

LECCIONES Y ENSAYOS

LECCIONES

- BOVINO, ALBERTO:** *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos.*
- GUTIÉRREZ POSE, HORTENSIA D. T.:** *La independencia del Poder Judicial y el ámbito jurídico internacional.*
- MADE, JULIO B. J.:** *Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica (los proyectos para la reforma del sistema penal).*
- VERONICO, ROBERTO J.:** *Las dimensiones del Derecho y las teorías jurídicas.*
- ZAMUDIO, TEODORA:** *Protección jurídica de las creaciones fitogenéticas.*

ENSAYOS

- FERRANTE, MARCELO:** *Límites del Derecho Penal: Culpabilidad y prevención en la medición de la pena.*
- PARRILLA, LEONARDO MARTÍN:** *La regla de reconocimiento en la Ley de Convertibilidad.*
- SOLANILLA, ERNESTO MÁXIMO:** *Problemática del boleto de compraventa.*
- OTRAS SECCIONES:** *Crónicas y comentarios jurisprudenciales. Universitarias. - Bibliográficas.*

Homenaje al profesor Carlos Santiago Nino



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



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. Carlos E. Colautti

Consejo asesor

Prof. Héctor Alegría

Prof. Julio C. Cuello Rúa

Prof. Marcelo U. Salerno

Prof. Marcelo A. Sanguinetti

Prof. Horacio Sanguinetti

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

*Consejo Directivo (1993)**

Director: Javier F. Núñez

Subdirector: Marcelo Slomimsky

Secretario de redacción: Diego Parise

Redactores: Paula Bergallo

Ivana Bloch

Carolina Fernández Blanco

Marcelo Ferrante

Máximo Langer

Sebastián Picasso

Carlos Ignacio Suárez Anzorona

Rosendo Traveso

Daniel Varacalli

Colaboradores: Nicolás Di Biase

Leandro M. Passarella

* Circunstancias ajenas a quienes integramos e integramos el Consejo Directivo de Lecciones y Ensayos afectaron la regularidad en la aparición de la revista durante 1993. Con posterioridad al grupo de trabajo que compuso este número, funcionó otro, cuya labor de recopilación se materializará en próximas entregas de la Revista. Cumplió funciones de director Diego Parise; de subdirector, Rosendo Traveso; de secretario de redacción, Paula Bergallo; los secretarios adjuntos de redacción eran Ivana Bloch y Carlos Ignacio Suárez Anzorona y los redactores Maximiliano Baista, Máximo Langer, Carolina Parisezin, Marcelo Ferrante, Carolina Fernández Blanco, Sebastián Picasso y Daniel Varacalli. Colaboraron María José Adrogue, Lucía Barreira, Alejandra Bonquet Rolón, Nicolás Di Biase y Leandro M. Passarella.

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

LECCIONES Y ENSAYOS

1994 - 59



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: Diríjase 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

Cada uno de nosotros —como alumnos de esta facultad— hemos sentido en muchas ocasiones que los profesores titulares de Cátedra, son seres fabulosos, míticos, prestigiosos científicos impresos en el papel de nuestros libros y fundidos en el bronce del reconocimiento de un microcosmos académico que, a la manera de la Castalia de Hesse, es impenetrable para los mortales. Mortales, por otro lado, en cuya hueta entendemos hallarnos...

A su vez, muchos titulares suponen que los alumnos son seres apáticos y desinteresados de los avatares científicos, cuando no consideran a algunos de ellos como individuos desafiante y autosuficientes que no buscan tutela y orientación.

Nuestra experiencia nos revela que no son demasiados los estudiantes —fundamentalmente en el Ciclo Profesional Común— que tienen la posibilidad directa de escuchar e incluso conocer las clases o exposiciones de dichos titulares.

Así, y por la incidencia de prejuicios, temores y de una brecha generacional palpable, la relación entre el catedrático y el alumno se debilita injustificadamente, alejándose progresivamente del contacto directo de maestro y discípulo presente en la Academia griega y el ámbito de discusión y enseñanza mutua de la época embrionaria de la universidad. Qué decir, por cierto, cuando incluso la relación profesor adjunto-alumno no pasa de la mera exposición oral activa del uno, y la reproducción escrita pasiva del otro.

Desde ya, la ausencia de tal relación no se debe únicamente a la falta de interés del alumno o a la indiferencia de los Catedráticos. El tiempo y los medios inciden y dividen. Por ello se necesita un nexo, que cuando menos los una en la distancia.

Y el nexo, ignorado en su existencia o en sus posibilidades por docentes y estudiantes, se encuentra en estas páginas, a través de las LECCIONES y por intermedio de los ENSAYOS.

Tredce aquí "peñinos, "edificios, "altos, "profesores y alumnos, que fortalezcan con su participación activa este nexo, porque dicha participación profundizará el vínculo. Y porque nuestra Revista tiene su razón de ser en esa participación y en ese vínculo.

Lo contrario, es suponer que el nexo es sólo el golpe de la espada en el agua...

Buenos Aires, septiembre de 1993

EDITORIAL

Lecciones y Ensayos es parte de nuestra Facultad.

Porque desde que la creara Ignacio Winizky en 1956, ha servido para comunicar a los profesores con los alumnos.

Porque desde entonces, ha sido un espacio de participación, y sus protagonistas han sido los estudiantes.

Porque ha servido para crear inquietudes y canalizarlas.

Porque a nuestros maestros les recuerda su juventud y a nosotros, nos compromete con el presente.

Porque en sus páginas, se plantearon los dilemas y las preocupaciones de quienes pasaron por esta casa.

Y también, porque su suerte no ha sido ajena a las vicisitudes políticas y a los cambios que han afectado a nuestra Facultad.

Por ello, la *Revista* dejó de salir en los años difíciles de principios de los setenta.

Por ello, durante la última dictadura militar, salió como una "segunda época"; obviamente, sin participación alguna de los estudiantes.

Por ello, durante los últimos años se perdió regularidad, debido a la desatención de las autoridades y a la intervención "de facto" del Consejo Directivo de la *Revista*.

Por ello, con este número se inaugura una nueva etapa, con la esperanza de que no se repitan los errores del pasado.

Porque creemos que es importante que *Lecciones y Ensayos* recupere su lugar. Porque *Lecciones y Ensayos* es parte de nuestra Facultad.

Buenos Aires, 1994

INDICE

Editorial 1993.....	7
Editorial 1994.....	9

HOMENAJE AL PROFESOR CARLOS SANTIAGO NINO

Carlos Santiago Nino, Homenaje de Lecciones y Ensayos ..	15
--	----

LECCIONES

Bovina, Alberto, La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos	19
Gutiérrez Posse, Hortensia D. T., La independencia del Poder Judicial y el ámbito jurídico internacional	33
Maier, Julio B. J., Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica (Los proyectos para la reforma del sistema penal)	45
Vernengo, Roberto J., Las dimensiones del Derecho y las teorías jurídicas.....	93
Zamudio, Teodora, Protección jurídica de las creaciones fitogenéticas	107

ENSAYOS

Ferrante, Marcelo, Límites del Derecho penal: culpabilidad y prevención en la medición de la pena	141
---	-----

Passarella, Leandro Martín, La regla de reconocimiento en la Ley de Convertibilidad	163
Solanilla, Ernesto Máximo, Problemática del boleto de compraventa	195

NOTAS DE ACTUALIDAD

Núñez, Javier F., Breves apuntes sobre la resolución 001/93 de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano	221
Réplica de Néstor Osvaldo Losa a Pedro Tula del Moral, Inconstitucionalidad de la elección directa del intendente	237

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Sardagna, Paula Costanza - Varracalli, Daniel Carlos, Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Apoderados y electores de la Alianza Frente de la Esperanza sobre acción constitutiva de tipo cautelar", del 13 de mayo de 1993 (A 721) xxv	243
--	-----

UNIVERSITARIAS

Di Biase, Nicolás, La investigación en la Universidad de Buenos Aires; su organización. La Facultad de Derecho y el Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"	257
--	-----

NOTA BIBLIOGRAFICA

Tanzi, Héctor José, Hacia el fin de la historia	279
---	-----

CUENTO

Prieto, Ramiro, Final para un cuento	287
--	-----

**HOMENAJE AL PROFESOR
CARLOS SANTIAGO NINO**

CARLOS SANTIAGO NINO

HOMENAJE DE LECCIONES Y ENSAYOS

El reciente fallecimiento de Carlos Santiago Nino abre entre nosotros una brecha imposible de cubrir. Hombre joven, dedicó su vida al pensamiento puro, pero nunca aislado del contexto en que le tocó vivir. Con él desaparece el que —en opinión de quienes lo conocimos— era uno de los más grandes filósofos de la actualidad. Sus dotes intelectuales eran prodigiosas, pero ello no le impedía escuchar casi con veneración las más diversas opiniones de los estudiantes y gozar con el debate. Su inteligencia tampoco fue obstáculo para su humildad ni para su vocación de ayuda —siempre desinteresada e imparcial— para con cualquiera que necesitara de su apoyo para una investigación o una beca.

Nos deja una obra inmensa, que trasciende sus más de doce libros y numerosos artículos. Sin embargo, como en el caso de todos los grandes hombres, nos preguntamos sobre cuáles habrían sido sus futuros aportes, y nos resta la conjetura de cómo sus ojos habrían visto ciertos problemas y cómo habrían intentado darles una respuesta.

Sus actividades lo habían llevado a todas partes del mundo. Será especialmente recordado en la Universidad de Yale, donde pasaba gran parte del año; en Oxford, donde se doctoró en el tiempo record de un año bajo la guía de Hart, y en su Centro de Estudios Institucionales, del que fue —desde su creación— su sustentos más sólido. Fue asimismo, merced a la labor en su cátedra de la Universidad de Buenos Aires y en el Consejo para la Consolidación de la Democracia, el más profundo defensor de los derechos humanos, sobre los cuales fundó una *Ética* que llevó a la práctica durante toda su vida, y cuya fundamentación —acauso el aporte más valioso de esta

última mitad del siglo a la filosofía práctica- se halla en su libro *Ética y Derechos Humanos*.

Le dolían los problemas de su país, en especial la injusticia y la desigualdad social, y esa preocupación permanente se hizo carne en su discurso humanista y eminentemente racional.

La muerte lo sorprendió en Bolivia a los 49 años, a donde había viajado para dar su consejo sobre la Reforma Constitucional de ese país.

Nino deja también un vasto grupo de seguidores que aprendieron de él cómo pensar el Derecho de una manera no convencional, cómo evitar caer en la trampa del lenguaje y cómo fundar racionalmente las ideas, evitando el dogmatismo y la arbitrariedad intelectual. Su fallecimiento ha dignificado cada palabra de su obra, que ha de ser leída y discutida como una herencia permanente de nuestra cultura.

Los que habíamos llegado a conocer a Nino como ser humano seguiremos viendo, más allá de cualquier razonamiento empírico, su figura pequeña por los pasillos y aulas de nuestra Facultad, irradiando calidez, fuerza y profunda agudeza para una generación que necesita urgentemente un modelo y un ideal para su existencia.

LECCIONES

LA VICTIMA COMO SUJETO PUBLICO Y EL ESTADO COMO SUJETO SIN DERECHOS

ALBERTO BOVINO*

"Con la Inquisición pasa como con todas las instituciones: ha sobrevivido a su codificación. Codificada, adquirió semblanza de vida autónoma; desmantelada, sobrevive merced a la vida que la animaba antes de que tuviera un nombre y se manifestara mediante un procedimiento. Efectivamente, sobrevive —en presencia del indicativo— pese aunque la institución parezca muerta, la actitud ideológica —espiritual, ritual, escatológica; se amplía la elección de adjetivos aceptables—, de la que era un agente privilegiado, conserva buena salud" (Luis Salas-Molina, Introducción a *El manual de los inquisidores*).

I. EL SIGNIFICADO DE LA INQUISICIÓN

Inquisición no es una buena palabra. Su carga emotiva es muy fuerte y remite a uno de los episodios más terribles de la historia de las prácticas punitivas. No es necesario que entremos en detalle aquí sobre las actividades de la Inquisición histórica, pero sí se torna necesario analizar la influen-

* Ponencia presentada al V CONGRESO LATINOAMERICANO UNIVERSITARIO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA realizado en Santiago, Chile, del 12 al 15 de mayo de 1988.

cia que los sistemas de justicia penal de la actualidad heredaron de la vieja Inquisición.

En nuestro país y, más específicamente, en la cultura jurídica dominante de la ciudad de Buenos Aires, suele relacionarse la inquisición exclusivamente con la figura de un monje torturador. Pero la inquisición, como veremos, es mucho más que eso.

Este particular modelo de procedimiento es el que reemplaza al sistema acusatorio que existió en la antigua Grecia, en la República romana y hasta el siglo XII entre los pueblos germánicos. Sus principales notas distintivas, la averiguación de la verdad y la persecución pública de los delitos, se conservan hasta nuestros días. A pesar de que como fruto de la Revolución Francesa se impone el sistema llamado mixto, las bases materiales de la inquisición siguen vigentes. Y aunque la tortura no esté formalmente admitida en los textos legales, la ideología inquisitiva continúa entre nosotros e informa nuestros ordenamientos procesales.

La inquisición es mucho más que un modelo de procedimiento, es un método de indagación, una forma de construcción de la verdad, una teoría del conocimiento¹ que produce ciertas y determinadas consecuencias, provocadas por un conjunto de valores que sostiene determinada forma política. Entre estas consecuencias podemos destacar el rol que ha de cumplir el juzgador en la indagación, y el lugar en el que quedan colocados el imputado y la víctima.

