español debe decidir con fundamento en la existencia de una base de competencia judicial válida, el respeto al principio de derecho al juez natural y al principio del Estado de Derecho. Salvo que se trate de una acusación por un delito que concediese una base de competencia universal, sea por vía convencional o consuetudinaria, los jueces españoles no tendrían competencia para juzgar a un extranjero por un delito cometido fuera del territorio del Estado, porque el principio de nacionalidad pasiva no tiene fundamento en nuestro ordenamiento. Como último recurso, si las circunstancias del delito implicaran un peligro serio

⁶⁸ El caso del Dr. John Story se adscribe a la práctica británica, pero tiene relación con el imperio español. John Story, antiguo profesor de Derecho Civil en Oxford, escapó de Inglaterra por motivos de persecución religiosa y con la ayuda del embajador español fue asilado en Flandes. Story fue detenido en Amberes en 1569 por agentes británicos, que habían sido instruidos para secuestrarlo del entonces territorio español. En el juicio que se llevó a cabo contra Story por traición, éste negó que el tribunal tuviera competencia para juzgarlo. Además, el embajador español pidió la liberación de Story en dos ocasiones, y también solicitó que se castigara a aquellos que lo secuestraron. Estas acciones no tuvieron éxito y Story fue ejecutado. Holdsworth escribió en 1924 que "it is clear that his capture was a gross violation of the rights of the King of Spain", en *A History of English Law*, 1924, citado por O'Higgins, Paul, op. cit., nota 41, pp. 281-282.

para el Estado, se podría argumentar la posibilidad de aplicar el principio de protección.

Otro argumento en favor de la existencia de una excepción de incompetencia surge cuando se establece una analogía entre la detención irregular y la prueba ilegalmente obtenida⁶⁷, que llevaría a la aplicación del principio de exclusión.

Si a pesar de los argumentos que se han expuesto, un juez se declarara competente para enjuiciar a un acusado que ha sufrido un secuestro internacional ilícito, después de agotar los recursos internos, al acusado le quedaría aún una defensa posible: el recurso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aunque no sabemos con seguridad cómo este Tribunal resolvería el problema, es muy probable que la interpretación del artículo 5º de la Convención Europea de Derechos Humanos conduciría a una decisión similar a la que hemos defendido en estas páginas.

VI. CONCLUSIONES SOBRE LA NECESARIA REVISIÓN DE LA REGLA *MALE CAPTUS, BENE DETENTUS*

A lo largo de este trabajo hemos constatado una dicotomía entre un límite impuesto por el Derecho internacional y una norma procesal aplicada por un conjunto bastante amplio de tribunales nacionales: el principio de soberanía de los Estados y la regla *male captus, bene detentus*. En el caso Eichmann, debido a los crímenes que se juzgaban, no nos perturba la constatación de esa dicotomía a la que hacíamos referencia hace un momento, sin embargo, pensemos por un instante en las consecuencias nefastas que la aceptación de esa doctrina podría traer consigo. Imaginemos el siguiente caso: Un grupo de "voluntarios" iraníes, fieles a las enseñanzas del Ayatollah Komeini, decide secuestrar a Salman Rushdie de su residencia en el Reino Unido; habiendo llevado a cabo con éxito su empresa, el famoso escritor es trasladado

⁶⁷ Ver STC 114/84 de 28 de noviembre. En doctrina Asensio Mellado, J. M., "La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2º", *Poder Judicial*, nº 4, pp. 36-39; Martín Pallín, J. A., "Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal", *Poder Judicial*, número especial VI, pp. 119-138.

a Irán, donde se lo juzga por ser autor del libro *Los versos satánicos*; como resultado del "juicio", el escritor es condenado a muerte. Es obvio que una decisión de esta naturaleza sería difícil de tolerar para, al menos, aquellos que compartan las bases de la cultura occidental europea. Evidentemente, éste es el típico caso en que una solicitud de extradición se veía frustrada, ya que no se cumple la condición básica de doble incriminación.

Todo esto me lleva a considerar que el ejercicio de competencia ejecutiva en el caso *Alvarez-Machain* es un delito internacional, que genera responsabilidad internacional del Estado secuestrador, cuyo remedio es, en principio, la *restitutio in integrum*. La realidad de este asunto, sin embargo, recorrió otros caminos⁶⁸. El caso, como se ha dicho, fue devuelto con la orden de seguir el proceso, que corrió el riesgo de complicarse gravemente porque el fiscal acusó también a otros ciudadanos mexicanos, por considerarlos responsables de los hechos. Entre éstos se encontraban altas autoridades de México, como por ejemplo el gobernador Barlett. Finalmente, el acusado ha sido sobreesido por falta de pruebas, hecho que deja a la administración estadounidense en una posición incómoda, ya que ha quedado demostrado que sólo tenía dos testigos con antecedentes penales para declarar contra *Alvarez-Machain*.

Para terminar, me gustaría resaltar que el argumento que sostiene el carácter interestatal exclusivo de la violación del Derecho internacional debe ser refutado. No es posible sostener que la violación del Derecho internacional se algo ajeno a los individuos⁶⁹, porque sin ellos no tendría sentido

⁶⁸ En la búsqueda de vías de acción contra la decisión del tribunal supremo norteamericano se ha pensado en la posibilidad de solicitar una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia. Así se expresa, por ejemplo, en las conclusiones del Segundo Encuentro Iberoamericano de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrado el 24 y 25 de junio de 1962 en España. Cabe, sin embargo, mencionar las dificultades que esta vía supone, ya que sólo pueden solicitar opiniones consultivas la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General (cf. art. 96 de la Carta de Naciones Unidas).

⁶⁹ Consideremos, por ejemplo, el asunto *Argouzi*. El coronel Argouzi jugó un papel importante en la organización de la resistencia contra De Gaulle. Registrado bajo nombre falso en un hotel de Múnich, un grupo de

ningún Derecho, ni siquiera el Derecho internacional⁷⁰. Además, no es cierto que los Estados hayan sido insensibles al secuestro en violación del Derecho internacional. Este hecho, como se dijo anteriormente, puede apoyarse en una extensa práctica de los tribunales internos de los Estados.

Por otra parte, un arresto realizado en violación de una norma de Derecho interno no tiene por qué ser tratado de forma diferente que un arresto llevado a cabo en violación del Derecho internacional⁷¹.

Existe un acuerdo generalizado sobre la necesidad de perseguir y castigar a los narcotraficantes, el problema consiste, pues, en la forma de resolver esta clase de casos. En mi opinión, la solución del tipo de controversia planteada por el caso *Alvarez-Machain* pasa por la cooperación penal internacional⁷², la aplicación del principio *aut dedere aut iudicare*, la concertación de acuerdos concretando el principio de universalidad y el respeto a la soberanía de los Estados.

individuos no identificados lo detuvieron y lo trasladaron a Francia en febrero de 1963. El Tribunal que juzgó a Argoud sostuvo que la responsabilidad internacional era siempre una relación entre Estados y que el acusado no podía invocar el Derecho internacional por sí mismo para su defensa ("... les particuliers sont sans qualité pour invoquer en justice une atteinte au droit des gens"). Sobre el tema ver el comentario en *AFDI*, 1965, pá. 936-938 y el artículo de Dohring, K., "Restitutionsanspruch, Asylrecht und Auslieferungrecht im Fall Argoud", en *ZoöRV*, vol. 38, 1965, pá. 209 y sigs. Posteriormente, en la práctica alemana el Tribunal Constitucional Federal ha tenido que pronunciarse sobre casos semejantes, ver M. Herdogen, "Die völkerrechtswidrige Entführung eines Beschuldigten als Strafverfügungshindernis", *SoGRZ*, n.º 1, 1986, pá. 1 y sigs.

⁷⁰ Cfr. Kelsen, H., *Principles of International Law*, 2ª ed., revisada y editada por Robert W. Tucker, 1967, véase especialmente la argumentación que comienza en la página 180 sobre el ámbito de validez personal del Derecho internacional.

⁷¹ Un análisis notable de la relación entre la justificación de actos gubernamentales realizados dentro del Estado y actos similares llevados a cabo fuera del Estado puede encontrarse en Brilmayer, *Law, Justifying International Acts*, Ithaca y London, Cornell University Press, 1969.

⁷² El esfuerzo europeo por desarrollar estos medios de cooperación, cuya última expresión es el artículo K en el Tratado de la Unión Europea, es digno de resaltar. Sobre este tema ver de Miguel, J. - Blanco, A., "La cooperación en asuntos de justicia e interior", *Gaceta Jurídica de la CE*, D-18, 1992, pá. 173-223.

¿FUNDAMENTACION OBJETIVA DEL ILICITO EN JAKOBS?*

MARCELO A. SANCINETTI**

I. INTRODUCCIÓN

Gracias señor presidente. Con la venia del Tribunal, vengo a saldar –o a intentar hacerlo, que es lo importante– una antigua deuda que mantengo con la Universidad Com-

* Texto íntegro de la disertación dada por el autor en la Universidad Complutense de Madrid, el 7-VII-1994, para acceder al título de 'doctor en Derecho', por dicha Universidad (notas de pie de página incorporadas para la publicación). Como director de la tesis (titulada originalmente: *¿Fundamentación objetiva del ilícito en Jakobs? –A la vez, una investigación sobre el ilícito del hecho testado y el desistimiento de la tentativa*) actuó el Prof. Dr. Enrique Gimbernat Ordeig, y como integrantes del tribunal examinador, los profesores doctores Carlos Suárez Coscámez, Jesús María Silva Sánchez, Enrique Bacigalupo Zapater, Antonio García-Pablos de Molina y Luis Rodríguez Ramos. La tesis fue calificada como *opta cum laude*, la máxima calificación de las normas universitarias españolas. La obra aparecerá publicada durante 1995 por la editorial Temis de Bogotá, bajo el título: *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa – A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*. Una versión alemana de esta obra (*Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch – Zugleich eine Untersuchung der Unrechtsbegründung bei Jakobs*), aparecerá publicada bajo el sello de Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995 (trad. de Manuel García Melló, Sebastián Daehler, Cristof Marra, Patricia S. Eifer y Ruth Zimmerling).

** Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires.

plutense de Madrid, una deuda que contraje durante el ciclo lectivo 1985-1986, cuando la comunidad de juristas españoles me acogió en estas aulas, gracias a la generosidad de una beca concedida por el Instituto de Cooperación Iberoamericana, para realizar una investigación sobre teoría de las normas e ilícito de la tentativa, bajo la dirección del profesor Enrique Bacigalupo. El trabajo que aquí comencé derivó luego en una investigación algo más amplia sobre la estructura subjetiva del ilícito penal, completada en Buenos Aires bajo la dirección del profesor Julio Maier, y presentada ante mi Universidad como trabajo de tesis doctoral en 1990¹. Dejé trunco así el propósito de doctorarme ante esta tradicional Universidad que tan gentilmente me había acogido, cuando asistí a tres cursos monográficos de doctorado, dos de cuyos profesores integran hoy este tribunal, los doctores Antonio García Fablos de Molina y Luis Rodríguez Ramos.

Agradezco profundamente, pues, al profesor Enrique Gimbernat Ordeig el haberme apadrinado en esta empresa, y alentado para concluirla bajo su dirección, a pesar de saber desde la aceptación del cargo de director de esta tesis, que el doctorado habría de sostener puntos de vista posiblemente inadmisibles para él. Lo que quizá no sepa Don Enrique Gimbernat es que debo a sus primeros libros, especialmente a *Delitos cualificados por el resultado y la causalidad* —leído cuando recién comenzaba a estudiar Derecho Penal con el profesor Bacigalupo— el haber temido muy tempranamente que quizá no todo lo que decía Welzel fuera correcto.

Mi intento de hoy va más allá de procurar un segundo título de doctor, que carece de significación propia en la vida de un jurista. Más bien trata de rendir homenaje al constante alimento que la dogmática española produjo para los países latinoamericanos, acercándonos, traduciéndonos y reelaborando una doctrina alemana que, de otro modo, habría resultado prácticamente inaccesible para quienes nos criamos allá. También, un homenaje a la generosidad con que

¹ Tesis doctoral ante la Universidad de Buenos Aires (1990), cuyo título original rezaba: *Dissoluto de acción y teoría del ilícito (El dolo como caracterizador del ilícito)*. El trabajo fue publicado al año siguiente bajo el título: *Teoría del Delito y Dissoluto de Acción - Una Investigación sobre las Consecuencias Prácticas de un Concepto de Ilícito*. Circunscripto al Dissoluto de Acción, Buenos Aires, 1991.

España recibió en circunstancias difíciles a algunos compatriotas míos y de otras tierras que debieron abandonar las suyas sin haberlo querido, brindándoles aquí la posibilidad de continuar sus investigaciones, en un marco más favorable que el que tenían en origen.

Para este intento, el presente jurado da un marco especial a mi trabajo. Están representadas aquí diferentes corrientes de la doctrina española, y también diferentes generaciones. Además de los profesores ya mencionados lo integran un destacado discípulo de Santiago Mir Puig, el profesor Jesús María Silva Sánchez, y está representada así la Escuela que más cercana podía estar de mi tesis doctoral de 1990 —aunque, por cierto, no totalmente coincidente, menos aun con el trabajo de hoy—, y, por último, el profesor Carlos Sudrez González, un ferviente partidario de la obra de Günther Jakobs, una obra que está, justamente, en el centro crítico de mi trabajo.

Parte de la base, entonces, de que este honroso marco es aún mayor, si se piensa que ningún miembro del tribunal, al igual que mi director de tesis, comparte el punto de vista central que subyace a mi investigación.

Este nuevo trabajo es un producto derivado de mi investigación anterior, aquí iniciada. También una corrección de ella en un punto neurálgico para la teoría de la imputación —la impunidad por desistimiento de la tentativa—, que yo había resuelto en aquel libro de manera totalmente discordante con la teoría del ilícito que quería fundamentar: el ilícito no podía estar constituido por ningún ingrediente de azar, sólo un acto de voluntad podía contraerse a la norma, infringirla; pero el desistimiento, en cambio, al ser una mera causa de exención de pena, una excusa, podía estar cruzado de toda la magia causal de la que yo quería ejercer al ilícito. Lo que me parecía grotesco en la teoría del injusto no me parecía tan burdo para la impunidad por desistimiento. Aun cuando sólo para el caso de una tentativa ya acabada, hacia falta —según mi punto de vista— que el autor evitara efectivamente el resultado, es decir, que el arrepentimiento activo fuera exitoso; entonces, y sólo entonces, se ganaba la impunidad.

Entre 1991 y 1993 tuve la ocasión de abocarme a esta incongruencia, esta vez gracias a la generosidad de la Fundación Alexander von Humboldt, que me permitió estudiar en las aulas de Welzel, junto al colega Günther Jakobs, cuál

sería la verdadera solución a ese problema. Jakobs me había facilitado en mucho la misión, digámoslo así, ya había dado *él* la respuesta: el rendir homenaje a la fórmula burda: "Ende gut, alles gut" ("final bueno, todo bueno"), no puede convencer. El autor que admite la posibilidad de que el hecho se desligue de su dominio, que pueda irrogar un daño —sin reservarse una posibilidad segura de revocación— produce ya algo *perfecto, irrevocable*. El hecho quedará o bien consumado, o bien fracasado; ya no se puede desistir. El comportamiento posterior a esto podrá tener significación para la determinación de la pena sólo como conducta posterior al hecho; nada más.

Ahora bien; si esto es así, y si, a su vez, las condiciones para la operatividad de este restringido desistimiento, se definen según la representación del autor —como lo hace efectivamente Jakobs—, entonces, no se entiende bien por qué si podría cumplir el resultado una función para co-constituir el ilícito, para fundamentarlo, como siempre lo sostuvo Jakobs, siguiendo en este punto a su viejo maestro, y distinguiéndose con cuidado de Armin Kaufmann y sus discípulos. Y no se entiende, porque si el fracaso de la tentativa producido por un comportamiento posterior al hecho que logra efectivamente el salvamento, es, justamente, *posterior al hecho*, entonces también es *posterior al hecho* la consumación, es decir, que el hecho *no fracase*. En pocas palabras: el hecho es la tentativa acabada; cualquiera de los dos desenlaces posibles que ella tenga es una contingencia posterior.

Era obvio que en Jakobs se daba así la contradicción de sentido contrario a aquella en la que había incurrido yo. ¿Cuál de las dos partes contrapuestas de Jakobs es la correcta? ¿No debe valer el resultado en el ilícito —como yo creo— o debe valer la liberación de pena de un desistimiento tardío pero exitoso —como yo creía—? Mi investigación giró entonces desde el desistimiento hacia la teoría del ilícito nuevamente, pero no ya en la presentación general de teorías y problemas, que defectuosamente o no había hecho en mi libro anterior. El tema se convirtió de pronto en poner a prueba la hipótesis de que Jakobs debía ser, en verdad, un subjetivista; una tesis blasfema para el criterio de los jakobsianos ortodoxos. El tema es más bien, entonces, la teoría del ilícito de Jakobs, antes que el desistimiento de la tentativa. Esto es también lo que justifica que la bibliografía esté circunscripta

a autores alemanes, aunque la realmente fundamental se restringe en rigor a poco más de una decena de trabajos de Jakobs, hurgando en cada frase vinculada a la teoría de la tentativa y al quebrantamiento de la norma. Este es el modo que encuentro para introducir a la exposición del trabajo que someto ahora a la consideración del tribunal.

II. PUNTOS DE PARTIDA

La investigación ha partido, entonces, del interrogante de si la nueva corriente que señala la obra de Günther Jakobs diverge totalmente de los lineamientos de la Escuela de Armin Kaufmann y sus discípulos, en particular, de si el ilícito puede interpretarse ante todo —o en absoluto— como “una conducta externa que perturba”, para que recién a partir de esto pueda habilitarse la pregunta por lo interno², o si, por el contrario, el ilícito es una decisión de acción que el autor abandona definitivamente de su dominio³, para lo cual ni siquiera es condición necesaria un ingrediente externo⁴.

Si la “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación del contacto social”, si el contenido de ella es, en suma, “una contradicción contra la desautorización de la norma” para “ratificar la vigencia de ésta”, entonces, el contenido del quebrantamiento tiene que fijar el marco de lo correspondientemente *imputable y punible*⁵. Dado que la “imputación se origina en la competencia para la propia motivación”, aquello a lo cual podría motivarse, el autor determina también el marco de su posible apartamiento de la norma: entre quebrantamiento de la norma y objeto de motivación hay una correspondencia absoluta⁶. Por ende, si “la imputación culpabilista es la imputación de un defecto *volitivo*”, también debe regir que sólo una decisión de volun-

² Cfr. la obra citada en nota inicial (con asterisco), § 1 (en adelante, las remisiones indicadas sin otra aclaración, se refieren a párrafos de ese mismo trabajo).

³ Cfr. § 2.

⁴ Cfr. § 3, I.

⁵ Cfr. § 3, II.

⁶ Cfr. § 3, II.

tad puede contraponerse a la norma: el ilícito es aquello que podría ser el objeto de una motivación, en caso de concurrir culpabilidad⁷.

Sobre tales bases, la lesión a un objeto de bien jurídico, el "resultado", no puede tener lugar en el concepto de ilícito, porque aquello a lo que el autor se ha motivado negativamente permanece invariado con resultado o sin él: el resultado, entendido como lesión a un objeto de bien jurídico, es hijo de la noción de antijuridicidad entendida de ese mismo modo; para un concepto de ilícito referido a la desautorización de una norma, la función constitutiva del resultado aparece como un cuerpo extraño: la hija adoptiva de una teoría rival⁸. El "resultado" de interés para la teoría de la imputación podría ser transformado en el "daño a la vigencia de la norma": un resultado en sentido "normativo"; pero, entonces, ya no se tratará de un resultado *real*, empíricamente demostrable, sino que a la idea de este daño, "causado" por la acción, le subyace un enunciado analítico; constituye ya una condición de la definición de "quebrantamiento de la norma" —producido exclusivamente por la expresión de sentido del autor, por su acción—, el constituir un daño a la vigencia de la norma⁹. Ahora, con un "resultado" como éste podría estar de acuerdo cualquier subjetivista, dado que aquél está expresado completamente en el disvalor de acción, con independencia del desenlace del hecho; en cambio, el verdadero resultado, en el sentido naturalista, como situación de hecho exterior, no cumple ningún papel en la definición de quebrantamiento de la norma, ni, por ende, en la de ilícito¹⁰.

La función atribuida, a pesar de ello, al resultado, de confundamentar el ilícito, o de "aumentar su objetivación", es el producto de una concepción animista, de un mundo aún no desmitificado por completo, no dominado enteramente por el Derecho Penal de culpabilidad¹¹. El mito del resultado puede definirse en la idea de que las "malas consecuencias" son una manifestación "normativa" del mundo de la naturaleza; ellas

⁷ Cf. § 3, II.

⁸ Cf. § 4, I.

⁹ Cf. § 4, II.

¹⁰ Cf. § 4, II.

¹¹ Cf. § 5.

indican claramente que ha habido una infracción: los dioses señalan al autor del hecho consumado como *malis perversus* que el autor de tentativa¹². Bajo una concepción como ésta, la función atribuida al resultado es una conclusión extraída en la forma de la llamada "falacia naturalista": la derivación de conclusiones normativas (éticas), a partir de premisas meramente fácticas (no éticas)¹³. Si se aceptara en toda su extensión que el Derecho Penal de resultado pertenece al mundo del Derecho Penal de la "defraudación por la desgracia de la existencia", en lugar de al mundo de la "defraudación por la voluntad defectuosa", como el Derecho Penal de culpabilidad, sería muy fácil extraer la consecuencia correcta: el Derecho Penal de culpabilidad no tiene cómo hacerle un lugar al disvalor de resultado¹⁴. Por tanto, la teoría del ilícito ha de ser la teoría de la tentativa.

III. ANÁLISIS A TRAVÉS DE LAS CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS

Durante buena parte de mi investigación en el Instituto de Jakobs tuve la impresión de que detrás de muchas afirmaciones críticas contra los puntos de partida subjetivistas de la vieja Escuela de Bonn se ocultaban divergencias verbales e infinidad de estrategias críticas que no afectaban a la solución de los problemas materiales. Es decir, que podría haber un acuerdo mayor al que se percibía a primera vista. Esto se mantuvo así, mientras no había salido del estudio del *Lehrbuch*¹⁵ —especialmente en materia de tentativa y desistimiento— y de su trabajo —por entonces aún no publicado— *Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachsichtverhalten* (Desistimiento como modificación del hecho versus genérica conducta posterior al hecho), aparecido posteriormente en el primer número de la *ZStW* de 1992¹⁶.

¹² Cf. § 5.

¹³ Cf. § 5.

¹⁴ Cf. § 5.

¹⁵ *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre - Lehrbuch* (Derecho Penal. Parte General. Los fundamentos y la teoría de la imputación - Tratado), 2ª ed., Berlin-New York, 1991.

¹⁶ *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 104 (1992), pp. 82 y sigs.

¿Qué quiero decir con esto?

Hay una serie de problemas de la teoría de la imputación o de la responsabilidad penal, que pueden servir de tests acerca de si la tendencia de un cierto sistema de imputación es preponderantemente subjetivista u objetivista. La solución a determinados casos cumple en la teoría de la imputación un efecto algo similar al que tienen los experimentos en las ciencias empíricas. El "experimento" más significativo de la teoría de la imputación, para poner a prueba si el sistema es objetivista, es el caso de la tentativa inidónea, y, posiblemente, el de la tentativa inidónea de omisión. En parte, también el problema de la producción prematura del resultado durante el lapso en que el autor considera aún insuficiente su plan de acción, y también el desistimiento operado con desconocimiento de esa "consumación anticipada", contraria a los planes del autor. La solución de Jakobs a todos estos temas en su *Lehrbuch* y en la mayor parte de sus publicaciones, es totalmente uniforme.

Mientras la representación del autor se mantenga en el plano de lo "comunicativamente relevante", es decir, si su representación no es enteramente irracional, su ejecución constituye ya un ilícito, una acción punible, en tanto él crea que, mediante su plan de acción, puede producir la consumación. Que ésta se produzca o no es una diferencia inessential, el quebrantamiento de la norma como modelo de orientación del contacto social sigue siendo *perfecto*, por más que objetivamente no haya existido ningún peligro para un bien jurídico. Eso rige aun para el caso de que se trate de un omitente putativo, es decir, aun para quien supone erróneamente que concurren las circunstancias de hecho que generan el deber de realizar una acción de salvamento, y que, sin embargo, permanece inactivo. Ejemplo: un padre desaprensivo cree que lo que se mueve en el agua de modo irregular, es el cuerpo de su hijo que intenta escapar de una corriente peligrosa, y, sin embargo, no intenta el salvamento posible para él. Hay una tentativa inidónea de omisión, punible. Hasta aquí, defender la tesis de que el fundamento del ilícito es la creación de un riesgo no permitido es una formulación correcta, sólo si este dato es entendido como el marco que define el objeto del dolo; si el autor cree que su acción se da en el marco de la creación de aquello que —según la norma— es un riesgo no permitido, o que su omisión deja de neutralizar

un riesgo que —nuevamente según la norma— él debería conjurar, hay un ilícito punible.

A su vez, para el caso de la consumación anticipada, Jakobs contradice la opinión dominante, al decir él que ese resultado no es imputable a título de dolo, porque el autor no conoce todas las condiciones del resultado. Y si antes de reconocer esta producción del resultado desiste, queda impune en la medida de su tentativa, y sólo subsiste la eventual punibilidad por delito imprudente¹⁷.

Nada de todo esto suena a fundamentación "objetiva" del ilícito en el sentido corriente de la expresión. Ya esto tendría que indicar que el sistema de Jakobs se yergue en verdad como subjetivista. Objetivista, o parcialmente objetivista, es por ejemplo un sistema como el de Zaczyk¹⁸, que —aunque bajo otro ropaje verbal— quiere recuperar distinciones análogas a las de una tentativa absoluta y relativamente inidónea.

Pero la impresión de que Jakobs es en verdad un subjetivista puede desmoronarse en un segundo, y de hecho así me pasó al cabo de un tiempo en Alemania, cuando di con su intervención en las Jornadas para profesores de Derecho Penal de 1985, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* (*Criminalización en el campo previo de una lesión al bien jurídico*), un trabajo que debería haber considerado ya en mi libro anterior. Este trabajo sí es realmente objetivista, en el sentido corriente, al grado de que Jakobs quiso recuperar allí parte de la antigua doctrina del "Derecho de tipo"¹⁹. Fue "una suerte" no saber de ese trabajo en mi investigación anterior, porque, de haberlo conocido, me habría llevado mucho tiempo contradecir cada uno de sus puntos de vista.

Sus consecuencias, extraídas a partir del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, pueden ser resumidas así:

a) La tentativa que no perturba externamente, especialmente casi todo el marco de la tentativa *no peligrosa*, no

¹⁷ Cfr. § 10, II, A.

¹⁸ *Das Unrecht der versuchten Tat* (*El Ilícito del Hecho Tentado*), Berlín, 1989.

¹⁹ Un intento de todos modos fugaz, rectificado luego en el *Homenaje a la memoria de Armin Kaufmann: Tätervorstellung und objektive Zurechnung* (*Representación del autor e imputación objetiva*), en: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, ps 271 y sigs.

podría ser objeto de imputación. Con esto quedaría rehabilitada parte de la antigua teoría del defecto de tipo: no todo sería reemplazable subjetivamente²⁰.

b) La criminalización de un comportamiento no podría depender nunca del hecho de que el autor pretendiera posibilitar, mediante determinado acto, la realización de uno futuro, es decir, no podría depender de la *relación de planeamiento*²¹.

Contra la profunda "devastación" del campo de la punibilidad que deberían producir estos principios²², son ofrecidos, como recursos de "reforestación", los *delitos de peligro abstracto*, que permitirían la criminalización de conductas estandarizadas, sin considerar los planes internos del autor²³, y las llamadas *normas flaqueantes*, dirigidas a garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales.

Sin embargo, en "*Kriminalisierung*" fue sentado también un principio fundamental para la imputación, poco compatible con todo lo anterior: el autor no podría invocar una esfera interna, privada, cuando él ya no esté más en situación de desactivar la configuración riesgosa de su esfera de organización. La punibilidad de lo no más dominable es la contrapartida de la libertad de la organización sólo interna; allí, con la "arrogación definitiva", *termina la libertad ciudadana*²⁴, porque, si no, padecería la imputación. Este principio desdibuja en verdad todas las restricciones anteriores, porque una vez que el autor toma una decisión de acción posiblemente ya irrevocable para él, abandona —por definición— el control de su hecho. Pero dado que la circunstancia de si su tentativa es peligrosa o no desde el punto de vista objetivo, exterior, es algo que no depende de su control, entonces, quedan dos posibilidades: o bien no es verdad que la tentativa no peligrosa no constituye un ilícito, o bien no es verdad que la libertad ciudadana termina con lo no más dominable.

La cuestión de cuál de los principios antagónicos de "*Kriminalisierung*" ha ganado la batalla se deja contestar muy fácilmente, a mi modo de ver, con la segunda edición del

²⁰ Cfr. § 6, II, A.

²¹ Cfr. § 6, II, B.

²² Cfr. § 6, II, C.

²³ Cfr. § 6, II, C, 1.

²⁴ Cfr. § 6, II, C, 2.

Lehrbuch: Jakobs mantiene allí todas las soluciones de la primera edición; es decir, sigue rigiendo el principio de inversión, el error de tipo invertido fundamenta la punibilidad por tentativa, el error de prohibición invertido, un delito putativo. La exigencia de una perturbación externa termina desplazada, pues, por el principio rival: *la libertad ciudadana acaba con el final del dominio del sujeto*.

Se me podría preguntar en tono crítico qué queda, entonces, de la regla de Ulpiano: *cogitationis poenam nemo patitur*, un principio fundamental de nuestras tradiciones penales. Claro que constituye un principio fundamental, como también lo es la regla *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*, debida a un rescripto de Adriano. La pregunta es, entonces, si estos principios son armonizables.

Mi respuesta reza así: incluso el principio del hecho puede ser formulado subjetivamente. De modo negativo: no es alcanzable por el Derecho Penal ninguna decisión de voluntad que, para el propio autor, no se dirija ya a lo exterior (*cogitationis poenam nemo patitur*); de modo positivo: es alcanzable por el Derecho Penal la decisión de voluntad que, según la representación del autor, ya signifique una arrogación actual, definitiva (*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*)²⁸.

Por consiguiente, el principio del hecho no impone que exteriormente no suceda nada, ni siquiera el movimiento corporal. Lo que impone es que el autor acepte que puede suceder algo exterior. Y que esto es así lo pone de manifiesto, justamente, la tentativa inidónea de omisión. Si el principio del hecho debiera imponer una perturbación exterior efectiva —no sólo representada—, al menos la situación generadora del deber de obrar debería existir realmente. Pero esto no es así en el sistema de Jakobs, dado que, en efecto, él no ha modificado el hecho de que el padre que omite el salvamento cuando cree que su hijo está en peligro, responde por tentativa de omisión, agregando él, con relación a este caso: "La objetivación de una conducta puede ser determinada solamente en vistas a lo querido por el autor"²⁹.

A su vez, Jakobs mantiene inalterado que en la tentativa inacabada una parte del hecho se remite al futuro, y, por

²⁸ Cfr. § 7.

²⁹ Lehrbuch (cit.), ps. 297/14 (destacado por mí).

cierto, según lo que el autor piensa hacer después, por tanto, la relación de planeamiento es constitutiva del ilícito. Un definitivo adiós a los intentos objetivistas, externalizantes, de "*Kriminalisierung*".

Pero el giro completamente subjetivista, no sólo en contra de las tesis extremas de "*Kriminalisierung*", sino también en contra de los puntos de vista intermedios del *Lehrbuch*, se concreta en su trabajo sobre desistimiento. Según Jakobs, el autor puede desistir mientras —según su representación— gobierne con seguridad todos los riesgos, concretamente, mientras él mantenga en su poder la posibilidad de evitar la consumación. Esto se da por definición en la tentativa inacabada mientras no esté fracasada, porque ella es —como dije— un rudimento, en la que una parte del hecho se remite al futuro. ¿Puede haber, en cambio, un desistimiento de la tentativa acabada? Si uno lee las palabras de Jakobs, creerá que él contesta afirmativamente. ¿Cuándo? Sólo en el caso de que el autor se haya reservado una posibilidad segura de revocación. Ahora, si uno incorpora la existencia de la posibilidad segura de revocación como elemento negativo del concepto de tentativa acabada, entonces, Jakobs no reconoce ninguna posibilidad de desistir de una tentativa acabada, porque la tentativa con posibilidad segura de revocación es una tentativa que acabará por omisión, cuando el autor permanezca inactivo en el momento en que acepte que ya pueda perder el control de impedir la consumación²⁷.

Se podría plantear la pregunta de si esta solución es compatible con el § 24, StGB (Código Penal alemán), dado que las alternativas de la impunidad por desistimiento tanto cuando el autor abandona el hecho, como cuando impide su consumación, se fundan —según el origen del texto y la tradición de la doctrina—, en la diferencia entre tentativa inacabada y acabada, respectivamente. Contra esto, Jakobs da una respuesta sencilla: la eliminación segura del riesgo creado es una conducta de desistimiento sólo cuando el autor se ha reservado de modo cierto la posibilidad de esta eliminación, cuando ésta ni siquiera en parte se da por circunstancias afortunadas. Todo riesgo del que el autor ha quedado desligado, sea por un fracaso prematuro, sea por el abandono al azar de la posibilidad de consumación, implica necesaria-

²⁷ Cfr. § 11, III.

mente —supuesto que no se llegue a la consumación— una tentativa *fracasada*. En tal caso, el autor ni abandona el hecho en la medida de ese riesgo, ni impide su consumación (§ 24, párr. 1, 1ª oración, StGB)²⁸. Lo que está detrás de las alternativas del § 24, por ende, es la diferencia entre el desistimiento omisivo de la tentativa inacabada de comisión (abandonar el hecho) y el desistimiento activo de la tentativa, (igualmente inacabada, de omisión (impedir su consumación). Esta respuesta se ajusta plenamente a los códigos latinoamericanos y español, que siguieron la tradición del *Code Pénal*, dado que el autor que pierde el control sobre la evitabilidad de la consumación, fracasa, al menos en alguna medida, por circunstancias ajenas a su voluntad. En conclusión: la tentativa acabada no es desistible²⁹.

La otra pregunta es de carácter material, no de Derecho positivo. ¿Hace falta una interpretación tan restrictiva del desistimiento excusante? ¿Hay razones de justicia decisivas para esto, que no sean la tozudez de coronar a la tentativa acabada como el modelo del hecho punible?

Para hablar de desistimiento, la opinión corriente se conforma con una *chance* de salvamento dada por casualidad, incluso si ella no es totalmente segura y por más que ni siquiera sea utilizada en todo su alcance: sólo haría falta que sea exitosa. Este dominio de la cláusula bairda "final bueno, todo bueno" genera dos contradicciones valorativas insuperables. La primera la demuestra el hecho de que las medidas de evitación que podrían neutralizar el riesgo sin seguridad, mantienen el hecho como tentativa punible si son predispuestas antes de la ejecución del hecho, pero conducen a la impunidad mientras siga habiendo un final feliz, si son empleadas después. La segunda contradicción la muestra la dogmática del delito de omisión. Pues quien genera un riesgo no permitido es el prototipo del garante por inferencia; si él no emplea la mejor capacidad de evitación a su alcance, consiente en la subsistencia de un riesgo restante, resuelto por azar: una tentativa por omisión, fracasada, que no desaparece por el éxito eventual del medio mezquino³⁰.

²⁸ Cf. § 11, V, B, 1.

²⁹ Cf. § 11, V, B, 1.

³⁰ Cf. § 11, V, B, 1.

Contra ambas contradicciones valorativas rige: un peligro que es suficiente para la tentativa si el autor lo crea a sabiendas, excluye el desistimiento si lo mantiene a sabiendas; si la casualidad debiera beneficiar, sería mejor que el Derecho penal suprimiera totalmente la punibilidad de la tentativa, y regresara a la sociedad antigua, con su responsabilidad por el resultado. Así rezan las correctas palabras de Jakobs²¹.

Ahora acoto: si todo comportamiento posterior a la aceptación de incluso sólo una posibilidad de perder la influencia en el mundo futuro es tratado como conducta posterior al hecho, sólo cabe una conclusión: no es el resultado efectivo el que integra el concepto de acción y de ilícito, sino solamente la convicción del autor de que existe la posibilidad de que el resultado se produzca. En otras palabras: si la evitación tardía del resultado no puede "modificar el hecho", la producción del resultado tampoco puede hacerlo; o sea: la consumación es "posterior al hecho"; el hecho es la tentativa acabada²².

Está claro que el éxito de una acción de salvamento no es suficiente; pero ocurre que ni siquiera es necesario, porque, en razón de que el autor cumple las exigencias del tipo de desistimiento ya antes de la evitación misma del resultado —revocando su dolo—, queda superado el problema del llamado "desistimiento fracasado". El desistimiento está perfecto cuando se interrumpe la ejecución (omitiendo) o la omisión (actuando), antes de haber sido asumida la posibilidad de consumación. Toda producción del resultado ocurrida a pesar de esto sería un caso de "consumación anticipada", imputable sólo bajo las condiciones del delito imprudente²³. La tentativa como tal queda impune, porque —y lo digo de nuevo con las subjetivistas palabras de Jakobs— "la naturaleza del resultado producido es de cualquier modo, subjetivamente, casualidad"²⁴. En definitiva: mientras para el autor subsista la alternativa de evitar el hecho con seguridad o producir la consumación (o dejar que se produzca), con las mismas chances de éxito, puede desistir, porque, al interrumpir la ejecución,

²¹ Rücktritt (cit.), ps. 97 y sigs.

²² Cfr. § 11, V, A.

²³ Cfr. § 11, V, B, 2, in limine.

²⁴ Lehtováčá (cit.), 25/a. 23 a (destacada en el original sólo parcialmente).

"abandona el hecho doloso"²⁵, y, al ponerse a realizar la acción tendiente a evitar el resultado, "impide la consumación dolosa"²⁶.

Si Armin Kaufmann hubiera tenido un discípulo dedicado a trasladar a la dogmática del desistimiento los puntos de vista válidos para la fundamentación del ilícito, habría debido hacerlo con las palabras de Jakobs. Se dice que Armin Kaufmann era afecto a recomendar el libro de Burkhardt²⁷ en materia de desistimiento, quien, justamente, defiende, como Jakobs, la teoría de la consideración individual más estricta²⁸. Y esa solución propuso Reinhold Herzog, a fines del siglo pasado, en una obra poco conocida y menos considerada, pero diáfana: "El camino que conduce a destino del modo más sencillo y simple [decía él en 1889], es más bien el establecer una disposición legal general, aplicable a todos los delitos particulares, sobre la 'consumación del delito', en el sentido de la ley. Ella debería rezar aproximadamente así: § a. *La acción punible está consumada, en el sentido de la ley, en el instante en que el autor pierde el dominio sobre las consecuencias de su conducta, sobre la producción del mal delictivo*"²⁹. Esto vale tanto como decir que la tentativa acabada es el prototipo del hecho punible.

En conclusión: tentativa inacabada y acabada infringen normas distintas, flanqueante la una, principal la otra. Sólo la infracción a normas flanqueantes, de legitimidad precaria, imperfectas, puede ser desistida. El ilícito de la tentativa inacabada y acabada son, por ende, estructural y esencialmente distintos³⁰.

Esto es lo fundamental de mi investigación. Lo demás es secundario. Resumo aquí los temas restantes.

²⁵ Cf. § 11, V, B, 2, a.

²⁶ Cf. § 11, V, B, 2, b.

²⁷ *Der "Widerritt" als Rechtsfolgebestimmung. Eine Untersuchung der Abgrenzungsprobleme von beendeten im unvollendetem Versuch (El "desistimiento" como disposición sobre las consecuencias jurídicas. Una investigación mediante el problema de delimitación entre tentativa acabada e inacabada)*, Berlin, 1975.

²⁸ Acerca de las clasificaciones en materia de múltiples situaciones en el ámbito del desistimiento, cf. § 12, 1.

²⁹ *Widerritt vom Versuch und thätige Reue (Desistimiento de la Tentativa y Arrepentimiento Activo)*, Würzburg, 1889, p. 191.

³⁰ Cf. §§ 10 y 11, *passim*.

En primer lugar, la punibilidad de la tentativa. ¿Cuándo se debería aplicar la reducción de la pena de una tentativa? La primera constelación de casos aparece ya como obvia. Mientras el autor no haya llegado al acabamiento de la tentativa su infracción a una norma meramente flanqueante, una infracción incompatible con la consumación dolosa, debe conducir obligatoriamente a la reducción de pena, preferentemente, a la reducción del marco penal en sí mismo. Pero hay también casos de tentativa acabada que merecen la atenuación. Una solución contraria al criterio de Armin Kaufmann, pero que hoy veo como evidente, en contra de lo que creí en mi investigación anterior. Siempre que el fracaso de la tentativa pueda imputarse a la imprudencia del autor al ejecutar o concebir su plan de acción, una "imprudencia invertida", que lo desgrava, él merece la reducción de la reacción penal. Si esta imprudencia es tan grave que hace imposible una consumación a título de dolo, entonces la situación es correspondiente a la de la tentativa inacabada, y la reducción debe llegar, por ello, preferentemente, hasta la aplicación de un marco atenuado. Si la imprudencia no es tan grave, de tal modo que el hecho podría o bien haber quedado en tentativa o bien consumarse, no debe haber ningún cambio del marco penal, sino una ponderación de esta imprudencia en la medición de la pena, del mismo modo que habría que hacerlo así si el hecho realmente se consuma. Es decir, el resultado, como tal, no debe jugar absolutamente ningún papel ni siquiera para la punibilidad⁴¹.

Tras ello, la investigación de una solución cercana a la de Jakobs en materia de tentativa irreal y supersticiosa⁴², y cercana también a la de mi libro anterior⁴³. Sólo hay ligeros cambios de formulación. No es que Jakobs sostenga aquí una solución objetivista, como creen sus seguidores. Si es verdad que se opone a la solución de Armin Kaufmann —y con razón, dado que él veía aun en estos proyectos de acción una ilícita, eventualmente no necesitado de punición, pero un ilícito al fin⁴⁴—.

Que Jakobs excluya del ilícito a la tentativa completamente irracional, comunicativamente irrelevante, no se debe

⁴¹ Sobre todo esto, cfr. en detalle § 13.

⁴² Al respecto, cfr. en detalle § 14, *passim*.

⁴³ *Teoría del Delito*, ps. 487 y sigs.

⁴⁴ Respecto de la posición de Armin Kaufmann y Zielinski, cfr. con diversas referencias y observaciones críticas, § 14, I, A y B.

a una solución objetivista, externalizante⁴⁵. Objetivo es, solamente, el criterio con el que se juzga el objeto: la representación del autor, no el peligro exterior. Es decir, que lo objetivo es la norma, la valoración del objeto, no el objeto de la valoración, que sigue siendo subjetivo. Y esto lo demuestra el hecho de que aun en la tentativa irreal puede haber un peligro externo, pero en todo caso no imputable a la representación del autor, al dolo. Ejemplo: el autor creía poder matar al hombre de adelante soplando con fuerza una cerbatana que había cargado con granos de arroz, pero alguien había cambiado el cargamento inocuo por minúsculos dardos envenenados. El autor irreal sopla y mata. Este curso objetivo, la muerte, no se puede imputar a su dolo. Porque su representación (un contenido subjetivo) debe ser juzgada tal cual era: a lo sumo habrá una tentativa por burda incompreensión, o burda insensatez⁴⁶, probablemente, más bien, ni siquiera eso (ningún ilícito doloso). El peligro objetivo, realmente existente, es irrelevante⁴⁷.

Finalmente, rechazo la posibilidad de aceptar fracturas entre conocimiento e imputación, especialmente rechazo la llamada "ceguera de hecho" —legataria de los esfuerzos de Meager y Hall por penar el error evitable de prohibición sin abandonar la teoría del dolo⁴⁸—, pero no descarto que el contenido normativo del dolo pueda traducirse en la cabeza del autor —al igual que como sucede con los elementos normativos del tipo— de un modo distinto⁴⁹. Si el caso del terrorista que atropella a una barrera policial delante de la cual hay un guardia civil⁵⁰, puede ser tratado como una conducta con dolo de homicidio, aunque falte la representación del elemento muerte, en todo caso será así, si es que lo es, precisamente porque hubo una representación efectiva de que había una barrera que cerraba el paso, de que había un policía delante

⁴⁵ Respecto de la posición de Jakobs, *cf.*, con diversas referencias, § 14, II, B.

⁴⁶ En los términos del art. 44, último párrafo, *Cód. Pen. arg.*: "delito imposible".

⁴⁷ *Cf.* § 14, II, C.

⁴⁸ Sobre estos antecedentes, *cf.*, con diversas referencias, § 15, IV, B, 1.

⁴⁹ Acerca de la fundamentación de la solución, *cf.* § 15, IV, B, 3.

⁵⁰ Con variaciones, un caso permanentemente dado por Jakobs en este contexto. Respecto de su posición y crítica detallada, *cf.* § 15, IV, B, 2.

de ella, y de que la barrera era atropellada con un automóvil conducido a alta velocidad. Si faltara esta base psicológica, "naturalista" —subrayo esto—, fallaría también la posibilidad de atribuir el hecho doloso. Contra esta objeción sólo he recibido de Jakobs la respuesta sonriente: "bueno... sí, una base psicológica siempre hay".

IV. CONCLUSIONES

Pues bien. No habré de fatigar más al tribunal con un resumen de todas las conclusiones⁵¹. Creo que podrá bastar con utilizar la versión literal del último punto de mi trabajo.

La solución ofrecida, de armonizar la teoría del ilícito (imputación negativa) con la impunidad por desistimiento (imputación positiva), se corresponde plenamente con una explicación del hecho punible como perteneciente al mundo de la "defraudación por la voluntad defectuosa". La imputación de "resultados", en cambio, pertenece al mundo de la "defraudación por la desgracia de la existencia", al que es ajeno el principio de culpabilidad.

Esta imputación es comprensible en un mundo dominado por la interpretación social de la naturaleza, en el que los dioses tienen aún la misión de señalar quién ha "obrado mal" (la magia causal). En tanto uno se desligue de la confusión entre leyes naturales y leyes normativas, es decir, en cuanto acepte que los sucesos ocurren, al menos en parte, también sin intervención de una voluntad, podrá desmitificar a la imputación de ingredientes causales, y atribuir sólo la "toma de posición del autor ante la norma", su "defecto de voluntad". Esa atribución dice, en fin: "tú has obrado mal", no: "tú has tenido mala suerte"⁵².

⁵¹ Para el resumen de las conclusiones, cfr. § 17; las que se transcriben seguidamente, pertenecen al § 17, V.

⁵² Las objeciones principales que recibió la tesis tras la lectura de esta exposición, por parte de los miembros del tribunal examinador, son expuestas en apretada síntesis, con las respectivas réplicas del autor, en el "Epílogo a la edición castellana" de la obra a publicarse (referencias de publicación en nota inicial).

REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA MATERIAL DEL DERECHO

DR. HÉCTOR RAÚL SANDLER*

I. Hoy por hoy, la opinión iusfilosófica dominante niega la existencia de un "derecho natural" en el sentido de un orden jurídico impuesto al hombre por un poder sobrehumano.

Sin embargo, desde los días de euforia positivista de principios de siglo, en el sentido de no admitir más ordenes jurídicos que el positivado por el Estado, las posiciones contrarias a ciertas conclusiones, semejantes a las que llegaba el derecho natural, se han suavizado. Si bien nada parece remover del archivo definitivo a las construcciones *iusnaturalistas* de antaño, en muchos autores ajenos a esa escuela, pero de indiscutible predicamento, resuena el lenguaje y la problemática de aquella doctrina¹.

A partir de algunos espectaculares fracasos del Estado en papel de exclusivo legislador, producidos durante el presente siglo en muy diferentes circunstancias y, sobre todo,

* Director del Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

¹ Un breve pero interesante examen sobre esta nueva actitud se encuentra en el ensayo de Miguel Villero Terán, "La evolución de la filosofía del derecho en los Estados Unidos de Norteamérica", en la *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, 1979. Recientemente el maestro Bobbio, aunque sigue negando la existencia de un derecho natural, admite la posibilidad de la existencia de "derechos naturales": Bobbio, Norberto, *El Tiempo de los Derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

visto el desorden padecido por muchos pueblos por causa del Derecho dictado por sus gobiernos, en la práctica y en la teoría, han reaparecido ideas y proposiciones que hubieran sido aceptadas con todo beneplácito por los iusnaturalistas más exigentes.