El modelo inquisitivo se afianza ante los requerimientos de centralización del poder político de las monarquías absolutas que terminan conformando los Estados nacionales. Surge, entonces, como ejercicio de poder punitivo adecuado a la forma política que lo engendra. Del mismo modo y con anterioridad, surge en el seno de la Iglesia para servir a sus vocaciones de universalidad. "El camino por la totalidad política que inicia el absolutismo, en lo que a la justicia penal se refiere, se edifica a partir de la redefinición de conceptos o instituciones acuñados por la Inquisición"². Y la idea de peca-

¹ Cf. Ferrajoli, L., "El caso '7 de aprile'. Lineamenti di un processo inquisitorio", en *Dei delitti e delle pene*, De Donato, Bari, 1983, año I, n.º 1, p. 189.

² Cf. Fernández Blanco, C. y Jorge G., "Los últimos días de la víctima", en *No Soy Derecho*, Buenos Aires, 1993, n.º 9, p. 14.

de es central en este diseño: el pecado, un mal en sentido absoluto, debe ser perseguido en todos los casos y por cualquier método. Esta noción de pecado influye en las prácticas que el nuevo procedimiento contendrá. El fundamento de la persecución penal ya no es un daño provocado a un individuo ofendido; la noción de daño desaparece y, en su lugar, aparece la noción de *infracción* como lesión frente a Dios o a la persona del rey. Y este fundamento, que sirve para que el soberano se apropie del poder de castigar y que surge en un contexto histórico en el que el poder político se encuentra centralizado, este fundamento autoritario que implica la relación soberano absoluto-súbdito, y que refleja la necesidad de ejercer un control social férreo sobre los súbditos, no logra ser quebrado con las reformas del siglo XIX y llega hasta nuestros días.

Con el sistema inquisitivo aparece la figura del procurador y un nuevo fin del procedimiento: la verdad. "El reclamo que efectuará el procurador en representación del Rey necesita la reconstrucción de los hechos, que le son ajenos, y que intenta caratular como infracción. La búsqueda de la verdad histórica o material se constituye así en el objeto del proceso. La indagación será el modo de llegar a esta particular forma de verdad, que nunca pasará de ser una ficción parcializada de lo ocurrido".

En el nuevo método de atribución de responsabilidad penal, el imputado se convierte en un simple objeto de persecución para llegar a la verdad. Pierde la cualidad de sujeto que tenía en el procedimiento acusatorio. Esta redefinición de sujeto a objeto se ve justificada por la necesidad de llegar a la determinación de la verdad. Y el procedimiento que se adopta ha de llevar, necesariamente, a descubrir esa verdad ya formulada a medias cuando se inicia el procedimiento penal. La indagación inquisitiva es, como afirma Ferrajoli, un método circular y tautológico que conduce a la infalsabilidad de la acusación. La hipótesis inicial que da lugar al proceso determina el enfoque del inquisidor y guía la investigación de la verdad judicial, que sólo avanza en una dirección y deja de lado cualquier elemento que contradiga la hipótesis de culpabilidad.

² *Ibidem*.

Pero el imputado no es el único sujeto redefinido por las nuevas prácticas punitivas. La víctima, en el nuevo esquema, queda fuera de la escena. El Estado ocupa su lugar y ella pierde su calidad de sujeto de derechos. Al desaparecer la noción de daño y, con ella, la de ofendido, la víctima pierde todas sus facultades de intervención en el procedimiento penal. La necesidad de control del nuevo Estado sólo requerirá su presencia a los efectos de utilizarla como testigo, esto es, para que legitime, con su presencia, el castigo estatal. Fuera de esta tarea de colaboración en la persecución penal, ninguna otra le corresponde.

Con el movimiento reformador del siglo XIX, surge el procedimiento mixto que, en lo fundamental, conserva los pilares sobre los que se generó el método inquisitivo. Y la ideología autoritaria sigue presente en nuestros códigos. Aun cuando se establecieron ciertos límites a los métodos de averiguación de la verdad, aun cuando el procedimiento termine con un juicio oral y público, aun cuando se hayan separado las funciones requerientes y decisorias, la inquisición sigue entre nosotros. Ese modelo, adoptado en un marco histórico de concentración absoluta del poder político y de desprecio por los individuos, persiste en el Derecho penal vigente.

Los porcentajes de presos sin condena; la existencia de jueces instructores; la violación sistemática de los derechos del imputado en aras de la investigación de la verdad; las facultades instructorias del tribunal de juicio; la consideración de la declaración del imputado como método para obtener su confesión y no como medio de defensa; la organi-

⁴ Sin necesidad de entrar en el análisis del texto de un código procesal determinado, el simple hecho de que la declaración del imputado se denomine "declaración indagatoria" revela la ideología que lo sustenta. Y si nos tomamos el trabajo de realizar un análisis más detallado, encontraremos que, si bien de un modo más sutil, la indagatoria sigue, como en los tiempos de la inquisición, intentando arrancar la confesión del imputado. En un manual de los inquisidores puede leerse: "Durante el interrogatorio conviene que el acusado se sienta en una silla más baja, más sencilla que el sillón del inquisidor. El interrogatorio se hará de forma que se este sugiriendo al acusado qué es lo que se pretende, indicándole con ello el modo de eludir las preguntas peligrosas... El inquisidor prestará suma atención a la manera de responder del testigo —se refiere, en realidad, al imputado, a quien se hace jurar obligación de decir verdad—. Si ve que el interrogado responde con precaución y astucia, le tenderá trampas forzándole con

zación jerárquica del Poder Judicial, son sus manifestaciones cotidianas.

Todas estas características heredadas se presentan sutilmente en los textos legales, más allá de que algunas de ellas sean manifiestas en las mismas prácticas punitivas. Pero los principios materiales de la Inquisición se conservan declaradamente: la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica. Estos dos principios producen consecuencias que determinan la aplicación del castigo y la función que el Estado desempeña en esa aplicación.

El Estado define cuáles son las conductas prohibidas penalmente; el Estado inicia la persecución penal; el Estado decide si impone la sanción; el Estado determina cuánto vale la ofensa; el Estado se encarga de ejecutar la sanción penal.

II. LA PERSECUCIÓN PENAL PÚBLICA

La decisión por la persecución de oficio de los delitos implica que ésta es promovida por órganos del Estado. El interés público ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada justifican esta intervención⁵. La consideración del hecho punible como hecho que presenta algo más que el daño concreto ocasionado a la víctima, justifica la decisión de castigar y la necesidad de que sea un órgano estatal quien lleve adelante la persecución penal. Un conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre autor del hecho y sociedad o, dicho de otro modo, entre autor del hecho y Estado. De este modo se expropia el conflicto que pertenece a la víctima⁶.

ello a responder correcta y claramente". Si analizamos los arts. 378 a 380 del nuevo Código Procesal Penal de nuestro país veremos que la idea sigue siendo la misma: obtener la confesión del imputado. Cf. Eimeric, N. y Pena, F., *El manual de los inquisidores*, trad. de Martín, F., Muchnik, Barcelona, 1983, p. 144 y 146.

⁵ Cf. Baumann, J., *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, trad. de Físi, C. A., Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 42-48.

⁶ Cf. Christie, N., "Los conflictos que pertenecían", trad. de A. Bovino y F. Guariglia, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, ed. a cargo de Maier, J. B. J., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1962. Este autor desarrolla

Tomada la decisión político-criminal por la persecución de oficio de los delitos, resta decidir si, además, la persecución debe iniciarse frente a todo hecho que aparezca como delictivo. En aquellos países en que rige el principio de legalidad procesal, la balanza se inclina a favor de perseguir toda conducta que pueda considerarse como delito. Este es el caso de Argentina, en cuyo Código Penal se establece que "Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...", con excepción de aquellas que dependieran de instancia privada y de las acciones privadas (art. 71). De todos modos, estas excepciones no alteran, por el número y por el tipo de figuras que incluyen, la base de la persecución oficial.

El principio de legalidad procesal trae consigo el deber de promover la persecución ante la noticia de un hecho punible. De allí que una vez promovida la persecución penal, no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar. Ningún criterio utilitario o relacionado con la escasa gravedad del hecho puede ser utilizado para no iniciar o continuar la persecución⁷. Este criterio es, sencillamente, absurdo. El programa político-criminal de nuestros estados es, simplemente, irrealizable. Cualquier investigación sobre la "cifra negra" de la criminalidad es una buena prueba de ello⁸.

La ínfima capacidad del sistema de justicia para procesar la totalidad de los hechos punibles es una de las causas de la arbitrariedad con que el sistema selecciona los pocos casos de los que se ocupa. Cuanto mayor es el catálogo de conductas delictivas, mayor es la posibilidad de los operadores de elegir arbitrariamente cuáles serán perseguidas; la gravedad del hecho no es una circunstancia relevante para la selección, mientras que la posición social del autor aparece como la variable más importante.

Frente al reconocimiento de la imposibilidad fáctica de perseguir todos los delitos que supone la vigencia del principio de legalidad procesal, surge el principio de oportunidad, según el cual, cuando se toma conocimiento de hechos punibles, puede no iniciarse o suspenderse la persecución

diversas consideraciones sobre el proceso de exclusión de la víctima que genera el Derecho penal.

⁷ Cf. Meier, J. B. J., *op. cit.*, T. II, p. 548.

⁸ Cf. Baratta, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, trad. de Búnster, A., Siglo XXI, México, 1986, pp. 101 y sigs.

penal por diversas razones. A través de su aplicación se pretende racionalizar la selección que necesariamente tendrá lugar, a partir de criterios distintos de los que regular e informalmente aplica todo sistema de justicia penal.

Existen dos modelos de aplicación del principio de oportunidad. Para el primero de ellos la oportunidad es la regla, elevada a principio rector de la persecución penal⁹. Este es el sistema de EE.UU., en el que los fiscales ejercen discrecionalmente la acción penal y utilizan prácticas como el *plea-bargaining* y el *guilty plea*, que dan lugar a condenas aun contra un imputado que confiesa un delito "legal y lógicamente imposible"¹⁰. La aplicación de este sistema arroja como resultado uno de los más altos índices de población carcelaria: 504 reclusos por cada 100.000 habitantes, lo que significa 1.200.000 personas encerradas en prisión (en los países occidentales europeos este índice oscila entre 40 y 109 reclusos por cada 100.000 habitantes)¹¹. Si a esta cifra agregamos las personas bajo *probation* y en libertad condicional, llegamos a un total de 1.794 personas por cada 100.000 sometidas a control formal jurídico-penal¹².

Si bien la Constitución estadounidense establece el derecho a ser juzgado por un jurado imparcial, casi ningún imputado hace uso de ese derecho. Más del 90 % se declara culpable, antes de correr el riesgo de ir a juicio por un hecho más grave o por una pena mayor. Langbein afirma, frente a esta realidad, que EE.UU. ha logrado, utilizando el *plea-bargaining* como elemento coercitivo, un sistema de confesiones como el del procedimiento inquisitivo de la Europa medieval. El sistema de *plea-bargaining* pone en manos del fiscal las tres fases del procedimiento estadounidense: acusadora, decisoria (que corresponde al jurado) y sancionadora (que corresponde al juez que determina la pena si el jurado declara la culpabilidad)¹³.

⁹ Cf. Maier, J. B. J., *op. cit.*, T. II, p. 557.

¹⁰ Cf. Carriá, A., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudeba, Buenos Aires, 1960, p. 63, nota 75.

¹¹ Cf. Christie, N., *Crime control as industry*, Routledge, Londres-Nueva York, 1993, p. 28. Hay edición castellana: *La industria del control del delito*, trad. de Costa, S., Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

¹² *Ibidem*, p. 62.

¹³ "Torture and plea-bargaining", en *The University of Chicago Law*

El segundo modelo de principio de oportunidad es el de países que tradicionalmente adoptaron el sistema de legalidad en la persecución. En estos países (p. ej., Alemania), la oportunidad opera como excepción a la regla de legalidad y permite, en algunos casos definidos por la ley, prescindir de la persecución penal pública¹⁴. Pero si nos detenemos a analizar los casos en que se permite al fiscal utilizar criterios de oportunidad, comprobamos que estos criterios pueden ser aplicados en muy pocos casos, en general cuando se trata de hechos leves y también en otro tipo de supuestos de escasa relevancia práctica¹⁵. Esta breve descripción del sistema permite afirmar que no resulta adecuado para revertir la selección arbitraria del sistema penal. La magnitud de la "cifra negra" y las diferentes causas que producen la selectividad de las personas más expuestas a la acción de la justicia penal por condiciones socio-económicas, entonces, implican que esta disfuncionalidad no puede corregirse con esta implementación de la persecución oficial.

III. EL SUJETO PÚBLICO

Ninguno de los sistemas conocidos para llevar a la práctica la persecución pública de los delitos permite llegar a resultados admisibles. Y es aquí donde debemos cambiar la pregunta. Es hora de que dejemos de preguntar cuál es el mejor modo de implementar la persecución de oficio para preguntarnos por qué el titular de la acción penal debe ser un órgano del Estado, y no un individuo¹⁶.

Los fundamentos que dieron origen a la persecución

Review, 1978-1979, vol. 46, p. 3-22, citado por Christie, N., *Crime control as industry*, cit., p. 137-138.

¹⁴ Cf. Maier, J. B. J., op. cit., T. Ib, p. 557-562.