II. El enfrentamiento extremo —que en ciertos casos aún perdura— entre positivistas e iusnaturalistas es una actitud que cierra el paso a un trabajo en común para el hallazgo de soluciones a problemas urgentes de la sociedad contemporánea. Este enfrentamiento desaparecería si se reconociera, con mayor claridad y frecuencia, la existencia de dos tipos de problemas en la búsqueda o construcción del derecho. Unos, son los problemas que afronta quien busca *interpretar y aplicar la ley ya positivada* por el Estado; otros muy distintos los que enfrenta quien tiene que *dictar una ley positiva*. Mientras los primeros exigen, prevalentemente, una actitud dogmática y un método formal, cuyo punto de partida es la proposición positivada, los problemas de la segunda clase no se satisfacen o no se satisfacen en grado de corrección conveniente, sin el dominio de ciertos conocimientos y conceptos propios de otros campos, distintos al que plantea el ordenamiento jurídico. En otro trabajo inédito, difundido para mis clases, he propuesto designar a este conocimiento —que por el momento es una actividad filosófica— con el nombre de *Teoría Material del Derecho*².

III. La distinción entre ambas clases de problemas no siempre tiene igual importancia práctica. No suele tenerla cuando un *orden jurídico* se mantiene en sus estructuras esenciales y los cambios en la sociedad se producen muy lentamente³. Pero, en otras circunstancias históricas, como

² Sandler, H. R., *La noción de Constitución económica y la actualidad de Alberdi*, 8^{ta} Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Tucumán, agosto 1993.

³ Esto implica decir que, pese a la inevitable evolución, se mantiene un cierto estado de dinámico equilibrio entre el *orden jurídico*, el *orden político*, el *orden económico* y el *orden cultural-espiritual*. Sobre estos conceptos volveré más adelante.

suelen ser los períodos de crisis o revolucionarios, la ciencia dogmática jurídica, la ciencia desarrollada como conocimiento de la ley dada, pasa a un segundo plano y hasta puede ser un obstáculo para la función legislativa que demanda la sociedad⁴. Ese conocimiento sirve, a lo sumo, como un reservorio de conceptos que pueden o no ser utilizados para *ordenar jurídicamente* el nuevo estado de cosas.

IV. El hecho social más relevante del presente siglo es que ha terminado la era de los cambios evolutivos con aceleración cero. El cambio de las relaciones e instituciones sociales marcha a velocidades con elevado grado de aceleración. La raíz originaria de esta evolución acelerada estaría en la revolución científica y tecnológica⁵; pero también ha contribuido al proceso la propagación de la democratización política y la posibilidad, visualizada por grandes masas de personas y pueblos, de acceder "normalmente" a los bienes y servicios que es capaz de producir una economía moderna. Este arrollador proceso rebajó (e, incluso descalificó) en su calidad de "fuerzas ordenadoras del comportamiento social" a muchas instituciones morales y religiosas de antaño. Bajo tales condiciones *la ley positivada por el Estado nacional se convirtió —a partir de la Revolución Industrial— en el principal instrumento para restablecer o mejorar un orden atacado simultáneamente en sus diversos frentes*. Incluso, dando un paso más, la ley positiva fue usada —por los diversos gobiernos— como la más eficaz herramienta para establecer órdenes sociales de acuerdo a modelos inventados por pensadores de su tiempo.

V. Es un hecho que todos los que pretenden mejorar su posición relativa dentro del orden social, los que exigen mitigar (cuando no solucionar) las angustias que padecen y que

⁴ Este es el punto de vista que dejó entrever Alberdi al criticar el Proyecto de Código Civil de Vélez Sarsfield. Véase mi trabajo, "La noción de constitución económica y actualidad de Alberdi", ponencia en 2.^o Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Tucumán, agosto 1993.

⁵ Drucker, Peter F., *Post-Capitalism Society*, Harper Business, 1994.

atribuyen a la sociedad, los que se sienten inspirados en los motivos más diversos o movilizadas por los más contradictorios fines, suelen proponer (y muchas veces lo consiguen), la incorporación al ordenamiento jurídico de "su" ley⁶. O sea introducir preceptos legales que —según sus cálculos— habrán de resolver "el" o "su" problema social o sectorial. Desde la relación laboran en un sector de la producción hasta la reelección presidencial.

VI. La misma revolución científica, técnica, política, económica y cultural ha comenzado a afectar al Estado nacional, forma política que emergió como privilegiado centro ordenador de la sociedad (tal como obró en forma muy clara en el siglo XIX y parte del XX). El proceso de globalización de los procesos sociales comenzó bastante tiempo antes; pero es a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial (1939-45) y en especial, desde la década de los '80, cuando se aprecia con qué fuerza la evolución va transformando al original Estado nacional (de fuerte contenido real y emotivo), en una seca 'organización' a cargo de políticos y funcionarios profesionales, la que se ve sometida a los más variados factores e intereses internacionales. Organización que —en el mejor de los supuestos— pareciera destinada a "administrar" no sólo la ley positiva por ella dictada, sino a actuar como agente de emergentes poderes mundiales.

⁶ Uso las palabras "orden" y "ordenamiento" con un sentido técnico. Con esta última noción un sistema de normas (objeto ideal en sentido lógico); con la palabra orden aludo a un estado de cosas real. Cada orden real contiene cosas que se encuentran en relación recíproca según cierta "legalidad intrínseca" del orden en consideración. Así es posible hablar de un orden político, un orden jurídico y un orden económico, cada uno de ellos portador de su propia "legalidad intrínseca", la que debe ajustarse a su fundamento o sentido de ese orden. El sentido del orden político puede ser la seguridad de sus integrantes, el del orden económico posibilitar que los hombres produzcan lo que satisfaga sus necesidades materiales, el del cultural espiritual que el hombre encuentre y cumpla el sentido de su vida, etc. La excepcionalidad del orden jurídico es que el sentido o fundamento de su "legalidad intrínseca", se producir "ordenamientos". Sistemas de normas cuyo contenido generalmente son conductas humanas que pertenecen a los otros órdenes.

Frente a este hecho el problema de cómo legislar para el nuevo orden humano —desde la aldea a la sociedad mundial— exige un saber, un conocimiento que aunque aproveche mucho de lo forjado por la ciencia dogmática jurídica, poco puede obtener de ésta en cuanto el contenido a regular.

VII. Sin duda que aun bajo las nuevas condiciones, las técnicas de interpretación seguirán manteniendo enorme importancia, sobre todo para los integrantes de las organizaciones encargadas de utilizar la ley y los organismos destinados a aplicar el Derecho positivo; pero esas técnicas, por el momento, carecen de significación para afrontar la cuestión de ordenar mediante la ley jurídica. La caducidad acelerada del orden existente es vista, desde un ángulo optimista, como la apertura de "nuevas posibilidades"; desde otro no pesimista pero sí realista la etapa de transformación de los órdenes es el paso por zonas peligrosas: el orden, necesario para la vida, se desploma; el viejo está dejando de regir y el nuevo está por llegar; un cierto desorden impera. Exigencias vitales imponen establecer algún orden. No es asombroso que en tales momentos se sobrevalore a la medida urgente, la medida oportuna, la que "salva" la situación⁷. Pero este modo de acción importa otorgar un privilegiado lugar al valor oportunidad. Una consideración exclusiva de este valor lleva al "oportunismo", una manera degenerada de legislar. ¿Por qué degenerada? Porque la legislación oportunista es causante del desorden social: elimina, cuando menos, el valor seguridad. Y el orden jurídico, para cumplir su sentido ordenador, debe producir un ordenamiento que, además de oportuno, sea justo y seguro. Todo al mismo tiempo.

⁷ Los decretos de "necesidad y urgencia" que, con razón, tanta bulla producen, no son sin embargo una cuestión doméstica. Revelan tanto el estado de transición en el que estamos como la carencia de efectivas teorías que permitan cruzar la etapa con el mínimo riesgo. Para ver el desajuste entre la teoría y la praxis en la realidad económica argentina, ver el reciente libro de Conesa, Eduardo R., *Los decretos del desarrollo*. Cinco para entender y superar el desconcierto de la Argentina de hoy, Planeta, Buenos Aires, 1964.

VIII. La vida contemporánea ha puesto en evidencia con toda claridad dos cosas: una, que *la ley positiva es un producto humano* y dos, que *ella es uno de los más potentes ordenadores del "orden social"*. Pero es precisamente esta potencia del ordenamiento jurídico, su aptitud formal para intentar moldear los más diversos comportamientos humanos, los pertenecientes a cualquiera de los específicos órdenes en que se vertebra la vida, es esa potencia formal la que puede afectar el cometido de todos los demás órdenes sociales: la economía, la política, la cultura espiritual. En otras palabras, la ley positivada por el Estado como expresión del poder puede tanto ordenar como desordenar la vida humana. Esta es la razón por la que desde un punto de vista material resulta a veces muy difícil calificar como "Derecho" a preceptos jurídicos que desordenan la sociedad o la vida de los hombres imponiéndoles conductas económicas, políticas, religiosas, morales o educativas que no se ajustan a la legalidad intrínseca de cada uno de los órdenes a los que ellas pertenecen.

IX. En la actualidad, dado que el modo de ser del orden político más aceptado es *la democracia*, los diversos miembros que pululan en la vida social son sumamente activos. Bregan por leyes "ordenadoras" que sirvan a su particular interés. Es muy dudoso que las leyes así dictadas sean siempre eficaces para establecer un orden satisfactorio para todos. Lejos de descalificar a la democracia, lo que hay que hacer es identificar las causas de las dificultades, provenientes, por lo común, de cierta discordia en el entretrejado de los órdenes. Es una vulgaridad decir que las malas leyes se deben al puro predominio de los intereses. Esto, en el mejor de los casos, es una verdad de Perogrullo. Los malestares más persistentes suelen provenir de las llamadas "fallas estructurales"; ellas son el síntoma de una falta de armonía entre los órdenes constitutivos del orden social.

La mayor dificultad para detectar esa falta de armonía radical se debe a la carencia de un aparato teórico adecuado. Adecuado para describir la realidad social en sus fundamentos materiales y espirituales y, en consecuencia, impropio para evaluar los reales efectos de la legislación. No son pocas las veces en que leyes entusiastamente peticionadas, fervorosamente aplaudidas, rigurosamente aplicadas, funcionaron

como la carabina de Ambrosio: dañaron no sólo al orden general sino —paradójicamente— a sus mismos propulsores o supuestos beneficiarios. Las leyes congelando los alquileres a partir de los años '40 son un ejemplo patente de error legislativo fundado en ignorancia teórica⁸.

X. Dado el creciente tamaño y complejidad de la sociedad moderna como el mayor espacio para el pluralismo político y social junto con la progresiva disminución de la soberanía del Estado nacional, es probable que el proceso de enmarcamiento legislativo aumente. A la vista de las desgraciadas experiencias causadas por "procesos de inflación legislativa" vividos en la segunda mitad del siglo en varios países —entre los que está el nuestro— los legisladores debieran ser más cautelosos en el dictado de leyes para resolver problemas sociales y los interesados más prudentes en sus peticiones. En el mundo actual los remedios legales pueden producir efectos catastróficos. Los ejemplos más notorios se encuentran en el campo de la economía y del sistema monetario. Pero lejos están de ser los únicos⁹.

¿Pero bastará con demandar prudencia a los miembros de la sociedad y cautela a quienes dictan leyes? Si quienes por vocación o decisión han asumido la función de *teorizar sobre los problemas jurídicos* no desarrollan teorías (tan fundadas como comprensibles) sobre cómo debe ser el ordenamiento jurídico correcto que requiere una sociedad democrática, sostenida por el trabajo de sus miembros en un orden económico eficaz, la tarea legislativa será inútil cuando no dañina¹⁰.

⁸ Sobre este problema, Sandler, H. R., *Alquileres e Inflación*, Jus, México, 1972.

⁹ Pese a los notorios fracasos que han caracterizado a gran parte de la legislación "progresista" en el campo industrial y laboral, los grupos sociales y económicos no dan muestra de perder su fe en el Derecho. En parte se debe a la necesidad propagandística: es más fácil movilizar a los simpatizantes tras una ley que modificar la realidad. Pero en buena medida ello se debe a un palmario desconocimiento de la impetente jurídica en algunos campos de la economía social. Entre nosotros, el monumento a esa impetencia es el art. 14 (nuevo) de la Constitución Nacional.

¹⁰ Un buen análisis del papel de la Corte Suprema en la formulación de un ordenamiento jurídico contrario a la Constitución Nacional,

En realidad la mayor parte de las "leyes desordenadoras" de la vida social argentina no han hecho más que reflejar en preceptos jurídicos el bajo nivel de la ciencia jurídica en cuanto "teoría material" del Derecho. Ciertaacompañamiento de la opinión de los juristas con la opinión vulgar frente a hechos sociales, especialmente los económicos, cuyo juicio crítico fundado hubiera sido orientador, o su silencio frente a imprevistos cambios de actitud de los líderes políticos, manteniéndose a la expectativa de los resultados como el hombre común, son hechos parejos al desplazamiento del jurista como principal agente de la legislación ordenadora. Legislación que, en general, pero especialmente en economía, ha quedado en manos de especialistas. Gente que es la antítesis de quien dominando la noción de orden posee un conocimiento holístico de la realidad. Estos hechos revelan la ausencia de un fuerte pensamiento respecto de las condiciones materiales del Derecho correcto.

XI. En verdad y paradójicamente, bajo las condiciones antes descriptas, una "ciencia jurídica" desarrollada para interpretar la ley positivada pese a la honesta voluntad de sus cultores, tiende más bien a completar la ruina de la sociedad. Al hacer viables los yerros legislativos o inventar subterfugios para eludir la ley completa la mala obra. Podría hacerse un buen inventario de decisiones administrativas y judiciales —formalmente impecables— causantes o concurrentes a la promoción del desorden social. Otro tanto se podría hacer con todos los inventos jurídico-técnicos concurrentes a configurar una moral social que tiene como valor el incumplimiento de la ley¹¹.

La dogmática jurídica tuvo y ha de tener propósitos más elevados. Su tarea es la de permitirnos encontrar, gracias a sus conceptos, teorías y métodos en el laberinto de los hechos y las leyes positivas, el hilo de Ariadna que nos conduzca al descubrimiento del Derecho correcto para el caso concreto. Tarea que, con su modesta singularidad, contribuye al buen

en Kaufman, Gustavo Ariel et al. en *La Seguridad Jurídica y el Progreso Económico*, premio anual de Adeba, Texts, Buenos Aires, 1993.

¹¹ Sobre el grave problema de la moral social y el Derecho, Nino, Carlos S., *Un País al Margen de la Ley*, Emecé, Buenos Aires, 1993.

orden social. Gestión parcial, pero que por su reiteración cotidiana garantiza el sostén de una sociedad armónica y consistente consigo misma. Pero el problema actual consiste precisamente en que una ciencia como la dogmática nada tiene que decir sobre tales armonías y consistencias del orden social. Porque ambas cosas son el supuesto del que la ciencia dogmática debe partir. No ha de ser ella quien se haga cargo de tal trabajo.

XII. La dogmática jurídica rinde lo que tiene que rendir sólo si trata con un ordenamiento positivo correcto. Un ordenamiento jurídico no alcanza a ser correcto con satisfacer la legalidad intrínseca propia del orden jurídico. Requiere, además, de la consistencia de sus disposiciones con la legalidad intrínseca de los otros órdenes que vertebran la conducta humana. Pero esas disposiciones, materia o contenidos de la ley, son datos para el legislador a ser suministrados por el sentido común o por pensadores que dominan otros conocimientos, además del dogmático jurídico. Juristas que dominan ciertos conocimientos básicos sobre la realidad natural, social y espiritual del hombre¹².

La "materia" a reglar por el Derecho es, en sentido amplio, el conocimiento que suministran diversas teorías sobre el hombre, sobre los órdenes en los que éste participa y sobre el sentido de su existencia. Esta tarea no ha sido científicamente cumplida ni es fácil cumplirla. Por ello y por su carácter previo y holístico requieren un preliminar trabajo filosófico¹³.

¹² Este problema no es exclusivo de los juristas. Existe para todo aquel que estudie algo "orgánico", cuya realidad compleja se presenta como un entretreído juego de sistemas. Lo que dijo Konrad Lorenz acerca de los problemas que presenta el estudio de la conducta animal vale para los estudios del orden jurídico, como realidad humana: "Las manifestaciones vitales objeto de nuestra exposición constituyen 'todas' de estructura sumamente complicada cuyas partes o 'sub-todas' están ensambladas y gobernadas entre sí de tal manera que resulta imposible comprender las unas sin las otras. De ahí que la exposición resulta tan difícil no se sabe por dónde empezar para que el lector desde el principio, se haga con el extremo de la cinta simbólica que mantiene unida la totalidad". (*La Ciencia Natural del Hombre, Metátemas 33*, Barcelona 1993).

¹³ Lorenz expresa en otro pasaje de su obra: "Todo investigador que quiere explicar los fenómenos que constituyen el objeto de estudio de su

XIII. Los juristas, luego de décadas de estudios dedicados a la dogmática jurídica y frente a la crisis en que se encuentran las ciencias sociales, somos reacios a participar en asuntos de contenido. Preferimos recluirnos en el protector formalismo jurídico y considerar ajenos a nuestra incumbencia aquellos conocimientos. Esta renuencia es grave. El desconocimiento de los problemas "de fondo" de los "ámbitos vecinos", para usar el lenguaje de Lorenz, omite iluminar un panorama social ya muy oscuro por sí mismo. Incluso, al ignorar la realidad de fondo a la que la ley jurídica afecta, no sólo prestamos apoyo técnico a disposiciones gubernamentales terriblemente "desordenadoras" sin el menor cargo de conciencia, sino que producimos otros efectos igualmente nocivos. Por un lado desacreditamos *la función social del jurista*, reducida a formalizador técnico de la injusticia o la inseguridad. Por el otro, lo que es peor, desacreditamos al derecho como ordenador social. Contribuimos a confirmar la idea tan vulgar como generalizada de que el derecho no es un orden autónomo, que tiene su propia legalidad intrínseca que debe ser satisfecha para ser tal.

Limitada al puro ordenamiento, la actividad del jurista importa una recaída [malamente disimulada mediante el uso de sofisticadas técnicas] en el más viejo de los prejuicios metafísicos: que el Derecho es la mera voluntad del más fuerte.

XV. Toda "materia" que regula una ley tiene sus propios condicionantes que operan como criterios para juzgar su grado de acierto del ordenamiento. Esto es obvio y no conozco

disciplina deberá poseer sólidos conocimientos específicos del ámbito científico inmediato más general y básico en el que se inserta su propio ámbito. (aunque no necesita, en principio, ocuparse de las leyes más precisas, especiales y cada vez más complejas de los ámbitos vecinos superiores", *op. cit.*, p. 29. Si el orden jurídico es un fenómeno social, su conocimiento exige el dominio de "sólidos conocimientos" de los ámbitos sociales que le son inmediatos, tales como el orden económico, el orden político y el orden cultural-espiritual. El error en que suele incurrirse es creer que ese conocimiento básico puede ser sustituido con el que se desarrolla "oficialmente" en los programas de las escuelas de economía.

jurista que lo ponga en duda. Lo nuevo en la actualidad es que por el desarrollo formidable de las ciencias naturales, la tecnología y la especialización, la tarea de describir aquella "materia" ha ido pasando, progresivamente, del conocimiento común (cosa que dominaba el jurista de ayer) a especialistas en ciencias ajenas a la ciencia del Derecho. El efecto práctico es el alejamiento del jurista de las cuestiones de contenido.

Paralelamente, a medida que el Derecho es considerado cada vez menos una ciencia de lo social, las nuevas ciencias de la sociedad —desde la sociología general hasta la economía positiva— con su pretensión de dominar con exclusividad "la materia" a ser regulada por leyes positivas, se convierten en protolegisadoras. Tal pretensión no debiera ser aceptada sin serios cuestionamientos. Pero como tales cuestionamientos, dada la ausencia de una teoría material del Derecho, no se hacen, de hecho asumen calidad de legisladores los "especialistas" en cada sector.

Pocas conductas sociales ocurren en la realidad sin alguna vinculación, directa o indirecta, con disposiciones legales y por obra del poder coactivo del Estado. De hecho el gran papel de la *ley positiva* es suplementar las legalidades de los otros órdenes cuando éstos, por la creciente complejidad de la realidad social y los nuevos desafíos de la evolución, se tornan insuficientes para ordenar "armónicamente" la vida social.

Pero el gran invento del orden jurídico y su producto, el ordenamiento legal, supone conocer aquellas legalidades no jurídicas, la índole de los desafíos no jurídicos y de la calidad de los remedios jurídicos capaces de producir un orden armónico. Mediante ignorancia o error en cualquiera de esas fases, la ley positiva en lugar de establecer el orden deseado puede dar lugar a un orden inasperado o provocar, directamente, el desorden.

Se reconoce que el ordenamiento jurídico —producto del orden jurídico— es uno de los principales ordenadores de la sociedad contemporánea. Y pese a todo esto se renuncia a formalizar un filosofar que ponga de relieve esas conexiones reales y forje los conceptos teóricos para dominarlas. Esta renuncia implica trabar a la sociedad en el cumplimiento de una inevitable función: la función legislativa.

XV. Pecaríamos de injustos si no reconociéramos que muchos iusfilósofos contemporáneos (a los que no se puede ni se debe calificar de *iusnaturalistas*), muestran gran preocupación por los problemas de la *ley* debida. Algunos han tratado, en gran estilo, de desarrollar toda una filosofía jurídica que permita razonar con solvencia acerca de *cómo debe ser el contenido de la ley para que configure un derecho positivo correcto*¹⁴.

No obstante, hasta donde llega mi conocimiento, la necesidad de una teoría material del Derecho no ha sido destacada con toda la fuerza que el asunto merece. Y, desde luego, menor es la atención que ha recibido en la enseñanza universitaria.

¹⁴ Aparte de Th. Viehwag, citado al comienzo, en el campo de la filosofía jurídica por sus planteos tendientes a relacionarla con los problemas globales del orden, merecen ser nombrados Jenkins, Iredell (*Social Order and the Limits of Law*, 1980); y Anderson, Robert y Dawsey, James (*From Wasteland to Promised Land*, 1982).

DOSSIER

**REFORMA CONSTITUCIONAL
DE 1984**

ENTREVISTA CON EL DOCTOR ENRIQUE BACIGALUPO

EDGARDO COSTA

El profesor Edgardo Costa, que se desempeña como adjunto regular de la Cátedra de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y de Ciencias Políticas de la U.B.A., estuvo en el mes de abril de 1994 en Madrid; allí tuvo el gran deleite profesional que significó poder sentarse tranquilamente, café por medio, con el Dr. Enrique Bacigalupo y conversar con él sobre nuestra Constitución, su reforma y las reflexiones que pueden surgir de una experiencia tan interesante como el tránsito del autoritarismo a la democracia, vivido por la nación española. Acompañó al Dr. Costa el Dr. Norberto Ignacio Regueira, quien también se desempeñó como profesor de la Facultad de Derecho.

El Dr. Enrique Bacigalupo nació en Argentina hace cincuenta y nueve años. Fue profesor de Derecho Penal en la U.B.A. y procurador general del Tesoro en 1973/1974, año en que debió exiliarse debido a la intolerancia y el fundamentalismo que imperaban en aquella Argentina. Acaecidas las transformaciones que produjeron en España la transición a la democracia después de 1975, se estableció en la ciudad de Madrid.

Se desempeñó como secretario letrado del Tribunal Constitucional español; como catedrático (profesor titular) de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, actividad que sigue ejerciendo, y últimamente, ingresó al más alto Tribunal español, donde se desempeña como miembro en la Sala II del mismo (Sala Penal - Supremo Tribunal Español).

Bacigalupo es doctor *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires, tratadista, autor de numerosas obras sobre Derecho Penal, y de su inmenso prestigio sólo puede hablar el hecho de que, habiendo nacido en Argentina, ocupe el más alto cargo en lo que sería el equivalente a nuestra Corte Suprema de Justicia.

Es válido reflexionar con el autor de esta nota ¡qué lástima no tener un Bacigalupo pensando en nuestro Palacio de Justicia! Seguramente se trató de una exportación que produjo un descenso en la balanza moral de la República.

Agotadas estas cuestiones, pasamos de lleno a los temas atinentes a la reforma constitucional.

¿Cómo considera la reelección presidencial?

Respecto de la reelección presidencial en la Argentina se han tenido siempre unas ideas muy rígidas. Uno va la experiencia europea y comprueba que un jefe de gobierno dura mucho tiempo en Europa. Mitterrand está hace más de doce años, también Felipe González, Margaret Thatcher o Helmut Kohl son un buen ejemplo de lo dicho.

Aquí los plazos son flexibles: tengan en cuenta que Felipe González nunca gobernó íntegramente un período legislativo, porque la Constitución le permite convocar a elecciones anticipadamente y ha hecho uso de esas facultades. El problema en la Argentina no es tanto la reelección presidencial, como la posibilidad de que haya todas las reelecciones que los ciudadanos quieran. Naturalmente ello requiere que el presidente tenga la posibilidad institucional de disolver la legislatura y convocar a nuevas elecciones generales. Dicho de otra manera: creo que la Argentina debería tratar de buscar alternativas más flexibles que quiebren con la rigidez del sistema presidencialista. Ello no significa en modo alguno que el presidente se convirtiera en una figura decorativa: el presidente del gobierno español tiene, en realidad, más poder que el presidente de la República Francesa. De ello se puede deducir que no siempre el presidencialismo importa una mayor concentración de poder en el presidente.

¿Se manifestaría partidario del sistema parlamentario?

Yo he visto funcionar en la Argentina el sistema presidencial, y fuera de Argentina he visto funcionar el sistema

parlamentario. He vivido en Alemania y en España, que tienen sistemas muy parecidos ya que la Constitución española está hecha en gran parte sobre el modelo alemán, y creo que este sistema parlamentario es mucho más plástico y brinda más posibilidades de contribuir a la estabilidad política.

¿Cómo ve la Constitución de la República Argentina?

La reforma de la Constitución argentina es un tema que se debería haber tomado en serio hace mucho tiempo. No era una casualidad que entre 1958 y 1966, cada cuatro años hubiera un golpe de Estado con el consiguiente cambio de gobierno cuando se sabía que en la provincia de Buenos Aires iba a haber elecciones. Acaso se hubieran evitado esos golpes de Estado si se hubiera adoptado alguna de las siguientes alternativas: o el período en la provincia de Buenos Aires se extendía a seis años igual que en la Nación, o bien se acortaba a cuatro el mandato del presidente de la Nación.

¿Está al tanto del denominado Pacto de Olivos? ¿Qué comentarios le merece?

A mí el Pacto me parece un importante paso de civilización política en la Argentina. A pesar de ello creo que la opinión pública argentina no lo ve así. Al menos por lo que yo he oído aquí. La Argentina es un país en donde tradicionalmente el que tiene la mayoría ocasional gobierna sin ningún tipo de consideración de la minoría; me parece que siempre fue así. El Pacto, por el contrario, representa una idea política inteligente de los dos partidos. De todos modos, existen problemas endémicos con respecto a la legitimidad que tienen los jefes de los partidos para hacer ese Pacto. Me refiero al respaldo que los jefes de los partidos tienen en sus propias bases. La impresión que yo tengo es que el Pacto se impone desde arriba al partido. En la experiencia europea se observa que todo este movimiento comienza desde abajo y finalmente se puede llevar a cabo en la cúspide precisamente porque comenzó desde abajo o porque previamente fue consultado con las bases a través de los órganos del partido que las representan. De otra manera es muy difícil, a la hora de aprobar el informe de gestión, lograr un consenso positivo si las bases previamente no están de acuerdo con el pacto. Por ello creo que una parte muy importante de la reforma política,

que no se va a lograr a través de la reforma de normas constitucionales, sino a través de la reforma de las costumbres políticas, es todo lo referente al sistema de partidos, que parece necesario consolidar institucionalmente.

Me parece que habría que empezar a trabajar en este sentido. Lógicamente es una tarea que llevará tiempo, porque implica una limitación de poderes de personas, y todo eso es complicado. Si uno observa el funcionamiento de los partidos en Alemania o cómo funcionan en Francia o España, apreciará que los partidos no son simples máquinas electorales, de último momento, sino que funcionan constantemente mediante órganos diversificados.

Prescindiendo de la ley que impulsó la reforma ¿piensa que la parte dogmática de la Constitución merece alguna reforma?

La parte dogmática o la declaración de derechos y garantías me parece que está bastante desactualizada. Yo creo que es una de las partes que necesita reforma.

El fundamento de los derechos fundamentales, conforme la actual redacción, es el sistema republicano de gobierno. Pero, hoy en día, me parece que éste no es el fundamento de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales provienen básicamente de la dignidad de la persona. Por otra parte, y creo que los derechos fundamentales, como ocurre en España, en Alemania, etcétera, son directamente eficaces y no dependen de las "leyes que reglamenten su ejercicio". Comprendo que esto que acabo de decir parece tener un trasfondo jusnaturalista, pero lo cierto es que, hoy en día, el fundamento de los derechos fundamentales, su razón de ser, no es su reconocimiento en la Constitución, pues son anteriores a la Constitución misma y, en todo caso, su ejercicio no requiere una previa autorización del Parlamento.

Un sistema moderno de derechos fundamentales se caracteriza porque lo que hay que justificar es la limitación del derecho, pero nunca su ejercicio; el ejercicio se justifica por sí mismo. La idea fundamental es ir a un sistema moderno de derechos fundamentales, en el cual los derechos reconocidos en la Constitución se puedan ejercer sin ninguna necesidad de justificación. Lo que hay que justificar es la limitación de esos derechos y por lo tanto establecer un sistema diferente

del que tiene la Constitución argentina actualmente. Esta reforma me parece un giro copernicano importantísimo. Naturalmente las leyes pueden limitar los derechos fundamentales, pero sólo en la medida en la que no desnaturalicen el derecho ilimitado. Inclusive hasta es recomendable exigir, como ocurre en España, una mayoría cualificada para su limitación en el Parlamento. Con ello se pretende que no cualquier partido, por su cuenta, pueda establecer la limitación con una mayoría simple. Por supuesto que el criterio para limitar sólo puede llegar hasta donde el núcleo esencial del derecho fundamental no se ve afectado. Y en esto los tribunales constitucionales alemán o español, o la Corte Constitucional italiana tienen criterios muy precisos de cómo se puede y hasta dónde se puede limitar.

¿Qué temas, entonces, incluiría en la parte dogmática de la Constitución Nacional?

Uno, entre otros, es el referido a la objeción de conciencia.

Una cosa es cómo se lo regula concretamente y otra es forzar al individuo contra su conciencia. Esto, hoy en día, digamos que no tiene buena reputación de legitimidad. Si yo no recuerdo mal, en la Argentina ocurre todo lo contrario.

Otro es establecer mejor los límites de la libertad de expresión, de libertad de prensa, saber cuáles pueden ser esos límites.

En todo caso lo que hay que dejar en claro es que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, son las bases del sistema de derechos.

Como trascendente incluiría también el tema del derecho a la vida. Ello no pretende prejuzgar sobre cómo se debe regular legalmente luego las eximentes de pena en los delitos de aborto. Este problema se discutió muchísimo en Europa en los últimos años.

Los tribunales constitucionales europeos (Alemania, Italia, España) se han planteado la cuestión de si el derecho a la vida se puede limitar tanto como para aceptar cualquier forma de aborto, o un aborto totalmente voluntario o por razones sociales. Sobre esto es posible discutir, pero no me cabe duda de que el derecho a la vida debería estar reconocido en primer rango. Luego se verá cómo se instrumenta jurídicamente su protección, estableciendo si la vida comienza con la fecundación del óvulo o cuando el óvulo fecundado se

añida en las paredes del útero, o en qué casos es posible la interrupción del embarazo.

¿Cómo se crea el Consejo de la Magistratura?

Si el modelo es el de España, ya que hay varios modelos posibles, se trata de un órgano constitucional legitimado por la elección parlamentaria de sus miembros. El Consejo tiene funciones para la designación de los jueces, con funciones reguladas y excepcionalmente discrecionales; debe tener además competencias relativas a la administración y a los aspectos disciplinarios del Poder Judicial. La experiencia española me parece positiva. De esta manera los tribunales supremos se convierten en tribunales, y se puede evitar que sean, en el fondo, órganos de administración del Poder Judicial más que tribunales judiciales. La administración y el gobierno internos del Poder Judicial son demasiado complejos para quedar en manos de un tribunal, que además tiene que decidir las cuestiones más importantes del sistema jurídico.

En España los jueces permanecen en sus cargos hasta los setenta años. Quiero decir que hay una jubilación automática. Salvo este supuesto, los jueces pueden ser removidos por delito o por falta disciplinaria muy grave.

¿Se los remueve en sede judicial, o los remueve el parlamento?

Por delito, los juzgan los tribunales superiores de las comunidades autónomas, y si son magistrados del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo, los juzga la Sala Penal del Tribunal Supremo. Por cuestiones disciplinarias, la sanción, que puede llegar hasta el apartamiento de la función, la dispone el Consejo General del Poder Judicial y se prevé un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo.

¿En qué caso el Tribunal Supremo delibera en pleno?

Actualmente no existe más el pleno del Tribunal Supremo, que todavía existía cuando tomé posesión como magistrado. Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se ha constituido una Sala especial, prevista en el artículo 61 de dicha ley, integrada por una representación de magistrados de todas las salas.

En el sistema español no se conoce el juicio político, que depende de consideraciones básicamente políticas. En España el mal desempeño, si no constituye una acción grave de las que están estrictamente tipificadas en la ley, no puede dar lugar a la separación del juez de su cargo.

En general, ¿qué impresión tiene de la Argentina en la actualidad?

Veo con satisfacción una gran estabilidad política. Al mismo tiempo, tengo también la sensación que esa estabilidad política depende de la paridad del dólar y el peso. Sin embargo, creo que sería importante no vincular la estabilidad económica con la política y, por lo tanto, no sobrevalorar la paridad monetaria, descuidando, acaso, las consecuencias sociales que ello puede acarrear. La pobreza es, probablemente, el peor enemigo de la estabilidad política y la democracia.

EL NUEVO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CONTROL

AGUSTÍN GORDELO

I. INTRODUCCIÓN

A) La fractura del poder como control

Si tomamos como punto de partida la teoría de Montesquieu, el control del poder se logra por su división entre distintos órganos, no para aumentar la eficacia del Estado, sino para limitarla poniendo límites a su accionar: "que el poder detenga al poder".

A su vez, la clave de la democracia norteamericana (la más vieja del mundo en funcionamiento continuo), según el profesor Peter Schuck de la Universidad de Yale, es la fractura del poder: nadie puede controlarlo todo.

Es el famoso sistema de frenos y contrapesos, que nuestra nueva Constitución ahora profundiza no solamente creando diversos órganos nuevos de control sino también redistribuyendo poder entre órganos existentes, y creando mecanismos nuevos que también importan formas de control en uno u otro tipo de órgano.

B) Viejos órganos, nuevos procedimientos

Es importante destacar así que en los órganos tradicionales del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial ya apare-

cen nuevos mecanismos de control que perfilan de distinto modo a cada órgano. El objetivo, nos parece claro, es mejorar el sistema de control o frenos y contrapesos. Ello forma parte, igualmente, del tema de la presente exposición. Lo mismo otras figuras de poder que aparecen fortalecidas frente al poder tradicional.

C) Control del poder político y económico

La Constitución es clara en instituir la tutela de los derechos de usuarios y consumidores frente a monopolios naturales o legales, como así también de los vecinos respecto al medio ambiente. En ambos supuestos es un mecanismo de control no ya solamente del poder político, sino también del poder económico que actúa en función de concesiones, licencias o contratos del poder político.

D) La operatividad del control

En cualquier caso conviene recordar que, como ya lo dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*in re Ekmekdjian, Miguel Angel c. Solóvich, Gerardo y otros, Fallos, 308:647, 1992; E. D., 148, 338*), el Congreso no puede tornar inoperante una norma constitucional por una irrazonable demora en su reglamentación, caso en el cual corresponde al Poder Judicial proceder a la ejecución directa de la Constitución.

El precedente de los casos *Kot* y *Siri* en la creación jurisprudencial del amparo no regulado legislativamente, o de la Corte Suprema declarando la inconstitucionalidad de la falta de previsión legislativa del divorcio vinculante, son también pruebas de ello.

No sólo las leyes que se dicten sino también las que se dejan de dictar no podrán, entonces, prevalecer sobre el texto y el espíritu de la Constitución.

En lo inmediato, a mero título de ejemplo son, inmediatamente operativos los artículos 41, 42 y 43, y parecen requerir necesaria legislación, a título de ejemplo, los referidos a la ciudad de Buenos Aires (arts. 75, incs. 30 y 31, 129, cláusulas transitorias séptima y decimoquinta).

A nuestro juicio, de las disposiciones transitorias surge claro el espíritu de la puesta en marcha de la totalidad del sistema en el curso del año 1995 (iniciativa popular, un máximo de 18 meses desde la reforma, según la disposición transitoria tercera; 360 días a partir de la reforma del 23 de agosto de 1994, para la designación de los jueces inferiores, disposición transitoria decimotercera; elección del jefe de gabinete local, año 1995, disposición decimoquinta).

Es posible que la Corte Suprema no tome rápidamente la decisión de hacer cumplir judicialmente, en los casos ocurrientes, las normas constitucionales que el legislador no implemente en el curso del año 1995, pero parece también claro que no podrán tanto el legislador como el juez ignorar juntos por demasiado tiempo la nueva Constitución.

La vieja historia del juicio por jurados que nunca el legislador implementó y nunca la justicia aplicó en defecto de aquél, no puede ya hoy en día repetirse sin incurrir en una violación manifiesta del espíritu y del texto constitucional, tanto más grave aun cuando se trata nada menos que del sistema de control del poder.

II. TRANSFERENCIAS DE PODER Y CONTROL

A) Estatales

a) Provincias

El poder nacional, y con él el de sus tres órganos principales, se limita cuando el artículo 124 faculta expresamente a las provincias a celebrar convenios internacionales. El reconocimiento expreso de su dominio originario de los recursos naturales, si bien no cambia la interpretación preexistente, también enaltece el rol provincial.

En materia de medio ambiente el artículo 41 autoriza a las Provincias a dictar normas complementarias de las nacionales, eventualmente de mayor rigor que aquéllas. Una jurisdicción que podría ser federal en forma exclusiva, puede aquí llegar a ser concurrente aun cuando la lesión al medio ambiente exceda el de una sola jurisdicción.

En lo que hace a los servicios públicos nacionales, los entes regulatorios u "organismos de control" contarán con la

"necesaria participación" de las provincias interesadas (art. 42, *in fine*). Si el Congreso omite dictar la legislación correspondiente o el Poder Ejecutivo cumplirla, las Provincias deben unirse en reclamar judicialmente el lugar que como mínimo les corresponde en todos y cada uno de los entes de control de servicios públicos nacionales.

b) Ciudad de Buenos Aires

Si bien el artículo 124 deja librado al Congreso el régimen de esta ciudad, parece evidente que la Constitución impone algún régimen de autonomía que evita luego la legislación exclusiva del Congreso de la Nación (disposiciones transitorias séptima y decimoquinta).

Sin embargo, no es muy claro el inciso 30 del artículo 75 en cuanto a si le deja legislación exclusiva, ya que no en "todo" el territorio de la Capital, presumiblemente sólo en los lugares federales dentro de la Capital, o si en cambio existe jurisdicción federal sólo en lo que hace al fin del establecimiento de utilidad nacional, como dispone la segunda parte del mismo inciso.

En cuanto al Poder Ejecutivo, se ha suprimido del actual artículo 99 el anterior inciso 3º del artículo 86, conforme al cual era "el jefe inmediato y local de la Capital de la Nación", lo cual significa que desde el 23 de agosto de 1994 carece de competencia para dictar decretos en materia local.

Termina también, desde luego, la designación presidencial del intendente, previéndose en su lugar un jefe de gobierno local que debe ser necesariamente elegido, a más tardar, en el curso del año 1995.

c) Municipios

El artículo 143 obliga a las provincias a garantizar la autonomía municipal. Es una transferencia más de poder desde el centro a la periferia.

d) Islas Malvinas

Si bien el tema de las Islas Malvinas parece algo remoto al presente, se reconoce el modo de vida de sus habitantes (disposición transitoria primera, segundo párrafo), lo cual obviamente incluye no sólo su cultura, lengua, costumbres y tradiciones, sino también su legislación, jurisdicción y auto-

gobierno local pleno. Su régimen no podrá sino ser parecido al de los estados libres asociados, posiblemente con algún ingrediente de derecho internacional.

B) No estatales

a) Partidos políticos

El artículo 38 otorga jerarquía constitucional a los partidos políticos, y el artículo 85 da la presidencia de la Auditoría General de la Nación al candidato que proponga el partido de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

b) Asociaciones de usuarios

Las asociaciones de usuarios y consumidores deben tener "necesaria participación" en los entes reguladores de los distintos servicios públicos nacionales.

Aquí también cabe tener presente que, al igual que las provincias, tienen derecho a reclamar judicialmente su designación en los cuerpos directivos de todos los entes reguladores de servicios nacionales, hasta tanto se dicte en su caso, o se modifique o implemente, la legislación de los diversos marcos regulatorios.

c) Indígenas

El inciso 17 del artículo 75 impone al Congreso reconocer a las comunidades indígenas argentinas su preexistencia étnica, personalidad jurídica comunitaria, propiedad comunitaria de sus tierras, las que son no enajenables ni gravables: es pues un dominio público indígena, que en parte será regido por un Derecho propio no-estatal, como en las demás comunidades indígenas del mundo.

III. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

A) Entes reguladores y de control del poder económico

La Constitución habla de "órganos de control" para referirse a lo que la legislación y la práctica denominan "entes reguladores"; o sea, los específicos organismos o autoridades

descentralizadas encargadas de controlar al poder económico de los licenciatarios y concesionarios de la administración, para proteger a los usuarios y consumidores. Creemos que la genérica mención constitucional a órganos de control no obsta al uso de la segunda expresión, más específica, que por nuestra parte preferimos.

a) Protección de los usuarios

La tutela que establece el artículo 42 de la Constitución requiere la incrementada presencia institucional de los organismos o entes reguladores hoy existentes y los que deberán crearse, como así también define claramente y en forma directamente operativa que su función no es tan sólo tutelar el sistema concedido o licenciado, sino principalmente proteger los derechos e intereses de los usuarios actuales y futuros.

b) Participación de los usuarios

✕

La misma norma establece en forma directamente operativa la necesaria participación de las asociaciones de usuarios y consumidores en la dirección de los organismos o entes de control.

Si el gobierno no dicta la legislación pertinente, corresponde a la justicia reconocerles por imperio constitucional al menos un lugar en los cuerpos colegiados existentes, procediendo a designarlos u ordenando su designación.

Dado el origen y el sentido de su participación como representantes de la comunidad, entendemos que constituiría un absoluto contrasentido considerarlos funcionarios públicos, lo que además lesionaría el concepto constitucional.

Siguen pues siendo particulares, que en la especie ejercen funciones públicas, al igual que son particulares ejerciendo funciones públicas los propios concesionarios o licenciatarios cuyo poder económico habrán de contribuir a regular desde los entes reguladores, en favor de los usuarios o consumidores actuales o futuros.

c) Participación de las provincias

Lo mismo cabe decir de las provincias, con la salvedad que en algunos marcos regulatorios tienen dos lugares sobre cinco, sin que hasta el presente se haya provisto a su designación. De continuar esta inacción, corresponderá igual-

✕

mente a la justicia remediaria por directa aplicación de la Constitución.

d) Audiencias públicas

La exigencia de realización del procedimiento de audiencias públicas previo a la emisión de normas reglamentarias o de grandes proyectos que afectan por ejemplo el medio ambiente, si bien aparece por ahora exigido sólo en algunas leyes, creemos que ya puede considerarse un principio constitucional operativo, emergente de la garantía de defensa y el nuevo sistema constitucional¹.

Las normas o proyectos realizados sin el cumplimiento de este requisito de audiencia pública son, a nuestro juicio, nulas de nulidad absoluta. Uno de los primeros reglamentos en la materia es la resolución 39/94 del Ente Nacional Regulatorio de la Electricidad, ENRE, *Boletín Oficial* del 9-V-94, páginas 11 y 12.

e) Estabilidad en el cargo

Los integrantes de los órganos de control de estos servicios son designados por períodos determinados. Convendrá tener presente que los cambios del Poder Ejecutivo, del jefe de gabinete o ministros del área, jamás podrán constitucionalmente alterar dicha estabilidad ni dar lugar a la "Constitución paralela" de exigir y obtener renunciaciones antes de la expiración de los mandatos.

B) La Auditoría General de la Nación

Este organismo de control externo dependiente del Poder Legislativo tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de la administración pública centralizada y descentralizada y por ende de los servicios concedidos o licenciados que están a su vez controlados por la administración: mal

¹ Ver Gordillo, Agustín, "El Estado Actual del Derecho Administrativo", *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, Año 5, setiembre-diciembre de 1993, n° 14, p. 287 y siga., 307; sobre los caracteres de ésta ver también Cassagna, Juan Carlos, "Los nuevos entes regulatorios", *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, Año 5, setiembre-diciembre de 1993, n° 14, p. 488.

puede controlarse a los entes reguladores descentralizados, en el caso, si no se controla la actividad de los que ellos deben controlar.

Este doble control de la auditoría en nombre del Poder Legislativo es el *quis custodiet custodiat* que permitirá saber si los entes reguladores ejercen adecuadamente su propia función de contralor de ellos. Es el sistema de dobles o múltiples controles.

Es una lástima que se haya dispuesto para su titularidad un miembro del principal partido de oposición; más bien hubiera correspondido que debiera tratarse de un representante de algún partido minoritario independiente, o simplemente de alguna personalidad independiente.

Algo parecido puede decirse de la Defensoría del Pueblo, donde la Constitución no ha establecido exigencia específica como en el caso de la Auditoría.

Yendo al fondo del ejercicio del control, cabe apuntar liminarmente que si eventualmente la Auditoría General de la Nación se dedica a perseguir, como antaño el Tribunal de Cuentas de la Nación, los ladrones de gallinas, la pequeña rapiña, las faltas de hurto famélico, no merecerá sino el mismo juicio crítico que en su momento se ganó el Tribunal de Cuentas de la Nación².

Para que su contralor sirva de algo deberá procurar detectar:

- a) las fallas sistemáticas y generales,
- b) las normas y reglamentos que las sustenten,
- c) las grandes operaciones en perjuicio del Estado o de los usuarios,
- d) y también deberá hacerse cargo de la investigación del enriquecimiento doloso, público o privado, que el artículo 36 iguala un poco exageradamente al delito de los infames traidores a la patria.

Todo lo demás es anécdota para intentar adormecer la conciencia pública o privada, para llenar informes y papeles sin utilidad alguna.

² En tal sentido, nuestro prólogo y el libro de Rogedasebes, José Rafael, *El Control Público*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984.

C) El Defensor del Pueblo

Mucho se bregó en el país por adoptar esta institución destinada a mejorar el control de la administración². Finalmente ella ha alcanzado jerarquía constitucional. Esta magistratura independiente tiene como función, según el artículo 86, "la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas".

La norma de referencia incluye la protección:

a) no sólo de los derechos (los de la Constitución y los de los pactos internacionales del artículo 75, inciso 22, y otros que se suscriban en el futuro),

b) sino también de los intereses legítimos y difusos:—

b.1) así, los referidos al medio ambiente mentado en el artículo 41;

b.2) los de los usuarios y consumidores a que se refiere el artículo 42,

b.3) y especialmente los de los usuarios de los servicios públicos concedidos o dados en licencia bajo condiciones monopólicas o de exclusividad.

Además, "El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal", lo que lo habilita procesalmente para impugnar:

a) ante la administración (reclamos, recursos, denuncias) y

b) ante la justicia en cualquier competencia dentro de la jurisdicción nacional (o sea ante la justicia procesal administrativa, civil, comercial, penal) tanto como parte actora civil o contencioso administrativa, o como parte querellante en la sede penal.

² Padilla, Miguel M., *La Institución del Comisionado Parlamentario*, Ptas Ultra, Buenos Aires, 1972; Matorano, Jorge, *El Ombudsman: Defensor del Pueblo y de las Instituciones Repúblicas*, Manzú, Buenos Aires, 1987; nuestro artículo "An Ombudsman for Argentina: Yes, but...". *International Review of Administrative Sciences*, Bruselas, Vol.-1984, n° 3, pp. 299 y sigs., traducido al portugués y publicado en la *Revista de Direito Público*, n° 75, São Paulo, 1985, pp. 76 a 81; nuestro libro *Problemas del Control de la Administración Pública en América Latina*, Civitas, Madrid, 1981, capítulo V, etc.

En ese múltiple carácter puede demandar, querellar, recurrir, reclamar, denunciar, los actos, hechos u omisiones lesivos a los derechos y garantías mencionados, y no sólo los de base constitucional o de pactos supranacionales, sino también los de origen legal o reglamentario.

Puede impugnarlos sea que ellos provengan de las administraciones públicas o de los licenciatarios y concesionarios de servicios públicos otorgados por el Estado en condiciones de monopolio o exclusividad (abuso de posición dominante, sobrefacturación sistemática, etc.) y demás particulares en su caso.

Desde luego, lo que el Defensor del Pueblo debe procurar es la corrección de los sistemas o mecanismos, normas o regulaciones, prácticas o costumbres, que por su carácter genérico sean las causantes de las violaciones concretas y particulares.

Más que su actividad en la solución de controversias individuales concretas, interesa a la colectividad que ellas le permitan detectar el disfuncionamiento sistemático de las administraciones o de los licenciatarios o concesionarios de servicios públicos, y entonces contribuir a corregir las causas de los problemas observados y superar las fallas generalizadas del sistema.

D) El Consejo de la Magistratura

El segundo párrafo del mismo inciso cuarto del artículo 99 menciona la creación del Consejo de la Magistratura, cuya integración y funciones regula esquemáticamente el artículo 114.

El Consejo de la Magistratura hace las propuestas vinculantes sobre el Poder Ejecutivo para que éste eleve necesariamente al Senado las ternas preparadas por el Consejo para los demás jueces federales.

Dichas ternas deberán luego ser tratadas en audiencia pública en el Senado, a fin de resolver si se otorga o no el acuerdo. A ello nos referiremos luego.

Será cuestión de ver cómo se regula e integra en la práctica el Consejo de la Magistratura para ver luego como se mejora, o no, la designación de los demás jueces federales integrantes del Poder Judicial de la Nación.

En cualquier caso y al igual que en lo referente a los representantes de los usuarios y consumidores en los entes

reguladores de servicios dados en monopolio o exclusividad, nos parece más acorde con el sentido de la norma constitucional que los particulares que integran dicho Consejo no adquirieran con ello la condición de funcionarios públicos, para mayor independencia en el ejercicio de su función.

E) El Jurado de Enjuiciamiento

El Poder Judicial de la Nación es el pilar básico del sistema de control de la administración y los prestadores de servicios licenciados o concedidos por ella en condiciones monopólicas o de exclusividad.

De acuerdo a la remisión que el artículo 115 hace al artículo 53, los jueces y camaristas pueden ser removidos por las mismas causales que el presidente y vice, jefe de gabinete, ministros y jueces de la Corte Suprema: no sólo por delito en el ejercicio de sus funciones y crímenes comunes, sino también por "mal desempeño".

A título de ejemplo, será mal desempeño de la función y causal eficiente de iniciar el procedimiento de remoción por el jurado de enjuiciamiento, el defectuoso cumplimiento de las demás funciones que la nueva Constitución les impone.

Básicamente, se trata:

- a) de su deber de tutela de los derechos individuales,
- b) con más las que impone el artículo 36 en materia de enriquecimiento ilícito doloso de funcionarios y particulares,
- c) el 41 en la protección del medio ambiente,
- d) el 42 en la protección de los derechos e intereses económicos del usuario de los servicios públicos actuales y futuros,
- e) el 43 en los cuatro medios de tutela que determina operativamente.
- f) Los demás derechos del Pacto de San José de Costa Rica y otros tratados internacionales: la tutela de la privacidad e intimidad en el derecho de rectificación y respuesta para la defensa del individuo contra las empresas de medios de prensa, la no discriminación, etcétera.

IV. EL PODER EJECUTIVO

A) *El Jefe de Gabinete*

El jefe de gabinete no será un organismo de control si lo designa y remueve un Poder Ejecutivo cuyo partido gobernante tenga mayoría de votos asegurada en el Congreso. Sin embargo, en tanto división real del poder, puede dar lugar a una hipartición recíproca de funciones como la que ocurre hoy entre los ministros "fuertes" y el presidente de la Nación.

Si se diera el no imposible caso de un presidente que carezca de mayoría parlamentaria propia, es previsible que dada la responsabilidad política del jefe de gabinete el Poder Ejecutivo deba negociar su designación con el o los partidos de oposición.

En tal caso la situación se aproximará, conceptual y sólo lateralmente, a la distinción francesa entre presidente y primer ministro y consiguiente "cohabitación" cuando ambos responden a diferentes partidos; o también puede darse, a la europea, un gobierno de coalición, cediendo el presidente algunos cargos ministeriales al partido que haya de acompañarlo en su gestión, para contar con apoyo legislativo⁴.

Ella, en cuanto de hecho existirá entonces una división de competencias en lugar de una relación jerárquica entre el presidente y el jefe de gabinete.

En cualquier caso, estimamos que lo más probable es que el presidente establezca una importante Secretaría General de la Presidencia de la Nación, y el jefe de gabinete haga lo propio, pero con varias secretarías.

Muchas secretarías y órganos hoy adscriptos a la Presidencia de la Nación por razones más de cercanía al poder que institucionales, deberán necesariamente pasar al ámbito del jefe de gabinete o de algún ministerio del ramo.

⁴ Es una alternativa que por nuestra parte hace tiempo propiciamos: "Necesitamos gobierno parlamentario", suelta de dirección en la revista *Discusiones* de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, F.A.C.A., Año 7, nº 1, enero de 1983, p. 14.

B) Prohibición de delegación legislativa

Antes de la Constitución de 1994 generalmente se admitía la delegación legislativa a favor del Poder Ejecutivo, siempre que no fuera "en blanco" y estableciera parámetros concretos dentro de los cuales el Poder Ejecutivo podría integrar la norma legislativa.

Ahora la Constitución ha cercenado esta posible facultad del Poder Ejecutivo, limitándola sólo a casos de emergencia o relativos a la administración.

En el segundo caso, es obvio que dado el carácter excepcional y por ende restrictivo de la admisión constitucional no podrá delegarse materia alguna, en lo que hace a la administración, que pretenda tener efectos jurídicos frente a terceros ajenos a la administración.

V. EL PODER LEGISLATIVO

A) Organos de control

a) La Comisión Bicameral Permanente

La Comisión Bicameral Permanente prevista en el párrafo cuarto del inciso 3° del artículo 99, es el organismo de control previsto para producir despacho sobre los reglamentos de necesidad y urgencia, sobre el cual se pronunciará luego el Congreso.

Esta norma rige sólo para el futuro y está sujeta a regulación legislativa.

En cualquier caso, la falta de comunicación por el jefe de gabinete de la medida a la Comisión Bicameral Permanente puede llevar al decaimiento automático de la norma, pues se trata, obviamente, de un trámite constitucional sustancial sin cuya ejecución no puede considerarse validada, en el ínterin, la vigencia de tales reglamentos².

² "Ello es así singularmente cuando una autoridad administrativa encargada de tomar una decisión se pronuncia sin proceder a las investigaciones y consultas requeridas por legislación en vigor. Su decisión es nula de pleno derecho aunque la ley no haya establecido esa sanción para la omisión de tales formalidades"; Alibert, *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration*, Paris, 1928, p. 224; Odent, R., *Contentieux Administratif*,

B) Instituciones de contralor

a) Las audiencias públicas del Senado

Lo que el Senado no ha hecho por propia iniciativa se lo impone ahora la Constitución en el inciso cuarto, primer párrafo, del artículo 99: realizar el procedimiento administrativo de verdaderas audiencias públicas, al estilo norteamericano, para la designación de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sería una verdadera desinterpretación leguleya, impropia para un texto constitucional, la que quiera encontrar un sentido diferente entre *sesión pública* y *audiencia pública*.

Pero si no ha habido audiencias públicas hasta el presente, no cabe ser demasiado optimistas en cuanto a que la interpretación resultante, en los primeros años de aplicación de la Constitución, no haya de ser la de crear precisamente la distinción entre sesión pública y audiencia pública.

De aquí en más y dada la operatividad de la norma constitucional, será inválida cualquier designación en la Corte Suprema que no siga prolijamente este procedimiento de audiencia pública en el Senado.

El concepto de audiencia pública o *public hearing* tiene un doble carácter público:

a) por la publicidad y transparencia misma del procedimiento, su oralidad e inmediatez, asistencia y registro gráfico y fílmico de los medios de comunicación, publicación de las reuniones, etcétera, y

b) más especialmente por la *participación procesal* y el acceso del público en general a tales procedimientos, como sujeto activo y parte en sentido procesal de ellos.

Lo primero hace a la calidad necesariamente transparente y abierta al conocimiento del público de virtualmente todos los actos estatales: el secreto es sólo un resabio medieval que las modernas democracias ya no aceptan sino en contados

t. III, Paris, 1958, pp. 809 y 819; Petracchi, Enrique C., "Los órganos consultivos y el acto administrativo", en la *Revista de Derecho y Administración Municipal*, n.º 100, Buenos Aires, 1938, pp. 52 y sigs., p. 57. Ver nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 3, "El acto administrativo", Buenos Aires, 1979, Macchi, reimpresión, cap. IX, p. 9.

asuntos de Estado que hacen a la seguridad nacional, o a la discreción que debe proteger al secreto comercial.

Lo segundo es entonces lo que cualifica de modo especial estas denominadas "audiencias públicas", y es la activa participación del público como parte en el procedimiento, en sentido jurídico, y no ya como mero "espectador".

Las audiencias públicas o sesiones públicas en el Senado no pueden diferir sustancialmente de lo que han de ser las audiencias públicas en los entes reguladores⁶.

b) Voto de censura al jefe de gabinete

El artículo 101 faculta al Congreso a remover al jefe de gabinete por un voto de censura.

Va de suyo que una vez removido el presidente debe designar a otro en el cargo, sea en forma permanente o transitoria, y que también éste puede ser removido: no existe ninguna limitación constitucional al efecto, ni siquiera la necesidad de expresión de causa suficiente y adecuada.

c) Informe al Parlamento

El mismo artículo 101 establece la obligación del jefe de gabinete de concurrir cada mes alternativamente a cada una de las Cámaras a informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de la preexistente facultad de interpelación a todos los ministros conforme al artículo 71.

d) Iniciativa y consulta popular

El derecho de iniciativa popular que muy tímidamente introduce el artículo 39, es cuanto menos el germen de un control del parlamento en sus omisiones legislativas.

Hubiera sido mejor establecer en la Constitución que cuando hay un determinado número de votos en la iniciativa,

⁶ Sobre esto último nos remitimos a nuestro ya citado artículo "El estado actual del derecho administrativo", en la *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1974, n° 14; Cassagna, Juan C., *La Intervención Administrativa*, 2ª ed. actualizada (con estudios sobre los nuevos entes y marcos regulatorios), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1944, p. 164; resolución n° 3894 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, E.N.R.E., publicada en el Boletín Oficial n° 27.387 del 9-V-94, ps. 11 y 12.

el Estado debe obligatoriamente someterla a consulta popular en la siguiente elección general, si antes el Congreso no la sanciona como ley. Pero esto también puede establecerlo el propio Congreso en la ley que dicte reglamentando los artículos 39 y 40.

No creemos que exista todavía el suficiente desarrollo político como para que el Congreso, dando un paso más allá de lo que la Constitución exigió, reconozca al pueblo este derecho de tener automáticamente la consulta popular cuando reúne los votos que sean del caso, y no quede ésta librada al arbitrio del Congreso en cada oportunidad puntual.

VI. EL PODER JUDICIAL

A) Organismos

a) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*

El país ya se había sometido válidamente a la jurisdicción supranacional y supraconstitucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷ y la Corte Suprema había declarado en 1993 la operatividad de sus cláusulas aun en ausencia de regulación legislativa⁸.

No obstante ello, el artículo 75 inciso 22 perfecciona el punto al prever un mecanismo muy estricto de denuncia de los tratados de derechos humanos, más severo que el que establece para los tratados de integración en el inciso 24.

Ello implica claramente que la subordinación al organismo supranacional y supraconstitucional de control de derechos humanos es virtualmente irrevocable en el derecho interno, sin perjuicio de que es irrevocable en el derecho supranacional.

No ha de olvidarse el principio de "la irreversibilidad de los compromisos comunitarios"; "Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no

⁷ Nuestro artículo "La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno", *L.E.*, 17-IV-80.

⁸ "Esmekdjian, Miguel Angel c. Safevich, Gerardo y otros", *Fallos*, 308-647; *E.D.*, 148-338.

está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad".

"Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver"⁹.

Del mismo modo, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865, establece que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado", lo cual no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado, pues ello importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico¹⁰.

b) El Poder Judicial de la Nación

El Poder Judicial argentino como órgano de control se ha visto fortalecido por la restablecida independencia del Ministerio Público y la creación de otras diversas magistraturas independientes como el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento, con más el procedimiento de audiencia pública en el Senado para la designación de miembros de la Corte Suprema.

Sin perjuicio de ello, se ha fortalecido también la misión de nuestro Poder Judicial, al otorgársele atribuciones que será obviamente su deber constitucional ejercer, pero que en el corto plazo difícilmente pueda hacerlo. Ello, aunque más no sea que por limitaciones cuantitativas derivadas de la irrisoria cantidad de jueces contencioso administrativos existentes en materia de protección de los derechos de los indi-

⁹ Pescatore, Pierre, "Aspectos judiciales del 'acervo comunitario'", *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, ps. 331 y sigs., p. 338, citada en nuestro libro *Derechos Humanos. Doctrina, Casos y Materiales Parte General*, edición de la Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1990, reimpresión, 1992, p. 43.

¹⁰ Pescatore, op. cit., p. 348; nuestro *Derechos Humanos...*, op. cit., p. 44.

¹¹ Ver nuestro libro *Derechos Humanos...*, op. cit., p. 44.

viduos y usuarios contra el Estado y sus licenciatarios y concesionarios. Es un tema que hemos tratado ampliamente en otro lugar¹². Un Poder Judicial que cuantitativamente es tan exiguo como para superar el nivel de lo cualitativo, en materia contencioso administrativa, implica de hecho la virtual inexistencia de un Estado de Derecho pleno.

Las nuevas tareas que se han impuesto constitucionalmente a la justicia no se limitan a la justicia contencioso administrativa, con todo, sino que alcanzan también a la justicia penal.

c) *El Ministerio Público*

La independencia del Ministerio Público, que promoverá entre otras materias las causas penales por enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos y particulares, es ahora materia regulada en forma inmediatamente operativa por la Constitución.

Si bien tradicionalmente se justificaba la entonces indiscutible independencia que debían tener los fiscales en el ejercicio de su ministerio público por su alegada pertenencia al Poder Judicial, lo cierto es que al momento de la reforma vienen de formar parte de la administración; también es cierto que una vez establecido categóricamente en la Constitución que son independientes de la administración, poco importa ya dilucidar si integran el Poder Judicial o son otras autoridades administrativas independientes como las ya comentadas.

En todo caso, nos parece más apropiado retornar a la interpretación que no debió nunca abandonarse, con el ahora doble sustento de que integran el Poder Judicial de la Nación y son autoridades independientes a texto constitucional expreso.

La importancia de esta independencia se advierte con un solo ejemplo: sólo fiscales independientes pueden intentar hacer verdad la equiparación inmediatamente operativa que realiza el artículo 36 entre la corrupción y la traición a la patria.

Ello es así, tanto que el enriquecimiento doloso provenga de funcionarios públicos o de particulares, por ejemplo licenciatarios o concesionarios del Estado y contratistas del Estado en general.

¹² *Derechos Humanos...*, op. cit., capítulo V.

B) Instituciones sustantivas de control

a) El enriquecimiento como "traición a la patria"

Encontramos en el párrafo quinto del artículo 36 un tema de Derecho Penal constitucional operativo, no legal.

Los responsables de enriquecimiento doloso son ahora equiparados a los "infames traidores a la patria" que condenan el artículo 29 y los párrafos uno a cuatro del mismo artículo 36.

La norma penal de referencia se aplica tanto a los funcionarios públicos como a los particulares, puesto que la norma no distingue y generalmente van unidos: es el mismo actuar doloso de uno y otro que produce el enriquecimiento de ambos en perjuicio del Estado y la sociedad de usuarios y consumidores.

Si bien parece un poco exagerada la solemnidad de la condena constitucional, de todos modos no puede ignorarse que su espíritu es claro y frontalmente punitivo, y su normativa inmediatamente operativa.

Otorga a los fiscales y jueces penales un rol sustancial como órganos de control de la administración y de quienes ejercen poder bajo licencia o concesión de la administración. Se trata de una facultad que es, al mismo tiempo, un deber jurídico impuesto por la misma Constitución.

b) Usuarios de servicios públicos

El artículo 42 de la Constitución establece la obligación de todas las autoridades nacionales, tanto legislativas como administrativas y jurisdiccionales, de tutelar los derechos e intereses económicos de los usuarios y consumidores de bienes y servicios.

El empleo de la palabra "autoridades" no puede hacer suponer que se refiere sólo a las administrativas, como es obvio. Sería una burda manera de incumplir la tutela judicial de los derechos individuales de los usuarios y consumidores y por ende un obvio mal desempeño de la función.

Antes de la reforma del Estado el poder lo ejercía el Estado, ahora lo ejercen monopólicamente en nombre y por privilegio concedido por el Estado, las licenciatarias o concesionarias. Se ha vuelto así al sistema previo al fallido crecimiento del Estado empresario y consecuentemente corresponde reajustar el control judicial.

No pueden clamar la protección que fue concebida para los débiles, los usuarios e individuos frente al poder, no para los gigantesos prestadores monopólicos del servicio en contra del usuario indefenso frente a su facturación: *la máxima potencia, mínima licencia*. Dicho en otras palabras, al más poderoso le corresponde la mínima licencia, la mínima libertad¹³.

Como dice Radbruch, "La idea central en que el Derecho... se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existan; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico"¹⁴.

De lo contrario se violentará el mandato bíblico de proteger al débil contra el poderoso¹⁵, el elemental principio jurídico de que el Derecho debe equilibrar las desigualdades existentes (como en el derecho laboral, como en el derecho público y administrativo general), y también se estará violentando el texto constitucional puntual del artículo 42, expreso e inequívoco de 1994.

También violentará las convenciones internacionales, ahora con fuerza constitucional o supraconstitucional (art. 75, inc. 23), que imponen a los tres poderes del Estado la discriminación positiva, a favor del débil, y no la discriminación a favor del prestador y en perjuicio del usuario, agravante también al artículo 1º del Pacto de San José de Costa Rica.

Cuando el Estado sale en defensa del usuario, como es ahora su deber después de la reforma del Estado y más aún de la Constitución, no ha de ser precisamente *el fuerte quien invoque con visos de randa el derecho del débil*, ni el juez quien imparcialmente tutele al poderoso en desmedro del desprotegido.

¹³ *Black's Law Dictionary*, 5ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1989, p. 708.

¹⁴ Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, 1951, p. 162, citado en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, *Parte General*, 2ª ed. corregida y aumentada, Buenos Aires, 1994, Cap. III, p. 29.

¹⁵ Noonan jr., John T., *Bribes*, Macmillan Publishing Company, New York, 1984, capítulo I, parágrafo 3, especialmente página 69, y sus múltiples referencias.

1) Inversión de la carga de la prueba

Ya algunas empresas han comenzado a invertir sabiamente la carga de la prueba a favor del usuario. Mientras las demás no sigan el ejemplo o los entes reguladores no lo impongan, es una tarea que le corresponde al Poder Judicial implementar.

2) Resolución fundada de los reclamos

Del mismo modo corresponde imponer a los licenciatarios y concesionarios el deber de resolver fundamentadamente y no por agraviantes formularios preimpresos, los reclamos de los usuarios de sus servicios prestados en condiciones de exclusividad o monopolio.

3) Suspensión del pago hasta la resolución fundada

Corresponde de igual manera resolver que hasta tanto el concesionario o licenciatario no haya resuelto satisfactoriamente en forma fundada y convincente el reclamo del usuario, debe quedar suspendida la obligación de pago del servicio en la medida que el usuario cuestiona.

c) Control de monopolios y exclusividades

Cabe decir que en los últimos tiempos el Poder Judicial, en sus instancias de primero y segundo grado, no ha tomado aún debida cuenta de que la renuencia con que controló a las empresas públicas en el pasado no puede además trasladarla a las empresas privadas que tienen un privilegio de monopolio o exclusividad.

Es como imposibilitar un fundamental posible efecto positivo de la privatización y reforma del Estado: la disminución del poder monopolizado (antes poder estatal incontrolado, hoy poder privado de igual indefensión del particular) sin control judicial suficiente y adecuado.

Sin adecuado control judicial del poder económico ahora concentrado en manos privadas por el traspaso de manos del Estado por vía de concesión o licencia monopólica o exclusiva, las cosas seguirán estando tan mal como cuando estaban en manos del Estado, en cuanto a tutela del individuo se refiere.

La Constitución da un fuerte llamado de atención al Poder Judicial, al enfatizar de diversos modos este punto. Le

curioso es que no se trata en la especie de principios nuevos, sino que ya existían en nuestro Derecho y jurisprudencia desde la época de las antiguas concesiones que las nacionalizaciones eliminaron.

Antes de las nacionalizaciones se sabía del control de las empresas concesionarias y monopólicas de servicios públicos, pero ese conocimiento parece como si se hubiera perdido con medio siglo de estatismo. La Constitución de 1994 viene, como una lección de instrucción cívica, a recordar los principios elementales en la materia.

Cabe pues esperar que una adecuada comprensión de esta elemental lección constitucional de instrucción cívica sirva en la práctica diaria al Poder Judicial de la Nación: ha sido harto remiso en tutelar a los usuarios y en algún caso ha llegado al extremo de proceder a la inversa, tutelando al licenciatario contra los usuarios y la autoridad de contralor que en la especie procuraba defender sus derechos e intereses.

Las ideas son simples:

- a) debe protegerse al ciudadano del poder monopólico o exclusivo;
- b) interpretar a este último en forma restrictiva¹⁶;
- c) invertir la carga de la prueba a favor del usuario o consumidor y en contra del prestador de bienes o servicios¹⁷;
- d) proteger contra la sobrefacturación, fomentar la competencia, la libre circulación de las ideas y la información;
- e) en general, tutelar todos los derechos consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros.

¹⁶ Sobre la materia los antecedentes son copiosos, aunque se los ignora en la práctica. Esperemos que con la nueva Constitución, el Poder Judicial recuerde que las facultades de los concesionarios y licenciatarios se interpretan en forma restrictiva, pues *in manu potentia*, minima licentia, y en su consecuencia, tutelén más los derechos de usuarios y consumidores de servicios prestados bajo licencia o concesión, exclusividad o monopolio.

¹⁷ Lo dijimos hace mucho tiempo en "Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos", *L.L.*, t. 108, pá. 1187 y sigs. Algunos servicios privatizados, como el gas, han laudablemente adoptado la regla *per propria iniciativa*: es un ejemplo que los demás deberían seguir. En todo caso, si en los demás servicios la propia iniciativa no funciona, deben imponer la regla los entes reguladores y los jueces del Poder Judicial de la Nación.

Dado lo viejo y olvidado de estos principios, séanos permitido recordarlos, ya que la Constitución expresamente enuncia la necesaria tutela del usuario frente al poder de los monopolios naturales o legales.

Ya el concepto primigenio de monopolio, del griego *monopolion*, sugiere etimológicamente la idea de "trato ilegal"¹⁸ y si bien nuestra legislación actual se inclina por el concepto de punir, incluso penalmente, el abuso de posición dominante en el mercado, el resultado para nuestro caso es el mismo. "Dado el concepto de privilegio, va de suyo que todo lo atinente a su existencia y extensión es de interpretación restrictiva. No hay 'privilegios' implícitos"¹⁹.

El clásico principio *in dubio pro libertate*²⁰, también expresado como *in fauorem libertatis*²¹ tiene especial aplicación cuando se trata de las libertades fundamentales de nuestra Constitución, una de las cuales, en la interpretación de la nueva legislación sobre reforma del Estado y de la nueva política económica mundial, es la libertad de comercio y la libre competencia.

En la duda entonces, lógicamente corresponde estar al principio de libertad de comercio y no de monopolio o exclusividad, lesiva de dicha libertad de comercio e industria.

Cabe también expresar, *ab initio*, que las cláusulas restrictivas a la libre competencia en los contratos de licencia o concesión han de interpretarse, como es tradicional en Derecho, en forma restrictiva. Se trata del viejo y firme criterio conforme al cual *privilegia sunt strictissimae interpretationis*, que expuesto de otro modo se expresa como *privilegia non sunt trahenda ad exemplum*²², *in obscurum*

¹⁸ Corominas, Juan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3ª ed., Gredos, Madrid, 1976, pp. 401 y 402.

¹⁹ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B, Abeledo-Perrot, 3ª ed., reimpresión 1983, op. cit., p. 626.

²⁰ Schneider, Peter, *In Dubio Pro Libertate*, Karlsruhe, 1960, a quien recordamos en la mencionada segunda edición actualizada del Tomo I de nuestro *Tratado de derecho administrativo. Parte General*, Machi, Buenos Aires, 1994.

²¹ *Black's Law Dictionary*, 3ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1989, p. 699.

²² 14 D.L. 3, recordados en Piccirilli, Rodolfo, *El Privilegio en las Concesiones de Servicios Públicos*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1928, prólogo de Rafael Bielas, p. 9.

libertatem prevalere: en los casos de duda, debe prevalecer la libertad²³.

O si se prefiere, *in favorem libertatis omnia presumuntur*: toda presunción debe hacerse en favor de la libertad²⁴, lo que en el caso significa de la competencia.

Dicho principio plurisecular se halla también recogido desde siempre por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁵ y por doctrina uniforme²⁶.

En la IVa. Conferencia Nacional de Abogados, p. 37, se definió con particular énfasis este grupo de principios y su recepción en la jurisprudencia nacional y comparada:

"La interpretación del contenido contractual de la concesión tiene carácter restrictivo"; "El derecho del concesionario no puede ir más allá de lo que la concesión define y enumera, siendo la regla más segura en materia de interpretación de concesiones la de que *toda duda debe ser resuelta en sentido adverso al concesionario, porque nada debe tenerse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia clara*" (Fallos, C.S.J.N., t. 155, p. 12). "No existen derechos implícitos en la concesión en beneficio del concesionario. "La afirmativa —en materia de interpretación de concesiones— necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario" (Fallos, C.S.J.N., t. 49, p. 224, cit. de Cooley, *Const. Limit.*, 7ª ed., p. 565). La jurisprudencia norteamericana es concordante con el principio de la interpretación restrictiva (97. U. S. 659, *in re Northwestern Fertilizing Co v. Village of Hyde Park*).

Recuerda igualmente Bielsa (en el mencionado *Consideraciones Sumarias sobre la Concesión de Servicios Públicos*,

²³ D. 40, 5. 50. Marcian. 7 ins.; J. Iglesias - Redondo, *Definiciones, Reglas y Máximas Jurídicas Romanas*, Civitas, Madrid, 1986, p. 131.

²⁴ Black's, *op. cit.*, p. 699.

²⁵ Fallos, 146:297; 149:219; 114:124, hasta los más recientes que luego veremos.

²⁶ Carrillo, P., "Concesión de servicios públicos", *L. L.*, t. 62, ps. 948 y sigs.; Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, T. II, *La Ley*, 6ª ed., Buenos Aires, 1964, ps. 259 y sigs.; del mismo autor, *Consideraciones Sumarias sobre la Concesión de Servicios Públicos (A propósito de la IVª Conferencia Nacional de Abogados)*, Buenos Aires, Abeledo, 1937; *IVª Conferencia Nacional de Abogados, Régimen Jurídico de la Concesión de Servicio Público*, Buenos Aires, 1938, Talleres de "Artes Gráficas", ps. 30 y 31.

ps. 52 y sigs.), que a tenor de lo resuelto por nuestra Corte Suprema en el caso registrado (tomo 149, ps. 219 y sigs.),

“... es una regla consagrada por el derecho administrativo que en materia de franquicias a una corporación como en toda concesión de privilegios por el Estado a personas o individuos, en caso de duda la interpretación debe ser *contra de los concesionarios*, porque la presunción más aproximada a la verdad es la de que el Estado ha acordado sólo lo que en términos expresos resulte de ellos”.

“Vacilar acerca de la extensión del privilegio es estar resuelto y toda resolución que dimana de una duda debe ser en *contra de la concedida*. Y la Corte Suprema de los Estados Unidos ha expresado reiteradamente, en ese mismo sentido, lo siguiente: “la regla de interpretación más segura en esta clase de casos es la de que aquella es en *contra de la corporación*. Toda razonable duda debe ser resuelta en *forma adversa*. Nada debe tomarse como *concedido* sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser *demonstrada*, el silencio es *negación*, y la *duda es fatal para el derecho del concesionario*. (97 U. S. 659/77”.

En cualquier caso, ese tradicional principio de derecho público extranjero y nacional ha sido reiterado por nuestro más alto tribunal en el fallo recaído el 22-IV-66 *in re Hotel Internacional Iguazú S.A. c/ Gob. Nac., J.A., 1967-II, p. 241*), considerando noveno, en que manifestó:

“Que, además, es una regla consagrada por el derecho administrativo que en materia de franquicias o concesión de privilegios por el Estado a personas o individuos, en caso de duda la interpretación debe ser *en contra de los concesionarios*, porque la presunción más aproximada a la verdad es que el Estado ha acordado sólo lo que en términos expresos resulte de ellos (Fallos, 149:218 —último considerando—) (C.S.J.N., Iguazú, 1966).

d) Los intereses económicos de los usuarios

Prescribe también la Constitución la protección de los intereses económicos de los usuarios: esto significa que no deben pagar tarifas que otorguen una excesiva onerosidad al

²¹ Cooley's, *Constitutional Limitations*, ps. 565 y 566, 7ª ed.

contrato²⁸, en perjuicio económico de los usuarios y correlativo beneficio incausado de los prestadores del servicio.

Cabe así añadir un fundamento empírico en modo alguno desprovisto de fuerza jurídica: en aquellos casos en que se adviertan más que considerables ganancias de las licenciatarias o concesionarias demostrarán que el privilegio o monopolio concedido ha sido no solamente un privilegio jurídico sino un privilegio económico. La ecuación económico-financiera de estos contratos no es entonces simplemente más que beneficiosa para las licenciatarias, sino que excede una razonable aplicación de la teoría de la ecuación económico-financiera del contrato.

En esta teoría, en efecto, se resguarda "que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable"²⁹.

El Consejo de Estado francés, en igual tesitura, viene hablando desde comienzos de siglo de la *équivalence honnête* u *honnête* (*equivalence honnête*) entre las cargas y los beneficios del concesionario³⁰.

Esa equivalencia honesta o relación razonable no solamente puede verse afectada en perjuicio del contratante, con el consiguiente reajuste en más del contrato, sino también en perjuicio del Estado o la sociedad y los usuarios, como ocurre precisamente cuando las ganancias son irrazonables o excesivas, caso en el cual corresponde el reajuste en menos.

Por igual tipo de razonamiento, ya en materia de obras públicas hace tiempo que quedó aclarado que la ecuación económico-financiera del contrato no sólo debe ser modificada en más por los mayores costos, sino que también puede serlo en menos, de allí la terminología de algunas legislaciones de que no se trata de mayores costos sino de "variaciones de costos".

²⁸ El concepto de "excesiva onerosidad" también se encuentra previsto expresamente, por ejemplo, en el contrato de transferencia a las licenciatarias de telecomunicaciones, tanto a favor como en contra de ellas (arts. 16.9, 16.9.1., 16.9.2., *Boletín Oficial*, 29-I-91, p. 11, contratos aprobados por decreto 2133/90).

²⁹ Escala, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Vol. I, *Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 453.

³⁰ *Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*, dictamen del Comisario de Gobierno Léon Blum, *Conseil d'Etat*, 21-III-10.

A título de ejemplo vale la pena recordar el artículo 55 in fine de la Ley de Obras Públicas de la provincia de Buenos Aires, que expresa: "En la misma forma beneficiarán al Estado los menores precios que, generados en las mismas causas, se reflejen en los conceptos antedichos"²⁰.

Si bien el precedente norteamericano de los *Windfall benefits*²¹ no se halla limitado a situaciones de emergencia o necesidad pública, ello se aplica entre otros a aquellos casos en que el beneficio extraordinario emerge de un estado de emergencia o necesidad del Estado que le impidió negociar condiciones en circunstancias normales de mercado.

Se trata de otra aplicación de la ya recordada regla conforme a la cual *De similibus ad similia eadem ratione procedendum est* (en otra formulación, *in consimili casu, consimile debet esse remedium, o de similibus idem est iudicandum*), con lo cual mal se advierte qué razón fáctica o jurídica podría existir para actuar en la especie exactamente a la inversa, aumentando el monopolio o privilegio concedido con excesiva onerosidad en condiciones de emergencia.

Cuando la excesiva onerosidad del servicio queda demostrada por ganancias excesivas, se acredita con ello la falta de causa fáctica y jurídica para la extensión que se ha dado al privilegio otorgado: como ya lo dice el adagio latino, *allegatio contra factum non est admittenda*²²; o también *facta sunt potentiora verbis*, los hechos son más poderosos que las palabras²³.

Existe pues más que suficiente fundamento para reducir el esquema de privilegio otorgado a las licenciatarias (*ex facto ius oritur*: el derecho nace de los hechos, *Black's...*, p. 514).

²⁰ Ver por ejemplo Carol, Guillermo C. - Sansoni, Félix J., *Estudio de la Legislación de Obras Públicas de la Provincia de Buenos Aires*, T. II, edición de la Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1989, p. 594 y sigs.

²¹ En los Estados Unidos nació la teoría de los *windfall benefits*, beneficios incausados originados en situaciones de emergencia y que en su consecuencia, por diferentes mecanismos, vuelven al patrimonio de la sociedad. Graves, Harold M., *Finanzas Públicas*, Trillas, México, 1965, pp. 324 y sigs.; Hick - Rostas, *The Transition of War Wealth*, Clarendon Press, Oxford, 1941, pp. 180 y sigs., y sus referencias.

²² *Black's Law Dictionary*, 8ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1989, p. 68.

²³ Como se explica en *Black's...*, *op. cit.*, p. 532.

Luego de la privatización el derecho sigue avanzando y con la actual Constitución, comienza o debe comenzar y profundizarse el control, no el descontrol.

Es un desafío que tienen tanto los entes reguladores como el Poder Judicial, éste como custodio último en el orden interno de los derechos e intereses económicos de los usuarios y consumidores, que la nueva Constitución expresamente protege y manda proteger.

e) El derecho a un medio ambiente sano

Tal como lo adelantamos en nuestro libro *Derechos Humanos a tenor de las normas del Pacto de San José de Costa Rica*, ahora el texto constitucional reconoce en el artículo 41 el derecho a un ambiente sano.

f) Los futuros tratados

Va de suyo que los nuevos tratados que la Nación vaya suscribiendo en el futuro, en la medida que reconozcan derechos a los individuos, se tratará de derechos de carácter constitucional al menos; para nosotros y según quedó expuesto en otro lugar, supranacional y supraconstitucional.

C) Instituciones adjetivas de contralor

a) El amparo

El artículo 43 contiene en cada uno de sus cuatro párrafos un distinto medio de tutela de los individuos contra la administración y demás particulares, a ser aplicado por el Poder Judicial. El primero es el amparo clásico, mejorado y ampliado.

b) Amparo del usuario consumidor, y del medio ambiente

El segundo es el amparo por la tutela del medio ambiente, del usuario o consumidor de bienes y servicios y de los derechos e intereses legítimos o difusos, que refuerza a nivel procesal los derechos conferidos en los artículos 41 y 42.

En esto hay cuestiones de dos órdenes: una, en cuanto derecho de fondo, otorga un específico campo de control al Poder Judicial en las materias antedichas, reconociendo explícita-

mente el deber jurisdiccional de controlar la actividad administrativa o de particulares que afecte el medio ambiente.

c) Legitimación procesal del interés legítimo y difuso

La segunda cuestión, no menos importante, es la legitimación procesal del interés legítimo y difuso. Importa la legitimación procesal, desde ya en el amparo y por ende en el juicio ordinario, de las asociaciones de usuarios, vecinos, consumidores, fundaciones y demás entidades no gubernamentales.

Posiblemente se la extienda también a los usuarios, consumidores y vecinos mismos, pues no tiene en verdad mucho sentido limitarla a las asociaciones excluyendo a los individuos que la integran, pero en cualquier caso constituye en el ejercicio de nuestro Derecho una práctica que no todos los tribunales aceptaban. Una vez más, lo que no hizo la ley ni el juzgador, viene a tener que hacerlo el constituyente.

Una primera aplicación se ha visto en estos días con la anulación, en primera y segunda instancia contencioso administrativa federal, de un llamado a licitación cuya ejecución afectaba potencialmente el medio ambiente local sin prever ni haber realizado una audiencia pública para la participación de las personas interesadas.

Aunque el resultado en la Corte Suprema sea adverso, lo cual aún está por verse, ya sólo es cuestión de tiempo que los tribunales se habitúen a reconocer y aplicar el Derecho ahora taxativamente vigente.

d) Hábeas data

El tercero es el hábeas data contra los registros o bancos de datos públicos, y contra los privados destinados a proveer informes.

Es de destacar que el texto constitucional extiende el habeas data respecto de los bancos de datos privados solamente cuando ellos estén "destinados a proveer informes", lo cual puede dar lugar a algunos problemas de interpretación. Pensamos que cabe darle el sentido de que estén destinadas, actual o potencialmente, a proveer informes.

Por lo demás, la ley reglamentaria puede 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 ellos en tales bancos de datos, y en su caso a requerir la modificación de los errores que contengan.

e) Hábeas corpus

El cuarto es el hábeas corpus, destinado a corregir trágicos errores del pasado reciente. Sin que ello importe crítica a la norma, con todo, lo cierto es que su efectividad depende de que el sistema jurídico y social tenga condiciones tales como para que no se repitan los mecanismos que crearon la necesidad de esta norma. El artículo 36 hace bastante en tal sentido, al privar del necesario sustento civil a cualquier intención de arrebatarse el poder constitucional.

f) Rectificación y respuesta

También debe el Poder Judicial aplicar el derecho de rectificación y respuesta que tutela el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica, que en modo alguno limita la libertad de prensa, sino que equilibra el poder de unos pocos frente al derecho a la intimidad y a la privacidad de toda la ciudadanía.

Basta pensar en el constante abuso que alguna prensa televisiva hace actualmente sobre la privacidad e intimidad de las personas a quienes somete, sin previo consentimiento escrito, a sus infamados *bloopers*; o en cualquier caso su engaño al público; y los programas televisivos que se aprovechan de la inocencia o buena fe de personas inexpertas a quienes ridiculizan en desmedro del respeto mínimo a la persona humana, para comprender que existe un amplio campo para la aplicación de este derecho humano básico en la era contemporánea.

D) Observaciones comunes. La poca cantidad de jueces

En los casos mencionados, la efectividad del sistema dependerá en gran medida del esfuerzo, voluntad de servicio, coraje e independencia de los integrantes del Poder Judicial, pero también de su número.

Ante el posible rebasamiento del Poder Judicial con causas de esta naturaleza, si el Poder Legislativo no incrementa más que sustancialmente y en forma inmediata el número de jueces, es muy probable que al verse éstos superados por el número de peticiones terminen cercenando en la práctica la eficacia de la norma constitucional.

Si ello llega a suceder, será una responsabilidad política del Poder Judicial, pero compartida con el Poder Legislativo y los partidos políticos cuyo acuerdo llevó al texto constitucional: *éste de nada sirve si no hay jueces en cantidad y con medios suficientes.*

EL SISTEMA DE DOBLE VUELTA O *BALLOTTAGE*

DANIEL ALBERTO SARRAY*

I. INTRODUCCIÓN

El *ballottage* es una técnica utilizada en materia electoral. La misma consiste en la necesidad impuesta a todo candidato a un cargo electivo de obtener en el escrutinio la mayoría absoluta de los sufragios válidos para hacerse acreedor al cargo en cuestión. Para el caso en que ninguno de los contendientes hubiese alcanzado dicho porcentaje en esta primera "vuelta" electoral, deberá celebrarse una segunda votación entre los dos candidatos que han obtenido la mayor cantidad de sufragios. El instituto aparece en Europa, más precisamente en Francia y luego es utilizado por otros países del Viejo Continente. Curiosamente desde este otro lado del Atlántico, la elección a dos vueltas es incorporada a la normativa electoral de varias naciones latinoamericanas y ello ocurre a partir del advenimiento de la ola democratizadora que comienza a fines de la década pasada. Esta tendencia, lejos de detenerse, continúa creciendo contándose ya nueve Estados que así lo han hecho. Se trata de Ecuador, Perú, El

* El presente trabajo toma como base nuestra publicación: "El *Ballottage*: Su aplicación en América Latina y la gobernabilidad" que fuera editada por el Centro de Asesoría y Promoción Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Cuadernos de CAPEL, n° 34), San José de Costa Rica, octubre de 1991.

Salvador, Guatemala, Haití, Brasil, Chile, Colombia y, ahora, Argentina.

El regreso al Estado de Derecho importa para los países que acceden a él el deseo de buscar formas institucionales que aseguren su permanencia. No debemos olvidar que todas estas naciones tienen como nota en común el carácter recurrente de los golpes de Estado, es decir que en ellos la discontinuidad constitucional y los gobiernos de facto, constituyen una característica que hace a su "normalidad" institucional. No se nos escapan los casos de Colombia y de Chile, los que si bien no se ajustan a la regla que acabamos de exponer, sin embargo, el primero vive una grave crisis nacional que se traslada a sus instituciones y el segundo, pese a no ostentar un pasado de golpes de Estado, llega a la democracia luego de una experiencia dictatorial de más de diez años.

En realidad no sólo se busca el modo de contar con los medios para recuperar la institucionalidad perdida, sino también el modo de conseguir un acceso efectivo al constitucionalismo, perfeccionando y actualizando lo máximo posible las estructuras de gobierno y las prácticas políticas. Mientras tanto los nuevos gobiernos surgidos de elecciones convocadas por sus precedentes autocráticos e inclusive quienes los suceden, deben administrar procesos de transición hacia la democracia. Estas transiciones son de variada índole y han llevado a una infinidad de estudios sobre sus diferentes aspectos y caracteres, inclusive se han llegado a diseñar tipologías tomando para ello a los casos europeos como modelo de referencia. Pero ésta no es la ocasión para ahondar en el tratamiento de las transiciones democráticas en Latinoamérica. En esta oportunidad nos interesa destacar que la búsqueda de nuevos mecanismos susceptibles de asegurar el imperio del Derecho y la gobernabilidad en el interior de las nuevas democracias, constituye una realidad que se presenta en todas ellas.

Así la materia electoral se erige en uno de los puntos claves de análisis y de discusión en el diseño de los nuevos sistemas políticos. De la mano de una reforma constitucional a la que han recurrido los nueve países citados, se discute la ampliación de las libertades públicas y de sus garantías, nuevas formas de participación, la relación entre los poderes estatales, entre muchos otros temas de trascendental importancia, a los que se suman todas las cuestiones que giran

alrededor de la designación de los gobernantes en una democracia representativa. El *ballottage* es uno de los procedimientos que dentro del marco de lo electoral ha originado un sostenido interés en la mayoría de los países latinoamericanos. Prueba de ello lo constituye el número importante de países que hemos mencionado que han decidido incorporarlo a su Derecho público, como asimismo el interés que ha despertado la posibilidad de su aplicación en muchos otros, cuando observamos la gran cantidad de propuestas por vía de proyectos de ley o de dictámenes en los cuales se estudia o se propone su adopción.

El *ballottage* como toda modificación que se introduce en la normativa electoral de un Estado genera importantísimas consecuencias en el sistema político del mismo. Estos cambios repercuten particularmente sobre el sistema de partidos políticos, sobre el modo como se canalizan las ofertas políticas en el electorado, sobre la relación Ejecutivo-Legislativo, para sólo mencionar algunos de los efectos más notorios de la aplicación del instituto que estamos analizando.

Sin embargo, pese a todo lo expresado no existe en nuestro conocimiento estudio alguno que analice de manera sistemática y global la utilización del *ballottage* en América latina —esta afirmación la efectuamos luego de haber emprendido una exhaustiva búsqueda—. Creemos que la cuestión merece una atención particular y que de su profundización surgirán necesariamente interesantísimas conclusiones relacionadas con el funcionamiento de las jóvenes democracias de América. La experiencia que llevamos como integrantes de misiones de observación de elecciones en varios países de nuestro continente, nos conduce a concentrar nuestro interés en aspectos que antes de haberlos visto en la práctica tal vez no habrían merecido nuestra preocupación. Esto es lo que nos ha ocurrido con el *ballottage*. Es probable que a ello hayan contribuido los años que hemos vivido en Francia, donde también pudimos presenciar la designación de gobernantes con elecciones a dos vueltas. Experiencia que al menos nos ha servido para apreciar las importantísimas diferencias existentes entre el modelo y su aplicación local.

Nuestro desarrollo comenzará con el análisis del concepto y de los antecedentes del *ballottage*, capítulo en el cual trataremos igualmente de precisar sus objetivos, las ventajas invocadas por sus sostenedores y los aparentes inconven-

nientes que para otros analistas el empleo del sistema de doble vuelta puede traer aparejado. En el capítulo siguiente trabajaremos sobre la experiencia europea. Luego de ello abordaremos el estado de la cuestión en América Latina, oportunidad en que haremos un paralelo Europa-América Latina. Nuestro estudio no se limitará al análisis de las normas sino que tratará de enfocar los comportamientos y las prácticas, en particular de aquellos países donde la adopción de nuestro instituto posee mayor antigüedad y por lo tanto ya se han celebrado varias elecciones con esta modalidad. Realizaremos un análisis particular del producto de la reforma del '94 y de su antecedente argentino, ya lejano, la enmienda del '72. Por último nos dedicaremos a las conclusiones, donde haremos un balance de la cuestión.

II. CONCEPTO, ANTECEDENTES, VENTAJAS E INCONVENIENTES

A) ¿Qué es el ballottage y cuáles son sus antecedentes?

El *Diccionario Enciclopédico de la Lengua Castellana* (París, Garnier-frères, 1895, t. 1^o, p. 328) define el vocablo *ballottage* del siguiente modo: "Dicese en Francia del resultado de una votación, cuando ninguno de los aspirantes a una función electiva obtiene la mayoría de votos exigida por la ley, lo que trae por consecuencia una segunda elección". Por su parte, en el *Nuevo Diccionario Francés-Español* de Vicente Salva (Nueva ed., París, Garnier-frères, p. 105), expresa sobre el particular: "El sorteo por bolitas o la votación por escrutinio con las mismas. Pol. Balotaje, especie de empate, votación en que ninguno de los candidatos reúne la mayoría legal".

En el *Diccionario Electoral* de CAPEL, el vocablo tiene un doble tratamiento. Para D. García Belaúnde y J. F. Manchego, "en principio significa 'elección con doble turno' o 'segunda vuelta'" y recuerda que Capitant en su *Vocabulario Jurídico* define al *balotaje* o *ballottage* como el resultado negativo en una elección realizada según el principio mayoritario, por no reunir los candidatos el número legal de votos necesarios para su elección¹. M. F. Baeza, redactor en segundo término de la voz, considera que se trata de una

¹ García Belaúnde, D. - Palomino Manchego, J. F., *Diccionario Electoral - IJDM*, CAPEL, San José, Costa Rica, 1988, p. 59.

“expresión que describe el procedimiento electoral a través del cual se obtiene una mayoría absoluta o una mayoría relativa calificada entre dos o más mayorías relativas resultantes de un primer acto electoral. La primera situación de las descritas es la ‘mayoría absoluta con segunda vuelta’ y la segunda situación es la denominada ‘mayoría románica’, consistente en la existencia que para ganar el cargo en cuestión en la segunda vuelta sólo basta una mayoría relativa (o simple mayoría), con lo que se abre la posibilidad de más candidatos. En la práctica, la mayoría románica se convierte en una mayoría absoluta por la tendencia al retiro de los otros candidatos posibles”.

De todas estas definiciones se deduce claramente que estamos en presencia de un procedimiento a través del cual se impone un número calificado —en principio, la mayoría absoluta— de sufragios a todo postulante a ciertos cargos electivos para que éste pueda acceder al cargo en cuestión. No basta con la simple pluralidad de sufragios, ya que se incorpora una regla mayoritaria que personaliza la elección y que no se compece con el sistema de listas.

G. Belaúnde y P. Manchego expresan que el *ballottage* es fruto y creación del siglo XIX. Recuerdan que apareció por primera vez en 1852 a raíz de la instauración del Segundo Imperio de Napoleón III en Francia, para recién en la III^a República volver a ser aplicado y reaparecer nuevamente en la V^a República francesa. Los citados autores concluyen en que se trata de una institución típica del Derecho constitucional francés. Sin embargo ellos mismos recogen los casos de Bélgica en 1899 y de Holanda en 1917, entre otros países europeos, donde también se aplicó el *ballottage* para luego ser dejado de lado. A estos ejemplos nosotros queremos agregar los casos de Austria y de Portugal, cuyas Constituciones vigentes de 1929 y de 1976, respectivamente, establecen el *ballottage* entre sus normas electorales. Justamente estos casos junto a Francia, merecerán nuestra atención cuando más adelante analicemos con detenimiento la experiencia europea.