¹⁵ Cf. Gernar Colomer, J. L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 47-48. Los supuestos de oportunidad están regulados en los §§ 153, 153a-153e, 154 y 154a-154e de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

¹⁶ El planteo realizado en este trabajo hace referencia, exclusivamente, a los delitos con víctimas individuales, que constituyen la amplia mayoría de los casos que se resuelven en los tribunales.

pública no pueden sostenerse actualmente. El Estado de derecho, integrado por ciudadanos y no por súbditos, no justifica la subsistencia de la acción pública como regla del sistema. La única opción es abandonar el modelo acusatorio formal, que nunca permitió la realización del programa iluminista y de su catálogo de garantías individuales, y volver a un modelo acusatorio material, en el cual el ofendido recupere su carácter de sujeto de derechos interesado en la persecución penal. La víctima debe dejar de ser ese sujeto privado de algo que le pertenece y que le ha sido expropiado.

El fundamento de la persecución estatal está dado por ese plus que, supuestamente, contiene el hecho punible y que excede el daño ocasionado a la víctima. Pero aun si estuviéramos de acuerdo con aquellas justificaciones del castigo que encuentran este plus en conductas que se desarrollan estrictamente entre individuos, y que sólo producen consecuencias entre estos individuos, ello no significa que un órgano del Estado debe llevar adelante la función del acusador. El interés público que justifica la intervención penal no exige esta decisión por la persecución de oficio. Este interés ya está representado por la definición estatal de las conductas prohibidas penalmente y por la facultad decisoria de la pretensión penal a cargo de un órgano jurisdiccional del Estado. Si sumamos a estas dos actividades la facultad de decidir sobre la persecución a través de la oficialidad de la acción penal y la de decidir sobre la existencia de la lesión que exige la mayoría de las figuras penales, ignorando la voluntad de la supuesta víctima, estaremos en presencia de un Derecho penal autoritario que niega los fundamentos del Estado de derecho: el respeto a la dignidad de la persona y el reconocimiento de su derecho a la autodeterminación y a la autonomía de su voluntad¹⁷.

A través de la persecución estatal, la víctima ha sido excluida por completo del conflicto que, se supone, representa todo caso penal. Una vez que la víctima es constituida como tal por un tipo penal, queda atrapada en el mismo tipo penal que la ha creado. Para ello, el discurso jurídico utiliza un concepto específico, el concepto de bien jurídico. Lo cierto es que, desde este punto de vista, el bien jurídico no es más que la

¹⁷ Cf. Córdoba, F., "La posición de la víctima", en AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, cit., p. 81.

víctima objetivada en el tipo penal. La exclusión de la víctima es tan completa que, a través de la indisponibilidad de los bienes jurídicos, se afirma que la decisión que determina cuándo un individuo ha sido lesionado es un juicio objetivo y externo a ese individuo, que se formula sin tener en cuenta su opinión. Al escindir el interés protegido de su titular o portador, objetivamos ese interés, afirmando la irrelevancia política de ese individuo para considerarse afectado por una lesión de carácter jurídico-penal. Esta concepción de la víctima como sujeto privado no es compatible con el carácter de sujeto de derechos que los actuales ordenamientos jurídicos positivos otorgan a los individuos.

El Derecho penal estatal que conocemos surge, históricamente, justificado como medio de protección del autor del hecho frente a la venganza del ofendido o su familia, como mecanismo para el restablecimiento de la paz. La historia del Derecho penal muestra, sin embargo cómo éste fue utilizado exclusivamente en beneficio del poder estatal para controlar ciertos comportamientos de ciertos individuos, sobre quienes infligió crueles e innecesarios sufrimientos, y cómo excluyó a la víctima al expropiarle sus derechos. Las garantías del programa reformador del siglo XIX no han sido suficientes para limitar las arbitrariedades del ejercicio de las prácticas punitivas, entre otros motivos, porque son los órganos estatales que llevan adelante la persecución los encargados de poner límites a esa persecución, es decir, porque deben controlarse a sí mismos. Frente a la concentración de facultades en los órganos del Estado, los individuos fueron constituidos como sujetos privados, esto es, como sujetos sin derechos.

Si el fin que justifica la existencia del Derecho penal es la protección de la convivencia social y, además, la protección del autor del delito, el titular de la acción penal debe ser el ofendido y no el Estado. En este marco de justificación, la imposición del castigo sólo adquiere sentido si reduce la violencia que generaría el hecho de no imponerlo¹⁶. Y un sistema penal concreto que opere dentro de este marco de justificación debe verificar empíricamente el cumplimiento de los fines que esta justificación le asigna. Dado que el fiscal, por

¹⁶ La justificación del castigo a través de esta doble finalidad ha sido desarrollada por Ferrajoli. Cf. "El derecho penal mínimo", en *Poder y Control*, PPU, Barcelona, 1986, n.º 0, p. 35-48.

ser el "representante" de todos, no es el representante natural de nadie, la única forma de asegurar el fin del Derecho penal consiste en otorgar la titularidad de la acción a la víctima, constituyéndola, de este modo, en sujeto público¹⁹.

Un sistema penal con este fundamento y organizado principalmente sobre la base de la acción privada trae aparejado diversas consecuencias. En primer lugar, el modelo implica una reformulación del catálogo de conductas prohibidas. De este modo, aquellas conductas que no se vinculen con graves lesiones a los derechos humanos, carecerán de relevancia penal, adquiriendo la importancia que nunca tuvo el principio básico del Derecho penal como *ultima ratio*. En otro orden de ideas, las figuras penales deben describir comportamientos que afecten bienes jurídicos con un titular cierto, individual o colectivo. Así, no podrán prohibirse comportamientos haciendo vagas referencias a la protección de la "salud pública" u otros conceptos semejantes.

Por otra parte, la consecuencia más importante de un sistema de acción privada es la posibilidad de utilizar mecanismos de composición. La adopción del principio de *ultima ratio* unida a un sistema penal que reconoce a la víctima como sujeto, impone la necesidad de crear mecanismos que permitan evitar la solución penal incluso en aquellos casos en que se trate de comportamientos penalmente relevantes. A través de los mecanismos de composición, no sólo se logra el fin de protección del autor del hecho punible, sino también se atienden los intereses de la víctima que, en muchos casos, puede preferir la solución reparatoria. En este último sentido, sostiene Maihofer: "en un Derecho penal entre libres e iguales, la reparación debe ser la sanción primera, la terminación del conflicto por composición y por compensación del daño, el procedimiento preferido"²⁰.

¹⁹ El fiscal no puede saber en cada caso si la víctima actuará voluntariamente. El único modo de evitar la venganza cuando este deseo existe, es permitir que sea la propia víctima la que decida sobre la persecución penal. Si la víctima tiene ánimo de venganza, esta será ejercido a través del Derecho penal y, en este caso, la sanción penal estará justificada.

²⁰ Citado por Ratin, C., "La reparación en el sistema de los fines de la pena", en AA.VV., *De los delitos y de los victimas*, ed. a cargo de Maier, J. B. J., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 141.

IV. EL SUJETO SIN DERECHOS

En el marco de un sistema acusatorio material, el rol que debe cumplir el ministerio público como órgano del Estado vinculado a la persecución penal es completamente distinto al que desempeña en la actualidad. En principio, poco tiene que hacer el ministerio público en el procedimiento penal —tal como sucede hoy en día con los delitos de acción privada— si en la generalidad de los casos es el ofendido el único titular de la acción penal²¹. Pero esta inactividad del acusador público está sujeta a la voluntad de la víctima. Así, si el ofendido desea iniciar la persecución penal y, además, ejercer por su cuenta la acción, el fiscal no puede ni debe involucrarse en el caso. En cambio, si la víctima opta por la persecución pero no tiene medios o no desea llevar adelante personalmente la persecución, el ministerio público debe brindar su servicio a la víctima interesada, quien conservaría, en todo momento, facultades dispositivas para la acción. El tema central en esta delegación consiste en reconocer el derecho de la víctima a disponer de la acción, aun después de haber otorgado su conformidad para que la persecución se lleve a cabo, permitiéndole la retractación de la instancia²².

Otra actividad a cargo del ministerio público consistiría en el asesoramiento a las víctimas sobre sus derechos y sobre todas las posibilidades que la ley contemple para la satisfacción de sus intereses. Esta tarea, que algunos consideran secundaria es, en realidad, fundamental en este marco que reconoce a los individuos como sujetos. Frente al fenómeno generalizado del desconocimiento del Derecho, esta función clarificadora se torna primordial si la pretensión es no sólo reconocer a la víctima como sujeto de derechos, sino también posibilitar el ejercicio efectivo de esos derechos.

El órgano del Estado conocido como ministerio público,

²¹ Aun cuando el sistema esté basado en la acción privada, ello no impide la subsistencia de la acción pública en algunos supuestos, excepcionales, que involucren de modo claro los intereses de todos los grupos sociales, tales como, por ejemplo, atentados contra el orden constitucional, presupuesto fundante del carácter de sujetos de los individuos.

²² Cf. Córdoba, F., op. cit., p. 84.

en este contexto, pasaría a desempeñar una función de servicio a favor de las víctimas interesadas en la persecución o en los diversos mecanismos de composición que el Derecho penal debe ofrecer, necesariamente, para contemplar los intereses de los involucrados en el conflicto.

La adopción de un sistema privado de persecución penal también proyectaría sus influencias sobre el poder jurisdiccional. Es innegable que el programa de límites al poder penal del Estado propuesto por el iluminismo y concretado en las reformas penales decimonónicas aún no se ha realizado. Las garantías enunciadas en las constituciones no han servido para contener el ejercicio del poder penal en un marco de respeto por los derechos fundamentales del individuo. Por lo contrario, puede afirmarse que nuestros sistemas penales operan cotidianamente como si hubieran sido diseñados para violar sistemáticamente tales derechos.

Una de las razones por las cuales no se ha cumplido con el programa iluminista está relacionada con la ideología inquisitiva. La necesidad de investigar la verdad y la consideración de que la actividad acusatoria del ministerio público está objetivamente dirigida han provocado que los jueces y los fiscales compartan un objetivo común vinculado a la persecución penal. Porque el fiscal actúa de acuerdo con la regla de objetividad, no se considera injusto que el juzgador colabore —o, en algunos casos, reemplace— con la actividad acusatoria. Nuevamente, como en los tiempos de la Inquisición, se confunden las funciones requerientes y decisorias. Como consecuencia, el juez penal se convierte en otro acusador, sin tener en cuenta que su función no es la persecución. Una vez interesado el juez en la persecución, resulta imposible que lleve adelante esta persecución y, además, controle su propia actividad para respetar los límites establecidos por el marco de garantías individuales. La función de juzgar los casos que son presentados con imparcialidad resulta de cumplimiento imposible en cuanto el juzgador crea que su tarea consiste en perseguir el delito.

En el modelo acusatorio material, las garantías cumplirían una función distinta a la que cumplen actualmente. Su contenido adquiere una nueva significación cuando la acción penal es ejercida por el ofendido. El Estado pierde sus derechos de persecución, ahora en manos de la víctima, y su tarea se limita a decidir y controlar las actividades de los individuos involucrados en el conflicto. Las garantías, entonces, no

tienden a impedir la arbitrariedad del poder estatal, sino a prohibir las pretensiones desmedidas del ofendido. Se produce una brecha, de este modo, entre los intereses del poder jurisdiccional y el poder requirente, que torna más difícil la confusión de ambas funciones. Esta brecha genera mayores posibilidades para la realización del programa de garantías limitadoras del poder penal.

Aun cuando no podamos asegurar que el sistema acusatorio material pueda revertir la situación a la que hemos llegado con la persecución pública, otra circunstancia abona la elección de la persecución privada. Este sistema carece de una característica fundamental de los sistemas penales actuales: su importancia como instrumento de control social. Si son los sujetos involucrados en el conflicto quienes deciden si los sucesos tienen o no carácter conflictivo, el Estado pierde la discrecionalidad sobre esta decisión, y con ello, el control acerca de lo penalmente relevante. El ejercicio del poder penal, el poder más violento ejercido por los Estados modernos, ya no puede ser dirigido por este. Si el procedimiento es, en cierto sentido, una oportunidad para la clarificación y la verificación axiológica de las normas sociales, estas dos funciones ya no quedan en manos del Estado, sino que termina repartidas entre todos los individuos.

El sistema propuesto redefine el rol de los órganos que actualmente intervienen en la persecución penal. Estos órganos tienen, en este contexto, la obligación de actuar al servicio de los individuos y de proteger sus derechos.

LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y EL AMBITO JURIDICO INTERNACIONAL

HORTENSIA D.T. GUTIÉRREZ POSSE*

INTRODUCCIÓN

El hombre, por su naturaleza, tiene una serie de derechos que son inherentes a su condición. Su positivización —esto es, su reconocimiento por un sistema de normas jurídicas— de nada valdría si no se acompañase de la garantía del efectivo ejercicio. Para ello el Estado, que como entidad soberana tiene la capacidad de legislar y de interpretar el ordenamiento jurídico, no sólo ha de reconocer los derechos individuales sino que, a más, está obligado a tutelarlos cuando se intente arbitrariamente limitarlos. La *iuris-dictio* configura, entonces, la garantía por excelencia del efectivo ejercicio de derechos y comporta el deber del Estado de administrar justicia. En su cumplimiento ha de asegurar tanto el acceso a los tribunales como el conocimiento de la causa por un juez independiente, imparcial e idóneo.