² Fernández Baeza, M., *Diccionario Electoral* - IJDM, CAPEL, op. cit., p. 63.

B) ¿Qué se persigue con la introducción del ballottage?

Todo instrumento utilizado en cuestiones electorales persigue determinados fines. En el caso que nos ocupa su razón de ser responde a distintos motivos. Creemos que los mismos pueden ser englobados dentro de dos grandes rubros. El primero se relaciona con el sistema de partidos políticos; el segundo, por su parte, apunta al logro del mayor consenso a favor de los ocupantes de los cargos estatales que se eligen a través del *ballottage*, y por ende, conseguir que ellos gocen de una suerte de legitimidad "a toda prueba".

En relación con la influencia que produce el *ballottage* sobre la configuración del sistema de partidos políticos, la consecuencia es clara. El instituto tiende a reducir el número de partidos actuantes dentro de un determinado país, o al menos a hacerlos más disciplinados. En este sentido, el *ballottage* pareciera convertirse en un remedio sumamente útil para evitar uno de los vicios más graves de la "partidocracia", cual es la proliferación de agrupaciones sin que su existencia provenga de una identificación concreta con la ideología y los intereses de un sector de la comunidad nacional, sino como el producto de un mero cálculo o especulación, encaminados a la obtención de ventajas políticas. Esta realidad que acabamos de describir es bastante típica de los países en los cuales se combinan el parlamentarismo como forma de gobierno con la representación proporcional pura como sistema electoral, aunque por supuesto también puede presentarse en otros con características disímiles de las que acabamos de describir.

Evidentemente en estos casos un instrumento tan severo en cuanto a la posibilidad de acceder a los cargos, genera rápidamente la necesidad de formar coaliciones, alianzas y todo tipo de entendimientos entre partidos a efectos de ver acrecentadas sus chances electorales. Como consecuencia de ello el número de partidos tenderá a disminuir y podrán configurarse pocas alternativas, pero fuertes y claramente definidas en lo ideológico y representativas de distintos sectores sociales. Inclusive la escena política puede experimentar una inclinación proclive a la polarización, la que llegado el caso será susceptible de traducirse en una suerte de confrontación entre derechas e izquierdas. Claro que este resultado no tendrá por qué producirse necesariamente ni del mismo modo en todos los casos. No olvidemos que estamos en presencia de comportamientos humanos y que por lo tanto la aplicación de toda

norma producto de nuestra especulación racional que podamos diseñar, no siempre provocará la respuesta que la lógica pareciera preanunciarnos, ni tampoco tiene por qué repetirse de manera exacta en el lugar de nuestra actuación, lo ocurrido en otras latitudes.

Siempre en lo que hace al sistema de partidos resulta mucho más creíble y prácticamente ineluctable que los que sean más afines traten de buscar una concertación entre sí. Es decir que, al respecto, el *ballottage* obrará como un acicate sobre los partidos políticos para que éstos tengan que sentarse en la mesa de negociaciones en la búsqueda de soluciones, cuando probablemente dentro del marco de otras reglas electorales ello hubiera sido poco menos que imposible.

Además de ello, nuestro instituto posibilita que quienes resulten electos cuenten con una cuota de legitimidad asegurada, producto del voto favorable de la mayoría absoluta de los votantes. Este objetivo es el resultado de la propia mecánica del proceso a que lleva la aplicación del *ballottage*. En efecto, de resultados de este procedimiento, el elector en la primera vuelta elige a su candidato predilecto, mientras que de producirse una nueva ronda electoral, optará entre los dos candidatos que han sido más votados, por aquel que le parezca mejor dotado para el cargo en cuestión. Es decir, que en primera instancia el ciudadano vota con el "corazón", en tanto que en la segunda oportunidad es la razón la que juega el papel principal, dejándose de lado los motivos derivados de las afinidades e identificaciones más íntimas y firmes. En este sentido, nuestro instituto ensancha el campo de la libertad de los electores, pues los faculta a hacer uso de un número amplio de alternativas electorales, sin que su sufragio pueda considerarse como "perdido".

Acá, sin embargo cabe una primera reflexión a la que nos dedicaremos con mayor detenimiento en las conclusiones. La misma parte del siguiente interrogante: ¿hasta qué punto la "opción" elegida en la segunda vuelta importa el genuino apoyo a la candidatura sobre la cual se la ha ejercitado? Cabe preguntarse si esta última decisión no ha sido más el resultado de una suerte de presión ante los acontecimientos. Y de ser así, al menos para una porción del electorado, ¿hasta dónde se han logrado las finalidades que en el campo de la búsqueda de una mayor legitimidad de parte de las autoridades, se habían perseguido con la instauración del mecanismo?

Un poco como consecuencia de lo anterior o, al menos, como una reflexión colateral, cabe plantearse si realmente resulta adecuado y conveniente el establecimiento de un tablero político en el cual se ha producido una polarización irreversible. En qué medida los comportamientos que tanto durante el proceso electoral, como así también con posterioridad a él, que se deriven de este escenario, importarán una real estabilización del panorama político, que se proyecte de manera benéfica sobre el funcionamiento de las instituciones. Más adelante observaremos que en varios casos ocurridos en América Latina estas inquietudes se han reflejado de manera concreta produciendo consecuencias que, a nuestro entender, o bien no han resultado positivas, o al menos han generado situaciones en las que ha desaparecido gran parte de la libertad de los electores.

Evidentemente estas preguntas no pueden ser respondidas de manera absoluta, se impone el estudio de cada caso en particular para poder saber qué ha sucedido en cada lugar. Luego, tal vez será posible establecer algunas tendencias generales, pero seguramente no podremos en estas cuestiones sostener verdades absolutas. Al respecto mucho tendrán que ver los otros elementos del sistema político donde se ha insertado el *ballottage*. Pues ya veremos que en el análisis pormenorizado de cada uno de los países que hemos seleccionado, surgirán diferentes conclusiones en función del diseño institucional que se le han dado a otros aspectos que hacen a la configuración del sistema en su conjunto.

III. EL *BALLOTAGE* EN FRANCIA Y EN OTROS PAÍSES DE EUROPA

En este punto buscaremos las características de los modelos a partir de los cuales el *ballottage* es introducido en América Latina. El análisis de los casos francés, austríaco y portugués, nos permitirá encontrar curiosas similitudes entre todos ellos, las que sorprendentemente no coinciden con la realidad de nuestro subcontinente. Nuestra observación no se limitará a revisar exclusivamente la normativa en la materia, sino que dirigirá la mirada hacia la superestructura tratando de captar la relación existente entre el *ballottage* y su correspondencia con ciertos elementos basales

que ella contiene. En primer término nos ocuparemos de Francia, para luego abordar los dos casos restantes.

A) El modelo francés

Nos referiremos a la Vª República, a fin de analizar la Constitución y las instituciones que Francia posee en la actualidad. Ley fundamental que, por otra parte, ha sido la que ha conseguido el período más largo de vigencia en la historia del país galo.

a) Características del sistema

Ante todo, queremos destacar que de acuerdo a lo establecido en la normativa electoral francesa el *ballottage* es utilizado tanto para la elección presidencial como para la de los miembros de la Asamblea Nacional (Cámara de Diputados). La doble vuelta para la designación del presidente de la República está determinada en el artículo 7º de la Constitución. Para la elección de los diputados, el artículo 24 sólo prescribe que deben ser elegidos por sufragio directo, dejando en manos del legislador la determinación de los demás aspectos del sistema electoral. Al respecto una ley orgánica de 1958 (el mismo año de la sanción de la Constitución) establece un sistema de circunscripciones uninominales con elección a doble vuelta. Sin embargo dispone que a la segunda vuelta solamente podrán concurrir los candidatos que hubieren obtenido al menos el diez por ciento de los sufragios emitidos válidos (hasta 1966 la norma establecía sólo el 5%). El sistema fue aplicado para todas las renovaciones de la Asamblea, con excepción de la de 1986, fecha en que se retornó al sistema proporcional, para luego volver inmediatamente al mismo régimen anterior.

La Constitución de 1958 preveía originariamente la elección indirecta del presidente de la República a través de un colegio electoral ampliado de notables. Sus integrantes eran, además de los miembros del Parlamento, otras varias categorías de representantes que elevaron a 80.000 el número de miembros de la Asamblea que designó al general De Gaulle como primer presidente de la Vª República. Pero una ley que fue sometida a referéndum de la ciudadanía el 28 de octubre de 1962 estableció la elección del primer mandatario por sufragio universal directo y de conformidad con las reglas del *ballottage*.

Es de destacar que, a diferencia de lo que ocurre en la elección de diputados, en la elección presidencial, cuando en la primera vuelta ninguno de los candidatos ha obtenido la mayoría absoluta de votos válidos emitidos, deberá hacerse una segunda, a la cual sólo concurrirán los dos candidatos más votados (esto quiere decir que contrariamente a la segunda ronda de la elección de parlamentarios, la presidencial sólo puede disputarse entre dos candidatos). La ley de 1962 establece que la segunda ronda debe tener lugar después de quince días de la primera.

Para Hauriou "esta disposición tiene en cuenta el multipartidismo francés, pero pretende obtener que el presidente de la República cuente finalmente con la mayoría absoluta de los sufragios emitidos, a fin de que su legitimidad no pueda ser discutida"³.

En lo relativo a la presentación de candidaturas a la presidencia, esta facultad no es monopolizada por los partidos políticos, lo que implica la posibilidad de las llamadas candidaturas "libres". De hecho la experiencia francesa en este sentido demuestra que aun los candidatos ligados a partidos, han preferido presentarse a través de la promoción de un cierto número de firmas de electores, es decir con independencia de sus partidos. Esto ha llevado a imprimirles un elevado carácter personal a las candidaturas.

Por supuesto que ello no ha impedido que las campañas se desarrollaran con una fuerte participación de los partidos en todas las actividades que ellas suponen. Luego veremos que esta importante particularidad, propia de la práctica y no de estipulaciones normativas, se concilia perfectamente con el rol presidencial dentro del sistema gubernamental que en Francia se ha dado.

b) Los partidos políticos franceses

La historia institucional francesa anterior a la Vª República pone de manifiesto un sistema de partidos políticos compuesto por un gran número de agrupaciones como resultado de

³ Hauriou, A., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Biblioteca de la Ciencia Política, Colección Demos, Ediciones Ariel, Barcelona, 1971, p. 638.

una tendencia nociva hacia la fragmentación de los mismos. Estas características, si se las observa desde el ángulo de las instituciones han sido en gran medida el resultado de la combinación de un sistema parlamentario clásico, como fueron los casos de la III^a y de la IV^a Repúblicas, con la representación proporcional pura, es decir sin ningún tipo de limitantes para el acceso de los partidos a las bancas, a nivel electoral.

La dinámica que la partidocracia francesa experimenta hasta 1958 tuvo fuertes implicancias sobre el funcionamiento de los poderes estatales. Así, es de destacar la enorme inestabilidad que acusan los gabinetes —con un promedio de duración muy inferior al año— situación que le otorga una enorme fragilidad e incoherencia a toda la acción de gobierno. Los Consejos de Ministros se constituyen y se derriban en muchas oportunidades merced a la sola voluntad expresada en el Parlamento por los representantes de pequeños partidos políticos —en algunas ocasiones meros desmembramientos de otras formaciones más importantes— quienes amparándose en el sistema hacen valer los votos de sus reducidas bancadas para fines exclusivamente personales y sin tener en cuenta la suerte del sistema en su conjunto.

Duverger considera que "la elección del presidente por sufragio universal ha sido instaurada en una Francia con numerosos partidos y frecuentemente indisciplinados, en la que los parlamentos no habían conocido jamás mayorías durante toda una legislatura, en la cual nadie creía que sería posible que algún día ello ocurriera. Contrariamente a todas estas previsiones, una mayoría parlamentaria estable y disciplinada se constituyó pocas semanas después de la revisión de la Constitución creando un régimen semipresidencial"⁴.

La cita que acabamos de efectuar pone de manifiesto el objetivo que se perseguía con el cambio en el régimen político y en el sistema electoral. Al respecto Nohlen sostiene que "en 1958, cuando se impuso de nuevo la elección por mayoría absoluta (...), se buscaban tres objetivos fundamentalmente: quebrar el predominio de los partidos, conseguir mayorías claras y disminuir la representación comunista"⁵. Hauriou,

⁴ Duverger, M., *Los Regímenes Semi-Presidenciales*, Centre D'Analyse Comparative des Systèmes Politiques, Presses Universitaires de France-Paris, 1986, p. 47. (Traducido del francés por el autor).

⁵ Nohlen, D., *Sistemas Electorales del Mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 288.

en sus comentarios al sistema electoral francés, sostiene que al adoptarse el *ballottage* se "tiende probablemente a orientar al país hacia un bipartidismo, o, en todo caso, hacia una bipolarización. Una división de la opinión en dos tendencias, provocada con motivo de la elección del presidente de la República, podría traducirse también en las elecciones legislativas, cosa que efectivamente ocurrió, en cierta medida, en marzo de 1967⁶.

Estas consideraciones nos demuestran claramente hasta qué punto el constituyente francés, y su principal inspirador, el general De Gaulle, tuvieron en cuenta al sistema de partidos políticos y su deseo de actuar sobre el mismo a efectos de cambiar de manera radical su configuración. El tiempo daría cumplimiento de manera casi prodigiosa a la tan anhelada modificación del arco político de su país. Francia exhibe desde la implantación del nuevo sistema electoral en 1962, dos agrupamientos principales de partidos que en muchos comentarios se los designa como familias políticas —la derecha y la izquierda— que hasta el día de hoy han prácticamente monopolizado la escena política. Esta situación se ha perpetuado a pesar de los distintos cambios que se han operado en la escena política como producto de la celebración de numerosos actos electorales, e inclusive superó la prueba de la llamada "cohabitación", que transcurrió entre 1986 y 1988.

c) La forma de gobierno de la Vª República

El análisis de la forma de gobierno nos parece que reviste una trascendencia particular para entender de qué manera se inserta una reforma electoral que se corresponde en gran medida con el juego institucional contenido en la parte orgánica de la Constitución. La búsqueda de algún procedimiento de designación que le confiriera al jefe de Estado una legitimidad apoyada en un amplísimo consenso, resultaba un ingrediente prácticamente imprescindible para dotar a

⁶ Hauriou, A., *op. cit.*, pp. 537 y 538.

⁷ El término "cohabitación" aparece en Francia en 1986, luego de las elecciones legislativas. En esa oportunidad una coalición de centro-derecha obtiene la mayoría en la Asamblea Nacional, situación que lleva al presidente Mitterrand a invitar a un opositor gaullista, Chirac, a formar gobierno. De tal modo que por dos años "cohabitan" en el Poder Ejecutivo un presidente socialista y un primer ministro proveniente de la derecha.

este curioso protagonista de la nueva institucionalidad, del peso político necesario para que pudiera llevar a cabo el rol tan particular que le confía la ley fundamental.

En un trabajo anterior hemos considerado que la Constitución de 1958 "marca un hito fundamental en la historia de las instituciones francesas, en particular, por el original diseño que le imprime a la estructura del gobierno. Al respecto se produce una reforma colosal, que se caracteriza por el pasaje del parlamentarismo puro y con aspectos casi asambleístas de las III^a y IV^a Repúblicas, a una forma de gobierno muy singular que Duverger denomina semipresidencialismo"⁸.

El semipresidencialismo es una suerte de régimen híbrido, en cuyo interior conviven elementos propios del presidencialismo con otros extraídos del parlamentarismo. Así se presenta una estructura en la cual el Poder Ejecutivo está integrado por un Consejo de Ministros, a cuya cabeza se sitúan el primer ministro, y el presidente, jefe de Estado, quien cuenta con importantísimos poderes propios. Este último a diferencia de lo que ocurre en el parlamentarismo, donde el jefe de Estado es una figura representativa pero que carece de facultades efectivas. El sistema no es una creación francesa, sino que tiene antecedentes en las Constituciones finlandesa, alemana de Weimar, irlandesa, islandesa y austriaca.

A esta altura de la descripción del sistema queremos detenernos en el papel que le toca jugar al presidente de la República. La Constitución gala en su artículo 5^o expresa que "el presidente de la República vela por el respeto de la Constitución. Asegura, con su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos así como la continuidad del Estado. Es el garante de la independencia nacional, de la integridad del territorio y del respeto a los acuerdos de Comunidad y a los tratados". El perfil que surge de esta definición que hace el texto constitucional nos lleva a recordar el concepto de "poder neutro", caso a B. Constant. Es decir, la presencia de un superárbitro cuya virtualidad aparece cuando de conjurar tormentas y tempestades se trata.

Prente a las crisis habrá siempre un último recurso, hábil tanto para asegurar la defensa de las instituciones,

⁸ Sabzey, D., "El legado de De Gaulle, al constitucionalismo moderno (participación y descentralización)", E.D., Año XXXI, n^o 8165 (29-1-93).

como para la de la República, erigiéndose al mismo tiempo en una última garantía frente a los demás Estados y organizaciones internacionales.

El presidente de la República para llevar a cabo sus funciones y sobre todo mantenerse en la posición tan especial en que la Constitución lo sitúa, debe presentarse como el representante indiscutido de toda la ciudadanía, por encima de los partidos y de todo interés particular. En tal sentido el *ballottage* se presenta como un instrumento por demás adecuado para ello. Inclusive como ya viáramos, el hecho de que los candidatos a la presidencia presenten sus candidaturas con independencia de toda bandería política, coadyuva a preservarlos y a colocarlos ante el electorado como potenciales "árbitros", más que como hombres de partido.

Asimismo es importante tener en cuenta que el hecho de que los diputados también sean elegidos con el sistema de doble vuelta, tiene por objetivo el logro de claras mayorías que supuestamente serán afectas al presidente. Situación que, salvo durante los dos interregnos de la "cohabitación", ha sido la norma en los más de treinta años de vigencia de la Constitución.

d) Observaciones finales

Una primera observación y tal vez la más importante, consiste en resaltar que el *ballottage*, como elemento del sistema electoral francés, no ha sido ni pensado ni instrumentado como un aspecto aislado, destinado a objetivos vinculados con alguno de los órganos o de los ocupantes del poder. Por el contrario, constituye un engranaje incorporado a toda una estructura, en la cual sus integrantes se corresponden entre sí. La doble vuelta se explica por su necesidad frente a la definición del rol que debe cumplir el presidente de la República. Su utilización no se limita al Poder Ejecutivo, sino que también se aplica en la Cámara de Diputados. Ello en la búsqueda de consensos que tengan la mayor equivalencia posible en los dos poderes políticos del Estado.

Ballottage y semipresidencialismo parecen guardar una íntima relación. El fortalecimiento que logra el jefe del Estado a través de la mayoría absoluta de sufragios, no hace peligrar al sistema con una excesiva concentración de funciones a su favor en desmedro de los otros poderes. Ello en

razón de que, por un lado, el Poder Ejecutivo no es unipersonal. Y, por el otro, de que en el seno de la Asamblea, el presidente debe ganarse el consenso de representantes que son elegidos de igual manera que él.

El plazo que debe mediar entre la primera y la segunda vuelta, cuando ella tuviere lugar, es un aspecto que ha sido tratado, a nuestro criterio, con gran acierto. Sólo quince días deben separar a un acto electoral del otro. Pensamos que únicamente cuando la distancia entre ambos comicios es corta se puede preservar la unidad del proceso electoral en su conjunto. Si por el contrario el plazo se alarga en demasía, no sólo desaparece esa deseable coherencia entre una y otra contienda, sino que la situación plantea serios riesgos. Las dificultades pueden provenir de la inestabilidad que se crea para el funcionamiento de las instituciones. Cómo es posible gobernar soportando durante largo tiempo una incesante negociación política de parte de las distintas fuerzas políticas. Esos vacíos de poder deben ser evitados desde la estructura del poder y en nuestro caso sólo un rápido agotamiento del proceso electoral permitirá que desaparezcan estos peligros para las instituciones.

B) La experiencia austríaca

La forma de gobierno imperante en Austria también es semipresidencialista, pero con diferencias muy marcadas con respecto del régimen político francés. Los distingos surgen tanto de la letra constitucional como de la práctica institucional.

Ambos sistemas tienen en común la presencia de un presidente de la República elegido por sufragio universal y directo, previéndose en ambos la doble vuelta electoral a efectos de que el jefe de Estado logre la mayoría absoluta de votos. No obstante ello en Austria sólo el presidente es designado a través de este sistema, mientras que los miembros del Parlamento son electos por aplicación de una forma de representación proporcional. Además la extensión de los poderes presidenciales difiere de manera notable de una Constitución a la otra. Adamovich, quien ha realizado un cuidadoso trabajo comparativo entre las dos leyes fundamentales, en el capítulo reservado al Poder Ejecutivo, sostiene que: "La importancia de la función del presidente de la República francesa se mide

por la extensión de sus competencias. Pero ella también se ve acentuada por ciertas disposiciones que hacen del presidente el guardián y el garante de la Constitución y de sus instituciones (arts. 5º y 64). El Derecho constitucional austríaco no contiene ese tipo de disposiciones. Sobre todo el presidente austríaco no ha sido definido como el guardián de la Constitución. En efecto, él debe certificar con su firma que las condiciones de elaboración de las leyes federales se conforman con la Constitución; pero el valor de esta certificación está sujeta a controversia en la jurisdicción constitucional⁹. No obstante esta diferenciación fundamental, más adelante nuestro autor reconoce que existen entre las atribuciones de ambos jefes de Estado ciertas similitudes, como por ejemplo la designación del primer ministro.

Cuando analizamos lo que ha sucedido en la práctica constitucional austríaca observamos que el contraste se profundiza aún más. Duverger, al referirse a Austria en su obra sobre los regímenes semipresidenciales, considera que "el presidente federal jugó un rol bastante importante con anterioridad a 1966, cuando ningún partido reunía la mayoría absoluta de bancas en el Parlamento y cuando una alianza resultaba indispensable. Los presidentes Kornar y Scharf rehusaron la formación de una coalición de derecha entre los demócrata-cristianos y los liberales que era deseada por esos partidos, imponiendo una gran coalición que unió a los demócrata-cristianos y a los socialdemócratas"¹⁰. El politólogo francés afirma más adelante que la situación recién comentada ha sido más el producto del particular proceso que vivió Austria después de la Segunda Guerra Mundial, que de la normalidad institucional de ese país. Los hechos parecen haberle dado la razón, ya que desde la fecha citada, el jefe de Estado austríaco se comporta, de hecho, como si estuviera actuando en el interior de un sistema parlamentario clásico.

⁹ Adamovich, L.: "La Constitution de la Ve. République et la Constitution autrichienne dans leur contexte historique et socio-politique", Comunicación presentada en el encuentro titulado: "De Gaulle et son Siècle - Les Institutions de la V^e République vues de l'étranger", que tuvo lugar en Table Ronde de Fontevraud, Francia, el 26 y 27 de abril de 1990 (traducido del francés por el autor).

¹⁰ Duverger, M., *Les Régimes Semi-Présidentiels*, op. cit., p. 9 (traducido del francés por el autor).

A nuestro criterio, el sistema político de Austria se presenta normalmente como un parlamentarismo al que nada pareciera diferenciarlo de los casos de Alemania o de Italia, en los cuales el jefe de Estado no cumple ningún rol efectivo en el ejercicio del poder estatal. Sin embargo existiría una suerte de Constitución de reserva, la que entraría a regir en las situaciones de urgencia, transformando al parlamentarismo en un semipresidencialismo. Por ello se impone la necesidad de que el presidente de la República sea electo mediante sufragio directo a dos vueltas. Esto último como una nota que no podría ser obviada dentro del "panorama" institucional propio al semipresidencialismo. Sólo un presidente que cuenta con una "superlegitimidad" y que ha sido designado directamente por el pueblo, puede, llegado el caso —y aun compartiendo el Poder Ejecutivo con un Consejo de Ministros que ejerce normalmente las funciones ejecutivas— hacer uso por sí de importantes atribuciones políticas sin que sus decisiones deban ser confirmadas por medio del referendo de otros funcionarios.

El electorado austriaco pareciera haberlo entendido así. Recientes sondeos realizados a fin de saber cuál es el rol que los ciudadanos desean que desempeñe su presidente, han puesto de manifiesto que la mayoría de las respuestas coinciden en expresar que los austriacos están conformes con la situación actual. Es decir, la de un presidente emparentado con el parlamentarismo, pero que llegado el caso sería deseable que pudiera tomar decisiones encaminadas a la solución de las crisis; y, que en razón de ello consideraban que era necesario que se mantuviera la elección directa acompañada del *ballottage*.

C) La experiencia portuguesa

La Constitución portuguesa de abril de 1976 representó en ese país la institucionalización de la llamada "Revolución de los Claveles", la que a principios de 1974 asombrara al mundo, dadas sus características pacíficas y las consecuencias que el movimiento lograría, nada menos que la terminación de manera abrupta de una dictadura que había durado décadas.

La nueva Constitución tiene para su parte orgánica a la ley fundamental francesa como principal antecedente. De

hecho se organiza un semipresidencialismo que presenta una enorme cantidad de notas comunes con el sistema imperante en Francia. Básicamente ellas son la elección por sufragio universal del presidente de la República conforme a las reglas del *ballottage*, el presidente a su vez cuenta con importantes poderes propios y la existencia de un Consejo de Ministros que comparte con el jefe de Estado el Poder Ejecutivo. Pero pese a estas semejanzas el funcionamiento del sistema presenta diferencias muy notables.

Trataremos de continuar con el perfil institucional que se le confiere al presidente de la República. Ello en razón de que pensamos que es este aspecto una de las causas principales que explican la adopción del *ballottage* y la necesidad de reforzar la legitimidad presidencial. L. Salgado de Matos sostiene al respecto que el "presidente de la República es también el presidente de la Nación. No debe gobernar ni administrar. Sino que debe garantizar la vida del gobierno. Debe actuar cuando la seguridad se encuentra en peligro. El presidente, es el banco central del sistema político: le garantiza su solvencia cuando los actores han quebrado. Es un actor pero no está autorizado a llevar a cabo la misma representación que los otros"¹¹.

Más adelante el profesor de la Universidad de Lisboa explica el sistema electoral para la elección del presidente como una consecuencia del rol que le ha trazado, comentando las disposiciones constitucionales pertinentes y que acabamos de citar. "El presidente es elegido por un escrutinio uninominal mayoritario a dos vueltas. La exigencia de una mayoría calificada impone que su electorado sea más amplio que el del partido mayoritario —al menos en la segunda vuelta—. Para obtener un electorado amplio, el presidente debe tener apoyos equilibrados en todos los segmentos del cuerpo electoral se transformará entonces en un precursor del electorado —*catch all*— que define a los partidos de las sociedades industriales. El presidente es elegido por sufragio directo: en consecuencia inmediatiza la relación política. La cumbre del Estado toma una cara, la autoridad protectora y lejana se acerca"¹².

¹¹ Salgado de Matos, L., *Los Régimes Semi-Presidenciales*, op. cit., p. 59 (traducida del francés por el autor).

¹² Salgado de Matos, L., *Los Régimes Semi-Presidenciales*, op. cit., p. 63 (traducida del francés por el autor).

El sistema electoral contenido en la Constitución portuguesa para la elección del presidente ha sido pensado para facilitar la particular función presidencial en un sistema semipresidencialista. Así, en primer término, por la vía del modo de presentación de las candidaturas, se ha instrumentado un procedimiento muy efectivo para asegurar la independencia del presidente en relación a los partidos. Los candidatos a la presidencia son presentados por ciudadanos y no por los partidos políticos, como ocurre respecto de los candidatos al Parlamento. Sobre el particular la ley fundamental establece que "las candidaturas a presidente de la República son propuestas por un mínimo de 7.500 y por un máximo de 15.000 ciudadanos electores" (art. 127, inc. 1^o).

La Constitución decide que los votos en blanco no serán tenidos en cuenta para el cálculo de la mayoría absoluta de sufragios válidos que debe acompañar necesariamente a quien será el jefe de Estado. Asimismo determina un breve plazo de distancia entre la primera y la segunda vuelta. Al respecto se contempla que la fecha para la celebración de la segunda elección no podrá superar en más de veintidós días la de la realización de la primera. El constituyente ha desestimado la organización de elecciones parlamentarias y presidenciales simultáneas. Por ello ha decidido que la "elección (presidencial) no podrá efectuarse en el transcurso de los noventa días anteriores o posteriores a la fecha de las elecciones para la Asamblea de la República, siendo automáticamente prolongado el mandato del Presidente cesante por el período que fuere necesario" (art. 128, inc. 2^o). Todas estas disposiciones luego veremos que no han sido incorporadas a la mayoría de los sistemas electorales existentes en América Latina.

En cuanto a las diferencias que anunciamos entre los sistemas portugués y francés, creemos que la más importante consiste en la merma considerable de facultades que recibe el presidente portugués en relación con su par francés. Esto indudablemente ha contribuido a perfilar un sistema también distinto, pero sobre cuyas notas no nos extenderemos pues exceden los límites del presente trabajo.

Desde el punto de vista de la dinámica institucional creemos que resulta útil recordar que en Portugal desde 1976 se han dado distintas variantes, habiendo demostrado el sistema una gran flexibilidad. Han existido parlamentos con mayorías claramente definidas y sin ellas, como así también

presidentes con sólidos apoyos parlamentarios, dada la afinidad existente entre la mayoría de las fuerzas políticas que en ellos estaban representadas, en tanto otros casos han sido exactamente opuestos —es decir jefes de Estado con mayorías parlamentarias que les eran contrarias—. Creemos que todas estas curiosas variantes no han resentido en nada al complejo dispositivo institucional previsto en la ley fundamental de 1976. Por el contrario, pensamos que gracias al mismo se logró una transición democrática exitosa, pese a los difíciles momentos vividos en distintas ocasiones.

IV. LA UTILIZACIÓN DEL BALLOTTAGE EN AMÉRICA LATINA

La incorporación del *ballottage* al Derecho electoral latinoamericano es reciente. Su adopción se inscribe —tal como lo afirmamos en la introducción— en el proceso de transición a la democracia que viven muchos de los países de América Latina y que comienza a fines de la década del '70. La búsqueda de remedios que desde las instituciones sean capaces de reforzar el Estado de Derecho se ha transformado en una inquietud permanente de parte de decisores, políticos y académicos de nuestros países. La convicción de que esta nueva restauración democrática no podía correr la misma suerte que habían experimentado las anteriores, lleva a la necesidad de encontrar institutos que aseguren la gobernabilidad.

Con la palabra gobernabilidad —de recurrente utilización en el léxico de los titulares del poder y de los estudiosos de la política durante la última década— se quiere significar en última instancia, cuáles son las pautas que se deben seguir para asegurar la vigencia del sistema. O sea que en el seno de la democracia se entrecruzan la legalidad y la eficacia, que se asegure la aplicación del Derecho y al mismo tiempo el crecimiento económico y la justicia social. El *ballottage* aparece entonces, en varios países, como uno de los elementos que junto a muchos otros de variada índole, han sido pensados como anticuerpos válidos para hacer frente a las causas que tradicionalmente han acompañado la descomposición del sistema democrático en América Latina.

Tal como estamos planteando la cuestión, surge un interrogante consistente en saber hasta qué punto la doble vuel-

ta electoral contribuye a asegurar la gobernabilidad en aquellos países latinoamericanos que la están utilizando. La respuesta sólo puede provenir del análisis pormenorizado de cada una de las experiencias nacionales y teniendo en cuenta las particularidades propias a cada lugar. Además, es preciso tener en cuenta que dado que en varias de esas naciones la adopción del instituto es muy reciente, aún no se cuenta con elementos aptos para la realización de semejante evaluación.

Esta situación que acabamos de comentar nos lleva a la necesidad de realizar una clasificación que contiene cuatro grupos distintos de países. La misma ha sido efectuada teniendo en cuenta el grado de arraigo que tiene el *ballottage* en cada uno de ellos. En los nueve países ya citados en la introducción encontramos las siguientes situaciones:

- Países que acaban de incorporarlo a su Derecho público: Argentina y Colombia. Colombia lo adopta en la reforma constitucional de 1991 (art. 190) y se utiliza por primera vez en las elecciones presidenciales de 1994. Se hace necesaria la realización de una segunda vuelta. En nuestro país el instituto será aplicable a partir de 1995.

- Países en los cuales no hubo necesidad de acudir a la segunda vuelta: Haití y Chile. En este último, ya han habido dos elecciones presidenciales sucesivas (1989 y 1993), pero el candidato triunfante logró superar el 50% de los sufragios en la primera vuelta.

- Países en los cuales sólo se lo ha utilizado dos veces: Brasil; en las presidenciales de 1989 fue necesaria la doble vuelta; mientras que en las de 1994 el presidente Cardoso fue consagrado en la primera.

- Países en los cuales el *ballottage* ha sido utilizado en varios procesos electorales o donde por lo menos el instituto tiene un período importante de vigencia: Perú, Ecuador, El Salvador y Guatemala.

Paraguay adopta el sistema de *ballottage* para la elección presidencial (estaba previsto en el art. 256 de su Código electoral, ley 1/90), poco después del derrocamiento de Stroessner. Sin embargo, la Constitución de 1992 lo deja sin efecto. Dado lo cual la doble vuelta no llegó a aplicarse en la práctica y la presidencial de 1993 fue decidida a simple pluralidad de sufragios.

Cada una de estas categorías será objeto de un desarrollo separado. Evidentemente la última será la que nos llevará a un análisis mucho más detenido, pues en los Estados que la componen no sólo podemos observar el Derecho positivo, sino también algunas características que resultan de una aplicación continuada y que hacen al sistema político de los mismos.

A) Países que acaban de incorporarlo a su Derecho público

a) Colombia

La Convención Constituyente que concluyó en 1991 la tarea de redacción de una nueva Constitución para Colombia, se ha inclinado por el sistema de doble vuelta para la designación del presidente. Además de ello ha establecido la censura del Parlamento como sistema para la remoción de los ministros del Poder Ejecutivo. Creando así una esfera de competencia política propia para estos últimos. La vinculación entre estas dos determinaciones corre por nuestra cuenta. Ello en razón de que pensamos que esta curiosa combinación aleja, al menos en parte a Colombia, de las conclusiones que podemos elaborar para los países que presentan un sistema presidencialista puro.

Acá la situación varía pues a nuestro parecer existiría un cierto equilibrio —sólo la práctica podrá confirmar luego en los hechos hasta que punto esto es realmente así— entre los poderes políticos del Estado. Por un lado tenemos un presidente que ha sido avalado por una amplia mayoría del electorado que comparte, en cierto modo, el poder con sus ministros, ya que éstos gozan de una zona de competencia propia. Por otro lado, el Congreso puede a través de la censura derribar a los ministros, facultad que indudablemente le concede una fuerte herramienta de control sobre el Ejecutivo. Es decir que de algún modo esta solución, o mejor dicho la inclusión del *ballottage* en el interior de este curioso esquema de poderes —mezcla de presidencialismo y de parlamentarismo—, estaría acercándonos al sistema imperante en los regímenes semipresidencialistas que hemos analizado con anterioridad. No obstante esta observación, nos declaramos abiertamente pesimistas sobre las consecuencias de este remedio encaminado a atenuar el presidencialismo. Las experiencias del Ecuador y del Perú, donde también rige este

mismo instituto, nos dejan muy escépticos sobre los efectos de esta inclusión parlamentaria en un sistema presidencialista.

b) Argentina

En la Argentina encontramos un primer antecedente de ballottage que fue el producto de la enmienda constitucional del 24 de agosto de 1972, aprobada por la Junta de Comandantes que gobernaba en aquella época el país. Se trató de una reforma a la ley fundamental previa a la restauración democrática, que tendría lugar a principios de 1973. En la misma se estableció la elección directa del presidente y del vicepresidente de la República, modificando el procedimiento indirecto —a través de juntas electorales— que reconoce la Constitución de 1853. Idéntica medida se adoptó para la designación de los senadores nacionales. En base a dicha enmienda poco después se sancionó el sistema electoral nacional, a través de la ley 19.982, la que dispuso que el presidente y el vicepresidente serían elegidos por el pueblo de la Nación simultánea y directamente, resultando electa la fórmula que obtuviera más de la mitad de los votos válidos emitidos, y, en el caso de que ninguna alcanzara la mayoría, se realizaría una segunda vuelta dentro de los treinta días siguientes. En esta segunda elección podían participar todos los candidatos que en la primera hubiesen logrado más del 15% de los sufragios válidos emitidos. Otra norma determinó el mismo procedimiento para la elección de senadores nacionales.

Como consecuencia de la normativa que comentamos, en marzo de 1973 tuvieron lugar elecciones nacionales en las cuales se aplicó la doble vuelta para la elección de esas dos categorías de funcionarios. Asimismo, las provincias utilizaron el ballottage para la designación de sus gobernadores y vicegobernadores.

Luego de celebrada la primera vuelta electoral, a nivel de candidatos a presidente y vicepresidente, ninguna fórmula logró la mayoría absoluta y sólo dos pudieron superar el umbral establecido en la ley electoral para participar en la segunda¹². El desistimiento de los segundos candidatos, dada

¹² Los resultados de las dos fórmulas más votadas fueron los siguientes: Cámpora-Salerno Lima (FREJULI), 2.968.000 sufragios (49,5%); Balbin-Gamond (UCR), 2.587.600 votos (21,3%) (Fuente: Varesi, J.R.,

la cercanía de la fórmula más votada a la mayoría absoluta de votos y la distancia entre ambas fórmulas, impidió que se realizara la segunda vuelta. Por el contrario el instituto "jugó" para el caso de los senadores en numerosos casos, como así también, el *ballottage* permitió dirimir la situación existente en varias provincias en lo relativo a la designación de sus fórmulas gobernantes.

La experiencia argentina quedó trunca, pues el nuevo gobierno surgido de las urnas dejó sin efecto la enmienda constitucional de 1972 por considerar que la misma había sido sancionada por un gobierno de facto, apartándose totalmente de las reglas que para su modificación contempla la Constitución de 1853. No obstante la brevedad de la vigencia del *ballottage*, su implantación nos permite sacar algunas conclusiones. En primer lugar que, a diferencia de lo que luego ocurriría en el resto de los países de América Latina que han incorporado el *ballottage*, en Argentina éste no sólo fue pensado para el Poder Ejecutivo, sino también para los ocupantes de la Cámara Alta del Congreso. A través de esta particularidad los reformadores de 1972 pareciera que hubiesen pensado en una solución de conjunto, tratando de incorporar a la nueva mecánica también a parte del Poder Legislativo.

En segundo lugar, el apartamiento de lo establecido en la ley, por medio de un procedimiento poco convincente como fue el del desistimiento, impidió que el instituto jugara en su integridad. Esta situación veremos que luego se repite en el Perú. Creemos que estos remedios improvisados generan, de parte de la opinión pública, un descreimiento en las instituciones recién inauguradas y en definitiva constituyen un apartamiento de lo que determina la legislación en vigencia, en nuestro caso en materia electoral. Por ello desaconsejamos enfáticamente la repetición de soluciones semejantes en los países que se han decidido por el *ballottage*. De lo contrario creemos que es oportuno reflexionar sobre la verdadera voluntad de acudir a este remedio con anterioridad a su adopción, el cual una vez que sea incorporado deberá ser utilizado en toda circunstancia, y aun cuando al candidato más votado sólo le faltara una pequeña cantidad de sufragios para la obtención de la mayoría absoluta de los mismos.

La reciente reforma a nuestra Constitución Nacional, reemplaza la elección indirecta del presidente y del vicepresidente, por la forma directa a dos vueltas. Ante todo, se ha decidido "abolir el sistema que establecía la Constitución en su texto originario (...). Se trataba de una designación a través del sufragio indirecto del electorado. Este era convocado cada seis años a elegir a los miembros de las juntas o colegios electorales, quienes en cada distrito serían luego los responsables de la definitiva designación del titular del Poder Ejecutivo y de su eventual reemplazante. Sin embargo, cuando no surgía de dichos colegios la voluntad mayoritaria a favor de los dos candidatos más votados, uno para cada categoría de funcionarios, la elección recaía en el Congreso de la Nación. Es decir que se trataba de una elección en dos niveles que podía, dado el caso, llegar a adicionar una tercera etapa"¹⁴. Luego de la reforma, al carácter directo de la designación presidencial se le añade la necesidad de la doble vuelta. Curiosamente, en este sentido la Constitución mantiene la necesidad de sucesivos actos electorales, con la finalidad evidente de lograr para el primer mandatario un respaldo electoral mayoritario. Sin embargo, como a continuación veremos, las particularidades del nuevo sistema permitirán, por primera vez en la Argentina, que un presidente sea designado sin contar con la mayoría absoluta de votos. Esta situación contrasta con la exigencia del constituyente del '53 que imponía para ello la mayoría absoluta de electores.

El *ballottage* está previsto en los artículos 94 y siguientes. Allí se establece la elección directa a doble vuelta a través de un mecanismo *sui generis* de cálculo de porcentajes. Es de destacar que esta doble vuelta atípica no registra antecedentes en otras partes del mundo. Es cierto que la Constitución de Costa Rica dispone que para acceder a la primera magistratura el candidato más votado debe contar por lo menos con el cuarenta por ciento de los sufragios válidos emitidos, pero en este caso no estamos frente a un verdadero *ballottage*, sino a la imposición de una suerte de "umbral de legitimidad", como condición previa para el ejercicio de la presidencia de la República. Por supuesto, que en este país de América Central no se han previsto las particularidades que la institución

¹⁴ Sabatay, D. A. - Orsinda, J. M., *La Constitución de los Argentinos*. Etrépar, Buenos Aires, 1994, p. 283.

reconoce en nuestro medio. La disposición pertinente se limita a expresar lo que se comenta en este acápite.

La exigencia de porcentajes menores en la primera vuelta, en un sistema de *ballottage*, dentro de un esquema de presidencialismo puro, mitiga en algún grado muchas de las consecuencias negativas a que hacemos referencia en las conclusiones. No obstante ello, este curioso modelo podría minimizar en gran medida los objetivos principales perseguidos por el instituto en su versión genuina. Sobre este particular nos parecen relevantes las observaciones efectuadas por Castiglione. Este politólogo considera que "a diferencia de otros sistemas de doble turno, este *ballottage* no parece adecuado a conseguir simultáneamente, mayor pluralidad y legitimidad". Nuestro autor agrega luego que "la doble vuelta presidencial, en la doctrina política, está pensada para garantizar al jefe de Estado un poder legitimado por la mayoría de los votos". Luego explica que el *ballottage* "a la argentina" podría no cumplir con los objetivos antes mencionados. "En primer lugar —manifiesta el comentario—, un candidato está habilitado a conquistar, en un solo turno, la presidencia con el cuarenta por ciento de los sufragios, bien por debajo de aquella legitimación mayoritaria que el doble turno persigue. En segundo lugar, tendería a liquidar, en la primera vuelta, el voto sincero en aras del voto útil, restringiendo el aludido pluralismo (...) si los opositores compitieran entre sí, cada uno con su propia bandera partidaria, correrían el riesgo de no llegar al segundo turno..."¹⁸.

Dos cuestiones de especial importancia para el sistema no han quedado expresamente determinadas en el articulado constitucional. Son ellas, la posibilidad para los candidatos de provocar "desistimientos" y la de recomponer las fórmulas en el periodo que media entre la primera y segunda vueltas. En cuanto a la primera pensamos que nadie podría prohibir este tipo de comportamientos, pues en última instancia se trata de la facultad de renunciar a mantener una candidatura determinada. Ello a pesar de que nos oponemos a distorsionar el funcionamiento genuino del instituto, y en cambio, nos pronunciamos por el respeto de sus modalidades hasta

¹⁸ Castiglione, Franco, "Ballottage", Páginas 72, 12-VI-64.

sus últimas consecuencias, tal como ya nos pronunciamos cuando comentamos el antecedente del '72.

Por el contrario, consideramos que no es posible una recomposición de fórmulas, ya que el constituyente ha sido claro y preciso al referirse en todo el articulado a "fórmulas", precisamente, y no a candidatos. Pero, en definitiva, todas estas cuestiones deberán ser definidas por el legislador cuando redacte la norma reglamentaria correspondiente, como así también los caminos a seguir frente al fallecimiento o incapacidad sobreviniente de parte de los integrantes de las fórmulas ya legalizadas ante la autoridad competente. Mario Midón, destacado profesor de la Universidad del Nordeste, se ocupa de todas estas cuestiones en sus comentarios a la reforma constitucional de su provincia¹⁸.

Nuestro Derecho público provincial tampoco ha quedado ajeno a esta tendencia favorable a la incorporación del *ballotage*. Cuatro provincias argentinas han adoptado la doble vuelta electoral para la elección de sus gobernadores y vicegobernadores. Se trata de Chubut, Tierra del Fuego, Corrientes y muy recientemente, Chaco. A excepción de la primera, las tres provincias restantes, lo hacen en sus respectivas Constituciones; artículo 203 de la Constitución fueguina de 1991, artículo 108 de la correntina de 1993 y la flamante Constitución chaqueña de 1994, cuyo texto no hemos podido consultar aún y sólo hemos tomado conocimiento de sus más importantes contenidos a través de la información periodística. En las dos primeras se adopta la modalidad clásica, es decir la necesidad de que una fórmula obtenga al menos la mayoría absoluta de sufragios para ser consagrada en la primera vuelta. La Constitución del Chaco incorpora al Derecho de su provincia la solución incorporada a la Constitución nacional por el reformador del '94.

El caso chubutense, por el contrario, constituye una experiencia por demás singular, pues consiste en una combinación de la Ley de Lemas con el *ballotage*. La ley electoral del Chubut determina la realización de una segunda vuelta electoral, cuando el sublema más votado del lema ganador haya sido individualmente superado por otros sublemas. Esta situación se planteó en las elecciones de 1991.

¹⁸ Midón, Mario A. R., *Crónica de la Reforma Constitucional en Corrientes*, Ediciones del Centro, Corrientes, 1993.

B) Países en los cuales no ha habido necesidad de recurrir a una segunda vuelta

a) Chile

El retorno a la democracia en Chile se inaugura con las elecciones generales del 14 de diciembre de 1989. En esa oportunidad los chilenos eligieron a su presidente y a los legisladores nacionales. Para la designación del primero la ley orgánica constitucional 18.700 prevé en su artículo 109 la utilización de la doble vuelta, el mismo establece que "tratándose de elecciones de presidente de la República, el tribunal proclamará elegido al candidato que hubiere obtenido más de la mitad de los sufragios válidamente emitidos. Para esos efectos, los votos en blanco y nulos se considerarán como no emitidos". En consecuencia, el cargo le será discernido a quien hubiere alcanzado la mayoría absoluta de sufragios, cuando ello no ocurriera así en la primera vuelta electoral, se debe apelar a una segunda en la cual participarán las dos más altas mayorías relativas.

El sistema electoral nacional se combina a nivel de legisladores con un procedimiento mayoritario sumamente curioso de reparto de escaños. Fernández Baeza describe dicho régimen del siguiente modo: "Para la elección de las dos cámaras del Parlamento, el Senado y la Cámara de Diputados, se estableció un sistema de circunscripciones (colegios) múltiples binominales, con sistema de decisión mayoritario y con posibilidad de pactos electorales en listas de máximo dos candidatos. Debe señalarse que en el caso del Senado, su composición no sólo se origina en senadores elegidos en votación popular directa, sino también por un número indeterminado de senadores por designación o por derecho propio"¹⁷.

Esta combinación de *ballottage* para la elección presidencial con la aplicación del principio mayoritario para la parlamentaria, constituye un caso excepcional en el conjunto de países que estamos analizando, puesto que en los demás casos casi siempre encontramos al *ballottage* juntamente con la representación proporcional para la designación de los legisladores.

¹⁷ Fernández Baeza, M., *Boletín Electoral Latinoamericano - II*, IIDH, CAPEL, San José, 1989, p. 57.

Consideramos que la utilización de la doble vuelta por parte del legislador chileno se ha fundamentado en el deseo de evitar el sistema indirecto que prevía la anterior Constitución, el que organizaba una suerte de segunda vuelta en el Congreso cuando ninguno de los candidatos hubiese logrado la mayoría absoluta de electores. La experiencia del último gobierno constitucional había dejado muy malos recuerdos al respecto, y por lo tanto se trataron de evitar los manejos del colegio electoral, haciendo directa la elección y trasladando a la segunda vuelta la decisión del electorado. De este modo quedaba igualmente vigente la necesidad de dotar al presidente de un fuerte sustento a través del consenso mayoritario de la ciudadanía.

La primera elección presidencial arrojó un resultado favorable al candidato de la Concertación para la Democracia, coalición de centroizquierda que aglutinó a diecisiete partidos. Patricio Aylwin obtuvo casi el 54% de los sufragios, con lo cual no fue necesario recurrir al *ballotage*. El citado especialista saca estas conclusiones de ese acto electoral: "1. los resultados de la elección presidencial entregan un sólido respaldo político al presidente electo al alcanzarse una clara mayoría absoluta en la primera vuelta de la elección, situación con pocos precedentes en la historia chilena. 2. los resultados presidenciales presentan una gran continuidad del comportamiento electoral en relación con el plebiscito de 1988. La votación de Aylwin prácticamente equivale al voto NO en octubre de 1988. Podría ser posible que la candidatura Errázuriz hubiera obtenido votos NO y que Aylwin hubiera ganado votos del SI, pero ese trasvase de votos es muy difícil de probar"¹⁸.