Estos principios, consagrados en nuestra Constitución Nacional, también se reflejan en tratados internacionales —que vinculan a la Argentina— y en resoluciones de organismos internacionales que indican pautas básicas relativas a la independencia de la judicatura. A través de ellos, si bien

* Jueza nacional; profesora de Derecho Internacional Público y miembro del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gijsa" en la Facultad de Derecho de la U.B.A.

la obligación de garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la jurisdicción recaer —en primer lugar— sobre el Estado, sus conductas pueden ser examinadas en el ámbito internacional. Y, de verificarse una violación, imponerse sanciones políticas o jurisdiccionales.

Así, las normas jurídicas internacionales, por las que voluntariamente se obligó el país, integran nuestro ordenamiento interno, a la luz de lo dispuesto en el artículo 31 de la Constitución Nacional, y —de ser operativas— su cumplimiento puede ser reclamado en este ámbito. Pero, a más —como lo señala la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— configuran tratados entre potencias soberanas tendientes a producir efectos jurídicos en ese ámbito.

La independencia de la judicatura es, entonces, tanto un derecho invocable en la esfera interna, como una obligación del Estado verificable por los organismos internacionales competentes.

En este contexto se examinará primero la necesidad de esa independencia en una sociedad democrática, considerando las dificultades que pueden presentarse en su plena implementación, para contemplar, después, las normas y principios básicos del ámbito jurídico internacional que desarrollan y profundizan su contenido.

1. EL PODER JUDICIAL COMO GARANTÍA DEL EFECTIVO EJERCICIO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

En 1945 entró en vigor la Carta de las Naciones Unidas, primer instrumento jurídico que reconoce al hombre como sujeto de derecho en el ámbito internacional. En los años transcurridos desde entonces, mucho ha hecho la organización universal, y mucho también el organismo regional americano, para desarrollar y positivizar el catálogo de los derechos individuales. Paralelamente, y con el objeto de garantizar su efectivo ejercicio, a más de señalarse el derecho a la jurisdicción como un deber del Estado de administrar justicia, se ha examinado y profundizado el contenido de este derecho desarrollando e interpretando el concepto de independencia de la judicatura.

1. La independencia como una necesidad

Desde un punto de vista institucional la independencia ha de realizarse tanto frente a los otros poderes del Estado como ante los órganos de prensa. Para ello ha de garantizarse al tribunal conocer en todas las cuestiones de índole judicial y tener autoridad exclusiva y excluyente en relación a ellas¹.

Desde la óptica individual, la independencia se verifica a través del juez imparcial e idóneo, inamovible mientras dure su buena conducta, que lleve adelante un proceso equitativo en el que todas las partes sean tratadas de idéntico modo².

No basta con que un ordenamiento jurídico reconozca derechos a las personas bajo su jurisdicción; para que éstos no queden en el plano de meros principios, es necesario asegurar en la práctica su efectividad. Reconocer derechos sin protección es —en definitiva— dejarlos librados al capricho del poder. Y esta protección —a nivel nacional— es tarea del Poder Judicial.

La independencia de los jueces no es un fin en sí misma sino que es un medio, un instrumento, puesto al servicio de la colectividad. Esta independencia y su dignidad deben defenderse en el interés común de la población que supedita su seguridad a una justicia libre, eficaz, altruista, honrada y sabia³.

En ese sentido se ha afirmado que parte de un buen gobierno es tener un Poder Judicial que lo controle y anule sus actos cuando los percibe ilegítimos⁴. La división de los poderes es el pilar de la forma republicana de gobierno.

Si se desea realmente, construir una sociedad democrática, en la que los derechos de cada uno estén limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las

¹ Res. A/40/144, del 13-XII-1986; principios 3. y 4.

² Const. Nac. arts. 18, 95, 96 y 103.

³ Véase, en este sentido, Arturo A., "La justicia como condición esencial para la vigencia de los derechos humanos", en *La Independencia de Jueces y Abogados en Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*, Comisión Internacional de Juristas, 1988.

⁴ Conf. Cordillo, A., prólogo a Obarrío M., *De cómo fui juez*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1988, p. 10.

exigencias del bien común⁵; si se quiere impedir la justicia por mano propia, erradicar la venganza, la corrupción, el amiguismo, la influencia, evitar el descreimiento y la falta de fe; es necesario fortalecer la independencia de la judicatura.

2. Las dificultades de su plena implementación

La inestabilidad de los regímenes políticos se suele traducir en cambios en la judicatura, afectando la permanencia en el cargo formalmente garantizada en la norma fundamental⁶. Entre 1930 y 1983 se sucedieron como ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cincuenta y tres magistrados; veinte de ellos renunciaron a sus cargos y veinte cesaron en sus funciones con el cambio del jefe del Ejecutivo⁷. Las cifras resultan por demás evidentes; el cambio promedio de un ministro del Supremo Tribunal al año. Esta inestabilidad política ha repercutido negativamente en la administración de justicia, tanto en la composición y permanencia en sus diferentes niveles cuanto en la imagen que la opinión pública se forma de su funcionamiento⁸.

La supresión del ejercicio de ciertos derechos en estados de excepción, sustrayendo o demorando el conocimiento por el tribunal de las situaciones que puedan plantearse, también conspira contra una efectiva independencia de la judicatura y arriesga sacrificar la legalidad a exigencias políticas, o de mera conveniencia, de tipo coyuntural.

Una dependencia del Ejecutivo o del Legislativo en ma-

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 32.2.

⁶ Constitución Nacional, art. 96; *conf.*, Rosen, K., "The protection of Judicial Independence in Latin America", *Interamerican Law Review*, 19 (1987), p. 1-35; Vener, J., "The independence of Supreme Courts in Latin America. A Review of the Literature", *Journal of Latin American Studies*, 16, p. 463-506.

⁷ Véase Kunz, A.E., "Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)", en *Cuadernos de investigación*, n° 13, Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, U.B.A.

⁸ *Conf.*, Markinson, G. J. y Goldstein, M. R., *La Magistratura de Buenos Aires*, *Literaria Jurídica*, Buenos Aires, 1988, p. 81; véase Obarrio, M., *op. cit.*, pá. 41 y sig., donde se ejemplifican las presiones políticas que se intentan efectuar en épocas de cambios de gobierno a través del patrocinio de escritos presentados en los tribunales.

tería presupuestaria implicaría en la práctica, que los recursos financieros no siempre fuesen suficientes para asegurar el normal funcionamiento del Poder Judicial⁹.

La violencia —física o moral— de la que suelen ser víctimas magistrados y funcionarios es otro elemento que dificulta la necesaria tranquilidad de espíritu de aquel que ha de administrar justicia.

Y, en este plano personal, la idoneidad —como sinónimo de la posibilidad de capacitación permanente tanto de jueces como de funcionarios y empleados considerados como un todo cuya tarea es la de hacer realidad el efectivo ejercicio de los derechos individuales¹⁰ no debe ser olvidada.

Las dificultades son muchas para realizar la plena independencia del Poder Judicial, pero el Estado está obligado a poner todos los medios para lograr avances constantes en la materia.

II. EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En 1948 la Asamblea General de la ONU adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos como primer intento de realización, en el plano universal, de un catálogo de tales derechos. Ese mismo año, pero unos meses antes, la Novena Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá, había aprobado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Uno y otro instrumento preconaban el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal independiente e imparcial, tanto en el ámbito civil como en el penal¹¹. Los tratados internacionales que ulteriormente entraron en vigor bajo los auspicios de la ONU y de la OEA no sólo contemplan el derecho a la jurisdicción, como presupuesto de la efectividad de los demás dere-

⁹ En ese sentido cabe señalar el ejemplo de la Constitución de Costa Rica en la que formalmente se asegura al Poder Judicial el 6% del presupuesto.

¹⁰ Véanse las críticas al sistema en Fucito, F., *La transformación del servicio judicial*, Secretaría de Justicia, Buenos Aires, 1969, ps. 62 y sigs.

¹¹ Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 10; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XVIII.

chos que consagran, sino que establecen concretos mecanismos tendientes a verificar el cumplimiento por los Estados de las obligaciones que han asumido.

1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

El Pacto de San José de Costa Rica entró en vigor para nuestro país el 5-IX-1984. Conforme lo expresara el gobierno argentino en el instrumento internacional de ratificación sus disposiciones se aplican con relación a hechos acaecidos con posterioridad a dicha fecha y se interpretan –en el ámbito interno– en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional.

El Pacto establece el deber de las partes de respetar los derechos y libertades allí reconocidos y de garantizar su libre y pleno ejercicio –sin discriminación alguna– a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, entendiendo por tal a todo ser humano¹². Si el ejercicio de esos derechos y libertades no estuviere plenamente garantizado en el ámbito interno, los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para hacerlas efectivas con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención¹³.

En ese sentido, el artículo 8º del Pacto está dedicado a las *Garantías Judiciales*, disponiendo que:

“... 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...”.

Y ello, tanto en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella como para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. En materia penal, esta misma norma jurídica, fija los principios que conforman en sustancia el debido proceso legal.

Es decir que el tribunal competente, independiente e imparcial es requisito inexcusable para la adecuada tutela de los derechos cuando se intente arbitrariamente limitar su ejercicio. Y esto tanto es así que, aun cuando en caso de guerra, de peligro o de otra emergencia que amenace la indepen-

¹² Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1º.

¹³ *Ibid.*, art. 2º.

dencia o seguridad del Estado, éste pueda adoptar medidas razonables que por tiempo limitado suspendan las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, nunca podrá suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos esenciales del ser humano¹⁴.

En ese sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que resulta obvio que un Poder Judicial imparcial, formado por jueces idóneos, es la mejor garantía para la adecuada administración de justicia; y, en definitiva, para la defensa de los derechos humanos¹⁵.

La Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de la que la Convención Americana toma sus lineamientos generales, consagra un principio similar en el artículo 6º. En relación a esta norma la Comisión Europea de los Derechos del Hombre ha expresado que la independencia del juez se garantiza con su inamovilidad. En efecto —en opinión de la Comisión Europea— según el principio de la preeminencia del derecho en los Estados democráticos, la inamovilidad de los jueces es un corolario necesario de su independencia en relación a la administración y, en consecuencia, forma parte de las garantías judiciales previstas en el tratado¹⁶.

Ahora bien, aun cuando sea el Estado el obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en el Pacto de

¹⁴ *Ibid.*, art. 27. La disposición anuncia como derechos no susceptibles el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; a la vida; a la integridad personal; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y de retroactividad en materia penal; la libertad de conciencia y de religión; la protección de la familia; el derecho al nombre; los derechos del niño; el derecho a la nacionalidad y el ejercicio de los derechos políticos. En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Velásquez Rodríguez*, Excepciones preliminares, párr. 91, el 26 de junio de 1987, dice "...los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8º,1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1º)".

¹⁵ Convención Interamericana de los Derechos del Hombre, *Informe*, 1984-1985, p. 193.

¹⁶ Comisión Europea de los Derechos del Hombre, informe del 12-X-1978 en el caso *Zand v. Austria*, p. 80. La Corte Europea de los Derechos del Hombre, en la sentencia en el asunto *Ringsdorf*, 18-VII-1971, declaró

San José de Costa Rica, son competentes para conocer en el cumplimiento de los compromisos contraídos los órganos internacionales instituidos en el propio tratado; esto es, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No sólo la Comisión tiene capacidad para recibir peticiones o comunicaciones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado Parte, sino que —además— éstos están obligados a proporcionarles las informaciones que les solicite sobre la manera en que en su ámbito interno aseguran la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones del Pacto¹⁷. En el tema que nos ocupa, sobre la manera en que preservan la independencia de la judicatura para que las garantías judiciales se fortalezcan,

Si bien los procedimientos ante la Comisión Interamericana de los Derechos del Hombre tienen una naturaleza política y tienden a la amigable composición, nada impide que de no ser solucionado el asunto —en un plazo de tres meses— la Comisión o un Estado interesado puedan someterlo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸. La Corte es un verdadero tribunal de Justicia, ante el cual se desarrolla un procedimiento en derecho, con competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto. Su sentencia es obligatoria y, si decide que hubo violación de un derecho o libertad protegido por el tratado, dispondrá que se garantice el goce del derecho o la libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida y el pago de una justa indemnización. El fallo es definitivo e inapelable y la parte que disponga indemnización —según lo establecido en la Convención— se podrá ejecutar en el país por el procedimiento vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado¹⁹.

El Sistema Regional Americano, del que nuestro país es parte, es uno de los más perfectos en el ámbito internacional

que el término independiente del art. 6º de la Convención comprende dos elementos: independencia de los tribunales en relación al Ejecutivo e independencia frente a las partes en el proceso.

¹⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 44, 45 y 43.

¹⁸ *Ibid.*, art. 51.

¹⁹ *Ibid.*, arts. 62.3, 63.1, 67 y 68.

para proteger al individuo en el goce de sus derechos esenciales si la administración de justicia en el plano interno no se encuentra en condiciones, o se ve dificultada, para lograrlo.

2. El ámbito universal

La Asamblea General de la ONU, desarrollando el contenido de la Declaración Universal, adoptó en 1966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; tratados que se encuentran en vigor para nuestro país.