Cuando escribimos el Cuaderno de CAPEL en 1991, expresamos que la particular realidad chilena vivida con motivo del plebiscito citado y luego con la elección presidencial, hace difícil sacar consecuencias concluyentes sobre el comportamiento electoral, con el objetivo de trazar alguna constante susceptible de repetirse en el futuro. Creemos firmemente que todo lo ocurrido en aquella oportunidad resultó de la coyuntura de ese momento. Por ello no nos aventuramos a afirmar que la polarización que se produjo en la elección que comentamos

¹⁸ F. Bassa, M., *op. cit.*, p. 62.

pueda repetirse en las elecciones presidenciales futuras. Por el contrario, nos parece más plausible pensar que una vez superada la transición, vuelvan a renacer las características propias del sistema chileno de partidos políticos, el que siempre ha sido proclive a una enorme fragmentación. De producirse esta situación será muy difícil que otro candidato presidencial pueda alcanzar la mayoría absoluta en la primera vuelta.

Hoy, luego de haber tenido lugar a mediados de 1994 la segunda elección presidencial bajo este mismo sistema, debemos reconocer que nuestra apreciación no había sido justa. Ello, dado que sorprendentemente el nuevo comicio arroja un resultado prácticamente idéntico al de 1989. En esta ocasión, nuevamente el candidato Frei de la misma convergencia de partidos de centro-izquierda se alza con el triunfo en la primera vuelta con un porcentaje similar al de su antecesor Aylwín, es decir, bien por encima del 50% de los votos. Creemos, de todos modos que el comportamiento responde en gran parte a una transición democrática que todavía no ha recorrido todo el camino hacia su consolidación, o lo ha hecho en uno de sus importantes aspectos de manera más embrionaria que en la mayor parte de las otras democracias latinoamericanas. Nos referimos al tema militar, como así también a la cuestión de la representación y de los sistemas electorales contenidos en la Constitución, que no satisfacen los ideales de un Estado de Derecho. Ambas cuestiones se encuentran entre las prioridades de la agenda político-institucional de los chilenos.

b) Haití

Fiel a la herencia cultural recibida de su "madre patria", Haití adopta en su Constitución de 1987, una estructura del poder prácticamente calcada de la de Francia.

Como consecuencia de ello también incorpora el mismo sistema electoral. De ese modo se constituye en una excepción dentro de los países que estamos analizando, pues el *ballottage* —al igual que en el país galo— no se limita únicamente a la elección presidencial, sino que también se emplea en la de los legisladores. La voluntad del constituyente haitiano de unificar el sistema de elección de los integrantes de los dos poderes políticos ha sido aún más marcada que la de su par francés, dado que la ley fundamental haitiana prevé el *ballot-*

taje tanto para la elección de los diputados como para la de los senadores, mientras que en Francia estos últimos son designados a través de un complicado procedimiento indirecto. El semipresidencialismo haitiano se diferencia del de Francia "Respecto de la composición y deslinde de poderes en el seno del Ejecutivo, se manifiestan modalidades que evidentemente surgen del cielo por evitar los excesos que se produjeron durante la época de Duvalier. Seguramente ése ha sido el motivo por el cual se han visto tan recortadas las potestades presidenciales, como así también el hecho de que éste no pueda disolver el Parlamento..."¹⁹. Ponemos el acento sobre esta modalidad del régimen haitiano pues luego veremos que, a nuestro entender, ella se conjuga de manera adecuada con el sistema electoral adoptado.

En Haití ya se han vivido dos procesos electorales bajo el imperio de la nueva ley fundamental. El primero tuvo lugar poco tiempo después de su sanción y sus consecuencias fueron funestas, ya que su aplicación se vio suspendida y el nuevo presidente derrocado por la irrupción de los militares en el poder. Respecto de la segunda elección, a fines de 1990, nosotros hacíamos votos —en el Cuaderno 34 de CAPEL— para que el sistema se afirmase. Desafortunadamente nos equivocamos y el régimen democrático se vio una vez más signado por el surgimiento de la fuerza y un decurso bien conocido por todos que llevó, finalmente y por primera vez, a una intervención extranjera para restablecer a un gobernante derrocado, Jean Bertrand Aristide. Esperemos que ahora las instituciones republicanas haitianas se hayan restaurado para perdurar.

C) Países en los cuales sólo se lo ha utilizado dos veces: Brasil

El Brasil es el único caso que queda comprendido dentro de esta categoría. La incorporación del *ballotage* al Derecho electoral brasileño ha sido una consecuencia de la decisión del constituyente de 1988. La nueva Constitución brasileña contempla la doble vuelta electoral para la designación del presidente y del vicepresidente de la República. En tanto que los diputados nacionales son elegidos por representación proporcional y los senadores por aplicación del principio mayoritario.

¹⁹ Sabat, D., "El Parlamentarismo en América", en *Enciclopedia Jurídica Omeña*, VI, Buenos Aires, 1990, p. 385.

La Constitución exige la afiliación partidaria para ser candidato a presidente y a vicepresidente de la República. Esta exigencia aleja al sistema de las soluciones que como viéramos han sido aplicadas en Europa para la misma cuestión y encuentra un antecedente en la Constitución ecuatoriana de 1978 que adopta la misma solución. En nuestro criterio esta disposición distorsiona de algún modo los objetivos que supuestamente respaldan al *ballottage*. Si se quiere que el presidente posea un respaldo reforzado gracias al cual adquirirá una fuerte legitimidad de origen. Si la misma será el resultado de un apoyo que casi siempre superará en mucho el voto de los afiliados y simpatizantes a un partido. Entonces: ¿cómo se concilian estas finalidades con el monopolio que se les concede a los partidos políticos en materia de candidaturas? Creemos que acá aparece una contradicción difícil de subsanar y que su fundamentación sólo puede ser encontrada en una mala lectura de los antecedentes de nuestro instituto, unida a un deseo excesivo de parte de los partidos de querer adueñarse totalmente del juego electoral.

Consideramos en cambio acertado el breve período de "...hasta veinte días..." que debe separar a las dos vueltas electorales. Además, es de destacar que los votos nulos y en blanco no entran en el cómputo para el cálculo de la mayoría absoluta.

En lo concerniente a las conclusiones sobre la adopción de esta nueva modalidad para la elección presidencial, B. Lamounier considera que: "la implantación de la elección en dos rondas tuvo como objetivo reforzar la legitimidad y la estabilidad al asegurar que el nuevo presidente tendría tras de sí la mayoría absoluta de los votos (excluidos los votos en blanco y los votos nulos). Resulta que en un país como el nuestro, con las dificultades económicas y el potencial de exacerbación política comunes en toda América Latina, los costos implícitos en ese método de producir la mayoría absoluta no son despreciables y pueden, bajo determinadas circunstancias, superar el propio efecto legitimador que a ella se atribuye. Si la elección a dos rondas da como resultado una confrontación entre dos candidatos de la misma tendencia ideológica, las dificultades del manejo político posterior podrán ser aún mayores que las resultantes de una elección por mayoría simple. Además de eso, la segunda ronda coloca frente a frente dos formidables masas electorales, masas ciertamente mucho ma-

yores y menos cohesionadas que las alianzas que se tienden a formar en condiciones normales. Esa confrontación, artificial hasta cierto punto en lo que se refiere al contenido programático, está sin embargo cargada de fuerte emoción dado que se configura justamente cuando el proceso electoral se encamina hacia su clímax. ¿Será ese procedimiento propicio para la consolidación de la democracia brasileña o habrá un gran riesgo en él? ¿Será un atenuante adecuado del potencial de exacerbación siempre latente en elecciones presidenciales, o un factor de exacerbación de ese potencial en el escenario latinoamericano? La elección brasileña de 1989 difícilmente ofrece conclusiones definitivas sobre estas preguntas; pero ciertamente sirve para enfocarnos claramente como materia de reflexión para los políticos, científicos sociales, juristas y ciudadanos en todo el hemisferio²⁰.

Por nuestra parte opinamos que "el realineamiento de fuerzas ocurrido en Brasil luego de la primera vuelta, llevó a una división casi perfecta del mapa político brasileño en dos grandes familias políticas, una de izquierda y otra de derecha. Detrás del candidato Collor, del PRT, se alinean todos los partidos que van del centro a la derecha (...). En tanto, que Lula, del PT, logra el apoyo de (...) agrupaciones que forman el Frente Brasil Popular (todos los partidos que van del centro izquierda a la izquierda). Esta polarización es vivida inclusive a nivel de la calle donde al elector, cuando se le pregunta por sus preferencias para el 17 de diciembre, ante todo se manifiesta partidario de la izquierda o de la derecha, según el caso. El fenómeno resulta asombroso, ya que habla de una ideologización —al menos intuitiva más que racional— en un mundo donde pareciera producirse lo contrario. Asimismo, resulta interesante observar el efecto que provoca la aplicación del *ballottage* en las elecciones presidenciales latinoamericanas. En Brasil y pocos meses después en Chile, un primer análisis nos acerca a la realidad francesa, donde la doble vuelta también ha generado este tipo de fenómeno de polarización en un país caracterizado, hasta la Vª República, por la atomización de sus partidos políticos. Por su parte, Ecuador y Perú parecen estar ajenos a esta

²⁰ Lemourier, B., *Boletín Electoral Latinoamericano - II*, IIDH, CAPEL, San José, 1989, p. 30.

realidad; allí el *ballottage* ha producido efectos distintos cuyas características merecen un estudio particular⁷¹.

Hemos efectuado estas citas pues consideramos que además de tratar de dar una interpretación sobre el proceso brasileño, en particular, nos serán útiles como parte del planteo que luego realizaremos al momento de elaborar las conclusiones finales. La elección de 1994 marca un resultado muy diferente, ya que el candidato Cardoso accede a la presidencia sin que sea necesaria una segunda vuelta electoral.

D) Países en los cuales el ballottage ha sido utilizado en varios procesos electorales o donde por lo menos el instituto tiene un período importante de vigencia

a) Ecuador

El *ballottage* para la elección del presidente y del vicepresidente de la República ha sido introducido en Ecuador por la Constitución actual, que data de 1978. Los demás funcionarios nacionales electivos son designados conforme a un sistema de representación proporcional de cociente electoral.

El sistema ecuatoriano presenta dos aspectos particulares de análisis. El primero se refiere al categórico monopolio en materia de candidaturas que se les ha conferido a los partidos políticos. "El nuestro es uno de los pocos regímenes de monopolio jurídico, por estar establecido en el Derecho positivo y absoluto ya porque: 'Únicamente los partidos políticos reconocidos por la ley pueden presentar candidatos para una elección popular', según el artículo 37 de la Constitución, y ya, también, porque para ser candidato se requiere ser afiliado a un partido político legalmente reconocido, de acuerdo con los artículos 47 de la Ley de Elecciones y 31 de la Ley de Partidos"⁷². A su vez, más adelante Trujillo aporta un nuevo dato del que surge un protagonismo exclusivo de los partidos en todo lo que hace a las candidaturas presidenciales. Al respecto, sostiene que "la selección de candidatos para la presidencia y vicepresidencia de la República es, en todos (se

⁷¹ Sabany, D., "Elecciones Presidenciales en Brasil", *Revista de Derecho Político*, UNED, Madrid, 1991, n° 32, p. 435.

⁷² Trujillo, J. C., *Legislación Electoral Ecuatoriana*, T. 3. Tribunal Supremo Electoral, Quito, 1990, p. 31.

refiere a los partidos políticos), de competencia del máximo órgano de decisión del partido que recibe el nombre de Asamblea General....²²

Este dato agrega aún más argumentos a las conclusiones que hacíamos sobre el régimen similar existente en el Brasil, ya que en este caso el sistema de selección de los candidatos en el seno de los partidos, a cargo de un órgano, hace que quien sea finalmente ungido, represente a un partido dentro del cual no sabemos hasta dónde su figura goza realmente del consenso de la masa de afiliados, o ha sido más bien el producto de algún acuerdo de élites partidarias. Nos resulta muy difícil entender hasta qué punto este sistema se concilia con las bases que a nuestro criterio inspiran al *ballottage*...

El segundo dato que creemos útil comentar por su peculiaridad, se refiere al plazo que debe mediar entre las dos rondas electorales. Sobre este particular, el artículo 45 de la Ley de Elecciones dispone que "las elecciones directas se efectuarán en la forma siguiente: la primera vuelta electoral para elegir presidente y vicepresidente de la República (...) el último domingo de enero de cada cuatro años. La segunda vuelta electoral (...) se realizará el primer domingo de mayo, cada cuatro años, en caso de ser necesario en la que intervendrán los dos binomios que hubieren alcanzado el mayor número de sufragios". Esta solución se aparta totalmente de todos los casos que hemos comentado con anterioridad. En todos ellos se ha establecido un período breve que nunca supera los treinta días. En Ecuador el legislador ha considerado en cambio más beneficioso la determinación de un plazo de tres meses y medio entre los dos actos electorales.

Nos cuesta entender cuáles han sido los fundamentos que han llevado al apartamiento de lo establecido en los modelos que sirvieron de base a la normativa ecuatoriana. Es más, la decisión escogida nos parece desaconsejable. Creemos que si se deja pasar tanto tiempo entre ambos comicios de hecho se rompe la idea de proceso electoral unitario que subyace en el *ballottage*, para pasar en cambio a dos citas electorales prácticamente independientes y diferenciadas. La fluidez de la vida política moderna —en particular en países que atraviesan serias crisis políticas como es el caso de casi todos los Estados de nuestro subcontinente— hace que en un plazo como el cita-

²² Trujillo, J. C., *Legislación Electoral Ecuatoriana*, op. cit., p. 32.

do puedan suceder hechos que lleven a un cambio total de posición para la segunda vuelta de parte de los electores, en cuanto a las opciones que habían ejercido en la primera. Además de ello, un paréntesis tan prolongado en la vida política de un país, en lo referente nada menos que a la identidad de la persona que ejercerá la titularidad del Poder Ejecutivo, no puede sino crear un período de serio "vacío de poder", de resultados del cual al presidente en ejercicio le será muy difícil ejercer su mandato.

Es de destacar que durante el lapso que medie entre ambas citas electorales, la opinión pública seguramente será espectadora de un escenario en el cual se desarrollarán interminables conciliábulos políticos. Ellos serán el producto de las negociaciones que llevarán a cabo los dos primeros candidatos y sus partidos para lograr el apoyo para sus candidaturas, de parte de los demás partidos. Es de imaginar que durante tantos meses se asistirá a una amplia muestra de "extorsiones", ruptura de alianzas en función de las circunstancias cambiantes y todo tipo de maniobras que de ningún modo contribuyen a la salud de las instituciones ni al prestigio de los partidos y del de sus dirigentes.

Los partidos políticos ecuatorianos son sumamente numerosos y de variadas tonalidades ideológicas. Nuestro breve análisis se limitará a observar el panorama existente a partir de 1979, año de la última restauración democrática que se continúa hasta nuestros días. Existen diecisiete partidos legalmente reconocidos por el Tribunal Supremo Electoral. R. Rivera sostiene que "el caso ecuatoriano es el de un multipartidismo sin polarización con altos niveles de regionalización, elemento de una endémica inestabilidad política, sin fuerzas mayoritarias con sustentos sociales amplios, muy por el contrario, con una propensión a la atomización, lo que hace imposible que un solo partido pueda gobernar sin tener que recurrir a alianzas o conquistas de votos en el seno del Parlamento. Lógicamente, un enjambre de grupos pequeños receptan una apreciable parte de la voluntad política"¹⁴.

Dentro de un sistema de partidos como el que nuestro autor comenta, el *ballottage* ha servido desde 1979 como un útil elemento de aglutinamiento de las distintas tendencias políticas que se disputan las preferencias electorales. Así los ga-

¹⁴ Rivera, R., *Legislación Electoral Ecuatoriana*. T. 4, p. 58.

nadores de las tres elecciones presidenciales que tuvieron lugar en los últimos doce años han sido el producto de alianzas de diferentes agrupaciones. La fórmula Roldós-Hurtado, triunfadora en 1979, fue la expresión de fuerzas de centro-izquierda. Mientras que en 1984, el acceso a la presidencia de Febres Cordero significó la llegada al poder del Frente de Reconstrucción Nacional, alianza compuesta por una cantidad muy numerosa de agrupaciones que se sitúan de la derecha al centro derecha del arco político. Por último, Borja Cevallos, actual presidente de la República, fue el candidato de una alianza de centro-izquierda de tendencia socialdemócrata; representativa de fuerzas que se manifiestan a partir de 1979 y que son la manifestación de nuevos sectores sociales.

Es de destacar que el Ecuador ha sido el único país de nuestro grupo en el cual el *ballottage* ha "jugado" en las tres elecciones que tuvieron lugar bajo sus reglas, desde el momento de su incorporación. Cada acto electoral se ha visto caracterizado por el crecimiento del número de fórmulas presidenciales oficializadas. Así, en 1978 ellas fueron seis, en 1984, nueve y en 1988, diez. Este aumento de la oferta electoral ha sido a su vez propicio para acentuar un fenómeno de dispersión de sufragios entre los distintos candidatos. Al respecto vale la pena destacar que los competidores en 1979 de la segunda vuelta: Roldós Aguilera y Durán Ballén, sólo habían alcanzado en la primera vuelta, respectivamente, 381.215 sufragios (alrededor del 28%) y 328.461 sufragios (aproximadamente el 23%). Por su parte en 1984, Febres Cordero logra en la primera ronda 600.858 (aproximadamente el 28%) y Borja Cevallos 634.533 (un poco menos del 30%). En tanto que en 1988, Borja Cevallos obtiene 744.409 sufragios (menos del 25%) y Bucaram Ortiz 535.482 (alrededor del 18%).

Los datos que acabamos de mostrar nos parecen de enorme importancia para caracterizar a un sistema que carece de partidos hegemónicos. En el cual el amplio abanico de candidaturas presentes en las primeras rondas han sido siempre y en casi todos los casos, representativas de sectores bien definidos y no meras "aventuras electorales", ya que consiguieron un porcentaje considerable o al menos un piso importante, del caudal electoral total. Es de observar que en 1984 es el perdedor de la primera vuelta quien se alza con la victoria en la segunda. Este panorama nos induce a pensar que el *ballottage* es prácticamente una necesidad para el sistema

político ecuatoriano. Caso contrario nos encontraríamos con un presidente desprovisto de una legitimidad adecuada para el ejercicio de una función tan trascendente.

De todos modos nuestra afirmación anterior no puede ser tomada en términos absolutos. En primer lugar porque no sabemos cuál sería el comportamiento electoral de no existir una segunda vuelta para la designación del jefe de Estado. Y, sobre todo, no queremos que la misma sea interpretada como un consejo de nuestra parte en cuanto a la necesidad de que el sistema de dos vueltas esté incorporado al Derecho electoral ecuatoriano. Por otra parte queremos manifestar cuales son las falencias que a nuestro entender presenta la normativa del Ecuador.

Tal vez es en este país donde las consecuencias negativas de un *ballottage* limitado al Poder Ejecutivo, repercuten de manera más significativa. Tan es así que los tres presidentes de la nueva democracia ecuatoriana —como reflejo del sistema de partidos ya descrito— tuvieron que gobernar con respaldos parlamentarios propios acentuadamente minoritarios. Situación que provoca un claro desequilibrio entre la mayoría absoluta lograda en la elección presidencial y el reflejo mucho menos significativo en concepto de bancas. Esta realidad podría ser interpretada como un efectivo elemento de control del Legislativo sobre el Ejecutivo. Sin embargo la experiencia demuestra que al menos en el interior de un sistema presidencialista puro, como es el ecuatoriano, estas realidades no ayudan a la gobernabilidad, ya que no son el producto de una elaboración lógica, sino más bien el resultado de situaciones que no han sido previstas como propias del régimen adoptado.

b) Perú

La Constitución peruana de 1979 contempla en su artículo 203, el *ballottage* para la elección del presidente de la República. Sin embargo como nos recuerda García Belaúnde, "este sistema entró en vigor recién en 1985, ya que la propia Constitución sancionada en 1979, estableció un sistema transitorio para las elecciones generales de 1980, en las cuales (Tercera Disposición General y Transitoria) se estableció que serían proclamados presidente y vicepresidente los candidatos que alcanzaron la votación más alta, siempre y cuando ésta no sea inferior al 36% del total de votos válidos. Si este

no sucedía, la segunda vuelta, por así decirlo se daba en el Congreso, quien elegía presidente y vicepresidente por votación pública y nominal de más de la mitad del número legal de cada Cámara, en sesión permanente y continua. Este supuesto no llegó a darse, pues la lista de Acción Popular encabezada por el arquitecto Fernando Belaúnde Terry, alcanzó el 46% de los votos válidos, superando así largamente los márgenes mínimos previstos transitoriamente por el constituyente²⁸.

Luego en las elecciones presidenciales de 1985 el candidato del APRA, Alan García Pérez, obtiene el 45,76% de los sufragios y ello motiva el retiro de la candidatura para la segunda vuelta del candidato que le seguía en número de votos, Alfonso Barrantes Lingán, quien había alcanzado el 21,26% de los sufragios. Recién en las últimas elecciones presidenciales de 1990 tendrá lugar una segunda vuelta para la designación del titular del Poder Ejecutivo. Es decir que hubo que esperar más de diez años para que rigiera de manera efectiva y genuina el sistema electoral contemplado en la Constitución para la elección presidencial. En consecuencia si bien el caso peruano constituye un interesante elemento de análisis para nuestro trabajo, dada la antigüedad que tiene el instituto, lo que resulta un elemento de diferenciación en relación con la mayoría de los otros países objeto de análisis, la observación que se puede efectuar no es muy rica, si se considera la escasísima aplicación que ha tenido el mismo.

Al igual que en casi todos los Estados sobre los cuales ya hemos trabajado, en el Perú el *ballottage* sólo se limita a la esfera del Ejecutivo. Los legisladores son designados de conformidad con las reglas de la representación proporcional. Esta suerte de desfaseamiento entre ambos regímenes de elección, ha provocado consecuencias variadas. Tanto Belaúnde Terry como García Pérez consiguieron para sus respectivos partidos la mayoría absoluta de los escaños parlamentarios. Pero esta situación no ha vuelto a repetirse en 1990, ya que Cambio 90 —el partido del actual jefe de Estado Fujimori— sólo logró en las elecciones que tuvieron lugar juntamente con la primera vuelta presidencial (8/4/89), el 23,3% de los cargos de senadores y el 18,3% de los diputados.

²⁸ García Belaúnde, D., *Legislación Electoral Comparada*, IIDH/CAPEL, San José de Costa Rica, 1988, pp. 327 y 328.

Esta rápida revista que hemos hecho de las diferentes secuencias ocurridas en el país andino desde la adopción del *ballottage*, nos está indicando que a pesar de que sólo se celebraron tres actos electorales, sin embargo cada uno de ellos ha deparado una situación absolutamente distinta de la anterior. La atipicidad de los dos primeros casos pareciera ubicarse perfectamente dentro del marco de las experiencias que tan habitualmente se viven en América Latina con el objeto de acomodar las cosas a diferentes circunstancias y ello aun a costa de que el resultado de esos "arreglos" no se adecue con lo preceptuado en la ley fundamental. Aun ignorando los motivos que llevaron a la inclusión de la disposición transitoria en el texto constitucional, para que rigiera sólo para la primera elección posterior a su sanción, nos animamos a suponer que se trató de una "transacción política" destinada a satisfacer a algunos en detrimento de otros. También fue el resultado de una operación similar lo que llevó al candidato Barrantes a retirarse de la carrera, no obstante que su par más votado no había alcanzado el umbral exigido constitucionalmente para acceder a la primera magistratura. Acá se repite lo que ocurriera en Argentina en 1973 y del mismo modo que lo hiciéramos antes, nos permitimos nuevamente expresar nuestra más enérgica oposición a este tipo de soluciones.

Por último, la experiencia Fujimori, aporta dos particularidades poco frecuentes en este tipo de escrutinios. Por un lado, la ya anotada en cuanto a la inexistencia de mayoría parlamentaria favorable al presidente; por el otro, el hecho de que el triunfador de la segunda vuelta haya sido perdedor en la primera. Nos parece interesante detenernos en los motivos que llevaron a semejante vuelco. El que resulta notable no tanto por la diferencia entre los dos más votados de la primera vuelta, que fue de menos de 300.000 sufragios, sino por el hecho de que el candidato Vargas Llosa encabezaba las encuestas desde varios meses antes de la celebración de los comicios. Situación que recién empieza a revertirse con muy poca anticipación a las elecciones, cuando un candidato de último momento, Fujimori, produce un verdadero fenómeno político que finalmente concluye con un resultado contrario al que venían pronosticando todas las empresas de opinión, quienes vaticinaban un triunfo aplastante a favor de Vargas Llosa. Las características de este proceso sorprenden todavía más si se considera que entre ambas personalidades no existían diferencias programáticas importantes.

No obstante todo ello, el fenómeno de polarización tan típico a los sistemas de *ballottage*, se produce y de una forma impresionante, pero esta vez respondiendo a motivos mucho más irracionales que los tan característicos móviles más racionales de orden ideológico que dividen la escena en derechas e izquierdas. Raspigliosi al respecto comenta que "durante la segunda vuelta la campaña se polarizó más todavía. Los aspectos religioso y racial fueron usados por ambos bandos explícitamente. La jerarquía de la Iglesia Católica hizo campaña a favor de Vargas Llosa —un agnóstico declarado— y en contra de Fujimori, un católico. El motivo era obvio: en las listas de Cambio 90 hay una importante proporción de evangelistas que centraron su campaña prometiendo hacer extensivos algunos de los privilegios que goza la Iglesia Católica, a las confesiones protestantes. Algunos grupos evangélicos atacaron virulentamente a los católicos. Se atacó a Fujimori por ser "chino", como se les dice generalmente a las personas de origen asiático. A su vez, el FREDEMO fue acusado explícita e insistentemente de ser el partido de los 'blancos'. (...) Resultó una contienda en que todos los profundos desgarramientos de la sociedad peruana salieron a la luz. Los conflictos de clase, sociales, étnicos, religiosos y políticos, fueron tensados al máximo"²⁶. Estas interesantes reflexiones nos llevan a preguntarnos sobre la utilidad del *ballottage* en el marco de este tipo de contextos, claro que sobre el particular nos ocuparemos en el último capítulo.

Perú comparte con Haití la especificidad de que se trata de los dos únicos países latinoamericanos que han adoptado un sistema semipresidencialista. Ahora bien, es de destacar ante todo que el semipresidencialismo peruano se encuentra muy desdibujado tanto en la letra de la Constitución como en la dinámica institucional del país. En los hechos nos animamos a afirmar que la forma de gobierno peruana ha evolucionado hacia un presidencialismo que prácticamente no presenta diferencias con el resto de los regímenes imperantes en América Latina, que han tomado al modelo estadounidense como base de su estructura de poder. Costaría en realidad hablar de evolución, más bien sería preciso decir que la descentralización funcional del poder que presenta el Ejecutivo

²⁶ Raspigliosi, F., *Boletín Electoral Latinoamericano - II*, IIDH, CAPEL, San José de Costa Rica, 1989, pp. 38 y 39.

peruano no ha servido como un instrumento apto para atenuar el tradicional presidencialismo que ha regido en ese país, desde su independencia y pese a los objetivos que tuvo el constituyente cuando elaboró el diseño institucional del mismo.

Sobre el semipresidencialismo peruano, en un trabajo nuestro que ya citáramos con anterioridad expresáramos que, "si se analiza al sistema desde el Poder Ejecutivo, debemos concluir que se trata de un semipresidencialismo aparente, dada la magnitud de poderes del presidente de la República frente a un Consejo de Ministros que como hemos visto cuenta con muy escasas facultades propias. Desde el ángulo del Parlamento, sorprende la amplitud que presenta la delegación de facultades legislativas a favor del Poder Ejecutivo. (...) En suma, una combinación muy particular de elementos presidencialistas y parlamentarios que la práctica pareciera haber inclinado hacia una clara preponderancia de la figura del presidente de la República"²⁷.

Como consecuencia de lo antedicho nos parece fundamental tener en cuenta que acá, al no encontrarnos ante un semipresidencialismo real, a él no le serían aplicables las consideraciones que pudieran surgir de relacionar esta forma de gobierno con el *ballottage*. Es necesario subrayar por el contrario, que el modelo peruano importa de hecho un sistema presidencialista, conforme a las pautas que caracterizan a la forma de gobierno más extendida en América Latina. Siendo por ende este último el elemento de vinculación al que se debe acudir cuando se desea realizar un enfoque sistémico del *ballottage* dentro del panorama institucional peruano.

El sistema de partidos peruano está integrado por una clara representación de agrupaciones que exhiben los matices políticos tradicionales que van de la derecha a la izquierda. De tal modo que podemos ubicar a la derecha y a la centro derecha con los partidos Acción Popular y Partido Popular Cristiano, que coaligados posibilitaron en 1980 el triunfo de B. Terry. En el centro y más hacia la centro izquierda —y a pesar de que se trata de un movimiento político de difícil ubicación— encontramos el APRA, partido de gobierno desde 1985 a 1990. Por último, la izquierda presenta un variado mosaico, en el cual sobresalen la izquierda

²⁷ Sabsoy, D., "El Parlamentarismo en América", *op. cit.*, p. 363.

Unida y la Izquierda Socialista, los que han gobernado en diversos municipios.

Resulta difícil mensurar cuál ha sido el efecto del *ballotage* sobre este panorama de partidos. Ello, por una parte en relación a la escasa utilización real que como viéramos ha tenido la doble vuelta, y, por otra parte, en razón de que con posterioridad a ella, el sistema no parece haber cambiado en demasía. Tanto es así que en 1980 y en 1985 los ganadores de la presidencial también triunfan en la elección parlamentaria, pese al sistema proporcional imperante a ese nivel. Esta situación coincide con la mayoría de las experiencias vividas en el país andino con anterioridad al establecimiento del *ballotage*.

Las modificaciones experimentadas en el esquema partidario peruano, que por cierto las ha habido y que han sido de gran importancia, son atribuibles a factores totalmente diferentes y comienzan a sentirse en las elecciones municipales de 1989. Rospigliosi, cuando trata de explicar las causas que llevaron al triunfo de Fujimori, da respuesta a nuestro interrogante. Nuestro autor expresa que "se pueden esbozar varias hipótesis. La primera se refiere al desprestigio de los partidos políticos tradicionales, de izquierda, centro y derecha.(...) El desencanto de los partidos políticos tendría su explicación fundamental en que, en opinión de la ciudadanía, los partidos no han sido capaces de resolver los problemas más acuciantes del país, la crisis económica y la subversión armada."²⁸ Más adelante explica la mala imagen de partidos y de políticos en su país, característica que si bien él reconoce que se repite en muchísimas otras democracias, en el Perú adquiere ribetes francamente inquietantes.

Como podemos ver, el *ballotage* parece no haber ejercido mayor influencia en la transformación del sistema peruano de partidos políticos. Pese a lo cual, en el grave estado de cosas que presenta el país, no se puede dejar de observar con atención las consecuencias dañinas que pueden derivarse de una polarización tan nociva como la que hemos descrito con anterioridad. En cuya base tal vez no es posible ubicar exclusivamente al *ballotage*, pero no se puede dejar de afirmar que ha

²⁸ Rospigliosi, F., op. cit., p. 33.

sido nuestro instituto el que ha facilitado una suerte de exacerbación de las confrontaciones que anidan en la sociedad peruana.

c) El Salvador

También en Centroamérica encontramos ejemplos de *ballottage*, son los casos de El Salvador y Guatemala. La Constitución de 1983, peldaño fundamental del retorno a la democracia en El Salvador, prevé la doble vuelta entre sus disposiciones en materia electoral. El instituto sólo es aplicable a la elección de presidentes y de vicepresidente de la República. Los legisladores son elegidos por un sistema de representación proporcional. La ley fundamental prevé un período de treinta días entre las dos rondas electorales e inclusive establece un plazo suplementario de otros treinta, cuando razones de fuerza mayor hubieren imposibilitado la celebración de la segunda vuelta en la fecha establecida. A través de esta doble estipulación, el constituyente ha querido dejar aclarado su deseo de que no se extienda desmedidamente el tiempo de separación entre uno y otro acto comicial.

Desde 1983 tres elecciones presidenciales han tenido lugar en este país, en 1984, 1989 y 1994. En la primera oportunidad se verificó el *ballottage* entre los candidatos del Partido Demócrata Cristiano (PDC) y de la Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), resultando el primero ganador por un porcentaje del 7% de los sufragios sobre su contendor. En 1989 el candidato de ARENA obtiene el triunfo en la primera vuelta con una ventaja de casi el 18% sobre el PDC gobernante. La particular situación de virtual guerra civil por la que atraviesa este país centroamericano hace difícil realizar un análisis sobre algún fenómeno político referente a él, donde la confrontación bélica no ocupe un lugar preponderante. Por ello resulta prácticamente imposible analizar el funcionamiento del *ballottage* tratando de sacar conclusiones que se deriven de su aplicación, sin tener en cuenta la coyuntura de grave crisis en todos los campos que vive esta Nación. Por lo tanto los cambios de tendencias de una a otra elección, como así también el hecho de que en la segunda no hubiese "jugado" el *ballottage* se explican prácticamente de manera exclusiva como producto de la grave confrontación a la que asiste la sociedad salvadoreña. Al respecto es de tener en cuenta la altísima abstención que caracterizó al acto electoral

de 1989, cuyas causas hay que encontrarlas en gran medida en la abstención bajo amenazas y la huelga del transporte vinculadas con la guerrilla. De no haberse verificado esa abstención seguramente los resultados de los comicios hubiesen sido otros.

Lo antedicho constituyó la conclusión de nuestra versión original del presente trabajo. En el presente año el candidato de ARENA obtiene nuevamente el triunfo en la primera vuelta electoral. Entremedio se ha producido el final de la guerra civil con todas las consecuencias posibles que ello ha implicado para este atribulado país centroamericano.

d) Guatemala

Con la Constitución sancionada en 1985, Guatemala vive uno de los momentos claves del regreso a su institucionalidad democrática, la que fue recuperada a través de un proceso gradual administrado por el último gobierno militar que gobernara el país. Al igual que en El Salvador y en la mayoría de los países contemplados en este trabajo, el *ballottage* ha sido establecido exclusivamente para la designación del presidente y del vicepresidente de la República, siendo los legisladores elegidos a través de una modalidad de representación proporcional. El sistema de gobierno guatemalteco también es presidencialista. El panorama de partidos se presenta sumamente fragmentado con veinte agrupaciones inscriptas en las últimas elecciones.

Pese a todas estas similitudes con los regímenes ya analizados, en Guatemala encontramos ciertas características diferenciadoras que merecen ser destacadas. El *ballottage* ha sido utilizado para la elección de los dos últimos presidentes, en 1985 y en 1990. En ambas ocasiones fue necesaria la celebración de los dos turnos electorales. Como consecuencia de ello, Guatemala y Ecuador se presentan como los dos únicos países en los cuales han tenido lugar por lo menos dos elecciones presidenciales seguidas en las que ha intervenido el *ballottage*.

En 1985 gana el candidato de la Democracia Cristiana (DCG), luego de celebrada una segunda vuelta electoral en la cual obtiene el 68,4%. Este ya había sido el triunfador de la primera ronda con un 39% de los sufragios totales válidos, seguido muy por detrás por el candidato de la Unión del Centro Nacional (UCN) el que sólo había logrado el 20% que

se transforman en el 31,6% en la segunda vuelta. En 1990 la UCN gana la primera vuelta con el 25,7% de los votos contra el 24,1% de su inmediato seguidor del Movimiento de Acción Solidaria (MAS), partido éste que no había presentado candidato propio a la presidencia en 1985, puesto que surge luego de las elecciones de 1985. Sin embargo su breve plazo de existencia no le impide ser el ganador de la segunda ronda, oportunidad en la que consigue un triunfo aplastante sobre su oponente, logrando el 68,1% de los votos contra el 31,9% del representante de la UCN.

Un breve análisis de estos guarismos permite concluir que llama la atención cómo una dispersión de votos tan importante en la primera ronda —en 1990 se presentaron trece fórmulas presidenciales— luego se define en la segunda con una designación de características plebiscitarias a favor del ganador. La situación es prácticamente idéntica —los únicos que cambian son los protagonistas— en ambas elecciones. Asimismo es inquietante el elevado abstencionismo, que en 1985 llega al 39% de los ciudadanos empadronados y la cifra trepa a un preocupante 52% en 1990, esto para la primera vuelta; para la segunda, la abstención fue del 40% y del 57% respectivamente.

El nuevo partido gobernante sólo logra la tercera mayoría en el Congreso. De resultados de lo cual forma una coalición con otras agrupaciones que le asegura el control del mismo y que tiene su correlato en la integración del gabinete de ministros. A pesar de que contamos con muy escasos datos sobre este país, creemos que el *ballottage* no ha provocado serias confrontaciones o polarizaciones internas. Al menos ello no ha sido así en el plano ideológico. Como fundamento de esto último basta con observar que la segunda vuelta de 1990 se jugó entre un representante del centro y otro de la derecha y que los programas electorales presentaban notables similitudes. Este análisis que estamos realizando sólo a la luz de los resultados electorales y del panorama de partidos actuantes, nos lleva a pensar que, al igual que en el Ecuador, en Guatemala el *ballottage* parece servir como un útil instrumento de aglutinamiento de las tan variadas y numerosas fuerzas políticas que componen la oferta electoral de ese país.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis de la relación que existiría entre el *ballottage* y la forma de gobierno nos parece una cuestión fundamental para dar comienzo a nuestras conclusiones. La observación de la estructura gubernamental de los países europeos cuya legislación electoral contempla al *ballottage*, creemos que es un dato importante para ahondar en el análisis del modelo de referencia. Todas esas naciones son semipresidencialistas. Esta característica inclusive puede ser extendida a los restantes semipresidencialismos europeos. La excepción sólo la encontramos en Finlandia. Pero en este país escandinavo la designación del presidente de la República está sometida a un procedimiento indirecto, de resultados del cual la elección recae en un Colegio Electoral ampliado. Detrás de este procedimiento también está presente la necesidad de dotar al primer mandatario de una fuerte legitimidad. Lo mismo ocurría en Francia antes de la reforma electoral de 1962, fue un Colegio Electoral amplísimo el que designó a De Gaulle en 1958.

Ballottage y semipresidencialismo parecieran estar íntimamente vinculados. La necesidad para los países que han adoptado esta forma de gobierno de dotarse igualmente de un mecanismo para la elección del jefe de Estado que les asegure el respaldo, para este último, de la mayoría absoluta del electorado, responde a un requerimiento que hace a la gobernabilidad del sistema. Por ello el *ballottage* se imbrica perfectamente con el andamiaje institucional del régimen y en particular con la inserción del presidente en el interior del mismo. La práctica de los países que han adoptado esta combinación de forma de gobierno y de sistema electoral ha puesto de manifiesto la veracidad de la afirmación que hemos hecho. Tan es así que hoy en día sería casi impensable un semipresidencialismo sin *ballottage*.

La afirmación que acabamos de hacer pareciera ser el resultado de la más pura lógica. Sin la utilización de un procedimiento que como la doble votación persigue la obtención de una "superlegitimidad", sería muy difícil la ubicación de un jefe de Estado por encima de los partidos políticos, que debe actuar como una suerte de "superárbitro", para el que se reservan poderes especialísimos en tiempos de crisis. Dentro del esquema semipresidencial de poderes y competencias, el refuerzo que en materia de consenso se busca para el presi-

dente, no es susceptible de riesgos en lo que hace a una sumatoria excesiva de poder en manos del mismo.

Al respecto recordemos que el primer mandatario comparte el Poder Ejecutivo con un gabinete de ministros y la jefatura de gobierno es titularizada por el primer ministro. Además, el control que ejerce el Parlamento acerca el régimen al parlamentarismo. Con esta observación queremos significar que el *ballottage* es como un engranaje que se adosa a la mecánica del semipresidencialismo. No se trata de un elemento aislado insertado en un continente dentro del cual su funcionamiento no encuentra razón de ser. Por el contrario, su existencia en la estructura semipresidencial guarda una clara coherencia con la misma.

Ahora bien, en el presidencialismo las cosas se presentan de un modo totalmente diferente. Creemos que la relación entre esta forma de gobierno y el *ballottage* llevará a una acentuación de ciertas características negativas que ella posee. "El semipresidencialismo se aleja del presidencialismo porque posee un gobierno separado del presidente y un Parlamento, que el presidente puede disolver. Se acerca al presidencialismo en la medida que excluye la solidaridad entre el presidente y el Parlamento. La solidaridad política, naturalmente, y no la solidaridad institucional que es la colaboración (o un mínimo de colaboración) en las funciones del Estado. El sistema semipresidencial se separa del parlamentarismo en tanto este último reduce la presidencia a una magistratura moral o, en el mejor de los casos, a un rol arbitral. Por el contrario, se acerca a él dado que exige una comunicación permanente entre el gobierno y las Cámaras"²⁹.

Esta caracterización del constitucionalista portugués clarifica de modo preciso las diferencias entre dos sistemas cuyo funcionamiento y estructura responden a una dinámica que les es propia y que de ninguna manera es la misma en los dos casos. Además de estos distinguos en lo que hace a las relaciones entre los poderes políticos, agregamos el peso de una magistratura unipersonal como es el caso del Poder Ejecutivo en el presidencialismo y la separación tajante que en él impera entre Ejecutivo y Legislativo.

²⁹ Miranda J., *Los Régimes Semi-Presidenciales*, p. 138 (traducido del francés por el autor).

El presidencialismo importa una enorme concentración de facultades en manos del titular de un poder que es monocrático. Esta particularidad desde los comienzos de su creación en la Constitución de Filadelfia llamó la atención de los estudiosos, quienes muchas veces hicieron notar su falta de adecuación con el Estado de Derecho, en tanto no se compadecía con la organización del poder que en él debería imperar, caracterizada por la descentralización de competencias y facultades. La práctica luego pondría de manifiesto, que a excepción de su lugar de nacimiento, los Estados Unidos de América, en los restantes países donde se lo ha adoptado, en particular en América Latina, se concretaron los inconvenientes temidos por los críticos del presidencialismo. Tan es así que, en la actualidad, en gran parte de esos Estados se estudia el modo de atenuar la forma de gobierno vigente. Inclusive esta tendencia ya tiene su concreción en varios casos; como por ejemplo los ya citados semipresidencialismos de Perú y de Haití y la institución de la censura parlamentaria en las Constituciones de Venezuela, Ecuador y ahora también en la de Colombia.

Linz alerta sobre una de las notas para él más características del presidencialismo en lo que hace al fenómeno que venimos comentando. Sostiene que "quizás la consecuencia más importante del presidencialismo es que introduce un fuerte elemento del juego 'suma cero' en la política democrática a través de reglas que producen resultados electorales en los cuales el 'ganador se lo lleva todo'"²⁰. Dentro de un "juego" institucional de este tipo la tendencia a la negociación y al acuerdo entre las distintas fuerzas políticas se troca en una tentación dirigida a la confrontación. En definitiva será la oposición más severa a los actos del partido gobernante, lo que le concederá más chances de triunfo electoral a la oposición. Poco le servirá una concertación con el oficialismo, susceptible de comprometerlo ante la opinión pública en la toma de medidas impopulares muchas veces. A ello debemos agregar que de todos modos el partido gobernante tiene muy pocas cartas de poder para compartir dada la configuración del régimen.

El *ballottage* incorporado a esta mecánica no puede sino exacerbar tanto la concentración de poder en manos presidenciales, como las dificultades para el logro de acuerdos

²⁰ Linz, J., en *Presidencialismo vs. Parlamentarismo, Consejo para la Consolidación de la Democracia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1988, p. 28.

interpartidarios los que, como acabamos de ver, ya de por sí son por demás complicados, teniendo en cuenta el diseño institucional del presidencialismo. De hecho se producirá un enfrentamiento entre dos grandes fuerzas electorales polarizadas, dificultando aún más el logro de acuerdos. Asimismo es importante tener en cuenta que esa superlegitimidad de que se dota al presidente puede convertirse rápidamente en una suerte de espejismo. Ello cuando la mayoría presidencial no se corresponde con la mayoría parlamentaria. Situación que como viáramos en el capítulo dedicado a Latinoamérica es muy frecuente y pernicioso para la gobernabilidad del sistema. La experiencia del presidente guatemalteco Serrano Elías, quien como viáramos accedió a la primera magistratura con un porcentaje superior al 60% de los sufragios, pero que se correspondía con una bancada muy minoritaria en el Congreso, es por demás representativa al respecto. El intento de emular al presidente peruano Fujimori, en el sentido de disolver un Legislativo desafecto, le valió la revocación de su mandato y la pérdida de la presidencia dentro del marco de una crisis mayor de todo el sistema.

En el modelo francés, retomado fielmente por Haití, el *ballottage* interviene tanto a nivel presidencial como a nivel parlamentario. Es cierto que en Austria y en Portugal la situación no es así, pero en un semipresidencialismo las consecuencias no son tan graves. El presidente, ubicado por encima de los partidos, podrá lograr mayorías parlamentarias circunstanciales o cambiantes en función de los temas que se discutan. Esto también se deriva, en parte, del modo como el jefe de Estado presenta su candidatura, la que carece de color político. Asimismo, como señalaba Salgado de Matos en la cita que hacemos en el punto dedicado a Portugal, en el semipresidencialismo el presidente no lleva a cabo políticas de manera directa. Esto explica por qué puede actuar aun sin una mayoría parlamentaria afecta. Inclusive en Portugal, a efectos de no confundir las opciones políticas, se ha prohibido la simultaneidad entre las elecciones presidenciales y parlamentarias. Mecanismo que importa un considerable resguardo de la figura presidencial y la preservación de su actuación apartidista.

García Belaúnde, en sus comentarios a la Constitución peruana, hace hincapié en esta suerte de asincronía que produce un *ballottage* limitado a la elección del presidente. El

ballottage "ha sido adoptado pero sólo para el poder Ejecutivo, o sea para el presidente y los dos vicepresidentes. (...) Se empezó pues a desnaturalizar el modelo, pues si bien en principio funciona y es apto en su totalidad, aplicarlo a medias puede ser contraproducente. Este argumento esgrimido para aplicar el sistema sólo al Ejecutivo, es decir para que sea más sólido y más representativo, es deleznable. En la democracia lo que importa no es quién representa a la mayoría abrumadora, sino simplemente, a la mayoría significativa, que tenga, cuando menos, un porcentaje mínimo para poder acceder a la más alta magistratura"²¹. Esta apreciación del publicista peruano nos permite recordar la solución contenida en la Constitución costarricense. Allí se determina que para acceder a la presidencia, el candidato más votado deberá contar al menos con el 40% de los sufragios válidos, caso contrario deberá celebrarse una segunda votación entre los dos más votados. Esta, digamos, cláusula de resguardo nos parece muy atinada y que se ajusta a la mecánica del sistema presidencial puro.

"Otro inconveniente de aplicar el sistema de la doble vuelta o *ballottage* a sólo uno de los poderes, es que ello puede crear un desfase entre ambos poderes, y sabido es que la democracia constitucional es producto de colaboración y coordinación de los poderes, con independencia de la existencia de una oposición garantizada, en los términos que señala G. de Vergottini"²². Luego recuerda de manera premonitrice lo ocurrido en 1963 en su país con motivo de la elección presidencial ganada por Belaúnde Terry por muy escaso margen. En esa oportunidad los otros dos partidos obtuvieron una cantidad similar de sufragios a la alcanzada por el nuevo partido gobernante, o sea alrededor de un tercio cada uno. Este resultado coincidió prácticamente con el de la elección parlamentaria. El juego político —tan característico del presidencialismo— llevó a una alianza (Coalición del Pueblo) en el Parlamento de los dos perdedores, que jaqueó la acción presidencial y terminó con un lamentable golpe de Estado militar. Decíamos del relato que era premonitrice porque

²¹ García Belaúnde, D., *Una Democracia en Transición (Las Elecciones Peruanas de 1963)*, IIDHCAPEL, Colección Cuadernos, San José de Costa Rica, 1966, p. 36.

²² García Belaúnde, D., *op. cit.* en nota 28, p. 37.

advertía sobre su posible repetición. Y basta con citar las experiencias de Febres Cordero y la de Borja en el Ecuador, las incómodas situaciones de los presidentes Collor del Brasil y Fujimori del Perú —por sólo citar algunos casos—, para darnos cuenta de la veracidad de esa advertencia.

La relación entre *ballottage* y sistema electoral empleado para la designación de los legisladores, también aporta elementos útiles de analizar. El caso más común resulta de combinar la doble votación para la designación presidencial con la representación proporcional a nivel legislativo. Este ha sido el esquema adoptado en Ecuador, Perú, Guatemala, El Salvador y el Brasil (claro que en este último país los senadores son elegidos por un sistema mayoritario). Esta solución ahonda aún más el desfase a que hacíamos referencia en los párrafos anteriores. De resultados de la aplicación del mismo, la descoordinación entre el Ejecutivo y el Legislativo será la consecuencia más frecuente. Conclusión que se está poniendo claramente de manifiesto en los hechos. En Chile en cambio, los legisladores son elegidos a través del principio mayoritario y es probable que este sistema electoral permita preservar más la coordinación entre los dos poderes políticos, evitando al menos discordancias demasiado brutales.

El monopolio partidista de las candidaturas presidenciales, elemento del que ya hemos hablado, de conformidad con las legislaciones brasileña, ecuatoriana y paraguaya, es otra particularidad susceptible de distorsionar el sistema, complicando la gobernabilidad y desconociendo a nuestro entender los objetivos del *ballottage* y sus condiciones de funcionamiento. Lo mismo sucede con el plazo que debe mediar entre los dos actos electorales cuando el *ballottage* interviene. Consideramos desaconsejable todo lapso que supere las tres semanas de tiempo. Una distancia mayor a ésta aportará confusión, vacío de poder, desconfianza e imprevisibilidad en las negociaciones entre partidos, todas estas consecuencias dirigidas a restar apoyo y credibilidad en el sistema de parte de la ciudadanía.

La observación del sistema de partidos de cada país nos lleva a expresar que son muy pocos los países latinoamericanos que cuentan con una estructura sólida de agrupaciones políticas. El Uruguay aparece junto a Costa Rica como ejemplos casi sin parangón en el subcontinente. Pero pasando a los Estados con *ballottage*, es clara la situación que impera

en varios de ellos en lo que hace a este aspecto. Un pluripartidismo compuesto por innumerables fuerzas, muchas de las cuales tienden a escindirse separándose en numerosas nuevas expresiones y dotando al sistema de una total inestabilidad en el tiempo. Dentro de este esquema podemos ubicar rápidamente, y sin dejar de tener en cuenta los grandes matices diferenciadores que los separan a unos de otros, a Ecuador, Chile, Brasil, Haití y Guatemala. El caso de Colombia es diferente, ya que con ciertos interrogantes en cuanto al futuro, en principio se trata de un bipartidismo, compuesto por los tradicionales partidos Conservador y Liberal. En El Salvador, luego de las distintas contiendas electorales vividas desde su restauración institucional pareciera plantearse un cuadro, en el cual si bien se ubican varias agrupaciones, sólo dos cuentan en el momento del reparto del poder tanto a nivel presidencial como parlamentario, la Democracia Cristiana y ARENA. Perú es un caso aparte con el auge de las nuevas agrupaciones formadas en derredor "del candidato".

Esta visión a vuelo de pájaro de los sistemas de partidos existentes en los países elegidos para nuestro trabajo, nos induce a pensar que, desde este ángulo de observación, el *ballottage* puede ayudar en la configuración de un sistema político mejor delimitado, reduciendo el número de expresiones políticas actuantes. Claro que el hecho de que el *ballottage* se limite a la esfera del Ejecutivo reduce en gran medida el peso de nuestra afirmación. En tal caso ella sería válida únicamente para Haití. Es decir que, aun teniendo en cuenta esta característica, nuestro balance resulta pobre en lo que hace a los beneficios de la doble vuelta electoral a la luz de la experiencia y de la realidad latinoamericanas.

La incorporación de un instituto procedente de otras latitudes a realidades que son totalmente diferentes a aquéllas existentes en su lugar de origen, exige un estudio muy pormenorizado de tales distingos. Ello, a efectos de sopesar su procedencia en cuanto a los objetivos buscados. Toda reforma al sistema electoral, como así también la modificación de cualquier elemento del andamiaje institucional de un país, por más insignificante que a primera vista éste pueda parecer, merece su cotejo detallado con cada uno de los demás elementos del sistema. En particular con aquellos que difieren con sus pares del "modelo de procedencia". *Ballottage* limitado a un sólo poder político, no es lo mismo que *ballottage* en ambos poderes.

Ballottage y semipresidencialismo no es igual que *ballottage* y presidencialismo puro; y, así sucesivamente. También se impone un estudio de las tradiciones políticas, de los regímenes anteriores, de los comportamientos políticos, etcétera. En tal sentido creemos que en Latinoamérica no se tuvo en cuenta el hecho de que en los países europeos antes de acceder a un semipresidencialismo con *ballottage* se venía de un parlamentarismo con representación proporcional pura. Todos estos elementos muy diferentes de los de nuestra realidad.

En síntesis, dadas las características institucionales y sociales existentes en América Latina, el *ballottage* es un mecanismo electoral de muy dudosa utilidad como contribución para la consolidación de la democracia. Sólo podría ser considerada su incorporación dentro del marco de una amplia reforma del sistema político, en la cual la elección a doble vuelta aparezca como una más de las modificaciones a introducir, luego de un lento y detenido estudio de todos los factores en juego. De lo contrario, el *ballottage* aparece como una suerte de "injerto" dentro de un régimen político en el cual no genera relaciones y efectos beneficiosos para el logro de la gobernabilidad en el marco del Estado de Derecho.

La situación en que queda el sistema político argentino, luego de la reforma constitucional, puede llevarnos a plantear algunas diferencias. En primer lugar, pues como ya sostuvimos cuando nos referimos a nuestro país, dado que se exige un porcentaje más bajo para ganar la primera vuelta, los riesgos de polarización podrían ser menores que en el modelo tradicional de doble vuelta. Pero, dejando a salvo el hecho de que la libertad electoral en la primera vuelta queda mucho más restringida, por la necesidad de lograr el "voto útil", que en el *ballottage* francés. Asimismo, la presencia de un elemento que apunta a atenuar el presidencialismo, como es el jefe de gabinete de ministros, susceptible de ser removido por una censura muy dificultosa, se presenta como un mecanismo que si bien en el diseño institucional nos parece muy débil, tal vez la dinámica del poder le posibilite una cierta "parlamentarización" de la dinámica política³³.

³³ Para una mayor información sobre estas nuevas instituciones de la Constitución Argentina, véase: Sabatay, D. A. - Onaindia, J. M., *op. cit.*, pp. 328 y siga.

ENSAYOS

LEY DE CUPOS: ¿DISCRIMINACIÓN O IGUALDAD?

NICOLÁS DASSEN
PATRICIO NATTERO

I. INTRODUCCIÓN

El día 6 de noviembre de 1991, el Honorable Congreso de la Nación sancionó la ley 24.012 por la cual se modifica el artículo 60 del Código Nacional Electoral. El mismo establece que los partidos políticos deberán incluir en sus listas mujeres en un mínimo del treinta por ciento (30%) de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. Las listas que no cumplan con este requisito no serán oficializadas por el juez electoral.

La ley comentada alzó tanto voces de aprobación como de rechazo. Lo que para algunos parecía una reparación histórica contra la discriminación de la mujer, para otros era un argumento más que confirmaba su idea de la superioridad del hombre sobre el sexo "débil".

Tanto hombres como mujeres tildaban a la ley como discriminatoria; pero no coincidían ni en sus argumentos ni en quiénes eran las víctimas de la discriminación, si ellos o ellas, o ambos a la vez.

La investigación que encaramos a través de este trabajo intentará dar una respuesta adecuada al problema aquí planteado.

Partiendo de una hipótesis, analizaremos, en base a la prueba documental obtenida y la definición de ciertos términos, los argumentos filosóficos, histórico-sociales, jurídicos y

políticos que se esgrimieron para sancionar la ley 24.012, y que nos llevarán a la validez o invalidez de nuestra hipótesis, con la consiguiente conclusión final.

II. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Desde que se sancionó la llamada ley de cupo femenino nosotros tuvimos la impresión, o al menos una fuerte sospecha, de que se trataría de una discriminación tanto para las mujeres como para los hombres. Esta es la "hipótesis" cuya validez intentaremos demostrar.

III. FUNDAMENTOS

A) Filosóficos

Durante el desarrollo del presente capítulo y a los fines de limitar el campo de aplicación de ciertos conceptos que no están exentos de ciertos "defectos del lenguaje"¹, como la ambigüedad y la vaguedad, iremos definiendo los términos que creamos necesario para un mejor entendimiento.

El tema general de que trata esta investigación es la discriminación. Por ella entendemos, en primera medida, una acción a través de la cual se distingue o se separa en base a determinado criterio.

Así, se podrían separar las verduras de las frutas, las manzanas de las naranjas o las camisas de las remeras. Obviamente, se trata de una definición de discriminación vacía de todo juicio valorativo.

¹ Según Klinefsky, "... la hipótesis es una proposición cuya verdad o falsedad se ignora, pero que se supone verdadera para examinar las consecuencias de esta suposición y no porque se la crea auténticamente verdadera. Si estas consecuencias concuerdan con las que ofrece la experiencia, entonces ella va en favor de la hipótesis; en caso contrario la hipótesis queda invalidada..."; Klinefsky, Gregorio, "Estructura y validez de las teorías científicas", en Ziemensky, David, *Métodos de Investigación en Psicología y Psicosociología*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1971.

² Ver sobre este tema Carrió, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

Los problemas comienzan cuando dicha separación se basa en valoraciones que pueden considerarse disvaliosas, como injustas, malas o desiguales (v. gr., fumadores y no fumadores, alumnos de universidad estatal o privada, civiles y militares, católicos y no católicos, mujeres y hombres, etc.).

En efecto, el término "discriminación" trae aparejada una importante dosis de "carga emotiva"³ negativa en su uso cotidiano, lo que nos lleva a la necesidad de ampliar nuestra primera definición.

Aristóteles sostiene que el principio de justicia se traduce en la igualdad; habla de la justicia distributiva y correctiva, y sostiene que no hay igualdad si se da un trato igual a los desiguales.

En este mismo orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia⁴ analiza la igualdad relacionándola con la discriminación al sostener que "... la garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que considere diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas o grupos de personas aunque su fundamento sea opinable".

Bidart Campos⁵ sostiene que la igualdad jurídica o formal está muy bien pero no alcanza. Debe tenderse a lograr la igualdad real para equiparar situaciones desiguales que se presentan en el campo de la salud, de la vivienda, de la educación, laboral, etcétera; y es el Estado el sujeto encargado de poner las condiciones objetivas mínimas para que no haya hombres imposibilitados de ejercer sus derechos en forma cabal.

De esta manera nos introducimos en el tema de las a veces, polémicas medidas de "acción positiva", de las cuales el sistema de cuotas de la ley de cupo femenino que aquí nos

³ Ver sobre el significado emotivo de las palabras, Carriá, Genaro R., *op. cit.*

⁴ Fallo de la CSJN, "Lisbau, Gustavo Luis - solicita excepción al servicio militar" (causa L. 200.XXIII).

⁵ Bidart Campos, Germán J., *La Re-creación del Liberalismo*, Ediar, Buenos Aires, 1962.

⁶ Al tema lo analizaremos nuevamente en la sección C) de este capítulo al hablar sobre los fundamentos político-jurídicos a la luz de la reciente reforma constitucional.

convoca es un ejemplo. El sistema de cuotas consiste en una fórmula fija utilizada para decidir cuántos miembros de un grupo minoritario deben ser beneficiados por el programa de acción positiva.

Las medidas de acción positiva⁷ pueden ser definidas como un programa público o privado diseñado para igualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente desventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario.

El mismo Rosenfeld sostiene que una sociedad igualitaria demanda la comprensión de que el punto de partida es asimétrico y que la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales.

El jurista italiano Paolo Comanducci⁸ se pregunta en qué sentido hay que entender la palabra "discriminación", si en su connotación peyorativa de desventaja o en un sentido beneficioso. Sostiene que en el liberalismo estas medidas de acción positiva sólo serían justificadas cuando:

- a) sean medidas que miran a compensar pasadas injusticias;
- b) medidas que miran a realizar un tratamiento igualitario, y
- c) rds abstractamente, si se trata de medidas provisionales e instrumentales.

El autor citado, al referirse a los grupos discriminados que serían pasibles del "beneficio" de las acciones positivas, sostiene que no necesariamente estas minorías deben ser grupos menos numerosos que otros, y pone como ejemplo a las mujeres, las que se encuentran comprendidas dentro del concepto que él da de *minorías*. Las mismas son entendidas por el autor como el conjunto de individuos que por razones históricas, económicas, políticas o de otro género, y en dependencia de sus rasgos raciales, sexuales, étnicos o lingüísticos, se encuentran en una condición de desventaja frente a otros conjuntos de individuos de la misma sociedad.

⁷ Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice*, Yale University Press, New Haven, EE.UU., 1991.

⁸ Comanducci, Paolo, "La imposibilidad de un comunitarismo liberal", Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, Vaquerías, Córdoba, 26 y 27 de agosto de 1994.

B) Histórico - sociales

En el año 1919 el diputado radical por Santa Fe, Rogelio Rodríguez Araya, presentó el primer proyecto en el Congreso Nacional para autorizar el sufragio femenino en el país. El golpe militar de 1930 impidió que se llegara a tratar dicho proyecto.

De todas formas, en 1921, las mujeres habían obtenido en la provincia de Santa Fe la oportunidad de votar en elecciones municipales, y en la provincia de San Juan, en 1927, el voto femenino para los comicios municipales y provinciales.

Noventa y cuatro años después de sancionada nuestra Constitución, recién el 23 de septiembre de 1947, se promulgó la ley 13.010 de sufragio femenino, y recién en 1973 el Partido Radical tuvo su primera mujer entre sus diputados.

No vamos a descubrir nada nuevo diciendo que, histórica y culturalmente, la mujer se vio relegada a una función propia de las tareas del ama de casa y la crianza de los hijos. Esto la llevó a cumplir un rol secundario, no protagónico, en la sociedad, en especial en la vida política.

Creemos que con el transcurrir del tiempo y con la flexibilización de ciertos patrones culturales, sumado a necesidades económicas, es que la mujer se incorpora al mercado laboral para generar su propio espacio y satisfacción personal, y también debido a los apremios económicos que derivaron en la frase "con un sueldo no alcanza".

Una vez conquistados esos espacios en la sociedad, la mujer comienza a extender su participación a otros ámbitos, entre ellos el político. Con el advenimiento democrático en 1983, esta última tendencia se acentúa y se consolida aún más.

Basándonos en datos del Departamento de Estadísticas de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior, podemos afirmar en cuanto a la afiliación en los partidos políticos mayoritarios, que tanto en la U.C.R. como en el Partido Justicialista, las mujeres son más de la mitad de los afiliados.

En este sentido, luego de efectuar consultas con miembros de distintos partidos, pudimos comprobar que dicho porcentaje no varía demasiado en cuanto a las mujeres militantes. Ellas trabajan duramente en campañas electorales convocando gente, organizando movilizaciones, pegando cartelas, y en las parroquias, como punteras. Sin embargo, a la

hora de confeccionar las listas y de ocupar cargos partidarios, antes de la ley 24.012, ellas no figuraban. Las razones que se esgrimieron para justificar esta situación fueron inconsistentes e insatisfactorias, siendo la frase más popular: "... si lo merecen las ponemos...".

El porcentaje de afiliadas coincide con el de la cantidad de mujeres que hay en el electorado nacional (51%). De esta manera notaremos que dichos porcentajes coincidentes no se correlacionan con el porcentaje de mujeres en cargos legislativos.

En la Cámara de Diputados de la Nación se puede registrar la siguiente evolución: en el año 1983, la presencia de las mujeres era de un 3,54 % del total de bancas, pasando a ser un 3,93 % en 1985, aumentando luego a 4,72 % en 1987, y llegando a un 5,91 % en 1989.

Estos datos estadísticos reseñados son los que se utilizaron como fundamento, entre otros argumentos, para la sanción de la ley de cupo femenino.

Es interesante compararlos con los de la representación política de los habitantes de la Capital Federal en la Cámara Baja a partir de 1983, donde se registra un aumento mayor en el porcentaje de la participación femenina. Estadísticamente puede registrarse la siguiente evolución: en las elecciones de 1983 en la Capital Federal sólo uno de los cargos de los veinticinco en disputa fue obtenido por una mujer (4%), mientras que en las elecciones de 1985 tres de trece cargos en disputa fueron femeninos, elevando el porcentaje al 24%. En las elecciones de 1987 habiendo doce cargos en disputa, cuatro de ellos fueron obtenidos por mujeres, lo que nos lleva a un 33%.

Porcentaje de participación de mujeres en la Cámara de Diputados de la Nación, en el orden nacional y, específicamente, en representación de la Capital Federal

	Nacional	Cap. Fed.
1983	3,54 %	4 %
1985	3,93 %	24 %
1987	4,72 %	33 %
1989	5,91 %	*

* dato no disponible

C) Jurídicos

Al comenzar nuestra investigación nos regiamos por la Constitución de 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898 y 1957.

El martes 23 de agosto de 1994 se publicó en el Boletín Oficial el texto completo, reformado por la Convención Constituyente que sesionó hace poco tiempo en las ciudades de Santa Fe y Paraná.

A pesar de que la ley 24.309, declarativa de la necesidad de reforma, dispuso que la parte dogmática de la Constitución —arts. 1º al 35— no se reformaría, la Convención Constituyente incorporó al texto constitucional un nuevo Capítulo Segundo titulado "Nuevos derechos y garantías", y dentro de las atribuciones del Congreso, incorporó los tratados sobre derechos humanos.

La reforma introdujo la recepción de las acciones positivas en el campo de los derechos políticos.

En este sentido se agregó a la Constitución Nacional el nuevo artículo 37, segundo párrafo, y el artículo 75, inciso 23¹⁰ que se refieren a las atribuciones del Congreso. Asimismo, se introdujo con jerarquía constitucional en el artículo 75, inciso 22, la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹¹ y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹², los que entre

¹⁰ Art. 37, 2º párrafo, C.N.: "La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral".

¹¹ Art. 75, inc. 23, C.N.: le corresponde al Congreso "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...".

¹² Art. 2º, Resolución 217 A del 10-XII-48, Asamblea General O.N.U.: "Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país".

¹² Aprobada por la ley 23.178, del 8-V-85: art. 2º: "Adaptar todas las medidas adecuadas incluso de carácter legislativo, para modificar, derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer"; art. 7º: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y

otros¹⁵, sirvieron como fundamento en la nota de elevación del Proyecto de Ley de Cupo Femenino, presentado por la senadora Nacional por la Provincia de Mendoza, Margarita Malharro de Torres.

Aparentemente la reforma introducida justificaría *ex post* el dictado de la ley 24.012 como medida de acción positiva. No obstante ello, esto no significa que la ley en cuestión haya dejado de ser discriminatoria, y a la luz del principio de igualdad contemplado en el artículo 16¹⁶, sería inconstitucional si fuera en contra del criterio de razonabilidad que emana de la interpretación del artículo 28 de la Constitución Nacional¹⁷.

En este orden de ideas, y siguiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Bidart Campos¹⁸ sostiene que "en materia de igualdad la jurisprudencia ha establecido que el legislador puede crear categorías discriminatorias entre los individuos para regular cada una de esas categorías de modo diferente, siempre que el criterio de discriminación sea razonable".

D) Políticos

En su carácter de Cámara revisora, la Cámara de Diputados¹⁹ al debatir la sanción de la ley 24.012, fue coherente

públicas del país y, en particular, garantizarán en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a: a) votar en todas las elecciones y referendums, y ser elegible para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas; b) participar en la formulación de políticas gubernamentales y en la ejecución de tareas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planes gubernamentales".

¹⁵ Carta de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer y Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

¹⁶ Art. 16, C.N.: "... Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...".

¹⁷ Art. 28 C.N.: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

¹⁸ Bidart Campos, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 210.

¹⁹ *Diario de Sesiones del día 6-XI-81.*

con la imagen actual que se tiene del Congreso, que deja mucho que desear. El debate por momentos se centró en la discusión de rencillas personales y partidarias que nada aportaban a la discusión acerca de la conveniencia de la ley.

Primeramente resumiremos las posiciones de los dos bloques que no apoyaron el proyecto —U.Ce.De. y M.A.S.—, para luego hacer lo propio con la posición contraria.

El diputado ucedeísta Durafona y Vedia, oponiéndose al proyecto lo calificó como una dádiva, y que el mismo era discriminatorio por encontrar que el 30 % de los cargos para las mujeres limitaría la participación femenina restringiéndolo a ese porcentaje.

Opinamos que esto no es correcto porque el texto de la ley establece sólo un piso indicando un 30% como mínimo.

El mismo diputado Durafona y Vedia incurrió en contradicciones al sostener que su partido (U.Ce.De.) no apoyaría el proyecto porque en él no se discriminaba a la mujer, mientras que reconoció que los dos partidos mayoritarios apoyaban el proyecto por tener problemas de ese tipo. Polemizando con la diputada Florentina Gómez Miranda, le replicó que la realidad concreta es que "... el bloque al que pertenece la señora diputada —el radical— no se ha caracterizado por ofrecer figuras femeninas en ninguna época de su historia...", *argumento también utilizado por quienes apoyan el proyecto.*

El diputado Luis Zamora (M.A.S.) al comienzo de su exposición advirtió que se abstendría de votar el proyecto.

De todas maneras, reconoció que el debate puso en la superficie un tema tabú: la discriminación de la mujer en todos los órdenes de la sociedad, no sólo en el orden político. Con su estilo habitual, fustigó a la Iglesia por haber tenido "... un papel nefasto en ese sentido al considerar a la mujer como un objeto para estar en la casa..."

Puso de manifiesto la discriminación existente en los partidos tradicionales mayoritarios. "... y que se trata de una discriminación machista, propia de este sistema, que es parte de una montaña de prejuicios y legislaciones cavernícolas..."

En líneas generales opinó que las mujeres consiguieron su lugar en la sociedad con su lucha fervorosa, y que en política las mujeres que trabajan lograrán el objetivo de la ley, y no gracias a concesiones.

También objetó la redacción del proyecto, por cuanto no provee de pautas claras a los jueces para su aplicación. Los mismos no sabrían el criterio en que basarse para saber la "posibilidad de ser electas": "... el juez podrá apreciar que ese partido tiene pocas posibilidades, porque sacó pocos votos en las elecciones de cuatro años atrás o porque está en decadencia..."

En la vereda de enfrente, la diputada radical Gabriela González Gass, al igual que la diputada por la provincia de San Juan, señora Riutort, admite que el proyecto es jurídicamente perfectible, y que presentará problemas en su aplicación, pero insiste en la aprobación del mismo, confiando en que el Congreso dictará las leyes que sean necesarias para solucionar los problemas jurídicos que la norma traiga aparejados.

La diputada se refiere al siglo *XX* como el de las reivindicaciones de las mujeres, y luego de una extensa enumeración de reivindicaciones conseguidas —en especial en el campo laboral— sostiene que sólo les resta conseguir el derecho a ser elegidas, el de poder ocupar cargos en los que se toman decisiones y "... aportar nuestras visiones acerca de la realidad del mundo..."

También se refirió a lo que pasa en los países del "Primer Mundo" donde los "...estatutos de sus partidos políticos incorporaron medidas similares con la connotación de que son *disposiciones transitorias que garantizan una representación mínima de mujeres, y que con el correr del tiempo —al producirse la igualdad real— van a caer por sí solas...*" (la bastardilla nos pertenece).

IV. CONCLUSIÓN

Al sancionarse la ley de cupos objeto de esta investigación, nosotros tuvimos la impresión de que era discriminatoria. Intentando no perder la objetividad, encaramos la investigación en ese sentido de acuerdo a la hipótesis formulada.

Una mejor redacción, teniendo en cuenta que la ley básicamente tiene un planteo antidiscriminatorio, sería asegurarle la representatividad a ambos sexos, aun cuando hoy las discriminadas sean las mujeres, garantizando que ningún sexo podrá estar representado en una lista en más de un

setenta por ciento (70%), en vez de mencionar expresamente a las mujeres.

En los fundamentos filosóficos hemos observado que las medidas de acción positiva como tales, no son consideradas disvaliosas en cuanto tienden a conseguir una igualdad real de oportunidades entre los desiguales.

Cabe preguntarnos si esa base teórica justifica el dictado de la ley de cupo femenino.

En este sentido tomaremos como punto de partida los requisitos que para Paolo Comanducci justifican desde una óptica liberal el dictado de una norma de acción positiva.

Analizando el requisito a)¹⁸ a la luz de los datos obtenidos en los fundamentos histórico-sociales, consideramos que la norma de alguna manera viene a compensar pasadas injusticias, dada la situación de desigualdad en que se encontraban las mujeres.

Esto se debe a "pautas y costumbres culturales" arraigadas en nuestra sociedad que las llevaban a ocupar un segundo plano no sólo en el campo político, sino también en otros aspectos de la vida social. Nosotros encontramos que estas "pautas o costumbres culturales" van cediendo con el tiempo, en algunos lugares más rápido que en otros.

Prueba de ello lo constituye el hecho de que en las estadísticas reseñadas a nivel nacional y en la Capital Federal, encontramos que el porcentaje de presencia femenina en la Cámara de Diputados entre los años 1983 y 1989 fue en ascenso. Si bien a nivel de Capital Federal fue en mayor medida que a nivel nacional, esto obedece a que los cambios culturales aludidos se dan más lentamente en el resto del país.

El efecto que provoca la ley de cupos es acelerar artificialmente este proceso de cambio que se estaba dando desde el retorno a la democracia en 1983.

Considerando el requisito b)¹⁹ hay que dilucidar si se trata de brindar un tratamiento igualitario o, si por medio de la ley se está otorgando un beneficio injustificado para las mujeres. Creemos al respecto, balanceando el derecho a la igualdad del artículo 16 de la Constitución Nacional con el texto de la ley

¹⁸ a) Medidas que miran a compensar pasadas injusticias.

¹⁹ b) Que se trate de medidas que miran a realizar un tratamiento igualitario.

24.012, que la ley de acción positiva no es irrazonable en cuanto apunta justamente a garantizar ese derecho a la igualdad de oportunidades que las mujeres tienen para acceder a las listas con posibilidades de ser electas, más aún que el porcentaje establecido (30%) no es excesivo, ni atenta contra la representación masculina.

En este orden de ideas, hacemos notar que el requisito c)²⁰ se encuentra íntimamente ligado al anterior. No obstante que tanto la redactora del proyecto, Margarita Malharro de Torres, como la diputada Gabriela González Gasa, dijeron en los debates parlamentarios que se trataba de una disposición transitoria, en el texto de la ley no existe artículo temporal alguno que refleje el supuesto espíritu del legislador.

Más aún, la Constitución reformada en su *Disposición Transitoria Segunda*²¹, además de establecer un mínimo para las acciones positivas que se vayan a dictar, contempla la posibilidad de establecer un cierto tiempo de duración para estas medidas.

Concluimos entonces, que el requisito c) no está cumplido.

En relación a nuestra hipótesis inicial, la misma planteaba la discriminación de la ley tanto hacia varones como hacia mujeres.

Respecto de los hombres, y desde un punto de vista colectivo o grupal, nunca esta ley pondrá en peligro la representatividad de ellos como género en el Congreso, ni en las otras estructuras de poder, por lo tanto la posibilidad de una discriminación inversa quedaría descartada, y la ley no sería violatoria del principio de igualdad por no ser irrazonable.

No negamos la posibilidad de una discriminación inversa desde el punto de vista individual, es decir, que un hombre más capacitado que una mujer deba ceder una mejor posición en la lista electoral debido a la ley de cupos, pero establecer la mayor capacidad de una persona sobre otra —tomando criterios objetivos para comparar— para ocupar cierto puesto electivo, es prácticamente imposible tal cual está estructurado nuestro sistema electoral y el régimen de formación de listas partidarias en nuestros días.

²⁰ c) Que se trate de medidas provisionales e instrumentales.

²¹ Las acciones positivas a que alude el artículo 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine.

Respecto de las mujeres, la no inclusión de una cláusula temporal en la ley (requisito c1), o sea un término razonable de vigencia (10 o 15 años), hace pensar que la medida de acción positiva no está justificada ni es provisoria, lo que nos llevaría a corroborar nuestra hipótesis, porque la discriminación contra ellas consistiría en afirmar que sólo mediante el auxilio de una ley las mujeres pueden llegar a los lugares en las listas, presumiendo que ellas no pueden valerse por sí solas.

El problema consiste en que no se puede comprobar que la mujer pueda o no valerse por sí sola, hasta tanto se derogue o se modifique la ley luego de algunos años de vigencia.

Sólo con la derogación de la ley, o su modificación, la mujer estaría en condiciones de demostrar que la misma no es discriminatoria porque tendría la posibilidad de mantener los espacios conquistados, esta vez sin ayuda de la ley. Esto demostraría también el acierto del dictado de la ley como mecanismo corrector en cuanto otorgó una igualdad real de oportunidades, e intentó condicionar la realidad para modificar conductas discriminatorias en la conformación de las listas.

Por todo lo expuesto, la ley, tal cual está redactada, sin la cláusula temporal, nos deja la fuerte sospecha de que es discriminatoria en contra de la mujer.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional* Argentino, Ediar, Buenos Aires, 1981.
- *La Re-Creación del Liberalismo*, Ediar, Buenos Aires, 1982.
- CARRÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990 (1ª ed. 1965).
- COMANDUCCI, Paolo, "La imposibilidad de un comunitarismo liberal", Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, Vaquerías, Córdoba, 28 y 29 de agosto de 1994, sin publicar.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, C. 9, "Reverse Discrimination", Harvard University Press, Massachusetts, 1977.
- Fundación Friedrich Ebert, "Solos no basta", Buenos Aires, 1992.
- KLIMOVSKY, Graciana, "Estructura y validez de las teorías científicas", en Ziziemsky, David, *Métodos de Investigación en Psicología y Psicopedagogía*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1971.

KINE, Ana, "Metodología de la Investigación", en *Lecciones y Ensayos*, n° 50, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires.

ROSSFIELD, Michel, *Affirmative Action and Justice*, Yale University Press, New Haven, 1991.

LEGISLACIÓN

Constitución Argentina

Ley 24.013 y sus debates parlamentarios del Senado (20-IX-80) y de Diputados (6-XI-81).

Declaración Universal de los Derechos Humanos (Resolución 217 A del 10-XII-48 O.N.U.).

Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, aprobada por ley 23.179.

Carta de la O.N.U.

Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer.

Declaración sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

JURISPRUDENCIA

"Liebau, Gustavo Luis s/ solicita excepción al servicio militar", fallo de la Corte Suprema de Justicia, causa L.200.XXIII, del 3-III-92.

LA "JUSTICIA" CONTRAVENCIONAL

OMAR ALBERTO SAR

*El comisario ladino
que oficia de diligente
hace confesar a palos
al preso y a sus parientes.*

"Chacarera del preso"

I. ¿QUÉN ES EL JUEZ?

Cuando una persona se pregunta por el juez de una causa, lo primero que se le ocurre es que se trata de un profesional universitario egresado de la Facultad de Derecho, designado de acuerdo al mecanismo constitucionalmente determinado. En la actualidad el Consejo de la Magistratura seleccionará a los postulantes mediante concursos públicos (art. 114, inc. 1^º, CN¹) y propondrá al Poder Ejecutivo ternas vinculantes (art. 114, inc. 2^º, CN). Este último nombrará al que considere más idóneo siempre con acuerdo del Senado (art. 99, inc. 4^º, párrafo 2^º, CN).

Además, teniendo en cuenta que "Ningún habitante de la Nación puede ser ... juzgado por comisiones especiales o

¹ En adelante al citar la Constitución Nacional (CN) nos referiremos a la que se encuentra vigente desde las 24 hs. del martes 23-VIII-84.

sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa" (art. 18, CN), ello le llevará a pensar que se trata de miembros del poder judicial.

Lógico es, también, que se le ocurra que estudiará medullosamente los antecedentes y circunstancias del caso, la declaración del imputado si es que éste hubiera accedido a prestarla, las pruebas producidas por ambas partes, y que dictará una sentencia justa para el caso en cuestión.

Pensará, por último, que la conducta punibilizada por esa sentencia se encuentra claramente tipificada en la ley penal vigente, al igual que la pena que acarrea, atento el apotegma jurídico "*Nullum crimen nulla poena sine lege proscripta*".

El sujeto que piense, "lógicamente", que todo esto ocurre con el juez contravencional está muy equivocado.

En la Capital Federal el juez de las contravenciones no es necesariamente abogado y además fue nombrado por el Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 7º, CN) y no es ni más ni menos que el jefe de la Policía Federal, secundado, además por el jefe de la Policía y el jefe de la Dirección General de Asuntos Judiciales de la Policía (art. 586, CPP, ley 2372, modificado según ley 20.491, A.D.L.A., t. XXXIII - B, ps. 1706 y 1707).

Esta situación motiva en el Dr. Alberto Binder la siguiente reflexión: "En el ámbito del Derecho Penal podemos decir claramente que el ejercicio del poder penal exige la garantía de la jurisdiccionalidad y ésta sólo puede ser ejercida por el Poder Judicial. Cualquier tribunal dependiente del Poder Ejecutivo que ejerza el juzgamiento de los delitos es absolutamente inconstitucional y, por lo tanto, inadmisibles, ya se trate de delitos o de simples contravenciones"².

Entre los tres funcionarios citados *supra* como "jueces contravencionales" dictan, según los cálculos más optimistas, unas treinta mil³ sentencias por año, es decir unas quinientas setenta y seis por semana. Suponiendo que se distribuye

² Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, p. 148, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1983.

³ Datos extraídos de la entrevista concedida al autor por el Dr. Carlos Zamorano, co-presidente de la Liga Argentina por los Derechos del Hombre. Además, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos "Mesa Redonda Edictos Policiales y libertades constitucionales", intervención del Dr. Luis Díaz, Mimeo, Buenos Aires, 1985, p. 5.

equitativamente esa cantidad de causas y que trabajen la jornada máxima permitida por la legislación laboral (48 hs. semanales) debería resolver cada uno de ellos cuatro causas por hora, o lo que es lo mismo una cada quince minutos.

La única conclusión posible es que estos "Jueces contravencionales" se limitan a firmar las sentencias preparadas por los empleados de la Dirección General de Asuntos Judiciales. Al respecto la Sala VI de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional tiene resuelto que: "Si la Constitución Nacional prohíbe en forma terminante al presidente de la Nación la imposición de penas, con más razón aún esta prohibición rige para sus funcionarios subalternos. Aplicar un sentido contrario podría llegar a significar en un futuro que un cabo o un sargento estén facultados para imponer penas de arresto, lo que además de ser ridículo, sería jurídicamente aberrante"⁴. Como queda a la vista, la realidad supera a la ficción.

Por último la conducta punibilizada se encuentra tipificada en los edictos policiales que fueron dictados por el jefe de Policía⁵ y luego ratificados por ley 14.487 del año 1958⁶. Consideramos, junto al Dr. Miguel Angel Ekmekdjian, que tienen un "dudoso linaje constitucional".

En cuanto a la claridad de la descripción de la conducta típica podemos decir que la laxitud de los tipos es enorme, pudiendo ser punibilizada cualquier conducta, ilícita o no. Con respecto al tema el Dr. Germán Bidart Campos ha dicho que "es constitucionalmente improcedente prever y aplicar sanciones cuando la descripción de la supuesta falta o contravención (equivalente al tipo penal) es imprecisa y vaga porque su figura es abierta y en realidad, equivale a lo que se denomina

⁴ L.L., t. 1986-C, p. 252. En cause "Antunes García, Ricardo A."

⁵ Justo sería reconocer que ha tomado los textos de casi todos los edictos, en forma prácticamente literal, del Libro XII de la Novísima Recopilación de las Leyes de Indias, que datan del siglo XVI.

⁶ Para un desarrollo más profundo del tema ver mi trabajo "Edictos policiales - La monarquía absolutista dentro de la República", en L.L. (suplemento de actualidad), 28 de julio y 2 de agosto de 1994.

⁷ Ekmekdjian, Miguel Angel, "De nuevo sobre la llamada jurisdicción administrativa contravencional, el hábeas corpus y el efectivo amparo de las garantías constitucionales en el proceso penal", L.L., t. 1992-A, p. 414, nota 6.

un Derecho Penal de autor en que se incrimina más por lo que el hombre 'es' que por lo que el hombre 'hace'. Las sanciones deben recaer sobre conductas concretas y la fórmula del edicto declarado inconstitucional (en el caso el de vagancia y mendicidad) excede ese marco limitado². A más abundamiento anotaremos la opinión del Dr. Sagüés, quien afirma que "el principio constitucional de seguridad personal (que emana específicamente del Preámbulo, que se propone 'asegurar los beneficios de la libertad'), impone a su vez que el legislador delimite con cuidado la esfera de lo legal y de lo ilegal"³.

II. LA RAZÓN DE EXISTIR DEL SISTEMA CONTRAVENCIONAL

El artículo 19 de la Constitución Nacional en su última parte, establece que "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". O sea que, dicho gráficamente, establece un "mar" de libertad con "islas" de prohibición que están constituidas por lo que la ley prohíbe a través de los tipos contenidos en la ley penal.

En este marco las contravenciones cumplen un papel de relleno de los espacios de libertad dejados por el ordenamiento jurídico, es decir, tienden a transformar ese "mar" de libertad en un campo continuo de prohibición, contrariando, obviamente, el espíritu del artículo 19 citado.

Se ensancha de esa forma el campo de control social formal, que podemos decir que es una conminación a actuar de una forma predeterminada cuya transgresión implica una sanción, como mínimo, moral.

En cuanto a la eficiencia del sistema contravencional como medio de control social, nos dice el Dr. Zaffaroni que "La más empírica y superficial observación social nos demuestra que el sistema paralelo es en muchos aspectos mucho más eficaz como control social que el estricto. La selección crimina-

² E.D., t. 197, p. 196. Causa "D.G.", fallo comentado por Germán Bidart Campos.

³ Sagüés, Néstor Pedro, "Problemática constitucional de los tipos penales abiertos, los delitos de autor y los delitos de sospecha", L.L., 1987-A, p. 594.

lizante paralela es más selectiva, porque por lo general resulta más estereotipada y clasista y, dada la arbitrariedad procesal, es mucho más idónea para convertirse en una abierta selección de personas que en modo alguno está encubierta, como al menos ocurre en la selección criminalizante estricta¹⁰.

III. EL PROCESO CONTRAVENCIONAL

Hemos visto en el punto anterior que el sistema paralelo es útil y eficaz, ahora analizaremos cómo funciona ese mecanismo al que eufemísticamente se denomina "proceso" contravencional.

Las reglas del "proceso" están establecidas en el RRPF 6 (sanc. por dec. 10.868/46¹¹ y modificado por dec. 1753/50 A.D.L.A., t. X-A, p. 316 y dec. 10.664/50 A.D.L.A., t. X-A, p. 449, publicado en A.D.L.A., t. XIII-B, p. 1227, año 1953), Libro II, Título II "Del procedimiento ordinario", que consta de cuatro capítulos a saber: I.- Del procedimiento externo en el acto de la contravención; II.- Del sumario contravencional; III.- De la prueba y IV.- De los recursos de apelación.

El "proceso", en sentido lato, comienza cuando una persona es detenida. El arresto, que según el artículo 90 es "procedente por regla general", se lleva a cabo si el sujeto es hallado *in fraganti* o si median "indicios vehementes". Si sólo existe denuncia del damnificado o de un particular se "invita a ambas partes a concurrir a la Comisaría para que la superioridad resuelva la situación rápidamente". Es decir que un comisario o sus subordinados son quienes, en esta instancia, resuelven la procedencia de la privación de libertad de una persona, vale aquí lo dicho en el fallo citado, que me exime de todo comentario.

El "proceso" en los juicios sobre faltas es verbal y actuado (art. 96), aunque como dice el propio José Félix Bernaus, comentarista del RRPF 6: "En la práctica no es verbal, sino es-

¹⁰ A.P.D.H., op. cit., intervención de Eugenio R. Zaffaroni, p. 19.

¹¹ El texto de este decreto no ha podido ser consultado por el autor por faltar el correspondiente tomo de A.D.L.A., al igual que el ejemplar del B.O. del 23-V-46, tanto en la Sala Pública como en la Reservada.

crito, tampoco actuado, sino que las diligencias se van llevando a cabo por separado y no por acta"¹². Además "El expediente, en la comprobación de las infracciones, debe simplificarse, prescindiendo de declaraciones innecesarias cuando la falta es evidente, ya por confesión del contraventor, como por haber sido sorprendido *in fraganti* por la autoridad pública y el acusado no pretenda desvirtuar tal prueba" (art. 89). Más adelante veremos que la confesión puede resultar plena prueba al igual que la declaración testimonial de agentes de policía.

La instrucción del sumario contravencional debe ser elevada al jefe de Policía en veinticuatro horas si el contraventor está detenido, o en diez días si no lo está.

"Cuando existe causa suficiente para sospechar que una persona es responsable de la infracción que se le imputa se procede a recibirle la declaración indagatoria" (art. 119, primer párrafo). Recién cuando le es tomada la indagatoria la persona se convierte en procesada, ya es sujeto pasivo del "proceso", en sentido estricto, y puede intervenir en él por sí o por medio de su defensor. "La simple imputación, sin otros elementos que la corroboren no es causa suficiente para someterlo a la indagatoria, si a la presentación el acusado niega la falta que se le imputa" (art. 119, segundo párrafo). Reitero que si confiesa, es decir que no niega la falta que se le imputa, habrá plena prueba en su contra.

Es obvio que si la regla general es el arresto (art. 90), procederá contra el imputado la prisión preventiva que establece el artículo 129. Sin embargo, se podrá decretar la libertad provisoria del acusado tras la indagatoria, si se comprueba que tiene domicilio, buenos antecedentes vecinales y medios ciertos y honestos de vida (art. 132). Por supuesto que ello ocurrirá siempre y cuando no se halle probada la contravención (art. 133).

"Contribuyen a formar la prueba: a) los elementos utilizados para la consumación de las infracciones y que estén secuestrados o comisados; b) la confesión del acusado; c) los testigos; y d) los exámenes parciales. Las presunciones o indicios son simples antecedentes sin valor probatorio" (art. 140).

¹² Bernaux, José Félix, *Decreto Contravencional, Edictos Policiales Comentados*, Abalado-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 221.

Analizaré los medios de prueba más comúnmente usados, es decir, la confesión y la prueba testimonial prestada por personal policial. "La manifestación del acusado por la cual se reconoce como autor de una contravención, surte los efectos de la confesión que se determinan en el 155 inciso b) (*Plena Prueba*), si reúne los requisitos siguientes: a) que sea hecha en la indagatoria; b) que el acusado goce del perfecto uso de sus facultades mentales; c) que el hecho confesado sea posible y verosímil, atendiendo a las circunstancias y condiciones personales del prevenido; y d) que la existencia de la contravención se considere probada y la confesión concuerde con sus circunstancias y antecedentes" (art. 142). Pero atención, porque en cuanto al punto d) reseñado *supra*, dice el reglamento: "En lo que respecta a la prueba confesional, debe tenerse en cuenta que siendo decisiva en ausencia de las otras, debe el acusado relatar en forma que no admita dudas el hecho que se le imputa y que confirme por sus circunstancias accidentales la infracción que se le imputa"¹².

A este respecto es sumamente instructivo, y alentador, el voto de los doctores Petracchi, Bacqué y Fayt en autos "Francomano" pues afirman que: "Parece evidente que no se le puede otorgar ningún valor autoincriminatorio a una confesión policial, rectificadas posteriormente ante el juez de la causa, ni aun a título indiciario; ello responde a la imperiosa necesidad de que el mandato del artículo 18 de la Constitución Nacional ('Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo') tenga efectiva vigencia y no se convierta en una mera fórmula verbal" (Fallo del 19-XI-67, sumario en *L.L.*, t. 1968-C, p. 574).

También dice el RRPF 6 que: "La prueba policial es aquella que se realiza mediante el testimonio de dos o más funcionarios policiales. Esa prueba puede realizarse de las siguientes formas prescriptas en el n° 155: a) cuando dos o más testigos hábiles están contestes en la comisión del acto y en la responsabilidad del acusado; b) cuando el agente de la autoridad pública sorprende *in fraganti* al contraventor y su prueba se corroboró por los funcionarios policiales que certifican luego los hechos; c) cuando el agente de la autoridad pública es testigo en parte de la infracción y su dicho se con-

¹² Policía Federal, Reglamento de Procedimientos Contravencionales (RRPF6). Policial, Buenos Aires, 1977, p. 309.

firma por otro testigo hábil; d) cuando el agente de la autoridad pública previene en el acto de la falta y secuestra el elemento utilizado para cometer la contravención, sin estar desvirtuada la prueba¹⁴.

Es decir que obtenemos plena prueba sólo con las declaraciones de los agentes de policía en los casos de los puntos b) y d).

Pero a renglón seguido el mismo RRPF 6 continúa diciendo que como no se hacen distinciones en cuanto a los testigos hábiles, "cabe perfectamente afirmar que los requeridos, bien pueden ser funcionarios policiales. Ello se puede afirmar, y es tanto o más valedera que la del testigo civil, ya que además de comprobar los hechos en su magnitud y consecuencia, no tiene por su condición de policía, ningún interés o motivo que pueda señalarse como causal de inhabilidad, porque como alguien dijo en alguna oportunidad, el policía está acostumbrado a testimoniar —tiene el hábito del testimonio—, de manera que la apreciación de los detalles fácticos, cobran más valor en él, que en el testigo ordinario"; haciendo gala de su "cola de paja" el propio reglamento agrega "no obstante, creemos conveniente tratar siempre de obtener algún testimonio civil de abono, para que refuerce la prueba en los procedimientos contravencionales que se encaren"¹⁵, y se contradice pocas páginas más adelante al decir que se debe "procurar el logro de los testigos hábiles en procedimientos delictuosos como así también en infracciones a los distintos edictos policiales, para conformar así debidamente la prueba"¹⁶.

Con lo predicho podemos concluir que también en los casos de los incisos a) y c) podemos obtener plena prueba tan sólo con la declaración de agentes de policía.

En síntesis obtenemos plena prueba: 1) con la confesión del acusado a falta de otras pruebas; 2) con la confesión reforzada con la prueba obtenida mediante la declaración de los agentes de policía; y 3) simplemente con la declaración de dos o más testigos hábiles, es decir policías.

Confirma la deducción precedente lo afirmado por la Cámara de Apelaciones en lo Penal en autos "Heinisius, Juan

¹⁴ *Idem*, p. 320.

¹⁵ *Idem*, p. 301.

¹⁶ *Idem*, p. 310.

C. y otros" al decir que: "La prueba de contravenciones o faltas, es plena cuando los empleados de la policía declaran sobre los hechos, aunque no haya testigos ajenos a la misma" y reafirma con cita de Garraud que "estas faltas y contravenciones se cometen las más de las veces sin testigos y aun cuando lo fueran en presencia de ellos, sería difícil y penoso perturbarlos por hechos de poca importancia" (*Fallos de la Cámara*, t. II, p. 46 citado en *L.L.*, 131-477).

El jefe de Policía debe dictar sentencia dentro de las veinticuatro horas de concluida la investigación (art. 156). La sentencia debe contener: a) lugar y fecha en que se dicta; b) nombres y apellidos de los damnificados si los hubiera y del o los acusados; c) debe valorarse la prueba producida; d) indicar los nombres de los testigos; e) deben citarse las disposiciones legales en que se funda y f) se pronuncia el fallo con sobreseimiento definitivo o provisional, total o parcial, o condenando al o a los acusados. Cabe destacar que el "jefe contravencional", es decir, los funcionarios policiales que cumplen esa función según lo he destacado más arriba, no dicta sentencia en el sentido estricto del término, es decir, no elabora una resolución particular de un caso concreto sino que se limita a llenar los espacios que deja el formulario 635, que es el formulario destinado a tal fin, según lo dispuesto en los artículos 116 y 161 del RRPFF 6.

"El recurso de apelación por penas impuestas por el jefe de la Policía Federal, en contravenciones policiales o nacionales, se tramita conforme con lo determinado en los artículos 30 y 587 CPP" (art. 167). Es decir que debe interponerse en el angustioso plazo de veinticuatro horas de haber sido dictada la sentencia según lo dispuesto por la última de las normas citadas. Sobre este particular, la Corte señaló la necesidad de que el control judicial de las decisiones administrativas sobre la libertad individual sea eficaz, sin que quepa entenderlo cumplido con cláusulas formales, derogadas en la práctica y que culminan con el desconocimiento del principio de la división de poderes, y específicamente con la prohibición al Poder Legislativo de imponer penas (*L.L.*, t. 1987-C, p. 22).