El artículo 14.1 del Pacto reitera los términos de la Convención Americana en cuanto a las garantías judiciales y el Protocolo instituye un Comité de Derechos Humanos al que se le otorga competencia para recibir y considerar comunicaciones en las que se aleguen violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto una vez agotados los recursos internos disponibles²⁰. Si bien el procedimiento ante este órgano es de naturaleza política y no jurisdiccional, en caso de no lograrse una solución amigable, el comité podrá hacer público el procedimiento en el informe anual que debe presentar ante la Asamblea General de la ONU por conducto del Consejo Económico y Social con el consecuente riesgo de críticas por la opinión pública internacional del país que no ha sabido honrar los compromisos internacionales que voluntariamente había asumido²¹.

Pero en este caso, el control internacional tampoco se agota con la posibilidad de presentar una comunicación ante presuntas violaciones, sino que —independientemente de ello— el Estado Parte está obligado a informar al Secretario General de las Naciones Unidas sobre las disposiciones que haya adoptado para dar pleno efecto a los derechos reconocidos en el tratado y sobre el progreso que haya realizado en cuanto a su goce²². Es decir, que se intenta un desarrollo progresivo en el respeto de los derechos fundamentales y las libertades individuales para lo cual es necesario dar todas las posibilidades de un acceso efectivo a un tribunal independiente, imparcial e idóneo.

²⁰ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 1° y 2°.

²¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 45.

²² *Ibid.*, art. 40.

En aras de colaborar con los Estados para lograr tal objetivo, la Asamblea General de la ONU adoptó, el 13-XII-1985, la resolución A/40/146 que contiene los Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura, invitando a los gobiernos a respetarlos y a tenerlos en cuenta en el marco de su legislación y práctica para que los jueces puedan actuar de conformidad con ellos.

En ese sentido se propone que la independencia de la judicatura sea garantizada por el Estado y proclamada en la norma fundamental. Así los jueces podrán resolver los asuntos de que conozcan con imparcialidad, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo. Los jueces serán jueces de su propia competencia y no se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones de los tribunales. Cada Estado miembro de la ONU proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones. Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial asegurará que éste no sea nombrado por motivos indebidos. La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas. Se garantizará, también, la inamovilidad de los jueces hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa. Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente, siendo confidencial el examen de la cuestión. Sólo podrán ser suspendidos o separados por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones. El sistema de ascensos de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia.

La Asamblea General luego de adoptar estos Principios Básicos ha invitado a los Estados a que informen periódicamente al Secretario General de la Organización sobre los progresos realizados en su aplicación, incluyendo información sobre su difusión, su incorporación a la legislación nacional,

los problemas que se plantean para aplicarlos a nivel nacional y la asistencia que podría necesitarse para ello de la comunidad internacional²². Si nuestro país acogiese positivamente esta solicitud la información requerida debería presentarse en 1993.

A MODO DE COLOFÓN

La independencia de la judicatura no sólo debe estar garantizada por el Estado y ser proclamada por la Constitución y la legislación del país, sino que ha de seguirse de medidas prácticas que le den pleno efecto. Para que toda persona tenga derecho a ser oída públicamente con las debidas garantías es indispensable contar con un tribunal imparcial. La independencia de los jueces no es un fin en sí misma, es un instrumento puesto en beneficio de la colectividad. Las carencias en este ámbito sólo se traducirían en una verdadera privación de justicia para los justiciables, aún cuando el tribunal pusiera de su parte todos los esfuerzos. La capacitación, las políticas claras de admisión, selección y exclusión, la debida atención a los problemas económicos son compromisos asumidos en nuestra norma fundamental, pero, también, son obligaciones aceptadas voluntariamente frente a la comunidad internacional. El Estado es el primer responsable de asegurar el goce de los derechos y garantías a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, pero las falencias en que pudiese incurrir darían lugar a recriminaciones político-jurídicas de los órganos internacionales a los que les ha reconocido competencia para verificar el cumplimiento de aquello que voluntariamente reconoció.

La crítica interna y la crítica internacional no son hechos que los Estados puedan ignorar. El mundo intenta avanzar hacia un orden de paz, basado en el respeto de los derechos esenciales y de las libertades de todos; nuestro país ha de participar activamente en un proceso que lo dignifica al dignificar al hombre.

²² Res. A/41/149, 4-XII-1986.

BIBLIOGRAFIA

- Berizzone, R., "Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de justicia", *E.D.*, t. 114, p. 960.
- Comisión Internacional de Juristas. *La Independencia del Poder Judicial*, Reed Brody—director—Centro para la independencia de jueces y abogados.
- *La justicia acorralada*, colección de documentos relativos a abusos de la justicia con fines políticos, 1955.
- Costa Rica, Julio C., "Modernización del juzgado de primera instancia", *L.L.*, 1987-E-1045.
- "Sobre la administración de los recursos del Poder Judicial en la Argentina", *L.L.*, 1988-E-731.
- Di Iorio, A., "Una propuesta práctica para lograr la celeridad procesal", *L.L.*, 1984-B-986.
- "Bases para la reforma de la estructura judicial nacional", *L.L.*, 1987-C-878.
- Fucito, F., *La transformación del servicio judicial*, Secretaría de Justicia, Buenos Aires, 1989.
- Gardillo, Agustín, *Derechos humanos-electrónica, casos y materiales*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1990, pp. 149 y sig.
- Kunz, Ana E., "Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1939-1983)", Cuaderno de Investigación, 15, Instituto de Investigación "Ambrosio L. Gioja", Fac. de Derecho, U.B.A.
- MacKinnon, G. J. y Goldstein, M.R., *Los Magistrados de Buenos Aires*, Literatura Jurídica, Buenos Aires, 1988.
- Martínez Lozada, L.E., "Administración de justicia y derechos humanos", en *La protección jurídica internacional de la persona humana y el problema de los indocumentados*, Seminario de La Paz, 12 al 15-XI-1990, Zavalla, Buenos Aires, 1991.
- Morello, A. M., "Eficacia y controles en el funcionamiento del servicio de justicia", *J.A.*, 1983-Z-769.
- "Poder Judicial y función de juzgar", *L.L.*, 1987-E-830.
- Obarrío, M., *De cómo se juzga*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1988.

DEMOCRACIA Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA PENAL EN IBEROAMERICA

Los proyectos para la reforma del sistema penal

JULIO B. J. MAIER*

1. DERECHO PENAL Y ORGANIZACIÓN POLÍTICA

A. Las organizaciones sociales

Es un lugar común, una verdad de Perogrullo, afirmar que el Derecho penal —en verdad todo el orden jurídico—, su contenido y los juicios de valor de los que derivan sus reglas¹ están íntimamente ligados a la forma de organización política imperante en un tiempo y un lugar determinados. Esa verdad autoevidente tiene, sin embargo, un significado especial en Derecho penal, pues, como veremos, la misma existencia de mandatos y prohibiciones, sostenidos por la amenaza de la coacción penal estatal, depende de una organización política determinada.

La afirmación, inclusive, tiene su repercusión específica en el sistema judicial creado para realizar las normas penales, pues es en esa rama del Derecho, el Derecho procesal penal y de la organización judicial, cuyas reglas crean las funciones judiciales y prevén su forma de operar, allí donde el vínculo con la forma de organización política, con la ideología

* Universidad de Buenos Aires

¹ Kaufmann, Armin, *Lebendige und Tote in Bindungs Normenlehre*, Otto Schwartz, Göttingen, 1964, Cap. 2^o, B, II, pá. 69 y sigs.

logía vigente, se nota más claramente, más "a flor de piel" que en las otras ramas jurídicas, como alguna vez expresé².

Esquemáticamente, la evolución de las organizaciones políticas se sintetiza, en sucesión histórica y sin pretensión analítica alguna, distinguiendo dos o tres niveles de sociedades, con los rasgos fundamentales siguientes: la *sociedad primitiva* o *arcaica*, estructurada alrededor de grupos parentales que viven en un territorio próximo a todos ellos (vecinos), cuyo rasgo principal es la *carencia de una instancia política central* y cuyos habitantes (al menos los plenamente capaces) ejercen reunidos las facultades del poder político, cotidianamente; la *sociedad culturalmente avanzada*, que logra la formación de ese poder político centralizado, el *Estado*, del cual son súbditos los habitantes que viven al amparo de esa organización, en un territorio mayor, alejados del ejercicio del poder político cotidiano y cuyo orden no se funda en la vecindad, sino, antes bien, en reglas más o menos universales, dictadas o aceptadas por el poder político central creado; y, por fin, la *sociedad moderna*, en la cual los súbditos han recuperado parcialmente, en alguna medida, su capacidad política (por representación), para transformarse de súbditos del Estado en ciudadanos, cuyo poder político se organiza sobre la base de reglas jurídicas más o menos rígidas, que suponen autorizaciones (competencia, facultades) y limitaciones de ese poder para quien lo ejerce, y cuyas reglas de orden están fundadas en acuerdos racionales entre los interesados³.

B. Los sistemas de solución de conflictos sociales

Como la misma distinción evolutiva sugiere, a cada una de esas organizaciones políticas corresponden formas distintas de solución de los conflictos sociales. En la *sociedad pri-*

² Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, T. 1b, pá. 17 y sigs.

³ Cf. Stratenwerth, Günter, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, C. F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, traducido al castellano por Bacigalupo, Enrique y Zugaldía Espinar, Agustín, en *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Instituto de Criminología, Univ. Complutense de Madrid, Madrid, 1980, p. 87.

mativa cada conflicto provoca la necesidad de restablecer el orden anterior, el *status quo ante*, y supone un apartamiento del autor de su grupo parental. Desde el punto de vista material, lo importante es suprimir las consecuencias de la acción conflictiva mediante el regreso a la situación anterior a ella (modernamente: reparación natural o simbólica). Desde el punto de vista del procedimiento, los protagonistas del conflicto (modernamente: víctima y victimario), en ocasiones su parentela inmediata (tribu), son los encargados de realizar esa tarea, que, si no se lleva a cabo satisfactoriamente, desemboca en la lucha (la guerra) entre los contendientes. No sólo existen, como paradigma, ejemplos históricos de estas sociedades y formas de solución de conflictos, tales como el Derecho germano antiguo, el Derecho foral (feudal), sino que, además, contamos con ejemplos modernos de organizaciones carentes de un poder político central vigoroso, cuyos individuos (sujetos de derechos) respetan y acuden a esta forma de solución de los conflictos: piénsese en el Derecho internacional público y en los conflictos entre Estados, que, o bien son solucionados por acuerdos entre ellos, tendentes a refundar el orden pacífico de convivencia, o bien generan una guerra, en el sentido actual de esta expresión. Nuestros propios países son, en la historia moderna, ejemplo de ello.

El nacimiento del Estado marca el arribo de una nueva forma de solución de conflictos. Como el poder político, ahora centralizado y vigoroso, monopoliza la violencia legítima, soluciona también él los conflictos sociales, sin permitir que se arribe a la lucha entre los contendientes. Desde el punto de vista material, la lesión de las reglas de organización y convivencia representa desobediencia al poder o a quien lo encarna (el Papa o el monarca); nace la coacción estatal y, con mayor propiedad, en la rama del Derecho que nos interesa, la pena estatal, muy ligada a los principios de la moral dominante. Desde el punto de vista del procedimiento, nace una organización estatal específica, encargada de reaccionar directamente en estos casos, y los protagonistas del conflicto pierden su importancia: su voluntad nada soluciona, al menos en los casos en los cuales la acción conflictiva pone en peligro la paz entre los súbditos y la forma concreta que adopta la organización social. Arriba la Inquisición, custodio del orden y encargada de reprimir el desorden mediante la pena, para restablecer de esta manera el orden (jurídico) conculcado.

El Estado moderno no se aparta de este rumbo, aunque lo defina mejor y repare en los ciudadanos individuales. Desde el punto de vista material, hoy se pretende que la ley defina previamente los conflictos sociales que pueden conformar un caso penal, produciendo así una neta separación —al menos formal, aunque desanda políticamente en sentido material— entre Derecho y moral, y también las consecuencias coactivas. Desde el punto de vista del procedimiento que intenta realizar esas normas de conducta, las reglas jurídicas buscan, después de aceptar la reacción estatal directa, como método ordinario de realización del poder penal del Estado, acotar ese poder y reconocer en el individuo un derecho de resistencia a la persecución penal.

C. Conclusión

De este repaso histórico sintético se puede extraer varias conclusiones. En primer lugar, cuando hablamos de Derecho penal o de sistema penal, comprendidos allí todos sus segmentos (Derecho penal, procesal penal y de la ejecución penal), en el sentido propio con el que empleamos estas expresiones, estamos mentando una realidad histórico-cultural contingente, producto de una de las formas de asociación política entre las personas, que no existió siempre, al menos como sistema principal de reaccionar frente a conflictos sociales⁴, y que, inclusive, puede dejar de existir en el

⁴ La afirmación supone cortes diacrónicas, como forma de exponer los períodos históricos según el sistema ampliamente dominante, que desplaza a otros, sólo aplicables, en su caso, por excepción. Si se tratara de cortes sincrónicas quizás podríamos observar cómo, en sistemas yuxtapuestos, funcionando a un mismo tiempo, alguno dominante y los demás desplazados a áreas marginales o excepcionales del orden jurídico, o, también, mixturas coordinadas de varios de ellos, producto de compromisos políticos coyunturales.

Hoy en día, inclusive, como herencia del período feudal, coexisten, al lado de los delitos llamados de acción pública, porque son perseguidos directamente por el Estado, los llamados delitos de acción privada y hasta los dependientes de una instancia particular o gubernamental, que suponen un mayor o menor gobierno de la persecución penal y de la pena por la voluntad de los ofendidos. También en el Derecho privado, en el cual la

future, por más remoto que sea el vaticinio. Precisamente, aquello que hoy, propiamente, llamamos Derecho penal, nace aproximadamente en el siglo XIII, con la formación de los poderes políticos centralizados, primeramente en el seno de la Iglesia católica romana y luego con la formación de los Estados nacionales y el desplazamiento de la organización feudal. Por supuesto, la desaparición del sistema penal dependerá de una profunda modificación de la asociación política entre los hombres, de un movimiento similar, pero de sentido inverso²; el vaticinio, por alejado que esté de convertirse en realidad, no es, sin embargo, ridículo frente a realidades tales como el desprestigio de la pena estatal y del Estado-nación como forma de asociación política³.

relación se invierte, existen infracciones o reglas de conducta, cuyas consecuencias son realizables públicamente, mediante acción directa de los órganos del Estado, que desplazan y privan de valor a la autonomía de la voluntad de los individuos en conflicto; los impedimentos absolutos para contraer matrimonio y la invalidez del matrimonio contraído con violación de esas reglas, por una parte, y las declaraciones necesarias de incapacidad de las personas y el discernimiento del representante, por la otra, son ejemplos de ello en la mayoría de los ordenes jurídicos.

El sistema de enjuiciamiento penal que rige en los países de Europa continental, después de la reforma integral del siglo XIX ha sido denominada, con alguna razón, como muerta, pues supone un compromiso que respeta las reglas fundamentales de la inquisición, pero incorpora formas de realización acusatorias (con más propiedad: sistema inquisitivo reformado); hasta en los EE.UU. rige, genéricamente, una acción similar, pero de sentido contrario, que modifica el sistema anglosajón tradicional.

² No se trata de una causalidad el hecho de que los abolicionistas piensen en una sociedad diferente, cual siempre en una asociación local, de perímetros reducidos (vecindad); cf. Christie, Nils, "Los conflictos como pertenencia", traducción de "Conflicts as property", publicado en *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n.º 1, enero de 1977, por Bovino, Alberto y Guariglia, Fabrizio, en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 178 y sigs.

³ La pena estatal, en especial la privación de libertad, centro del sistema, escasamente aporta los embates de la filosofía social y de la sociología, inclusive de aquella de fuerte contenido fundado en las ciencias empíricas, pues los fines especulativos que se pregunta para justificarla o legitimarla, las diversas teorías preventivas-especiales o generales, positivas o negativas, sobre los fines de la pena, no consiguen apoyo especulativo o verificación empírica, sino, por lo contrario, la investigación, incluida la filosófica, la político-social y la criminología empírica las ha negado, antes bien, en puntos esenciales, necesidades de fundamentación o de verificación, para estas teorías. Sobre las teorías preventivas de la pena, fundamentalmente en sentido crítico, conviene estudiar el contenido de la

Estado y Derecho penal —o sistema penal— son, así, realidades culturales consustanciales, que se implican. Precisamente el nacimiento del Estado, con su oposición a las formas de organización social locales y la conversión en súbditos de un poder político soberano de aquellos que antes convivían en vecindad, según sus propias reglas, explica la aparición en escena del Derecho penal y de la pena estatal, su símbolo, vía y método de control social directo, con prescindencia de la voluntad particular como forma de excitación de la persecución penal y creación de la persecución penal pública, para aquellos comportamientos que atentan contra la forma de

revista *Poder y control*, n.º 0, Ed. PPU, Barcelona, 1986. Sobre la autorreferencia de la justificación a las decisiones sobre la existencia de las reglas del sistema, Rosta, Eligio, *La desmesura de los sistemas penales*, traducción de Bergalli, Roberto, con la colaboración de Siveira, Héctor C. y Domínguez, José L., p. 137 y sigs. Sobre los problemas de diverso orden cognoscitivo que encierra la pregunta acerca de la pena estatal y sobre la confusión de planos ontológicos que encierran las respuestas y las críticas a ellas, Ferrajoli, Luigi, *El Derecho penal mínimo*, traducción de Bergalli, Roberto, con la colaboración de Siveira, Héctor C. y Domínguez, José L., p. 25 y sigs. Acerca de la disfunción de la teoría —"fantasma teórico"— con la praxis concreta, Paul, Wolf, *Explosión y crisis de las teorías prevencionales de la pena*, p. 59 y sigs. Con un principio de solución, Haasemer, Winfried, *Prevención en el Derecho penal*, en especial, p. 110 y sigs. Sobre una crítica acerca del colapso de las teorías que legitiman la pena estatal y, a través de ella, el sistema penal en su conjunto: Baratta, Alessandra, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, traducción de Neguts, Javier, revisada por Bergalli, Roberto, p. 77 y sigs. Más allá de ello, para una visión sintética de la perspectiva abolicionista, Bevina, Alberto, "La víctima como preocupación del abolicionismo penal", en *De los delincuentes y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 261 y sigs. La crisis del Derecho penal y de la pena privativa de libertad, desde un punto de vista más jurídico y tradicional, en Jeschek, Hans-Heinrich, *La crisis de la política criminal*, traducción de Maier, Julio B. J., en *Doctrina penal*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 45 y sigs.

Por lo demás, el Estado-nación se ve desafiado, por una parte, por movimientos localistas que buscan un retorno a su antigua independencia y, por la otra, por asociaciones supranacionales, reuniones de Estados, con menor contenido de poder político centralizado; pero, quizás, el desafío más vigoroso parte de asociaciones privadas, incluso supranacionales, que no necesitan de territorio ni de símbolos para almacenar poder, especialmente económico, o, al menos, el territorio y los símbolos no son un elemento fundamental de ellas, asociaciones que, regularmente, ya no se sostienen —o no necesitan sostenerse— a la ley estatal y al sistema de justicia estatal para solucionar sus conflictos.

organización social establecida o contra la paz social entre los súbditos. Por ello no resulta exagerado tratar a los conceptos *Estado*, *Derecho penal*, *pena estatal* y *persecución penal pública* casi como sinónimos o, al menos, como conceptos que se implican.

Finalmente, según se observa, ya no se trata, por lo menos en primer lugar, de hallar un método de solución de conflictos sociales entre los protagonistas reales del conflicto social base del caso, sino, antes bien, de una forma de crear un nuevo conflicto, mediante su "estatalización": el conflicto ahora se constituye entre el autor y el Estado. El Derecho penal pasa a constituir, antes que una forma de solucionar un conflicto social, una forma de ejercicio del poder político; crea un nuevo poder, el *poder penal del Estado*, máxima expresión de la violencia legitimada por el orden jurídico, representada esencialmente por la *pena estatal* -y, también, por otras autorizaciones coercitivas, incluso procesales-, que desplaza a la voluntad de los protagonistas del conflicto, para realizarse por sí mismo, y a las formas naturales de solucionarlo racionalmente entre ellos, al punto de inhibir esa solución⁷.

2. IBEROAMÉRICA

A. *La herencia cultural: conquista y colonización*

Se califica regularmente a los países americanos como *países jóvenes*, por el hecho de que nacieron a la vida política independiente hace sólo dos siglos o algo menos, en la mayoría de los casos. Tal calificación, sin embargo, no significa

⁷ Sobre el desplazamiento de la víctima y del autor, como factores de solución del conflicto social, la expropiación de sus derechos para arribar a una solución concertada, sobre la restitución al *status quo ante* como forma ideal de solución de los conflictos y sobre el ingreso de la víctima y de estas soluciones al sistema penal, ver los diferentes artículos del libro *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992; además, Maier, Julio B. J., "Entre la inquisición y la composición", en *No hay derecho*, Buenos Aires, junio de 1992, tomo 2, n° 8, p. 28.

—según algunos piensan al extender el apelativo en un sentido erróneo— que nacieron a la vida política *sin historia*. Todo lo contrario, otra es la realidad y esa realidad se vincula, en último término, con el avance y la extensión de la civilización judeo-cristiana a territorios y gentes para ella desconocidos.

La América antigua, precolombina, carecía, en general, de contacto con otras civilizaciones, por su ubicación geográfica y los accidentes naturales que se interponían entre ella y los demás continentes. Desarrolló, así, sus propios sistemas socio-políticos, cuyo desenvolvimiento abortó, abruptamente, la civilización europea conquistadora, que, con la colonización, impuso sus propios esquemas de organización política y jurídica. Para el sistema penal oficial —y éste, según veremos, es el único que interesa—, entonces, han carecido de importancia los sistemas de solución de conflictos que practicaban nuestros indígenas.

Guste o disguste, la historia política y jurídica latinoamericana actual es una continuación de los esquemas socio-políticos de Europa continental, introducidos por los pueblos hispano-lusoparlantes, conquistadores del territorio que hoy llamamos Iberoamérica o, más modernamente, Latinoamérica.

El sistema judicial no podía escapar de esa caracterización general. La historia de los sistemas judiciales de Iberoamérica muestra perfectamente, en su diseño, la situación descripta. Particularmente, la América hispana recibe de sus colonizadores todo el modelo de organización judicial y las formas operativas de resolver conflictos sociales, cuyas bases políticas responden a los problemas y a las soluciones que la convivencia y la organización social planteaban en la metrópoli.

España vivió, durante la conquista y la colonización americanas, la época de afirmación de la forma de organización política conocida como *Estado-Nación*, que, sintéticamente, generó, por primera vez en la historia, un poder político central vigoroso y personalizado (el *absolutismo*), antes inexistente, alejado considerablemente de los súbditos, a quienes regia por subordinación, personas que no participaban del poder, ni de su creación, ni de su ejercicio; tal poder político central gobernaba un territorio vasto y, como hemos visto, desplazó a las organizaciones locales, vecinales, del

ejercicio del poder de decisión sobre la vida en común. Las reglas de convivencia, como es sabido, fueron impuestas desde el poder político central creado, que apeló a los vestigios de un Derecho pensado como universal, el Derecho Romano imperial, conservado y desarrollado por los entonces recientes templos del saber, las universidades, y, especialmente, por la elaboración práctica de la Iglesia romanocatólica, cuando ella adquirió vocación universal⁶. Un Derecho culto, "científico", reemplazaba así al Derecho foral, local y costumbrista, de extracción popular, en cierta manera (usos y costumbres con vigencia en el lugar⁷). Se trata del fenómeno conocido como *Recepción del Derecho romano-cánónico* en Europa continental, que comienza su desarrollo en el siglo XIII de la era cristiana.

Inquisición es el nombre con el cual se conoce, universalmente, todo el sistema penal y judicial correlativo a ese tipo de organización política.

No interesa ahora el estudio de las causas de este fenómeno cultural y político, algunas de ellas muy a la vista.

Interesa, en cambio, la caracterización del sistema judicial. El reproduce, conforme al modelo político, una organización centralizada, jerárquica al extremo, de los cuerpos de decisión (tribunales), con base en el control interno de las decisiones que ellos emiten, al punto de que sus tribunales superiores no distinguen claramente el control sobre los funcionarios o sobre los órganos inferiores, del control (examen) sobre la decisión, sobre la solución del caso en miras a la finalización del conflicto social que conforma su base. Se trata de una organización claramente burocrática, no sólo porque el poder se delega desde su cúspide hacia los funcionarios inferiores, por escalones, con funcionarios que devuelven el poder delegado a sus superiores para posibilitar

⁶ Cf. Gattel, Raymond, *Historia de los ideas políticas*, trad. González García, Teódera, Labor, Barcelona, 1939, T. I, VII, p. 217 y sig.; Menéndez Pidal, Ramón, *Man Imperial de Carlos V*, 3ª ed., Espasa Calpe, Buenos Aires, 1948, p. 20.

⁷ Vélez Marizonda, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Lerner, Buenos Aires, 1969, T. I, cap. III, p. 93 y sigs.; HALLÉ, François, *Traité de l'instruction criminelle*, 10ª ed., Plon, Paris, 1866, T. I, cap. 11, p. 225 y sigs.; BASTIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, L. Larose et Fernal, Paris, 1882, Première partie, Titre deuxième, cap. 2, p. 88 y sigs.

el control de su ejercicio, sino, además, porque esos cuerpos de decisión están integrados siempre por funcionarios del Estado, a su servicio para ejercer el poder, no al servicio de las personas particulares que viven bajo el poder político del Estado (sus súbditos). La administración de justicia, en especial la penal, dista de ser un servicio para la población y sus problemas (conflictos); es, en verdad, parte de la administración del poder y, como tal, parte de la administración estatal.

Esa organización, conforme a sus fines —la afirmación del poder central y el control social de sus súbditos, en lugar de la solución de conflictos interindividuales—, modifica abruptamente la manera de operar vigente con anterioridad: transforma el procedimiento, de un juicio oral y público, en una encuesta o investigación escrita y secreta (para su éxito), que inicia el propio inquisidor, *de oficio*, sin atención ni ligamen alguno a la voluntad de la víctima real, conforme sólo a las necesidades del poder estatal (transformado en pena estatal, pleonazgo evidente), encuesta cuyo resultado, obtenido a partir de los registros que el inquisidor (juez) lleva a cabo sobre su actividad (actas), determina la "solución" del caso. Vale la pena acentuar que la víctima real, concreta, desaparece tras la persecución penal oficial, inservible su voluntad por expropiación de todas sus facultades —y las del autor— para operar la reacción y dar solución al caso, y objetivado su interés tras la construcción que, con el tiempo, los penalistas se encargarían de llamar *bien jurídico*.