"En las dependencias se acepta el recurso en cualquier forma, con un criterio amplio, siempre que sea evidente la voluntad del prevenido en el sentido de apelar. Se acepta, entre otras, en las siguientes formas: a) al formularse en el momento de la notificación de la pena, aun en el caso de que el pre-

venido, al firmar se limite a expresar 'apelo'; b) por escrito separado después de la notificación; c) por presentación de un abogado defensor, designado por el prevenido en escrito que se acompañará; y d) por telegrama" (art. 169). El RRPF 6 en su Parte V "Disposiciones complementarias" tras la siguiente curiosidad: "Algunos infractores apelan las resoluciones del Sr. jefe de Asuntos Judiciales por simple oposición, por 'contagio' o 'imitación' o para entorpecer de algún modo el trámite contravencional. Por tal causa y a los efectos de *limitar en la medida de lo posible esa tramitación* se sugiere a los Sres. jefes de dependencias preventoras que en el acto de notificación de los causantes, ésta se realice separadamente para cada uno de ellos, diligencias que no están en pugna con las prescripciones del Reglamento"¹⁷. Cabe destacar que en diversas partes del RRPF 6 se exponen triquiñuelas para evitar la apelación, tales los casos de lo expuesto en las páginas 195, 334 y muchas otras. Y esto no es ni más ni menos que limitar el control judicial de las resoluciones de este tribunal administrativo, revisión ésta que es reconocida como requisito indispensable de validez de dichas resoluciones.

Además, el mencionado artículo 169 fue declarado inconstitucional por la Cámara Criminal y Correccional el 12-XI-90 en autos "Romero, Juan C.". La Cámara lo entendió violatorio del derecho de defensa, pues no se asegura "la notificación de las penas de arresto a letrado, en los casos en que fundamentalmente no se haya resuelto permitir al arrestado defenderse personalmente" (L.L., t. 1991-C, p. 73).

"Si el prevenido está cumpliendo la pena de arresto la misma no se suspende al presentarse el recurso, porque ésta no tiene tal efecto suspensivo" (art. 174). Sobre este punto, pero refiriéndose a la Justicia Municipal de Faltas, que también es un tribunal administrativo, la Corte Suprema ha dicho que: "El recurso de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires, previsto por el artículo 97, inciso b) de la ley 19.967, no constituye un control judicial suficiente de las decisiones emanadas de la Justicia Municipal de Faltas de la Capital Federal, cuando se trata de la aplicación de sanciones de naturaleza penal que importen privación de la libertad, en tanto está previsto al solo efecto devolutivo", y esto es así debido a que

¹⁷ *Ibid.*, p. 196.

el efecto devolutivo implicaría para el procesado la posibilidad de agotar la pena de arresto, antes de ser escuchado por un tribunal de justicia (*L.L.*, t. 1968-D, p. 270).

Si el recurso de apelación que, como queda dicho, de *lege lata*, se interpone al mero efecto devolutivo, fuera denegado por el jefe de Policía, al contraventor le queda el recurso de queja ante el juez correccional.

IV. LA JURISPRUDENCIA Y LAS CONTRAVENCIONES

A) De la jurisprudencia del siglo pasado a 1983

En la jurisprudencia de este período, en lo referente al tema, observamos dos etapas distintas, a saber:

1) Desde la legislación patria hasta 1957: En esta etapa la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la facultad legislativa del jefe de Policía aludiendo a una presunta delegación legislativa (*J.A.*, 76-739; *Fallos*, 175:311) o bien a la facultad reglamentaria concedida por el artículo 86, inciso 2º. (*Fallos*, 169:209; 155:178). Puso como límite a esa facultad que los edictos fueran razonables y uniformes (*Fallos*, 191:388). Este principio jurisprudencial fue recogido expresamente en el artículo 7º, inciso a) del decreto 33.285/44, al decir que la Policía Federal está facultada para "Emitir y aplicar edictos...". Dicho decreto fue posteriormente ratificado por ley 13.630.

El decreto-ley 17.189/56, en sus considerandos, reconoce que "es inconstitucional establecer sanciones de tipo penal en sentido lato, cuando ello no se lleva a cabo por vía del Poder Legislativo", pero sin embargo el gobierno de la Revolución Libertadora dispone que: "Hasta tanto se constituya el Honorable Congreso de la Nación, la facultad de sancionar edictos policiales para la Capital Federal será ejercida por el Poder Ejecutivo Nacional en uso de las atribuciones legislativas que posee" (art. 1º).

También se le concedieron al jefe de Policía facultades jurisdiccionales dentro de la competencia establecida en el artículo 27 del CPP —ley 2372 de 1888— teniendo al juez correccional como alzada (*Fallos*, 175:311).

2) De 1957 en adelante: A partir del fallo de la Corte en el caso "Mouviel y otros" del 17-V-57 (*Fallos*, 237:637 y *L.L.*

88-254) cambia la jurisprudencia en torno a la facultad legislativa de la Policía; en ese caso la Corte afirmó que la atribución al jefe de Policía de la facultad de emitir edictos para reprimir actos no previstos por las leyes excedía las facultades reglamentarias constitucionalmente conferidas al Poder Ejecutivo, invadiendo funciones exclusivas e indelegables del Legislativo.

Este fallo fuerza a las autoridades de ese momento a excluir esta facultad de las que conferiría al jefe de Policía en la nueva Ley Orgánica de la Policía Federal (dec.-ley 333/58).

El problema sigue subsistente, pues los edictos dictados por el jefe de Policía nunca habían sido ratificados por ley; ese hecho se rellena con la ley 14.467 del año 1958.

Parte de la doctrina ha admitido que los edictos ya no son inconstitucionales por haber sido ratificados por ley. Dentro de este punto de vista hay quienes critican la forma de esa "legitimación" pues se trató de una "ley ómnibus" que ratificó la legislación de facto en masa, sin considerar el contenido de ninguna de las disposiciones así legalizadas.

Otra parte, en cambio, considera que "pese a no regir el decreto 33.265/44, la atribución legislativa de la policía emana del artículo 27 del CPP, norma que sí habla de las 'ordenanzas de policía', distintas de las municipales. Luego las está presumiendo como válidas"¹⁸. En abono de esta tesis podemos agregar que el decreto-ley 6580/58, reglamentario del 333/58, en su artículo 141, sospechosamente, le confiere al jefe de Policía la facultad de proponer al Poder Ejecutivo la emisión de nuevos edictos o la modificación de los vigentes. Por último, agregaremos lo dicho por el juzgado correccional H el 25-III-68, *in re* "Martín, Guillermo W.": "Los oficiales de la Policía Federal deben tener especial cautela y mesura en la sustanciación de los sumarios contravencionales, ya que dicha policía reúne, por intermedio de su jefe, facultades ejecutivas y las legislativas que le otorgó con carácter provisional el Poder Ejecutivo en fecha 4-IX-56, después de haberle sido negadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. También asume las facultades de juez de faltas, que le han sido

¹⁸ Sagüés, Néstor P., "Hábeas Corpus: facultades legislativas y jurisdiccionales del jefe de Policía Federal. Problemática de su constitucionalidad", *L.L.*, 1966-C, p. 240.

acordadas a pesar de la disposición del artículo 18 de la Constitución Nacional" (L.L., 131-477).

En punto a las facultades jurisdiccionales, éstas han sido permanentemente reconocidas como constitucionales. *In re "Wachs"*, la Corte lo hizo de la siguiente forma: "El artículo 27 del CPP, en cuanto faculta a las autoridades policiales para el juzgamiento de las faltas y contravenciones, no importa la atribución de facultades jurisdiccionales a funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo en desmedro de la garantía constitucional que establece el juzgamiento de los acusados por sus jueces naturales" (Fallos, 243:500). Pero en esta materia la jurisprudencia evolucionó exigiendo un control judicial suficiente de las sentencias del jefe de Policía (requisito éste para la validez de cualquier tribunal administrativo según lo dispuesto en el *leading case* "Fernández Arias", Fallos, 247:646; 241:99).

B) El período democrático posterior a 1983

Con el advenimiento de la democracia se observa un avance en la protección judicial de las garantías individuales en sede policial.

Hasta el momento no se ha dado una línea recta de avance sino que se han ido atacando los aspectos más notoriamente violatorios de las garantías constitucionales. Por otro lado cabe advertir que la Corte Suprema se muestra reacia a convalidar las declaraciones de inconstitucionalidad dictadas por los tribunales inferiores.

En materia de derecho de defensa encontramos diversos pronunciamientos, como por ejemplo el del caso "Sueldo" en el que la Corte Suprema estableció que: "Lo manifestado por el imputado al prestar indagatoria en el expediente contravencional, en el sentido de no requerir para ese acto la presencia del defensor oficial, no puede entenderse como una renuncia a la garantía de la defensa en juicio con respecto a las ulteriores etapas del proceso, máxime cuando con posterioridad, al apelar el fallo administrativo, quedó en claro su desacuerdo con la condena, de donde surgía la necesidad de asignarle la defensa técnica adecuada para sustentar la impugnación" (Fallos, 306:822 y L.L., 1985-D, p. 214). En el mismo sentido vuelve a pronunciarse en autos "López" al decir que: "Las normas sustanciales de la garantía de la defensa deben ser

observadas en toda clase de juicios, sin que corresponda diferenciar causas criminales, los juicios especiales o procedimientos seguidos ante tribunales administrativos" y agrega que "la inobservancia de las formas sustanciales del juicio puede deberse a que se haya privado al defensor designado de toda oportunidad de actuar o cuando la intervención conferida sólo lo ha sido formalmente" (*Fallos*, 4310, vol. 2, 1797; 311, vol. 2, 2503).

Con respecto a la constitucionalidad de los tribunales administrativos, la Corte continúa sosteniendo su validez siempre que sus decisiones estén sujetas a control judicial suficiente. Tal lo sostenido por la Corte *in re* "Salort": "Son válidas las facultades policiales para aplicar penas, siempre que se garantice la posibilidad de control judicial suficiente, recaudo que resulta satisfecho con el procedimiento recursivo que prevé el artículo 587, CFP..." (*Fallos*, 308:2237). Por su parte, la Cámara Criminal y Correccional, en autos "Di Salvo" afirmó la constitucionalidad de los tribunales administrativos y lo propio hizo la Corte ante el recurso extraordinario interpuesto en ese caso.

En la doctrina encontramos tres posiciones distintas. Por un lado tenemos, en soledad, al Dr. Ekmekdjian, quien niega la constitucionalidad de los tribunales administrativos fundado en lo dispuesto por los artículos 109, 23 y 1º de la Constitución Nacional¹⁹. En el extremo opuesto encontramos a quienes reconocen la constitucionalidad fundados en que si la Corte Suprema, que es el último intérprete de la Constitución Nacional los reconoce como válidos, forzoso es reconocer que lo son²⁰. Por último encontramos a quienes se sitúan en una posición intermedia, pues reconocen la validez de los tribunales administrativos porque la Corte lo hace pero proponen distinguir entre los entes razonables y los irrazonables para acabar librándose de estos últimos²¹.

Para concluir, encontramos diversos pronunciamientos, alentadores por cierto, en los que se recogen muchas de las objeciones que se le han formulado a los edictos; por ejemplo,

¹⁹ Ekmekdjian, Miguel A., en *L.L.*, t. 1986-E, p. 319; t. 1988-D, p. 269 y t. 1981-D, p. 481.

²⁰ Añalón, Enrique R., *L.L.*, t. 32, p. 409.

²¹ Saguis, Néstor P., *L.L.*, t. 1966-C, p. 240.

se ha reconocido expresamente que "el jefe de Policía carece de la facultad de dictar edictos de policía a tenor de lo dispuesto por el artículo 6º del decreto 333/58 ratificado por ley 14.467" (L.L., t. 1986-C, p. 240); en punto a la vaguedad de los tipos se ha afirmado que la expresión "profesional del delito" es "vaguamente alusiva y más cercana a los enunciados metafóricos, que a los símbolos precisos que requiere la tipicidad. Tal vaguedad semántica deja en las sombras el significado, y éste debe ser encontrado a tientas por ignorados caminos de interpretación" (L.L., t. 1987-A, p. 502); se ha declarado inconstitucional el edicto de vagancia y mendicidad pues la expresión "vagos" alude a un andar sin sujeción y ello lesiona la garantía constitucional de transitar libremente por nuestro territorio, consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional. Claro está que lo dicho puede hacerse extensivo, sin más, a la figura del merodeo consagrada en algunos códigos de faltas provinciales, como por ejemplo el de Córdoba. Además fue declarado inconstitucional por la vaguedad de sus fórmulas (L.L., t. 1989-C, p. 343 y E.D., t. 137, p. 197). Por último fue también declarado inconstitucional el artículo 169 del RRF 6 pues "no asegura la notificación de las penas de arresto a letrado, en los casos en que fundamenten o se haya resuelto permitir al arrestado defenderse personalmente" (L.L., t. 1991-C, p. 73 y L.L., t. 1992-A, p. 412). Incluso se ha ido más allá y se ha declarado inconstitucional la Ley Orgánica de la Policía Federal en lo referente a los edictos policiales, así como a los artículos 27 y 586 del CPP, relativos a las facultades policiales en materia contravencional (L.L., t. 1986-C, p. 244).

El panorama jurisprudencial, esbozado hasta aquí, no es alentador, pero creo que no todo está perdido si se profundiza la brecha abierta por pronunciamientos como los citados en último término, como siempre de nosotros depende.

V. LOS PROGRAMAS UNIVERSITARIOS Y EL DERECHO CONTRAVENCIONAL

"Debemos apuntar que una de las más sensibles fallas de que adolecen los planes vigentes... es el descuido en que se halla el régimen jurídico de las faltas o contravenciones".
"Esta desatención de que es objeto el estudio de las faltas es

indiscutible desde un doble punto de vista. En primer término, porque se trata de conocimientos realmente indispensables para el ejercicio profesional. Para advertir en toda su magnitud este aspecto del problema, basta recordar que solamente en la Capital Federal, en el año 1941, el jefe de Policía resolvió 43.218 sumarios por infracciones a los edictos policiales y que en todas esas causas se debatía la libertad de las personas. En segundo lugar, esa omisión es aún más inexcusable en un régimen que se caracteriza, precisamente, por el enciclopedismo de las materias²².

Estas afirmaciones pudieron ser escritas hoy, pero lo fueron en 1943, hace más de cincuenta años y sin embargo la realidad demuestra que las cosas se encuentran como entonces. El Derecho contravencional no forma parte de los planes de enseñanza y a eso se debe, en parte, la lentitud con que se avanza, en esta materia, en la protección de las garantías constitucionales y de los derechos humanos.

²² Aftalión, Enrique E. - Landaburu (h.), Laureano, "Acerca de las faltas y contravenciones", en *L.L.*, t. 32, p. 411.

**CONCURSO DE MONOGRAFÍAS
DE DERECHO CIVIL
EN HOMENAJE A MANUEL LAQUIS**

El año pasado, *Lecciones y Ensayos*, juntamente con el Departamento de Derecho Privado del Centro de Estudiantes, organizó un concurso de monografías en homenaje al Profesor Dr. Manuel A. Laquis. El tema de cada trabajo quedó a elección de los participantes, siempre que se tratara de algún tópico relativo al Derecho privado. Se presentaron en total doce monografías, que fueron evaluadas por un jurado compuesto por los profesores Dres. Jorge H. Alterini, Santos Cifuentes y Roberto M. López Cabana, cuya participación en este evento agradecemos una vez más por este medio.

En decisión unánime, el jurado emitió un dictamen que transcribimos en su parte pertinente: "Luego de un cambio de opiniones, el jurado por unanimidad, resuelve: 1) Declarar que la mayoría de los trabajos reúnen mérito suficiente para optar por el premio instituido en homenaje al Profesor Manuel A. Laquis; 2) Dictaminar que el premio se adjudique a la monografía 'Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en la Convención de Viena de 1980', presentada por los alumnos Sres. Federico Martín Palavecino y Diana P. Palacios, por considerar que contiene el mejor trabajo de investigación, sobre un tema de interés y de actualidad; 3) Recomendar una mención especial para las siguientes monografías *ex aequo*: 'Responsabilidad de los padres frente a sus hijos por la transmisión de enfermedades hereditarias', del alumno Sr. Marcelo R. Tavarona, y 'Separación de hecho. Sus efectos en la sociedad conyugal y en el derecho sucesorio', de la alumna Srta. María José Fernández;

4) Instar a los demás concursantes a perseverar en esfuerzos como el desplegado para el presente concurso, que enaltecen su condición de aventajados alumnos, y 5) Comunicar lo aquí resuelto al Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, a la Revista *Lecciones y Ensayos* y a la Sra. Ofelia de Laquis, invitándola para el momento en que los organizadores entreguen el premio y las respectivas menciones”

En virtud de todo esto es que, a continuación, publicamos la monografía ganadora del concurso. A su vez, los dos trabajos que obtuvieron menciones por parte del jurado serán publicados respectivamente en los números 63 y 64 de nuestra revista.

**INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS
POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
EN LA CONVENCION DE VIENA DE 1980**

**Análisis comparativo del sistema
de responsabilidad civil genérico argentino
y específico de la Convención de las Naciones Unidas
de Viena de 1980 sobre compraventa internacional
de mercaderías**

**FEDERICO MARTÍN PALAVECINO
DIANA P. PALACIOS**

**I. ANÁLISIS DEL DERECHO INTERNO ARGENTINO ACTUAL
SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL**

En el Derecho argentino se distinguen dos regímenes de responsabilidad civil.

Por un lado se encuentra el sistema de responsabilidad extracontractual, el cual se aplica ante la infracción del deber genérico de no dañar (también expresado como: a los actos ilícitos, o a delitos y cuasidelitos civiles). Es decir, aquél que rige cuando la obligación de reparar el daño sufrido por una persona está a cargo de otra sin que haya existido entre ambas, previamente al hecho dañoso, un débito o crédito de una prestación específica.

Por otro, se encuentra el régimen de responsabilidad contractual, que es aquel que se aplica ante la infracción de una obligación determinada; en otras palabras, cuando una persona debe reparar el daño sufrido por otra en virtud del

incumplimiento por la primera de una obligación determinada, preexistente a este hecho dañoso (la no ejecución de la prestación prometida).

Estos sistemas están claramente separados por el artículo 1107 del Código Civil, estableciendo como único puente entre ambos, la opción para el damnificado, de solicitar la aplicación del sistema extracontractual en lugar del contractual cuando el incumplimiento contractual sea a su vez un delito criminal.

Estos dos sistemas de responsabilidad comparten los mismos elementos básicos, aunque con diferencias de matices en cada régimen en que se encuentran, especialmente en punto a la extensión del resarcimiento y a la prescripción de la acción de indemnización¹.

Estos elementos que, presentados conjuntamente, determinan la responsabilidad en cualquiera de los regímenes, son: antijuridicidad, daño, causalidad y factor de atribución². Y las mayores diferencias entre ambos regímenes se presentan en punto a la extensión del resarcimiento y la prescripción de la acción de indemnización.

A continuación analizaremos la regulación de la órbita contractual de responsabilidad del Código Civil, ya que es ésta la que compararemos con el régimen de contratos de compraventa de la Convención de Viena de 1980³.

¹ En el sistema contractual existe obligación de reparar menores consecuencias que en el aquilano (para reparar las consecuencias mediatas se exige que el incumplimiento haya sido doloso), aunque su plazo de prescripción es mayor (10 años contra 3 años).

² Y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1972, Rec. 3, tema V.

Sin embargo, no coincidimos con la enumeración efectuada y proponemos la siguiente: conducta imputable, daño antijurídico, causalidad y factor de atribución.

Creemos que este desplazamiento de la ubicación de la antijuridicidad, desde la conducta al daño, permite limar las asperezas del sistema genérico de responsabilidad al querer aplicarlo a la actividad lícita del Estado.

Dejamos aquí planteado este tema, el cual desarrollaremos en un trabajo posterior.

³ Que sólo tratemos el tema de la responsabilidad por incumplimiento no significa que éste sea el único tema en que la Convención pueda presen-

A) Antijuridicidad de la conducta

En el sistema de responsabilidad contractual el hecho antijurídico generador de responsabilidad es el incumplimiento de la o las obligaciones a cargo de una o ambas partes, o su cumplimiento defectuoso por ser parcial, o de distinta especie o calidad, o inoportuno. En otras palabras: debida una conducta determinada, su incumplimiento configura la conducta antijurídica.

El Código Civil, ante el incumplimiento defectuoso, prevé que el acreedor puede, si lo detecta, rechazar el cumplimiento, aceptarlo⁴, o aceptarlo con reserva de derechos. Alternativa esta última que le permite aceptar pagos parciales, conservando derecho sobre el remanente.

Ante el cumplimiento defectuoso no detectado al tiempo de cumplimiento, sin negligencia del acreedor, el sistema prevé la obligación de garantía de quien fue deudor tanto por evicción como por vicios ocultos.

Este incumplimiento total o parcial de la obligación en su cantidad, calidad o tiempo, produce por sí mismo ciertas consecuencias en el plano del Derecho como es, por ejemplo, la habilitación al damnificado para adoptar medidas cautelares⁵.

El incumplimiento objetivo —o en sí mismo—, al calificarse jurídicamente por la circunstancia de ser imputable al deudor y, en ciertos casos, por haber sido interpelado, pasa a llamarse "mora".

En la mayoría de los casos esta interpelación no es necesaria para constituir en mora, ya que el artículo 509 del Código Civil, según su reforma por el decreto-ley 17.711/68, establece la automaticidad de la mora sin necesidad de interpelación cuando, habiendo plazo para cumplir, el mismo vence.

tar diferencias con el ordenamiento interno. Para una apostada y muy buena síntesis de las particularidades de la misma puede consultarse Marzetti, O. J., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Aotras, Buenos Aires, 1993, ps. 57 y sigs.

⁴ En el caso de obligaciones de dar suma de dinero, el art. 624, Cód. Civ. prescribe que el recibo de capital sin reserva de intereses extingue la obligación respecto a éstos. Esta norma ha recibido aplicación analógica con respecto a toda clase de obligaciones accesorias (conf. Balas, A. E., *Código Civil Anotado*, T. 1, Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 329, art. citado).

⁵ Conf. Alterini, A. A., *El incumplimiento en sí propio*, *Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales*.

Sin embargo, las comunicaciones previas a una acción judicial se siguen utilizando. Pero esto es debido, no a una obligatoria interpelación, sino a evitar cargar con las costas del juicio en caso de allanamiento oportuno y total de la otra parte —art. 70 CPCCN—.

Según el sistema del Código Civil es recién esta situación de mora, y no la mera demora no calificada, la que surte efectos tales como habilitar las acciones judiciales, transferir el riesgo (inaplicabilidad de la doctrina de la imprevisión, imputación del caso fortuito), facultar el ejercicio del pacto comisorio, tornar exigibles las penas pactadas en la cláusula al efecto y las garantías abstractas⁶, y hacer ejercicio de ciertas medidas de compulsión⁷.

El Daño. Daño moral

"Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades." Así define genéricamente a este elemento el artículo 1068 del Código Civil.

El daño contractual, está definido específicamente en el artículo 519 como "la pérdida que haya sufrido y la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo."

Siendo que por el contrato cada una de las partes adquiere derechos y contrae obligaciones, el incumplimiento de una obligación a cargo de una de ellas vulnera el derecho de la otra a que la obligación sea cumplida⁸.

⁶ Sobre el tema puede consultarse con provecho: Alegria, H., "Las garantías abstractas o a primera demanda en el Derecho moderno y en el Proyecto de Unificación argentina", en *R.D.C.G.*, 1947, ps. 465 y sigs.; y Kerselmaier de Carlucci, A. R., "Las garantías a primera demanda", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 2, ps. 93 y sigs.

⁷ Sobre el tema puede consultarse Mosset Iturrage, J., *Medios para Forzar el Cumplimiento*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993.

⁸ Por ello es que la discusión sobre si es indemnizable el daño de hecho no es propia del sistema contractual sino del aquiliano, ver: Mosset Iturrage, J., *Estudios sobre Responsabilidad por Daños*, T. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1962, ps. 11 a 23.

La existencia del elemento daño es esencial para la existencia de una obligación de indemnizar, ya que es precisamente este daño lo que hay que reparar, dejando indemne al damnificado.

Por ello es que la indemnización debe comprender la sustitución de la prestación debida y no cumplida —si no pudo lograrse la ejecución forzada o por tercero a costa del obligado—, más los daños y perjuicios que este incumplimiento causó, pero no más que éstos⁹.

La indemnización no debe ser una fuente de lucro (más allá del lucro esperado, ya que sí comprende el lucro cesante), por lo que en nuestro Derecho están excluidos los daños ejemplares¹⁰.

La extensión de la reparación del daño causado varía según cuál sea el factor de atribución y de qué acontecimiento surja el daño.

Adelantamos aquí que el daño puede producirse como consecuencia del actuar directo del causante, o de su "conexión con acontecimiento distinto", según lo distingue el Código en los artículos 901 y siguientes¹¹.

Un rubro más a reparar que prevé nuestro sistema interno es el daño moral reglado en el artículo 522, el cual

⁹ En el caso de obligaciones de dar sumas de dinero, el art. 622, Cód. Civ., establece una presunción de daño o causalidad al prescribir que el deudor moroso debe intereses sobre la suma debida aunque el acreedor no justifique perjuicio alguno y aun cuando el deudor pruebe que, por el destino que hubiera dado a los fondos, no los habría percibido.

Puede ampliarse el tema en Alterini, A. A. - López Cabana, R. M., "Presunciones de causalidad y de responsabilidad" en *Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988, p. 42.

¹⁰ Ver La Para, S., "Cicerón y el accionista controlante", en *Lecciones y Ensayos*, n° 54, ps. 83 y sigs., especialmente ps. 112 y sigs., donde aparece algunos principios de las leyes del Estado de Nueva York de los cuales surgen evidentes contrastes con nuestro Derecho.

¹¹ La aplicación de los artículos citados a las obligaciones contractuales no es pacífica en doctrina.

Si bien consideramos mayoritaria la postura que sostiene que estas disposiciones tienen carácter general, no faltan autores que consideran que estas normas se refieren a las obligaciones extracontractuales, mientras que las contractuales se rigen en este aspecto por los artículos 520 a 522.

Al respecto, ver Cifuentes, S., comentario al art. 901, nota 1, en Belluscio-Zanetti, *Código Civil Comentado*, T. IV, p. 47.

pareciera afirmar que su reparación es potestativa del juez, aunque la doctrina es coincidente en que su reparación es obligatoria.

C) *Relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño*

La relación de causalidad, o de causa a efecto, podemos definirla como la relación que existe entre un acontecimiento anterior y uno posterior, de modo que podamos decir que el segundo emana del primero.

Así definida parece que fuera algo simple de percibir en la realidad concreta, mas, en ocasiones, un hecho no emana de sólo un hecho antecedente sino que se requirieron varios hechos anteriores para que el posterior existiera; cada uno de estos hechos anteriores es lo que se conoce como *concausa*.

Como explica Bustamante Alsina: "Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro. Por ello la relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento o factor de atribución. Es el elemento aglutinante que hace que el daño y el factor de atribución (culpa, garantía, riesgo) se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar"¹².

La apreciación de la relación de causalidad es importante en dos aspectos. En primer lugar permite establecer "quién responde, vale decir, si cierto resultado es atribuible o no a determinado sujeto"¹³, es decir: la autoría.

Luego permite establecer por cuáles consecuencias del hecho responde, o, que es lo mismo, "hasta dónde deberá responder la persona por sus actos voluntarios"¹⁴, lo cual es llamado la "adecuación del daño".

Al respecto, el Código Civil diseña el sistema de apreciación de la causalidad principalmente en base a la teoría de

¹² Bustamante Alsina, J. H., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 1980, p. 217.

¹³ Alterri, A. A. - López Cabana, R. M., en "Presunciones de causalidad y de responsabilidad" citado.

¹⁴ Cifuentes, S., *cit.*, en nota 11, p. 48.

la causalidad adecuada, pero sin dejar de lado las teorías de la equivalencia de las condiciones y la de la causa próxima.

Se entiende por causa adecuada al resultado de aquella condición que generalmente es apropiada para producir el resultado. Sólo es hecho causal adecuado aquel que, de acuerdo a la experiencia de la vida, ocasiona el resultado dañoso que se juzga.

La teoría de la causa próxima no aporta más que una presunción de causalidad adecuada, por cuanto presume esta calidad para las consecuencias inmediatas de un hecho (art. 903, Cód. Civ.). Para liberarse, el imputado puede probar que hay una causa adecuada que no es esa, que el hecho no sucedió según el curso natural y ordinario de las cosas.

La condición *sine qua non* aprecia todos los hechos que contribuyeron de un modo u otro a producir el daño. Esta teoría de equivalencia de las condiciones se utiliza para establecer si un hecho tuvo o no relevancia en el resultado. Si suprimiendo —hipotéticamente— el hecho, el resultado igual acontece, entonces el hecho referido no lo provocó.

No termina aquí el sistema, ya que existen presunciones de causalidad, explicación de las cuales escapa al objetivo de este trabajo¹⁵.

Por otra parte, la división de las consecuencias en inmediatas, mediatas, remotas y casuales revela la fundamental importancia del elemento previsibilidad, a tal punto que genera el siguiente comentario: "En suma, la regulación de los principios generales de la responsabilidad civil está gobernada por las siguientes consideraciones: Primera: la base de la responsabilidad radica en la efectiva posibilidad que tenga el sujeto de prever las consecuencias de su actividad"¹⁶. Volveremos sobre este punto al tratar la extensión del resarcimiento.

D) *Factor de atribución de la responsabilidad. Obligaciones de media, industria y de confianza*

El factor de atribución es el motivo por el cual una per-

¹⁵ Sobre las mismas, consultar Alterini, A. A. - López Cabana, E. M., "Presunciones de causalidad y de responsabilidad", ya citado, y citas de ese trabajo.

¹⁶ Liarrúas, J. J., Código Civil Comentado, T. II-B, p. 24.

sona tiene a su cargo la satisfacción de una indemnización en favor de otra que sufrió un daño¹⁷.

La relevancia de este tema está en determinar con qué prueba se responsabiliza o se libera el demandado.

Los distintos factores de atribución se dividen en subjetivos (básicamente, la culpa) y objetivos (esencialmente, el riesgo y la garantía), según que la conducta del sujeto responsable sea relevante o no para determinar su responsabilidad.

Precisando, el factor de atribución será subjetivo cuando el responsable pueda liberarse con la demostración de haber obrado con la diligencia debida. Esta existencia de la conducta debida es presumida por la ley, según los casos, en forma positiva (es decir que existió la debida diligencia, con lo cual la carga de la prueba en contrario es para quien demande) o negativa (es decir, que no existió y que debe probarla el demandado para liberarse).

Son factores de atribución subjetivos el dolo y la culpa, que muchas veces son nombrados conjuntamente bajo el término genérico culpa.

Son factores de atribución objetivos la garantía, el riesgo, la equidad, el abuso de derecho y la normal tolerancia entre vecinos¹⁸.

Los factores de atribución subjetivos basan su estructura íntima en que el actuar del sujeto a quien se imputa la conducta dañosa haya sido voluntaria en cuanto persiga realizar el acto, no necesariamente sus consecuencias (art. 900, Cód. Civ.), y en la posibilidad de previsión por el sujeto de las consecuencias del actuar¹⁹.

Es así que, de la combinación de los artículos 901 y siguientes, 520 y 521, surge que se considera a la culpa como

¹⁷ No confundir factor de atribución de la responsabilidad, que es este tema, con atribución de la producción del hecho dañoso, que es tema de relación de causalidad o imputabilidad material.

¹⁸ Enumeración realizada por Bustamante Alaña, J., *op. cit.*

¹⁹ Así es que hay jurisprudencia que sostiene que "solo se responde de los daños cuando éstos se hallan en relación causal con el acto del responsable, es decir, cuando el acto debía normalmente producir esos daños y éstos eran, por tanto, previsibles". C. Com., Sala A, E.D., 48-572, citado por Llambías, *op. cit.*, p. 26.

la imprevisión de lo previsible y el dolo como la previsión de lo previsible, temas que serán tratados más adelante²⁰.

El Derecho clásico sostenía a ultranza que los únicos factores de atribución justos eran los subjetivos, acudiéndose al axioma que reza: "No hay responsabilidad sin culpa". Esta norma no es tan estricta hoy día, al observarse el afinamiento del concepto de culpa y el aumento de factores objetivos de atribución²¹. Un nuevo axioma va tomando lugar: "No debe haber daño injusto sin reparación", refiriéndose con esto a que no debe soportar el daño quien lo sufre si no tiene obligación de soportarlo²².

Conectado con esto, en el ámbito contractual, desde hace tiempo, se impuso la clasificación de las obligaciones emergentes de un contrato en obligaciones de medio y obligaciones de resultado.

Las obligaciones de resultado son aquellas en que "el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, asegurando al acreedor el logro de la consecuencia o resultado tenido en miras al contratar", coincidiendo generalmente con las obligaciones de dar y de no hacer.

Las obligaciones de medios son aquellas en las que "el deudor compromete su actividad diligente, que razonablemente tiende al logro del resultado esperado, pero éste no es asegurado ni prometido", coincidiendo generalmente con las obligaciones de hacer²³.

La aplicación de tal o cual factor de atribución a una relación contractual se determina según que el contrato haya dado nacimiento a una obligación de medio o a una de resultado y a la gradación que dicha obligación presenta.

²⁰ Por las definiciones de culpa y dolo aquí utilizadas, ver Russo, Eduardo A. - Guelfinkel de Wendy, Lillian, *Juristas Tributarios*, Buenos Aires, 1991, Cap. IV.

²¹ Alterini, Atilio A., "La presunción legal de la culpa como regla de favor victimas", en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Vol. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 159.

²² Conf. Lambert-Fabre, Y., "La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización", trad. de Núñez, E. A., publicado como acuerdo al libro *Derecho de Daños*, de Alterini, A. A. - López Cabana, R. M.

²³ Alterini, Atilio A. - Arnes, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., *Curso de Obligaciones*, T. II, p. 172.

Las obligaciones de resultado se gradúan en ordinarias, atenuadas y agravadas. Las obligaciones de medio se dividen en ordinarias y reforzadas²⁴. A cada una corresponde distinta carga probatoria²⁵, la cual nos muestra si el factor es subjetivo u objetivo. Veamos esto.

E) Prueba

En el régimen probatorio el principio es que quien afirma algo debe probarlo (art. 377, CPCCN). Aplicado a la acción de indemnización significa que el actor debe probar los presupuestos que responsabilizan al demandado.

Sin embargo, este criterio ha cambiado, exigiéndose que produzcan prueba ambas partes, cargando generalmente con ella quien tenga mayor facilidad para producirla^{26, 27}. Así es que el demandado también tiene prueba a su cargo variando su contenido en función del factor de atribución que juegue en el caso y del carácter de la obligación emergente del contrato.

En las obligaciones de medio ordinarias, el acreedor (que será generalmente el actor en el proceso) debe probar todos los presupuestos de la responsabilidad, incluida la culpa²⁸ de

²⁴ Alterini, A. A., "La responsabilidad civil por productos: estado de la cuestión en el Derecho argentino" en Alterini-López Cabana, *Derecho de Daños*, ps. 343-345, a quien seguimos en la exposición del punto siguiente: "Prueba".

²⁵ De los autores citados en nota anterior, ver: "Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual", en *L.L.*, 1988-B-947; y "Carga de la prueba en las obligaciones de medio", en *L.L.*, 1989-B-942.

²⁶ Peyrano, J. W., "Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", en *E.D.*, 23-VIII-93.

²⁷ Esto fue criticado por el Dr. Alvarado Velloso en el III Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1993, al decir que la carga de la prueba es una herramienta para que el juez decida a quién perjudica la falta de prueba en el juicio que le toca decidir: por tanto si ponemos la carga de la prueba en cabeza de ambas partes ¿cómo decidimos? ¿ganan las dos? ¿pierden las dos? De cualquier manera el concepto "carga de la prueba" pierde su utilidad.

²⁸ Artículo 512 del Código Civil: "La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar."

la otra parte. El demandado se exime de responder si el actor no pudo probar alguno de los presupuestos, a lo cual puede contribuir con su prueba en contra. Vemos aquí el factor de atribución clásico, la culpa.

En las obligaciones de medio reforzadas y en las de resultado atenuadas, aumenta la prueba a cargo del demandado. Debe probar su falta de culpa o, lo que es lo mismo, haber obrado con la debida diligencia. El factor de atribución sigue siendo subjetivo, sólo que la culpa es presumida, aceptando prueba en contrario.

En las obligaciones de resultado ordinarias, el demandado debe probar la ruptura de la relación causal, ya que su conducta diligente no es relevante para liberarlo. Esto se prueba mediante la acreditación de que el daño ocurrió por causa ajena a su actuar. Se incluyen en este concepto de "causa ajena" al caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de tercero por quien no responde y el hecho de la propia víctima. En este caso el factor de atribución es objetivo, y cede ante la demostración del caso fortuito genérico.

En las obligaciones de resultado agravadas para liberarse se debe probar una causa ajena de una entidad especial, por su gravedad de origen, que está determinada por ley. Esta causa ajena debe ser calificada (por ejemplo guerra, fuerza mayor extraña al trabajo, etc.) no bastando con la genérica. El factor de atribución sigue siendo objetivo, y cede exclusivamente ante un caso fortuito definido por la ley.

En las obligaciones de garantía, sólo se libera el demandado probando la culpa de la propia víctima. Aquí también el factor de atribución es objetivo, diferenciándose del caso anterior en que la calificación de la causa ajena es únicamente la culpa, y no sólo el hecho, de la propia víctima.

F) Extensión del resarcimiento

La extensión del resarcimiento varía, en el ámbito contractual, según se trate del incumplimiento atribuible al dolo, o de los demás factores, según la diferenciación dispuesta por los artículos 520 y 521 del Código Civil.

La regla básica del responder en este ámbito se refiere al incumplimiento culposo, e impone indemnizar los daños sufridos como consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento. Ese criterio básico se amplía en el caso del in-

cumplimiento doloso²⁹ a las consecuencias mediatas y al daño moral.

El artículo 901 define a las consecuencias inmediatas como las "de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas".

Por su parte las mediatas son definidas como las "que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto".

También tenemos las consecuencias casuales que son aquellas consecuencias mediatas o previsibles.

Acercándonos a esta clasificación, vemos cómo el criterio determinante de la misma es la previsibilidad. Por ésta ha de entenderse la posibilidad de conocer con anticipación lo que va a ocurrir³⁰, mientras que el efectivo conocimiento es la previsión. Obsérvese que el primer concepto es más amplio que el segundo, ya que todo lo previsto ha sido necesariamente previsible, pero no todo lo previsible fue o será efectivamente previsto.

En las consecuencias inmediatas la relación entre el hecho y su consecuencia es tan clara y conocida que la ley presume que ha sido prevista por cualquier persona con discernimiento sin aceptar prueba en contra³¹.

En las consecuencias mediatas el criterio de previsibilidad surge a contrario de la definición de consecuencia casual, ya que ambas son las que se producen en conexión con un acontecimiento distinto siendo las primeras previsibles y las segundas no previsibles.

Vemos así que en una situación de dolo contractual, la regla del Código Civil es la responsabilidad por lo previsto o previsible, en cambio en la situación de incumplimiento no doloso (culposo u objetivo) se responde por lo previsto o previsible pero limitado a lo que surja del propio actuar (el incumplimiento) y no a su conexión con un acontecimiento distinto.

²⁹ Este "consiste en la intención deliberada de no cumplir": Alterini, Atílio A. - Arnel, Oscar J., - López Cabana, Roberto M., *Curso de Obligaciones*, T. I, Buenos Aires, 1966, p. 211.

³⁰ Cifuentes, S., *op. cit.*, p. 74, comentario al art. 904.

³¹ Conf. Goldenberg, Isidoro H., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Cap. IV, en especial p. 90, Buenos Aires, 1984. Esta postura no es pacífica.

Por último cabe la mención de que la apreciación de la previsibilidad debe hacerse en abstracto, es decir, sin tener en cuenta las calidades personales del agente (conf. art. 909, primera parte, Cód. Civ.), a menos que por su profesión debiese obrar con una mayor diligencia, en cuyo caso estamos ante una apreciación en concreto (conf. 902, Cód. Civ.)³².

G) Prescripción liberatoria

Por el artículo 4023 del Código Civil se establece un plazo de prescripción para las acciones personales por deudas contractuales de diez años, salvo ley especial que estipule un plazo distinto.

II. ANÁLISIS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980

A) Introducción

Para realizar un análisis comparativo entre nuestro sistema y el utilizado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías³³, y llegar a conclusiones lógicas, debemos primeramente considerar determinados principios y realidades que ésta presenta y que son diferentes³⁴, al menos en su redacción, a los de nuestro régimen.

a) Uniformidad del Derecho internacional

El progresivo crecimiento del comercio internacional hizo necesario redactar un conjunto de normas aplicables a todo contrato de compraventa internacional de mercaderías. El inconveniente a superar fue la brecha cultural y jurídica existente entre los ordenamientos jurídicos internos que la regu-

³² Conf. Salerno - Lagomarsino, *Código Civil Argentino*, comentario a los artículos 901 a 906.

³³ Firmada en Viena en 1980, aprobada por la República Argentina mediante ley 22.745, vigente desde el 1° de enero de 1986.

³⁴ Para una apretada síntesis de las diferencias, ver Marzaratti, O. J., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 57 a 68.

laban, de modo de lograr el amplio nivel de aceptación en el mundo y conseguir una mayor efectividad en su aplicación.

Los primeros intentos de uniformidad del Derecho de las compraventas internacionales (L.U.V.I., L.U.F.) fracasaron por aferrarse excesivamente a las formas de un sistema jurídico, desconociendo las formas de los demás.

Con este objeto se estudiaron exhaustivamente los diferentes sistemas jurídicos del mundo, para intentar compatibilizar principios de sistemas romanistas, del *common law*, y los más antagonísticos del comunismo (recordemos que la Convención es de 1980, anterior a las transformaciones de la URSS), y esto deriva en algunas soluciones de compromiso que en ocasiones se reflejan en no tratar ciertos temas, como es el caso de la propiedad de las mercaderías o los daños que éstas puedan ocasionar a terceros.

También fueron tomados en cuenta los usos y costumbres de los diversos mercados, que reflejan una larga experiencia de perfeccionamiento de soluciones aplicables a toda clase de problemas posibles, cuyos antecedentes son muy antiguos. Asimismo consideró la facilidad de aceptar los cambios que presenta el continuo progreso de la humanidad.

Debemos recordar que fue el interés de todos los participantes en la redacción actuar de manera tolerante, esforzándose por encontrar una transacción entre sus diferencias que les permitiera llegar a la unificación del Derecho aplicable al rubro más importante del comercio internacional²⁸.

b) Ambito de aplicación. Derecho subsidiario

Una primera advertencia debe ser que la Convención se declara a sí misma como de aplicación subsidiaria frente a la voluntad de las partes, pues en el artículo 6º establece la autonomía de la voluntad.

Delimitando el ámbito espacial debemos decir que la Convención es aplicable cuando las compraventas de mercaderías se realizan entre personas con establecimientos en distintos Estados, siendo al menos uno de ellos ratificante.

En el ámbito material se regula, en el artículo 4º, "exclusivamente la formación del contrato y los derechos y obliga-

²⁸ Garra, Alejandro M. - Zuppi, Alberto L., en *Compraventa Internacional de Mercaderías*, La Roca, Buenos Aires, 1990, p. 47.

ciones de las partes" excluyendo su aplicación a la validez del contrato, a los efectos del contrato sobre la propiedad de las mercaderías, a determinadas compraventas (art. 2º) y a los daños que las mercaderías puedan producir a terceros (art. 5º; para no entrar en conflicto con las normas de orden público de protección al consumidor).

Entonces, el Derecho aplicable a un contrato de compraventa internacional de mercaderías es:

1. El que determine la voluntad de las partes (puede regular en cláusulas contractuales o remitir al Derecho de un Estado. Si este Estado es ratificante se aplicará la Convención).

2. A falta de indicación expresa, se debe analizar:

A. Si el tema no está contemplado en la Convención, se aplicarán las normas del Derecho Internacional Privado correspondientes.

B. Si el tema se halla contemplado por la misma, puede serlo:

I. expresamente, por lo que se aplica la Convención, o

II. tácitamente, por lo que los conflictos "se dirimirán de conformidad con los principios generales de la Convención, o a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas del Derecho Internacional Privado" (art. 7º, inc. 2º).

Este último punto deja librado a la discrecionalidad del juez la posibilidad de aplicar o no subsidiariamente normas internas de los Estados ante un tema en particular que esté allí más ampliamente regulado. Este criterio debe ser usado estrictamente, ya que de lo contrario llevaría a que la Convención fuera aplicada en forma distinta en cada uno de los Estados, atentando contra la uniformidad y seguridad en los negocios que este ordenamiento intenta lograr.

c) Mecánica del comercio exterior. Principios. Criterios macroeconómicos. Remedios en caso de incumplimiento

El fundamento de las soluciones de la Convención es principalmente económico.

Se toma en cuenta la distancia entre los contratantes, y las que tienen que atravesar las mercaderías; los diferentes ámbitos en que se mueven este tipo de transacciones, internos e internacionales; y que cada tipo de mercadería esté

contenida en una clase de mercado con sus usos y costumbres particulares —no es lo mismo la mecánica y la política del mercado del petróleo, que la de la indumentaria deportiva—.

Observamos entonces, los obstáculos que presenta el comercio internacional a pesar de sus evidentes ventajas para un crecimiento económico y social progresivo.

Más importante es que el mundo tiende a interrelacionarse cada vez más, buscando una mayor y mejor distribución de recursos (naturales, científicos, técnicos, económicos, sociales, jurídicos y administrativos) que deben satisfacer una demanda selectiva y creciente en todos los países²⁶.

A raíz de las dificultades con las que se encuentran los contratantes, es que se ha ideado un sistema práctico de soluciones que no encuadra necesariamente en el sistema jurídico clásico romanista, sino que busca responder a una "realidad económica" distinta que fuerza al Derecho a transformarse para sobrevivir y continuar siendo útil.

Coherente con este objetivo, es que la Convención busca evitar el mayor daño en caso de dificultad o imposibilidad de cumplir con el contrato.

Se pueden identificar en ella, según Honnold²⁷, los siguientes principios generales: 1) la protección de la parte que deposita su confianza en la conducta de la otra; 2) la obligación de comunicar a la otra parte todo tipo de información que sea necesaria para cumplir con sus obligaciones; y 3) la obligación de reducir las pérdidas que derivan de un incumplimiento del contrato (total o parcial).

La Convención ofrece una amplia gama de soluciones para remediar los casos de incumplimiento.

Así, para conservar el contrato prevé la calificación de las circunstancias (incumplimiento esencial) que permiten la resolución, el otorgamiento de un plazo de gracia para cumplir, la acción de cumplimiento específico de la obligación, la reducción del precio y la suspensión del cumplimiento de sus obligaciones por la cumplidora.

²⁶ Sobre el pasado, presente y, fundamentalmente, futuro, de la economía mundial puede consultarse con evidente provecho a Reich, R., *El Trabajo de las Naciones*; Thurow, L., *La Guerra del Siglo XXI*, y Porter, M., *La Ventaja Competitiva de las Naciones*.

²⁷ Honnold, J., citado por Garro - Zuppi, *op. cit.*, nota 10, p. 58.

Para terminar con el contrato prevé la resolución por incumplimiento esencial, o por vencimiento del plazo de gracia y, en ciertas ocasiones, la resolución anticipada.

Y para sanear el perjuicio agrega a cada una de ellas la posibilidad de reclamar por indemnización de daños, para poder buscar la solución más conveniente económicamente. También prevé el pago de intereses y el "derecho de retención" —que no es lo que el Derecho argentino interno conoce con ese nombre, ya que en la Convención este derecho faculta al retentor a vender la cosa y cobrarse con su producido—.

Llamamos la atención aquí sobre el criterio macroeconómico que informa a la Convención, el cual es evitar la ineficiente asignación de recursos para que no se remedien conflictos entre particulares de la manera más onerosa.

Trata de evitar en lo posible la resolución del contrato cubriendo las fallas en el cumplimiento, con los daños y perjuicios para evitar mayores daños a la sociedad en su conjunto a través de sus miembros, dada la interdependencia económica en la sociedad actual.

Con el mismo fin, obliga al cumplidor a hacer una operación de reemplazo o a adoptar medidas razonables para reducir las pérdidas (arts. 75 y 77 de la Convención).

Aclarando el tema, los remedios que tiene el damnificado por falta de cumplimiento voluntario específico de las obligaciones a cargo de la contraparte, que son: el cumplimiento forzado específico (propio del sistema continental) o la indemnización sustitutiva (propia del sistema anglosajón), no previendo como remedio el cumplimiento por tercero.

Sin embargo, pensamos que no porque la Convención no designe con ese nombre a lo que aquí llamamos "cumplimiento por tercero" esta solución esté descartada. Creemos que la medida está incluida dentro de la más amplia del artículo 77, que dispone que el damnificado deberá, y por ende podrá, adoptar las medidas razonables para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante. Una de esas medidas razonables será procurarse por un tercero las cosas objeto del contrato, cargando luego esto como uno de los rubros a indemnizar.