Pues éste es, en apretada síntesis, el sistema penal que España lega a sus colonias. Las *Partidas del Rey Sabio*, a través de la Nueva y, quizás, de la Novísima Recopilación¹⁰, el instrumento legal que sirvió de texto al legado. Algunos se asombran al comparar, por la similitud con los principios organizativos y operativos que rigen hoy la organización judicial y el procedimiento hispanoamericano; más se asombrarían aún si compararan textos legales. Es por ello que no me parece del todo exagerada la sentencia —llegada a mí por vía de la tradición oral— que se atribuye a un profesor español, al visitar un país hispanoamericano en fecha reciente y obser-

¹⁰ Cf. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal...*, op. cit., T. Ib, § 5, D, 4, ps. 65 y sigs.

var su sistema judicial, señalando que aún rigen, básicamente, las famosas Partidas del sabio rey.

B. La independencia americana

1. La transformación liberal y su repercusión

No expreso nada que deba ser probado cuando afirmo que los criollos, se proclamaron libres e independientes del absolutismo español, más general aún, del poder político que desarrolló la conquista y colonización de América, para formar sus gobiernos propios, al ritmo de una transformación profunda de la organización del poder político y de sus formas de operar, grito de rebeldía que, incluso, salvo el caso de la Unión Americana del Norte¹¹, no respondía a ideales y principios culturales propios, formados y desarrollados en las colonias, sino adquiridos de otras naciones y, precisamente, adoptados, aun parcialmente, del desarrollo cultural y político de aquellos pueblos que determinaron la conquista y la colonización americana, de los que ellos provenían.

Receptores, como se ha visto, de la tradición jurídica europea, a través de la conquista y la colonización americana, los diversos países de América no fueron ciegos ni sordos respecto del desarrollo de las ideas políticas en la metrópoli. En especial, no fueron ciegos ni sordos a la revolución liberal de fines del siglo XVIII, contra el absolutismo, extendida por toda Europa continental en el siglo siguiente. Esa revolución los alcanza, al punto de que tiene en los EE.UU. de (Norte) América a uno de los paladines del "nuevo orden", paradigma de la formación y de la organización

¹¹ Se admite, generalmente, que la Constitución de los EE.UU. de (Norte) América deriva, en gran parte, de las instituciones jurídicas inglesas (cf. González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1963, ps. 37 y sigs.) de las llamadas "Cartas", como, por ej., la Magna Carta del Rey Juan (1215), la Petición de Derechos (1626), la ley de Habeas Corpus (1679) y el Bill de Derechos (1689). Sin embargo, no se puede dejar de reconocer que la Constitución de los EE.UU. y sus precedentes, por ej., la Constitución de Virginia, constituyen uno de los soportes originarios del Estado de Derecho, en el que desemboca la revolución liberal burguesa de fines del siglo XVIII y siglo XIX.

política de los nuevos estados americanos: se trata, como se sabe, de una de las causas políticas directas de las revoluciones hispanoamericanas, promotoras de la independencia de esos países del reino de España. La república representativa reemplaza a la organización monárquica absolutista y preside la creación y constitución de todos los países americanos; tanto es así, que, en los de tradición hispánica, la transformación se refleja, orgullosa, en el mismo nombre de los nuevos países.

Sin embargo, a contrario de lo que comúnmente se predica, la República parlamentaria, emergente de la revolución liberal, no significó el nacimiento de una forma absolutamente nueva de organización social, de un "nuevo orden" total, según, inclusive, pregonaron sus líderes; no vino con ella al mundo una nueva forma de asociación política, a semejanza de aquello que significó, por ejemplo, tras largos siglos de marchas y contramarchas, la creación de los Estados nacionales, bajo la forma de la monarquía absoluta, en la última parte de la Edad Media y en la Edad Moderna. Ella, apelando a una metáfora, no fue un estallido volcánico de tal magnitud que cambiara por completo la topografía política, íntegramente, sino, antes bien, un movimiento sísmico vigoroso que, dentro del mismo sistema de organización social estatal, provocó, sin duda, algunos efectos notables en esa topografía política. Con ello quiero indicar, sintéticamente, que las bases organizativas del Estado-nación subsistieron y, con él, un poder político central ciertamente alejado de los ciudadanos bajo su gobierno, quienes no ejercen directamente el poder político, ni participan cotidianamente de él, sino por medio de sus "representantes", facultad que, al lado del derecho de ser elegido como representante, constituye la porción básica del poder político recuperado por los habitantes del Estado, que, de súbditos, se convierten en ciudadanos.

Empero, no es posible ocultar las modificaciones profundas que el movimiento liberal produjo en ese Estado-nación. Sintéticamente: la revalorización de la persona como individuo, con su atributo de dignidad humana, para lo cual se utilizó como instrumento, al servicio de ese fin político, la limitación del poder estatal mediante reglas jurídicas y la división de competencias de los órganos que ejercen el poder; por fin, la búsqueda de canales de participación en la forma-

ción de la voluntad política, por ejemplo, la elección de representantes para el ejercicio del poder y la intervención directa de ciudadanos integrando los tribunales, el llamado "juicio por jurados".

II. La reforma liberal del sistema penal

Acorde con este movimiento, el Derecho penal inquisitivo cambia su rumbo, sobre todo, se modifica la organización judicial y el procedimiento penal, aquello que hoy nos interesa destacar. Se trata del movimiento designado como la *reforma del siglo XIX* en Europa continental. La decantación de ese movimiento permite apreciar —utilizando ahora una comparación geométrica— que el cambio de derrotero, correspondiéndose con la transformación política, no fue completo, de 180 grados, sino, tan sólo, parcial, de 90 grados, pues conservó las características principales del sistema anterior. En efecto, el sistema penal, conforme al orden político conservado, sigue pensado como método de control social directo de los súbditos, ahora ciudadanos, el más riguroso y formalizado por su forma coactiva característica, la *pena estatal*, y persiste el dominio absoluto, derivado de esta comprensión, de la *persecución penal pública u oficial*, característica que domina el sistema operativo judicial y subsiste hasta nuestros días¹². En la organización judicial, acorde con ello, es también característica la consolidación de los órganos encargados de la persecución penal estatal: la *policia* y el *ministerio público*; más aún, el compromiso de las nuevas ideas con la necesidad de un control social vigoroso por parte del Estado y sus autoridades aparece con claridad en la institución del *fuero de instrucción*, el *inquisidor de l'ancien régime*, y, por ello, *persecutor penal estatal*, encargado de la investigación al abrirse el procedimiento, compromiso que ni siquiera fue disimulado tras la toga. El desapoderamiento de la víctima, protagonista principal del conflicto, a manos del poder estatal, continúa.

Conforme a ello, por regla con escasísimas excepciones, la voluntad —unilateral o consensual— de los protagonistas

¹² Cf., por todos, Vélez Maricó, Alfredo, *Derecho ...*, op. cit., T. II, pp. 177 y sigs.; Kozin, Claus, *Strafverfahrensrecht* (32ª edición), Beck, Múnich, 1991, § 12, pp. 61 y sigs.

del conflicto, incluido el autor o el imputado, no se relaciona de manera alguna con su solución, ni influye en ella. Por lo contrario, la *averiguación de la verdad histórica* permanece como meta principal del procedimiento penal¹³. Así, el procedimiento penal continúa siendo, antes que una vía para la solución de conflictos humanos, un método para el control directo de los habitantes por parte del Estado, para la aplicación de la coerción estatal, incondicionada a la voluntad de los particulares.

Las reformas, no obstante, suavizaron el rigor de la inquisición. Elevaron al imputado, al menos en el período principal del procedimiento —el juicio público—, de *objeto de la investigación estatal* a la categoría de *sujeto de un procedimiento judicial*, con derechos en él. Con ello, modificaron su papel, aun cuando parcialmente, reconociendo garantías que lo amparan frente al Estado persecutor, inherentes a su condición de ser humano: defensa libre, incoercibilidad de su voluntad como informante en el procedimiento de persecución penal (prohibición de métodos coactivos para lograr que informe), custodia de su privacidad (métodos prohibidos de búsqueda de la verdad), equilibrio procesal con el acusador, para cuyo logro se acude al sistema ingenioso de reputarlo inocente hasta que no se verifique su culpabilidad (*in dubio pro reo*), única persecución admitida (*ne bis in idem*), etc.¹⁴.

No menos importantes fueron las transformaciones del procedimiento y de la organización judicial provocadas por ese cambio: juicio público, cuyo eje central es un *debate oral, contradictorio y continuo*, como base de la sentencia penal, en reemplazo de la encuesta escrita; juicio promovido por una acusación proveniente de un órgano distinto al tribunal sentenciante, límite de la sentencia penal y garantía de una defensa correcta, sin sorpresas en el fallo; prohibición de que los jueces que presidían el debate, únicos llamados a dictar sentencia, hubieran intervenido en etapas anteriores del procedimiento (temor de parcialidad), en especial, en el proce-

¹³ Vélez Maricande, Alfredo, *ibídem*, T. II, p. 185 y sigs.; Roxin, Claus, *ibídem*, § 15, A, p. 76 y sigs.

¹⁴ Cf., por todos, con citas de la bibliografía principal, Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal...*, op. cit., t. 1b, § 6, p. 233 y sigs.; ver también § 8, D, p. 362 y sigs.

dimiento de investigación, que se realiza para lograr la acusación o, de otra manera, clausurar la persecución penal; participación ciudadana en los tribunales de juicio y sentencia (jurados o escabinos); división de las tareas judiciales del Estado en materia penal, en dos órganos diversos, uno encargado de perseguir penalmente, el ministerio público, y otro de juzgar, el tribunal; horizontalización de la organización judicial (juicio con única instancia de mérito), que prefiere los controles externos (participación ciudadana) a los internos (orden jerárquico de los tribunales y proliferación de recursos devolutivos)¹².

III. La contradicción entre el discurso principista y su realización en Iberoamérica

A pesar de que los principios limitativos, procesales y organizativos eran consecuencia del nuevo régimen político, los países de la América Ibérica, fieles, abstractamente, desde su estatuto fundacional, a la transformaciones del Estado que impuso la república parlamentaria en el siglo XIX, no incluyeron, en el Derecho común, las reformas necesarias del aparato estatal y de su modo de operar que debieron ser derivación consecuente del cambio, imprescindibles para tornar reales la ideología política expuesta en sus constituciones, especialmente en el área de la organización judicial y del procedimiento penal. Pese a su impulso inicial, que, por ejemplo, en mi país de origen dio por resultado paradigmático la inclusión constitucional de la obligatoriedad del juicio por jurados en materia penal, por tres reglas distintas de la Constitución histórica, todavía hoy vigente (como derecho del ciudadano, como obligación para el Poder Legislativo nacional y como pauta de organización del Poder Judicial), algo inusual en ella, las leyes comunes, que debieron cumplir la misión de poner en ejercicio los poderes instituidos por la Constitución, permanecieron fieles al antiguo régimen colonial: justicia burocrática, organizada jerárquicamente sobre la base de controles internos rigurosos; procedimiento por encuestas registradas por escrito (que posibilitaba aquellos controles jerárquicos); sentencia funda-

¹² Sobre ello, en el mismo sentido, también ibídem, § 7, pp. 473 y sigs.

da en actos secretos de la encuesta o sin participación real del imputado, convidado de piedra a su propia persecución penal; jueces profesionales, funcionarios permanentes del Estado, encargados de llevar a cabo el procedimiento y de juzgar. Chile, nuestro país anfitrión, no es una excepción a esta regla¹⁶.

Lamentablemente, descrita de un modo genérico y sin detallar excepciones, en todo caso muy escasas, la situación de la organización judicial y del enjuiciamiento penal latinoamericano continúa así hasta el presente, a pesar de que las antiguas metrópolis, fieles al desarrollo europeo¹⁷, ingresaron de lleno al proceso reformista en el siglo XIX y hoy, inclusive, desarrollan reformas modernas de su sistema penal, modificando el enjuiciamiento, total o parcialmente, conforme, por una parte, a nuevos problemas que presenta la organización social actual, y, por la otra, al desarrollo de las ideas que hoy dominan el sistema penal, el sistema judicial y la realización del Estado democrático de Derecho¹⁸. En los

¹⁶ Otro ejemplo de ese impulso inicial frustrado es Guatemala: sigue rigiéndose hoy por estatutos penales que tienen su origen en la Inquisición española, hoy, por supuesto, sin vigencia en la península desde hace más de cien años (Ley de Enjuiciamiento Penal de 1802, que, en España, produjo la transformación del siglo XIX en el área de los procedimientos penales y puso fin a la Inquisición), a pesar del movimiento liberal que encabezó la obra del Dr. Mariano Gálvez en el siglo pasado, gobernamte que llegó a sancionar y tener como vigentes los —así llamados— célebres Códigos Livingston para el estado de Louisiana, modelos de transformación liberal del siglo pasado (en el transcurso de este relato Guatemala sancionó un nuevo Código Procesal Penal que varía fundamentalmente el sistema de enjuiciamiento penal).

¹⁷ En especial, hoy, Portugal, con su Código moderno de procedimientos penales, de 1988.