Respecto del orden en que deben otorgarse por el tribunal estas soluciones, recordamos que en el sistema interno argentino la indemnización de daños es accesoria a cualquiera de los remedios que a la falta de cumplimiento correc-

to y oportuno prevé el artículo 505 del Código Civil, cuyo orden es establecido así: primero el cumplimiento forzado, en su defecto el cumplimiento por tercero, y por último la indemnización sustitutiva del incumplimiento.

Igual solución respecto a la accesoriidad de la indemnización de daños²⁸ trae la Convención en su artículo 79 inciso 5º. Una parte puede ejercer cualquiera de los remedios que prevé la Convención, y a cualquiera de ellos puede agregarse la indemnización de daños.

En la Convención, debido a una solución de compromiso, el orden entre el cumplimiento específico y la indemnización sustitutiva lo dará la *lex fori*, con lo cual dicho orden variará según cual sea el tribunal interviniente. Es decir que un tribunal del sistema continental podrá ordenar el cumplimiento forzado, mientras un tribunal anglosajón no está obligado a ordenar esto y sólo mandará a pagar una indemnización en dinero²⁹.

B) Sistema de responsabilidad de la Convención

Como es habitual en la totalidad de los sistemas jurídicos, la Convención prevé que el que por incumplimiento de una prestación debida ocasione un daño al acreedor, tiene la obligación de repararlo. Obligación que da lugar a una acción para hacerla efectiva en caso de que tampoco sea cumplida. Esta acción, de indemnización de daños y perjuicios, no se pierde ante ninguna de las soluciones que tome la parte damnificada, incluso ante la resolución del contrato, según lo dispone el artículo 81 inciso 1º de la Convención.

²⁸ Debemos distinguir aquí entre indemnización sustitutiva —aquella que reemplaza a la prestación principal— y reparatoria o de daños —aquella que accede a la prestación principal cualquiera sea el modo en que se cumpla y que tiene por finalidad reparar los daños acaecidos a la falta de cumplimiento perfecta— que la Convención prevé pero no trata separadamente.

²⁹ Nuestra opinión es que por el tiempo que quedan inmovilizados los capitales cuando se pide un cumplimiento específico, causando ello un efecto macroeconómico perjudicial, es más útil a la mecánica del comercio internacional la solución de la indemnización sustitutiva. Este argumento es el que utilizan los países anglosajones para negarse a aceptar el cumplimiento forzado.

Esta obligación de indemnizar que regula la Convención nace en caso de cualquier tipo de incumplimiento; sea un incumplimiento total, o parcial por insuficiente cantidad o calidad, o inoportuno por anticipado o tardío.

Tal como toda obligación de indemnizar reconoce ciertos presupuestos que deben cumplirse para que la misma nazca y sea exigible.

Analizamos ahora estos presupuestos dentro de la estructura y el orden de cuatro elementos elaborada por la doctrina nacional para el régimen interno de responsabilidad, a fin de facilitar su comparación.

a) Incumplimiento objetivo

La Convención impone al vendedor la obligación principal de entregar la mercadería conforme al contrato en el lugar y tiempo pactados. Agrega a esto la obligación de entrega de los documentos, aunque no especifica cuáles. También impone la obligación de transmitir el dominio, ya que se trata de una compraventa, aunque expresamente excluye la regulación del tema.

La conformidad de la mercadería con el contrato, mencionada en el párrafo precedente, implica que la misma debe ser conforme a la cantidad, calidad y tipo previstos en el contrato y que se encuentre envasada o embalada de la manera estipulada (art. 35).

El incumplimiento en cualquier grado de cualquiera de estas obligaciones genera responsabilidad por daños y perjuicios.

Sin embargo, en vista de que la Convención limita el remedio de resolución contractual para un incumplimiento esencial⁴⁰, y que la falta de conformidad material o jurídica generalmente configurarían el mismo, es importante ver el tema más profundamente. Aunque cabe recordar que la entidad del incumplimiento, sea esencial o no esencial, no limita en nada la acción de indemnización sino, insistimos, sólo el remedio de resolución del contrato.

⁴⁰ Ante un incumplimiento falta de entidad, sólo puede resolverse el contrato luego que, otorgado un plazo de gracia razonable para cumplir, se mantenga el incumplimiento.

Esta conformidad "material", que debe existir al momento de transmisión del riesgo, se refiere a las características de la operación realizada entre vendedor y comprador, y no sólo a las mercaderías. Así, puede faltar dicha conformidad por defectos en el tiempo o lugar de entrega, como en el tipo, cantidad o calidad de las mercaderías.

Respecto de estas últimas, aun cuando no sean idénticas a las pactadas, la Convención considera que hay conformidad material, salvo especificaciones expresas en contrario, cuando las mismas son "aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo", o cuando se presten a cualquier uso especial hecho saber al vendedor al momento de celebración del contrato, o cuando posean las cualidades de la muestra o modelo sobre el que se contrató, o cuando estén embaladas o envasadas de la manera habitual para las mercaderías de que se trate (art. 35).

Se dispone que el vendedor no es responsable, y esto también se aplica a la indemnización de daños, por la falta de conformidad que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar al momento de contratar. También se libera por falta del comprador a su carga de controlar la conformidad de las mercaderías en el plazo más breve posible (art. 36), y comunicar detalladamente la disconformidad en un plazo razonable desde su descubrimiento, dando un plazo máximo para descubrir los vicios de dos años (arts. 38 y 39), salvo plazos de garantía contractuales más extensos.

Aclarando el tema de los vicios de las mercaderías, el comprador no tiene acción: 1) si conoció o debió conocer los mismos al momento de contratar, 2) si conoció o debió conocer los mismos al momento de controlar y no los comunicó detalladamente al vendedor dentro de un plazo razonable, y 3) si los conoció recién luego de los dos años del momento en que las mercaderías entraron en su poder (art. 39). Sin embargo, a pesar de las segunda y tercera situaciones, el vendedor aún es responsable si el defecto era conocido por él, o no podía ignorarlo, y no hubiera sido revelado al comprador (art. 40).

Respecto de la obligación de transmitir la propiedad, emanada de ser el contrato de compraventa, el artículo 41 dispone que la misma debe transmitirse libre de derechos o pretensiones de un tercero ("conformidad jurídica"), salvo conformidad del comprador. Una regulación especial se prevé para el caso de propiedad industrial.

b) Daño. Daño moral

El sistema de la Convención sólo prevé incluir como daños indemnizables aquellos que comprendan "el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener" por la parte damnificada por el incumplimiento de la otra, con el límite del daño que fue imprevisible o imprevisto por el incumplidor.

Es decir, que no se dispone una reparación de la totalidad de los rubros en que puede dividirse el daño, sino sólo de dos de los mismos, que aquí se conocen habitualmente como daño emergente y como lucro cesante.

Además, estos rubros reconocen el límite de la previsibilidad, tema que trataremos en el título "Factor de atribución".

Al prever sólo la reparación de estos dos rubros, los demás quedan fuera del sistema de la Convención, y deberá seguirse respecto de ellos el criterio extremo de cargar con el daño en ellos incluido a quien lo sufrió. Este es el caso del daño moral, cuya carga será para el damnificado, repetimos, por no prever la Convención su reparación.

Corresponde mencionar aquí que nuestra opinión es que la Convención contempla íntegramente las indemnizaciones debidas en el caso de incumplimiento, por lo cual no cabe ampliar esta reparación al daño moral o cualquier otro rubro, porque ello sea contemplado en una legislación interna. Ya que esta legislación interna sólo es aplicable en defecto de solución del tema por parte de la Convención, lo que aquí no ocurre.

Sin embargo previendo que podrá haber decisiones judiciales que establezcan esta reparación del daño moral por considerar que se trata de cuestiones "que no están expresamente resueltas" por la Convención (art. 7º, inc. 2º), sostenemos que, a nuestro entender, esto sería incorrecto, ya que conspira contra el objetivo y principio de la Convención de lograr no sólo una regulación, sino también una aplicación uniforme en los distintos países.

c) Relación de causalidad

A pesar de no mencionarla con ése ni con otro nombre, la Convención prevé la relación de causalidad en el artículo 74 cuando se refiere a "los daños y perjuicios (causados) por el incumplimiento del contrato".

No puede dejar de sostenerse, a pesar de no ser nombrada en el texto normativo, la existencia de esta relación entre el hecho y el daño puesto que, "de otro modo, se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro"⁴¹.

En cuanto al sistema de apreciación de la relación de causalidad entendemos que la Convención guarda silencio al respecto.

No obstante ello no creemos que este vacío deba ser llenado con las normas que surgen del Código Civil, especialmente en cuanto a la presunción de adecuación de las consecuencias inmediatas; sino que, en pro de la aplicación uniforme de la Convención, debería exigirse la prueba del nexo causal del incumplimiento con las consecuencias que solicita que le sean reparadas.

Creemos que la prueba debe estar a cargo del actor pues es éste el interesado en demostrar esa relación y, además, es quien habrá afirmado ese hecho por lo que deberá probarlo.

d) Factor de atribución. La previsibilidad del daño

La Convención no menciona expresamente en ningún momento los factores de atribución utilizados por la doctrina nacional —tales como dolo, culpa, riesgo, garantía, etcétera. Utiliza, en cambio, el factor de atribución PREVISIBILIDAD DEL DAÑO⁴². Este factor es mencionado al tratar en el artículo 74 la extensión del resarcimiento.

⁴¹ Bustamante Alsina, J., *op. cit.*, p. 217.

⁴² "El profesor Barrera Graf considera que la procedencia del resarcimiento conforme a la previsibilidad del daño resulta difícil de entender y no resuelve el problema de la causalidad, o cuando menos, no ofrece una fórmula satisfactoria para cuantificar los daños y perjuicios. El profesor mejicano agrega que la falta de previsibilidad de los daños sufridos por la otra parte es la situación normal en los contratos internacionales, en que cada una de las partes suele desconocer las características del mercado extranjero y los costos y los gastos en que ésta incurriría en el supuesto de incumplimiento" (citado por Garza, A. - Zuppi, A., *op. cit.*, p. 207).

A esto observamos que confunde el tema de causalidad con el factor de atribución, ya que la previsibilidad debe ubicarse en lo segundo, sin que por ello falte la causalidad. La previsibilidad es una fórmula satisfactoria para cuantificar, ya que dentro de los daños causados por el incumplimiento, se responde sólo por los previsibles (hayan sido o no efectivamente previstos).

Al decir que la "indemnización no podrá exceder de la pérdida (que haya sufrido el damnificado) que la parte que haya incurrido en incumplimiento (la incumplidora) hubiera previsto o debiera haber previsto...", se está estableciendo un sistema de reparto de daños⁴³ quedando sólo a cargo de la parte incumplidora, en virtud a su responsabilidad, los daños que previó o debió prever dentro de los rubros indemnizables. Entonces sólo es responsable, o su responsabilidad llega, hasta donde previó o pudo prever el daño que su incumplimiento iba a ocasionar.

Analizando este límite a la responsabilidad del incumplidor, lo que "hubiera previsto o debiera haber previsto", surgen varios interrogantes: A) ¿qué diferencias marca la conjunción alternativa "o"? B) ¿de qué manera se mide la posibilidad de previsión? C) ¿en qué momento hubo de haberlo previsto? D) ¿cuál es el encuadre de este factor de atribución respecto a la clasificación en subjetivo y objetivo del régimen interno?

D) Previsión y previsibilidad

Con respecto a la primera cuestión, la conjunción alternativa "o" divide dos situaciones, una de posibilidad y otra de efectividad: lo que era posible prever, que entonces "debiera haber previsto" y lo que fue efectivamente previsto.

Lo que "debiera haber previsto" debe ser entendido como lo que el incumplidor debió prever y no lo hizo, lo *previsible*. No sabía, aunque debía saberlo, que si actuaba de la manera que actuó, se produciría el evento dañoso que ocurrió. Estamos aquí ante la *imprevisión de lo previsible*, lo que en el régimen del Código Civil es llamado culpa.

Lo que "hubiera previsto" debe entenderse como lo que el incumplidor efectivamente previó como consecuencia de su actuar, lo *previsto*. Tenemos aquí algo que podía ser previsto

También vale la aclaración de que la previsibilidad se refiere al tipo de daño que se vaya a ocasionar propio de cualquier mercado, y no al efectivo momento de los mismos, lo cual nunca, aun con el más asabado conocimiento del mercado, será previsible.

⁴³ López Cinciregui, José María, "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", R.D.C.O., 1978, ps. 941 y sigs.

y fue previsto⁴⁴. Si no era previsible podré haber adivinado, pero nunca podré haber realizado el proceso racional de previsión. Se trata aquí de la *previsión de lo previsible*; y si lo previsible era un hecho dañoso para la contraparte —cual es que no iba a percibir la prestación debida, que se iba a producir el incumplimiento de la obligación— y la actuación fue voluntaria, entonces tenemos aquí lo que en el sistema interno argentino se denomina dolo.

Sin embargo, estas diferenciaciones, que en el régimen del Código Civil originan distinta extensión del resarcimiento, no tienen en la Convención este efecto, ya que ella en ambos casos incluye idénticas consecuencias a reparar⁴⁵.

El piso de cuáles son las consecuencias resarcibles lo establece lo que debió preverse, lo previsible. El techo del resarcimiento está dado por lo que el incumplidor efectivamente previó, lo previsto. Generalmente coincidirán ambos márgenes, ya que usualmente se prevé lo que es previsible en abstracto, aunque podría darse en el caso concreto un incumplidor que escapara a la generalidad y previera más allá de lo habitual.

Con lo hasta aquí dicho vemos que los rubros a indemnizar (daño emergente y lucro cesante) serán integrados: como mínimo, por los daños consecuencia del incumplimiento que fueron previsible y, más allá de esto, como máximo, los daños que fueron efectivamente previstos.

Veamos un ejemplo sobre la previsibilidad: Si V vende a C determinada mercadería de difícil venta, siendo que C informa a V durante las tratativas que la misma es para vender en determinada exposición donde habrá grandes ventas, es previsible para V, y por ende responde por ello, la gran pérdida por falta de la mercadería para vender que sufrirá C si no la recibe en el plazo pactado y el abultado stock inmovilizado que le quedará. Por este lucro cesante y capital inmovilizado, aunque no los haya previsto, responderá V.

⁴⁴ "Lo imprevisible es lo que no puede ser previsto, si fue previsto era que podía serlo, que era previsible y no imprevisible", verdad tautológica que confirma que la previsibilidad es presupuesto de la previsión.

⁴⁵ Adviértase la importancia de esta diferencia con el régimen interno: la Convención confiere idéntica extensión del resarcimiento tanto si el incumplimiento fue doloso como si fue culposo.

Continuando con el ejemplo anterior, respecto de lo previsto, sería el caso en que V también tuviera noticia de la delicada situación económica de C, y hubiera previsto que su incumplimiento llevaría a C a la quiebra.

Vemos entonces aquí que la Convención se refiere al tema que en la legislación nacional se ve bajo los temas de consecuencias inmediatas, mediatas y casuales y de culpa y dolo obligacional (arts. 901 y sigs. y 520 y 521, Cód. Civ.).

2) *Medida de la previsibilidad*

Debe tenerse en cuenta que tanto la previsibilidad como lo efectivamente previsto deben juzgarse "tomando en consideración los hechos que (el incumplidor) tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento" (art. 74 *in fine*).

3) *Momento de la medición*

En este tercer interrogante, respecto del momento en que debe ser previsto o previsible el daño, un sistema en general podrá disponer que sea en uno de dos momentos: a la celebración del contrato o al momento del cumplimiento del mismo.

La Convención se decidió por el primero al decir "hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato", no tomando en consideración las posteriores informaciones que pudiera obtener la parte que decida incumplir, con lo cual estaría permitiendo un incumplimiento malicioso sin sancionarlo.

Veamos esto mediante un ejemplo. V vende a C determinadas mercaderías considerando esto una transacción normal, una más de las tantas que realizaron con anterioridad. Luego V entra en conocimiento de que el futuro de la delicada situación financiera de C depende de la entrega en tiempo de las mercaderías que le compró. Con este conocimiento, y con el deseo de quedarse con la clientela de C, incumple la prestación a su cargo. En este caso, según la Convención, V no sería responsable, dado que al momento de celebración no pudo prever esta situación, aunque sí pudo hacerlo luego.

Creemos que en cualquier tribunal que se resolviera una situación similar, se tomaría en cuenta para decidir en favor de C, el principio básico de la buena fe. Esto a pesar de que la Convención no prevé la aplicación de dicho principio para

juzgar la conducta de las partes (sólo lo prevé para la interpretación de la misma Convención), dado que en la aplicación de dicho principio reposa la búsqueda de la justicia indispensable para asegurar la pacífica convivencia humana.

4) Comparación con el régimen interno

Siguiendo el orden trazado por las preguntas hechas más arriba en el texto, corresponde aquí tratar la naturaleza subjetiva u objetiva del factor de atribución que establece la Convención.

Un factor de atribución puede decirse que es subjetivo según la conducta del sujeto responsable sea relevante en dos situaciones (que en el sistema interno argentino se dan siempre juntas), las cuales son la atribución y la exoneración de responsabilidad.

En el caso de la atribución de responsabilidad, el factor será subjetivo cuando la conducta del responsable sea relevante para atribuir a éste la responsabilidad. En el tema, la Convención dispone que la atribución se hace por una circunstancia propia del sujeto responsable, cual es la previsibilidad que el mismo haya o pueda haber tenido sobre las consecuencias de su acto. Por ende, según este criterio de atribución, nos encontramos ante un factor subjetivo de responsabilidad.

En el caso de que lo que defina a un factor de atribución sea el elemento que permita la exoneración de responsabilidad, determinaríamos que un factor es subjetivo cuando la conducta del responsable sea relevante para exonerarlo de responsabilidad si dicha conducta cumple ciertos requisitos²⁶.

En este tema la Convención prevé, en una norma algo confusa contenida en el artículo 79, incisos 1º y 3º, la exoneración de responsabilidad cuando el incumplimiento sea por un impedimento ajeno a la voluntad de la parte incumplidora cuando no era razonable esperar que evitase o superase dicho impedimento, mientras dure el mismo. ¿Esto qué significa? Nos hallamos ante un factor subjetivo u objetivo? Es decir:

²⁶ Requisitos que en el caso del Código Civil son "aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación (correspondientes) a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar", es decir, observar la debida diligencia en su actuar.

¿es relevante la conducta del incumplidor para evaluar su exoneración de responsabilidad? Si la respuesta es afirmativa, el factor de atribución es subjetivo; si es negativa, el factor es objetivo.

Veamos este tema. Son varios los elementos que concurren a formar la circunstancia exonerante; un impedimento ajeno a la voluntad del incumplidor y que, razonablemente, dicho impedimento no haya sido previsto⁴⁷ y que producido, no sea evitable o superable. O sea que se pide para exonerar: un impedimento que sea externo a la voluntad⁴⁸, que dure al momento del cumplimiento, es decir que sea *actual, sobreviniente al contrato, y razonablemente imprevisible al momento de contratar, inevitable e insuperable*.

Por las características que tiene el impedimento, muchas de las cuales tiene el caso fortuito o fuerza mayor de nuestro Derecho, es necesario compararlos.

Una definición exhaustiva de caso fortuito dice que éste es "un hecho (actual, externo y sobreviniente) que no ha podido preverse, o que previsto no ha podido evitarse" ni superarse (art. 514, Cód. Civ.). O sea que aquí tenemos los elementos *externo, actual, sobreviniente, imprevisible, inevitable e insuperable*.

A primera vista entonces, dada la igualdad de elementos entre el caso fortuito de la legislación argentina y el acontecimiento impeditivo de la Convención, podríamos decir que la Convención prevé para que el incumplidor se libere, sólo la prueba del caso fortuito. Con lo cual el factor de atribución sería objetivo.

Pero ésto no es exacto, ya que la Convención prevé un elemento más, abarcativo de algunos de ellos (imprevisibilidad, inevitabilidad e insuperabilidad) y que morigera su aplicación, el cual es la razonabilidad. Es decir, el caso fortuito es de aplicación absoluta⁴⁹, siendo su elemento clave la inevita-

⁴⁷ "Esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de celebración del contrato", que al ser combinado con el adverbio "razonablemente" indica que lo que se pide es la previsibilidad y no la efectiva previsión.

⁴⁸ No al actuar, lo que establece una norma similar al art. 900 del Código Civil, que dispone la ineficacia de las consecuencias jurídicas obligacionales de los hechos involuntarios.

⁴⁹ Liambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, T. I, Buenos Aires, 1978, p. 236.

bilidad, mientras que el impedimento de la Convención es de aplicación morigerada por la razonabilidad, encontrándose aquí la diferencia entre ambos^{20 y 21}.

Esto lleva al análisis de la razonabilidad de la conducta del incumplidor, en cuanto a si cabía razonablemente esperar que él previera, evitara y superara el hecho impeditivo externo, sobreviniente y actual.

Esta razonabilidad debe ser apreciada en concreto, es decir, referida directa y exclusivamente al incumplidor, y no en sentido abstracto, como sería comparándola con un paradigma o estándar; ya que en una norma similar como es el artículo 25, referido al incumplimiento esencial que autoriza la resolución del contrato, cuando quiere que se aprecie en concreto y en abstracto, lo dice expresamente.

Sin embargo, a pesar de esta apreciación en concreto de la razonabilidad de la conducta del incumplidor, no hay que olvidar en este examen de que se trata generalmente de operaciones entre profesionales, con lo cual no puede dejar de tomarse en cuenta la conducta debida de una manera estricta cuando los contratantes sean profesionales, caso en el que la diligencia debida por ellos es muy rigurosa bastando la menor negligencia para comprometer su responsabilidad²². Es de hacer notar que este criterio de "razonabilidad" es sumamente elástico y depende de la apreciación jurisdiccional en el caso concreto.

En consecuencia llegamos al punto de exonerar de responsabilidad al incumplidor que, actuando razonablemente

²⁰ Otra diferencia se encuentra en el elemento externo, que la Convención refiere a la voluntad del sujeto, mientras que según la doctrina el Código Civil la refiere a su actuar.

²¹ Dicen Alterini y López Cabana que "el concepto de impracticabilidad es entendido como mayor extensión que el de imposibilidad, pues abarca hipótesis en las cuales, no obstante los esfuerzos razonables que le son exigibles, el deudor no ha podido superar dificultades extremas y no razonables, o el cumplimiento le habría ocasionado gastos, daños o pérdidas desproporcionadas" (en *Deberio de Deberio*, p. 177 y 178).

También advierten de la similitud de la "diligencia razonable" con la "no exigibilidad económica", la "alteración de las circunstancias tenidas en mira al contratar", la "desaparición de la base del negocio", o la "cláusula rebus sic stantibus".

²² Alterini, Abilo A. - López Cabana, Roberto M., *Deberio de Deberio*, Buenos Aires, 1982, p. 121.

de acuerdo al tipo concreto de operación de compraventa que se trate²³, no prevé al momento de contratar, ni pudo evitar ni superar cuando se produjo, el impedimento externo a su voluntad.

Esto nos conduce a decir que el incumplidor que actuó con la debida diligencia, y a pesar de ello se vio superado por las circunstancias ya descriptas (hecho impeditivo, externo, etc.), queda exonerado de responsabilidad.

Entonces vemos aquí que, probando la actuación razonable, esto es, según la terminología nacional, la debida diligencia, también llamada falta de culpa, el incumplidor se exonera de responsabilidad.

Visto entonces que es relevante la conducta del incumplidor para obtener la exoneración de responsabilidad, podemos concluir que la Convención establece un factor de atribución de corte subjetivo, el cual, como se dijo, es la previsibilidad del daño por el incumplidor. Así también, dispone que el mismo se exime de responsabilidad cuando —usando los términos del sistema interno argentino— hay caso fortuito y/o falta de culpa.

e) Prueba

Las obligaciones básicas que prevé la Convención son obligaciones de dar, dar las mercaderías conforme al contrato y dar el precio. Ambas son lo que en la doctrina nacional se denominan obligaciones de resultado atenuadas²⁴.

Recordemos que en ellas el actor debe probar los presupuestos de responsabilidad salvo el factor de atribución, que es subjetivo. Este, la culpa, es presumido, aceptando la prueba en contrario que es a cargo del incumplidor mediante la demostración de haber obrado con la debida diligencia; que según el lenguaje de la Convención, es llamada prueba de no ser razonable esperar que evitase o superarse las consecuencias de un hecho ajeno a su voluntad (art. 79).

²³ Las operaciones, y por ende, la diligencia exigible, varían según el tipo de producto negociado, el mercado, el monto de la operación, la situación económica global, etcétera.

²⁴ Conf. Alterini, A. A. - López Cabana, R. M., "El impedimento ajeno a la voluntad como causal liberatoria en la Convención de Viena de 1980", en *Derecho de Daños*, p. 179.

Veamos esto. La Convención, en los artículos 79 y 80, regula el tema de la exoneración de responsabilidad, disponiendo que el incumplidor se exime de la obligación de indemnizar el daño producido de:

A) Un incumplimiento ajeno a la voluntad del deudor⁸², que no podía razonablemente haber previsto ni evitado ni superado (art. 79).

Incluimos aquí lo que la doctrina nacional conoce como *hecho involuntario* y como *causa ajena* (caso fortuito, fuerza mayor y hecho de tercero).

Si responde por el incumplimiento ajeno a su voluntad que sí podía ser razonablemente previsto, evitado o superado. En otros términos, si demuestra: a) que la diligencia requerida era irrazonable en esas circunstancias, y b) que tuvo la diligencia razonable a las variables particularidades del caso. Queda liberado entonces, por lo que la doctrina nacional conoce como *falta de culpa*⁸³.

B) Un incumplimiento causado por acción u omisión de la otra parte, conocido entre nosotros como *hecho de la víctima*.

Utilizando los términos del título "factor de atribución", podemos afirmar que el incumplidor demandado, para liberarse debe probar que aconteció un impedimento externo a su voluntad, que existió al momento del cumplimiento, es decir que fue *actual*, que *sobrevino* al contrato, y que fue *razonablemente imprevisible* al momento de contratar, e *inevitable e insuperable* al momento de cumplimiento.

Contrariamente el acreedor actor, para lograr su indemnización, debe probar, aparte de la existencia del contrato, el incumplimiento objetivo y el perjuicio resultante del mismo, que el impedimento no fue externo o actual o sobreviniente, o que pudo ser razonablemente previsto, evitado o superado. Basta la prueba de uno solo de estos elementos para lograr responsabilizar al deudor.

⁸² O a la voluntad del "tercero al que haya encargado la ejecución total e parcial del contrato" (art. 79, inc. 2°).

⁸³ Conf. Alterini, A. A. - López Cabana, E. M., *op. cit.* en nota 84.

f) Extensión del resarcimiento

Un sistema de reparto de daños, como es todo ordenamiento sobre la responsabilidad civil, puede pararse en los extremos y disponer que cargue con los daños totalmente una de las partes: la que lo ocasionó, o quien por ella sea responsable, o la que lo sufrió. Llamemos a esto criterio de la carga integral.

Otra de las posibilidades es que divida la carga de soportar los daños que el evento produjo entre los participantes, de acuerdo a uno de entre diversos criterios que harán variar lo que cargue cada una de las partes. Llamemos a éstos, criterios de carga dividida.

Vistos los criterios que puede tomar, el sistema puede establecer uno solo de ellos (por ejemplo: el integral), y aplicar ese único criterio de reparto a todos los daños ocasionados por el hecho (se reparan integralmente todos los daños). O puede clasificar los daños aplicando a cada una de las clases: en que los separó, criterios de reparto distintos, de modo que los daños que estén en una clase se repartirán según un criterio y los que estén en otra clase según otro criterio.

Esto último es lo que pasa en la Convención, ya que no prevé una reparación de la totalidad de los daños sino sólo de dos: el daño emergente y el lucro cesante; con lo cual clasificó a éstos en una categoría y a los demás en otra. Veamos:

Ya dijimos que un sistema de responsabilidad se estructura para repartir los daños ocasionados por un hecho dañoso entre los participantes en ese evento⁵⁷. La manera de repartirlos se hará teniendo en cuenta tres puntos: a) ¿Cuáles son los daños que se reparten —rubros a indemnizar—? b) ¿Qué elementos se toman como relevantes para repartir —criterio de reparto— la carga de soportar dichos rubros? o dicho de otro modo: ¿qué presupuestos deben darse para que el sujeto indicado por la norma para soportar el daño, deba soportarlo?, y c) Contestados los dos puntos anteriores, es decir, siendo que entra un daño en la repartición, y determinada la parte que debe cargar con él: ¿hasta dónde debe soportarlo —extensión propiamente dicha—?

Respecto del punto de los rubros a indemnizar, la idea

⁵⁷ López Giacregui, José María, op. cit.

principal es que se indemnice el daño emergente y el lucro cesante.

Al respecto Garro y Zuppi sostienen⁸⁸, en postura compartida por Marzoratti⁸⁹, que el régimen de la Convención se aparta del interno en cuanto: "El resarcimiento contractual contemplado en la Convención, tiende no ya a situar a la parte cumplidora en la posición en la que se hubiera encontrado si no hubiese concluido el contrato, sino en situarla en la posición en que se hubiera encontrado de haberse cumplido la prestación."

"En lugar de limitar el resarcimiento conforme a los principios de causalidad, la Convención opta por el criterio de previsibilidad, incorporando el principio del *common law* establecido en el *leading case* 'Hadley vs. Baxendale', excluyéndose la indemnización de aquellos perjuicios que la parte incumplidora no haya previsto o no pueda haber previsto que sufriría la contraparte"⁹⁰.

No compartimos esta postura, ya que creemos que respecto de la primera, nuestro Código la establece al disponer el resarcimiento del lucro cesante. Lucro que hubiera existido solo de haberse cumplido la prestación, y que es cesante desde que la misma no se cumplió.

Respecto de la segunda, también la dispone el Código Civil al limitar el principio de causalidad con el de previsibilidad, cuestión que se ve en qué son reparables las consecuencias mediatas (previsibles) y no las causales (no previsibles).

En este segundo punto, nuestro ordenamiento interno sí es más restrictivo en cuanto a colocar un nuevo límite a la reparación en caso de incumplimiento que sea culposo, pero esta diferencia no proviene de un criterio de causalidad sino de previsibilidad a partir del propio actuar, despejado de la conjunción con otros hechos.

Referido al criterio de repartición ya se habló extensamente, debido a que el mismo está establecido por los pre-

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 206.

⁸⁹ *Op. cit.*, ps. 67 y 68.

⁹⁰ Conf. Costa Rica, J., "La previsibilidad del daño contractual, la regla 'Hadley vs. Baxendale' ". *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, vol. 1, ps. 34 / 63.

supuestos que deben cumplirse para que deba repararse. Han sido tratados en los títulos 1 a 4 de este capítulo, a los cuales remitimos.

Respecto de la extensión propiamente dicha de la reparación, el tema se presenta muy sencillo. La Convención pone a cargo del incumplidor ciertos rubros sin ningún tipo de límite cuantitativo, por lo cual la simple deducción lleva a sostener que la reparación de cada uno de estos rubros deberá ser integral.

Marzoratti sostiene que hay otra diferencia más entre ambos ordenamientos, cual es la obligación de la parte cumplidora de tomar las medidas razonables para reducir la pérdida al incumplidor. Al respecto cita la opinión de otra doctrina que sostiene que esto no es tan así desde que, por aplicación del artículo 1198 del Código Civil, esta obligación ya existiría en cabeza del cumplidor en el régimen interno.

Creemos que existe otro argumento de mayor peso para fundar esta obligación, o carga, del cumplidor: desde que la pérdida del incumplidor va "a caballo" de lo que tiene que abonar al perjudicado en concepto de indemnización, si este último no toma ciertas medidas dentro de sus posibilidades para evitar que en las circunstancias del incumplimiento otros hechos lo dañen, será él el que ocasione ese daño a sí mismo, y por ende, es él quien lo tiene a su cargo en esa medida.

De todo lo dicho se desprende que la reparación se sitúa entre la prevista por el Código Civil para el incumplimiento doloso y culposo, ya que no resarcir el daño moral, aunque sí las consecuencias mediatas.

g) Prescripción liberatoria

La Convención de las Naciones Unidas sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974), enmendada en Viena en 1980, establece el plazo de prescripción en cuatro años, o en su defecto el que corresponda por la ley aplicable según las normas de Derecho Internacional Privado el tribunal competente.

La Convención de 1974 está aprobada por la Argentina por ley 22.488, y el Protocolo por el cual se enmendó en 1980 está aprobado por ley 22.765, vigentes ambas desde el 1º de agosto de 1988.

III. CONCLUSIONES

El sistema de responsabilidad civil dispuesto por la Convención:

1. Parece ser muy distinto al régimen interno actual. Esto no es así. Las mayores diferencias están en el vocabulario empleado.
2. Dispone de un factor de atribución de naturaleza subjetiva. El mismo es la "previsibilidad del daño", coincidiendo, en líneas generales, con el criterio que informa el régimen nacional.
3. No distingue entre dolo y culpa, pues para ambos dispone idéntica extensión del daño reparable.
4. Establece que la extensión de la reparación comprende al daño que sea producto de las consecuencias inmediatas y mediatas del incumplimiento.
5. Dispone que el daño a reparar comprende el daño emergente y el lucro cesante. No es indemnizable el daño moral.
6. Dispone que el incumplidor, para exonerarse de responder, debe probar como mínimo haber sido razonablemente diligente ante las particularidades del caso.
7. El criterio de "razonabilidad" es sumamente elástico y depende de la apreciación jurisdiccional en el caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALTERINI, Atilio A., "La presunción legal de culpa como regla de *facere victimas*", en *Responsabilidad por Daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alaiso*, Vol. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Daños*, Buenos Aires, 1992. En especial "El impedimento ajeno a la voluntad como causal liberatoria en la Convención de Viena de 1980".
- "Presunciones de causalidad y de responsabilidad", en *Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988.
- ALTERINI, Atilio A. - ANSAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de Obligaciones*, T. I y II, Buenos Aires, 1975/1986.
- BALESTRA, R., "La ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercancías", L.L., 1975-E-304.
- BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

- BOGGIANO, A., "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en el ámbito del Derecho Interjurisdiccional Privado Argentino", *R.D.C.O.*, 1981-359.
- BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.
- CARIOTTA FERRARA, Luigi, *El Negocio Jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956.
- CIPUENTES, Santos, comentario a los artículos 909 a 909, en Belluscio (dir.)-Zannoni (coord.), *Código Civil Comentado*, T. 4.
- CUETO RÓA, J., "La previsibilidad del dolo contractual (la regla 'Hadley vs. Baxendale')", en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, Vol. 1.
- GARRÓTTI, *Teoría General del Acto Jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1991.
- GARRO, A. M. - ZUPPI, A. L., *Compraventa Internacional de Mercaderías*, La Roca, Buenos Aires, 1990.
- GOLDENBERG, I. H., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984.
- KALLER DE ORCHANSKY, B., *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1991.
- LE PERA, S., "Cierón y el accionista controlante", en *Lecturas y Ensayos*, n° 54, Buenos Aires, 1990.
- LÓPEZ CABANA, R. M., con ALTERINI, A. A., *Derecho de Daños*, Buenos Aires, 1992. En especial "El impedimento ajeno a la voluntad como causal liberatoria en la Convención de Viena de 1980", ps. 173 y sigs.
- LÓPEZ OLACIREGUIL, J. M., "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", *R.D.C.O.*, 1978.
- LLAMBIAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, Buenos Aires, 1978/82.
— *Código Civil Comentado*, Tomo II-B.
- MARCONATI, O. J., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- MOSETT ITURRASPE, J., *Estudios sobre Responsabilidad Civil*, T. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982.
— *Medios para Forzar el Cumplimiento*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993.
- PETRYANO, J. W., "Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", *E.D.*, 23-VIII-93.
- RUSO, E. A. - GURINKEL DE WENBY, L., *Juritos Tributarios*, Cap. IV, Buenos Aires, 1991.
- SALVAT, R. M., *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones*, T. I a IV, 2ª ed. actualizada por A. Acuña Antorena, T.E.A., Buenos Aires, 1992.
- SALAS, A.E., *Código Civil Anotado*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1971.

MISCELANEA

EL ORIGEN DE LA PALABRA "BANCARROTA"

FERMÍN PEDRO UBERTONE

A la memoria de Enrique Silberstein

I. Al estudiar la historia del Derecho comercial habíamos leído que los comerciantes, cuando se encontraban en insolvencia, acostumbraban *poner un banco roto* en la puerta de su negocio, para hacer saber a los demás la situación. Nos parecía que eso no tenía ni pies ni cabeza, pero todos contaban la anécdota y nadie explicaba por qué.

Enrique Silberstein, en su libro *Los Asaltantes de Caminos* (Carlos Pérez Editor, Ba. As., 1969), se ocupa de las ferias y mercados en la Edad Media, y nos ofrece un interesante cuadro de la vida cotidiana —y sobre todo del espíritu— de la época. Nos resultó muy útil para el tema de esta nota.

II. En las ferias de la Edad Media se juntaba gente de todo el mundo, cada cual con la moneda de su país, por lo que se hizo necesario que alguien cambiara unas monedas por otras. La persona dedicada a esa tarea recibió el nombre de *canbiista*, y con el tiempo se convirtió en un verdadero banquero. Sus elementos de trabajo eran una balanza de precisión, los libros en los que anotaba sus operaciones y —sobre todo— las monedas que poseía.

Llevaba en sus viajes esos elementos en un gran cajón, llamado en italiano *banco* (o *banca*) que cerrado era una caja, y dado su valioso contenido, una *caja fuerte*. Cuando se abría formaba un mostrador detrás del cual se ubicaba el cambista para atender a sus clientes; es decir, se convertía en un quiosco.

De este tipo de bancos dice Silberstein (*op. cit.*, p. 84): "Debe haber sido más o menos semejante a esas estructuras metálicas que usan actualmente los vendedores de diarios en las esquinas de Buenos Aires, que cuando están cerradas son una caja y cuando se abren tienen lugar hasta para dormir".

Este habría sido el banco que el cambista —y luego los demás comerciantes, que de él habrían tomado ejemplo— rompía para informar de su insolvencia; lo cual ya va tomando color (dicho más técnicamente: esto se va volviendo más verosímil), porque significaría la destrucción de las instalaciones que poseía para trabajar, y sin las cuales no podía ser cambista.

Sin embargo, todavía no nos convence. Vamos a proponer a los lectores otra explicación, imitando un poquito el estilo del autor citado. Con el debido respeto.

III. Como el banco de los cambistas —habiendo sido hecho especialmente para guardar monedas— era el más seguro, los demás comerciantes le solían dejar en depósito sus monedas durante la noche, mientras se iban de pachanga. Y alguna que otra vez el cambista —que no era de madera— también se iba de juerga.

Puede que alguna vez, al volver de la parranda, el cambista se haya encontrado con que alguien (posiblemente el guardián que había dejado, si es que había tomado esa sabia precaución) le había hecho un precioso boquete al banco y se había rajado con todo el vil metal que allí reposaba, y que era precisamente lo que hacía del banco del cambista el más tentador para los amigos de lo ajeno.

Nuestro buen cambista puede haberse quedado hasta el día siguiente para explicar a sus clientes lo sucedido y que no podía pagar por el robo, que no era culpa suya, que como prueba tenían ante sus ojos el *banco roto*; pero mucho más

probable es que el amigo cambista haya tomado las de Villadiego, porque en aquel tiempo (¡y sobre todo cuando se trataba de la guita!) no era cosa de confiar en la oratoria.

Podía ser también que el cambista hubiera perdido hasta las pilchas en la timba, o que se hubiera gastado todo dándose las de *play boy* con lo que los confiados mercaderes le habían dejado en custodia; puede ser también que el cambista hubiera decidido cambiar de aires, y se hubiera mandado a mudar con las alforjas llenas. Pero el caso es igual: el cambista se ha ido durante la noche.

A la mañana siguiente, los primeros mercaderes que van a buscar su contante-y-sonante se extrañan de que el cambista no aparezca por ningún lado, y deciden entonces retirar sus fondos por sí mismos, es decir con un hacha, con la que hacen trizas el banco y los huesos del cambista si lo llegan a tener a mano: ¡porque se ponían hechas unas bestias los mercaderes cuando descubrían que los habían currado!

Instantes después tenemos ya el banco *roto como seña!* de insolencia, y la noticia corre como por un reguero de pólvora.

NOVEDADES ABELEDO-PERROT

- ACHAVAL, A., *Alcoholización, Imputabilidad, Estudio médico-legal, Estudio psiquiátrico-forense.*
- ANUARIO DE DERECHO 1994/1 - Universidad Austral.
- ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 13.
- ALTERINI, A. A. - *Desindexación de las Deudas.*
- ALTERINI, A. A. - AMEAL, O. - LOPEZ CABANA, R., *Derecho de Obligaciones - Civiles y Comerciales -.*
- ALTERINI, A. A. - LOPEZ CABANA, R. - Directores -, *La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg.*
- ARAUZ CASTEX, M. - CADENAS MADARIAGA, M. - ARAUZ CASTEX, A., *La Indexación Acotada.*
- BACHILLER NUÑEZ, J. - BACHILLER, S. - PEREZ ETCHEGOYEN, J., *Seguro de Caucción. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia.*
- BARRA, R. C., *El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional.*
- BELTRAMINO, J. C., *Cómo Negociar Internacionalmente.*
- BIDEGAIN, C. M., *Curso de Derecho Constitucional, T. I.*
- BIDEGAIN, C. M., *Curso de Derecho Constitucional, T. II.*
- BONEO VILLEGAS, E. J. - BARREIRA DELFINO, E. A., *Contratos Bancarios Modernos, reimpresión.*
- BONFANTI, M. A. - GARRONE, J. A., *De los Títulos de Crédito, segunda edición ampliada y actualizada, reimpresión.*
- BUSTAMANTE ALSINA, J., *Derecho Ambiental.*
- BUSTAMANTE ALSINA, J., *Responsabilidad Civil y Otros Estudios, T. III.*
- CASAUBON, J. A., *Historia de la Filosofía.*
- CHERVIN DE KATZ, M., *¿Qué es el Franchising?*
- CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA - 1995-. Texto ordenado de 1853/60, con las reformas de 1866, 1898, 1957, 1994. Texto ordenado por la Reforma de 1994, en bastardilla. Tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional. Subtítulos marginales que facilitan la ubicación de los temas. Índices: sistemático, alfabético y de correlaciones entre la numeración anterior a la Reforma de 1994 y la establecida por ésta. Notas en los artículos nuevos y reformados sobre el trámite interno de las comisiones. Introducción de Miguel M. Padilla.

NOVEDADES ABELEDO-PERROT

CONSTITUCION DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

- 1995 -

CUADERNOS DE FAMILIA, volumen 8, Nros. 1-2-3.

DERECHO DE FAMILIA Nº 8, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*.

FALCON, E., *Gráfica Procesal* - T. V.

FALCON, E., *Gráfica Procesal Penal* - T. II.

FALCON, E. - ROJAS, J., *Cómo se hace un Alegato*.

FARRELL, M., *Métodos de la Ética*.

FELDSTEIN DE CARDENAS, S. L., *Contratos Internacionales*.

FERRER, F. A. M., *Cómo se Interpretan los Testamentos*.

FONTAN BALESTRA, C., *Derecho Penal - Parte Especial -*. Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma.

GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas*, segunda edición ampliada.

GASTALDI, J. M., *Contratos*, volumen I.

GASTALDI, J. M., *Contratos*, volumen II.

GASTALDI, J. M. - CENTANARO, E., *Excepción de Incumplimiento Contractual*.

GIANFELICI, M. C., *Caso Fortuito y Caso de Fuerza Mayor*. En el sistema de responsabilidad civil.

GRÜN, E., *Una Visión Sistémica y Cibernética del Derecho*.

HERRENDORF, D., *El Poder de los Jueces*.

IRONS, P., *El Coraje de sus Convicciones*.

JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES Y SUPERIORES TRIBUNALES DE PROVINCIA - Derecho Penal -.

JURISMATICA 4, *Revista jurídica de informática*.

JURISMATICA 5/6, *Revista jurídica de informática*.

LACLAU, M., *La Historicidad del Derecho*.

LEGARRE, S., *El Requisito de la Trascendencia en el Recurso Extraordinario*.

LEGON, F. A., *Letra de Cambio y Pagaré*.

LEONARDI DE HERBON, H. - FELDSTEIN DE CARDENAS, S. L., *Arbitraje Interno e Internacional*.

MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del Derecho*.

MASSINI CORREAS, C. I., *Los Derechos Humanos en el Pensamiento Actual*, segunda edición.

MORELLO, A. M., *El Proceso Justo*.

MORELLO, A. M., *Actualidad del Recurso Extraordinario*.

NOVEDADES ABELEDO-PERROT

- NOCETI, M. V., *Diccionario Bilingüe de Terminología Jurídica - Italiano-Español/Español-Italiano.*
- NUTA, A. R. - ABELLA, A. - NAVAS, R. F., *Obligaciones Dinámicas.*
- OTAMENDI, J., *Derecho de Marcar*, segunda edición ampliada y actualizada.
- PALACIO, L. E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, undécima edición.
- PRADO, J. J., *Manual de Introducción al Conocimiento del Derecho*, tercera edición ampliada y actualizada.
- RAY, J. D., *Derecho de la Navegación - Comercio Exterior* -, T. II.
- REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES 1992 - I - II.
- RODRIGUEZ CHIRILLO, E., *Privatización de la Empresa Pública y Post Privatización.*
- ROSENKRANZ, O. - CAIVANO, R. J. - MAYER, G. F., *Ética Profesional de los Abogados*. Con la jurisprudencia actualizada del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.-Prólogo del doctor Lino E. Palacio.
- RUSSO, E. A., *Teoría General del Derecho*. En la modernidad y en la posmodernidad.
- SAJON, R., *Nuevo Derecho de Menores*. Con la colaboración de María Angélica Bernard.
- SAMBRIZZI, E., *Impedimentos Matrimoniales.*
- SCHULTHESS, W. E. - DEMARCO, G. D., *Reforma Previsional en Argentina.*
- SEGAL, R., *Warrants y Certificados de Depósito.*
- SERVENTE, A. G., *La Hipoteca Revertida.*
- SPROVIERO, J. H., *Mala Praxis - Protección Jurídica del Médico.*
- STIGLITZ, R., *Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro.*
- TORRES LACROZE, F., *Ensayos humanistas*, segunda edición.
- VERNENGO, R., *La Interpretación Literal de la Ley*, segunda edición ampliada.
- VERRUNO, L. - HASS, E. J. - RAIMONDI, E. H. - LEGASPE, E., *Manual para la Investigación de la Filiación*, segunda edición actualizada.
- WASSNER, R. - *La Reforma del Sistema Previsional.*
- WILDE, Z. D. - GAIBROIS, L. M., *Qué es la Mediación.*

NOVEDADES ABELEDO-PERROT

REFORMAS AL CODIGO CIVIL

Colección dirigida por Atilio Aníbal Alterini
y Roberto M. López Cahana

- TRIGO REPRESAS, F. A., *Obligaciones en General*, Nº 2.
LORENZETTI, R. L., *Responsabilidad Profesional*, Nº 4.
STIGLITZ, R. S. - STIGLITZ, G. A., *Contratos - Parte General*,
Nº 5.
LOPEZ DE ZAVALIA, F. J., *Compraventa - Leasing - Permuta -
Suministro*, Nº 6.
ZAGO, J. A., *Contratos - Parte Especial*, Nº 7.
LEIVA FERNANDEZ, L. F. P., *Contratos de Locación*, Nº 8.
RICHARD, E. H., *Negocios de Participación, Asociaciones y
Sociedades*, Nº 9.
MARTORELL, E. E. - KABAS DE MARTORELL, M. E., *Cuenta
Corriente Bancaria - Cuenta Corriente Mercantil*, Nº 11.
FLAH, L. R. - SMAYEVSKY, M., *Derechos Reales*, Nº 14.
MENDEZ COSTA, M. J., *Derecho de Familia*, Nº 16.
FELDSTEIN DE CARDENAS, S. L., *Derecho Internacional
Privado*, Nº 18.

EL SISTEMA JURIDICO EN EL MERCOSUR

Colección dirigida por Atilio Aníbal Alterini

- ALTERINI, A. A. - BOLDORINI, M. C., *Estructura General -
Instrumentos Fundacionales y Complementarios*, volumen 1.
STIGLITZ, R. S., *El Contrato de Seguro*, volumen 2.
FLAH, L. R. - SMAYEVSKY, M., *Seguridad en las Inversiones y
los Derechos reales de garantía*, volumen 3.



ABELEDOPERROT

Se terminó de imprimir el día 30 de julio
de 1995, en ARTES GRÁFICAS CASINI S.R.L.,
sito en la calle Nicaragua 4482, Buenos Aires,
República Argentina

2