¹⁸ Ejemplo de ello: los nuevos códigos procesales penales de Portugal (cit. nota anterior) y de Italia (1989), y las sucesivas reformas de importancia que ha aportado la Ordenanza Procesal Penal de la ex-República Federal de Alemania durante el siglo XX y, también, en los últimos años (una muestra de ello: cf. Maier, Julio B. J., *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, Depalma, Buenos Aires, 1978/1982, y Gómez Colomer, *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985, textos traducidos sucesivamente, que han resultado antiguos en escasos años). España, lamentablemente para nosotros, pues siempre tenemos más a mano su producción jurídica, no sigue ese proceso de modernización.

países iberoamericanos, sólo entrado el siglo XX, y muy parcialmente, tanto en sentido del contenido, como en el número de países involucrados, se produce alguna reacción que pretende ajustar las instituciones judiciales, en materia penal, a la idea republicana¹⁸. El sistema penal de los países ibero-

¹⁸ En la Provincia de Córdoba, República Argentina rige, desde el año 1940, un Código procesal penal que intentó, con cierto éxito, desarrollar un sistema de enjuiciamiento penal ajustado a la reforma europea del siglo XIX. El Código se vincula a la tradición académica de la ciudad capital de esa provincia; sus autores fueron los profesores universitarios Sebastián Soler y Alfredo Vales Mariconda, bien conocidos por su obra en los países de habla hispana, ambos ya fallecidos. A partir de allí, se generó en toda la República Argentina un lento pero sostenido movimiento de recepción de esa legislación por las demás provincias, que acaba de culminar con la sanción de un código federal, también copia del código cordobés histórico. El código cordobés tuvo como fuente de origen principal a los códigos italianos de 1913 y 1930, el primero por su rama Democrática y el segundo por su técnica legislativa depurada, pero también influyeron de manera importante la Ley de Enjuiciamiento Penal Española de 1882, el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808 y la Ordenanza Procesal Penal Alemana de 1877, todos ya reformados por ese entonces; registran alguna influencia otros códigos europeos y cierta legislación nacional. Su procedencia académica y erudita se reconoce inmediatamente porque, aunque no forman parte del articulado prescriptivo, el Código fue sancionado con notas al pie, que indican las fuentes de origen de las reglas.

Ese código tuvo repercusión internacional, no sólo académica, en el sentido de los elogios que, especialmente, le brindara don Niceto Alcalá Zamora, erigiéndolo en el modelo iberoamericano, del cual fue, a la postre, su punto de partida, sino, también, en la legislación positiva de la República de Costa Rica, que transformó su enjuiciamiento penal drásticamente con un código, hoy vigente aún, que lo tiene por fuente. Costa Rica, inclusive, llevó a cabo un gran esfuerzo de adaptación de sus instituciones a las nuevas reglas sobre el enjuiciamiento penal, que abarca también, el sistema penal en general (Derecho penal y ejecución penal) y su organización judicial, bastante deficiente en los acompañamientos del código cordobés.

Cualesquiera que sean las críticas que hoy puedan ser dirigidas contra ese código, cuyo nacimiento ya supera el medio siglo, pero que proceden de un siglo atrás, lo cierto es que ellos modificaron sustancialmente las rutinas y formas de comportamiento de los operadores judiciales, en un sentido que telara la comparación con los sistemas de países adelantados (como muestra, cf. mi *Ordenanza Procesal Penal Alemana*, cit., una comparación jurídica entre ese sistema y el alemán).

Se debe decir, también, que ha existido siempre, en el continente de habla hispana y lusitana, cierta conciencia acerca del atraso y de la falta de correlación entre el sistema penal y las instituciones constitucionales,

americanos, en todos sus sectores, no sigue, por lo demás, la discusión actual que, sobre el tema, se produce en los países desarrollados, ni su legislación se hace eco de esos problemas; persiste, todavía, una gran tendencia autoritaria, que se advierte en el arraigo del positivismo criminalístico dentro del Derecho penal material, y en la tendencia inquisitiva de su Derecho procesal penal. Una pequeña proporción de su ciencia penal lucha denodadamente, con recursos ínfimos y éxito e influencia escasos, para disminuir el autoritarismo del sistema a niveles tolerables y evitar el atraso científico.

Este es, a grandes líneas, el estado actual de la cuestión en el ámbito latinoamericano, descripta desde su perspectiva histórica, política y jurídica, quizás con exclusión del inusitado movimiento actual, con comienzo en la década anterior, que, hasta ahora, sin embargo, no ha dado frutos de consideración. Ese estado es la prueba más contundente de la imputación que, regularmente, nos dirigen los países más adelantados de nuestra órbita cultural: la notable diferencia, mejor dicho, la incompatibilidad, entre nuestro discurso programático y el práctico, entre principios declamados e instrumentos que adoptamos para tornarlos realidad. Tomar conciencia de ello representa un primer paso hacia la solución, dicho en términos ideológicos, hacia la creación de las repúblicas democráticas que siempre prometimos y nunca hicimos.

sin sin referimos al momento actual. Pero la mayoría de los países no ha conseguido quebrar la rutina histórica. El Salvador, por ejemplo, conoce desde hace tiempo el jurado, que debió haber conducido a un juicio real ante ese tribunal; sin embargo, por una parte, no consiguió quebrar el procedimiento por encuestas escritas y secretas que, según rutina, son leídas sintácticamente a los jurados para que emitan su veredicto y, por la otra, ha ido reduciendo, paulatina pero intencionalmente, las causas de competencia de ese tribunal. Bolivia tuvo también su reforma, en la cual el código cordobés jugó un gran papel académico, pero, también, un papel práctico nulo. Ecuador conoce el juicio público, pero el sistema penal ordinario transita por otra vía. Perú, en fecha reciente, ha transformado su ordenamiento procesal; desconocemos su efecto.

Los códigos emergentes del código cordobés histórico han quedado atranzados, respecto del movimiento político universal en materia penal. Representan el estado de la cuestión al finalizar el siglo XIX. Tanto es así que la misma provincia de Córdoba, y, siguiendo sus pasos, la de Tucumán, en la República Argentina, han sancionado nuevos códigos que, en alguna medida, han receptado problemas actuales del enjuiciamiento penal, modificando plausiblemente el modelo histórico.

3. LA REFORMA NECESARIA EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PENAL

A. Necesidad política y necesidad práctica

La reforma ha trascendido hoy los alcances de una necesidad política, para situarse también en el plano de una necesidad práctica. La administración de justicia penal ha sido descripta como colapsada, ineficiente e inoperante desde varios y muy diversos ángulos de observación, pues no responde a ninguno de sus posibles fines primarios: persecución penal de los delitos, para lograr cualquiera de los fines que se atribuye a la pena, garantía de los derechos fundamentales de los habitantes de un país, en fin, logro de la paz social mediante una solución correcta de los conflictos sociales, indispensable para vivir democráticamente y sin violencia extrema²⁰. Conviene aclarar que esta necesidad práctica no es tan sólo sentida por nosotros, por el atraso institucional descripto, sino, también, por los países más desarrollados, conforme al cambio social enorme, experimentado durante el siglo XX, cada vez más acelerado. Para nosotros, sin embargo, el defecto se aprecia por partida doble y la tarea, consecuentemente, no sólo es doblemente pesada, pues, al no haber producido las reformas republicanas en la oportunidad debida, debemos ahora recomodar totalmente nuestra administración de justicia, sino que, además, a consecuencia de ello, para la reforma debemos luchar contra una serie de rutinas —no en último término contra la formación universitaria deficiente—, de prejuicios y de intereses, propios del sistema tradicional que aplicamos, que, lamentablemente, no impiden hablar de la reforma, pero sí institucionalizarla.

La exposición ganaría si separara las reformas institucionales de las prácticas; empero, obligado a la síntesis, dividiré las secciones entre la de procedimiento propiamente dicho, por una parte, y la de organización judicial, por la otra, y expondré sólo los problemas esenciales y urgentes a que nos enfrentamos.

²⁰ Cf., para la República Argentina, "Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, Exposición de Motivos", I, 3, en *Doctrina penal*, Depalma, Buenos Aires, 1966, ps. 654 y sig.

B. El procedimiento penal

1. El juicio público es el paradigma formal sintético del Estado de Derecho en la administración de justicia penal. Tanto las convenciones internacionales sobre derechos humanos²¹, que los países iberoamericanos han suscripto y ratificado casi en su totalidad, como las constituciones políticas que los rigen, exigen, bien por vía de reglas expresas, bien por el contexto ideológico-histórico-cultural del que parten —la república democrática—, esta forma de enjuiciamiento como único método que dé base a la decisión penal. Su incorporación al sistema positivo se trata, entonces, de un imperativo del sinceramiento de nuestras instituciones operativas con nuestras instituciones programáticas.

Este es, así, el punto de partida; un punto de partida que debe constituir el núcleo central del procedimiento penal. El implica, sintéticamente, un debate cumplido con la presencia ininterrumpida del imputado, su defensor, el acusador y los jueces que van a dictar la sentencia (eventualmente, las partes civiles, cuando se discute la cuestión reparatoria o restitutoria emergente del delito), debate que incorpora los únicos elementos en los cuales se puede fundar la decisión (immediación). Ello implica que ese debate se lleve a cabo en forma oral, para posibilitar su continuidad (concentración de los actos que en él son cumplidos), tanto interna como con la deliberación y votación de la sentencia, y su desarrollo en un lapso breve, que, como dijimos, los actos que lo integran sean los únicos idóneos para fundar la decisión y, por último, que los jueces que presencian ininterrumpidamente ese debate sean los únicos habilitados para dictar la sentencia (identidad entre los jueces que presencian el debate y los que deciden). La publicidad del juicio, así concebido, representa, por una parte, agregar transparencia republicana a los procedimientos y decisiones de la administración de justicia y, por la otra, una valla insuperable para uno de sus flagelos más

²¹ *Declaración universal de derechos humanos*, ONU (10-XII-1948), art. 10; *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, ONU (16-XII-1966), art. 14, n.º 1; *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, OEA Conf. Int. Americana (1948), art. 28, II; *Convención americana sobre derechos humanos*, OEA (22-XI-1969), art. 8.º, n.º 5.

notorios, lamentablemente extendido entre nosotros conforme al sistema operativo que empleamos, la llamada "delegación" (que consiste en encargar a otros aquello que el juez debe realizar por sí mismo), con expresión vulgar, pues obliga a aquellos que van a decidir a conocer por sí mismos y a responder personalmente —"dar la cara", con el dicho popular— por la decisión que se adopta como culminación del acto de administrar justicia; por lo demás, es ésta la única forma de *garantizar la defensa*, esto es, la participación protagónica del imputado y su defensor (también de la víctima, aunque éste sea un tema a tratar específicamente) en el procedimiento. Junto a ello, algunas ventajas prácticas: la celeridad y sencillez del juicio, limpio de toda rémora y complejidad burocrática, y el mejor conocimiento de la *verdad histórica*, una de las claves del procedimiento actual. Respecto de esto último es preciso indicar que el juicio público, nacido en un sistema que privilegiaba otras metas para el procedimiento que aquella de indagar la verdad histórica, a saber, el acuerdo como modo de resolver el conflicto social objeto del juicio y la confrontación entre los portadores de los intereses en conflicto, se ha adaptado perfectamente a su nueva meta, constituyendo también un elemento imprescindible para traslucir lo ocurrido fácticamente.

Este es el "debido proceso" correspondiente a un sistema de convivencia democrática, fundado en el Estado de Derecho, aquello que en idioma inglés se denomina *fair trial* (juicio justo o leal), base del enjuiciamiento penal, con el aditamento de los jurados para integrar el tribunal de juicio²².

II. Esta es la forma ideal de administrar justicia penal, esto es, de legitimar, en un Estado de Derecho, el uso de la coacción penal. Empero, unida a otras exigencias, como, por ejemplo, la participación ciudadana en la decisión (jurados o

²² Es por ello que la Constitución Argentina, que abrevió en esa fuente, torna imperativo el juicio por jurados, en tres reglas constitucionales referidas a los derechos o garantías del ciudadano (art. 24), a la obligación del Congreso de la Nación de regularlo y organizarlo para todo el país (art. 67, inc. 11), y a las bases de la organización judicial en materia penal (art. 102), con lo cual, en tres palabras, definió el "juicio justo" que ella concebía. Con ello no hizo otra cosa que seguir el movimiento reformista del siglo XIX en Europa continental, proveniente de la ideología

escabinos), si pretendemos utilizar esa forma de proceder en la totalidad de los casos penales que ingresan al sistema, fracasaríamos por la cantidad. Ello es, precisamente, aquello que pretende ocultar —sin demasiado éxito— la “delegación” y el sistema de encuesta escrita, aunque con sacrificio de los más caros principios relativos a la dignidad humana y su protección.

Por lo demás, tampoco es necesario, en todo caso que posee ribetes de contravención a una norma de deber penal, culminarlo mediante la aplicación de la coacción penal. Hoy se postula, en el Derecho penal material, soluciones diversas (*diversion*), para ámbitos más o menos acotados de delitos, tendientes a sustituir la coacción penal. Tras de todas estas soluciones, que, particularmente, obedecen a intereses y fines específicos, se halla la recreación de la voluntad de los protagonistas, incluido el propio Estado persecutor, y el consenso entre ellos, como medio para dar solución a conflictos sociales, sin utilizar la violencia extrema que genera el sistema penal. En el fondo de esas soluciones de reemplazo (conciliatorias, reparatorias o terapéuticas) se halla la crisis de *la pena estatal*²³ y de la propia justicia penal, fundada en esa solución y en sus consecuencias formales: persecución penal pública obligatoria y averiguación de la verdad histórica como paradigma de lo que se concibe por “justicia”. Lentamente regresan el consenso y la restitución al *status quo ante*, o al estado deseado por el Derecho, como vías para lograr la

iluminista, que, en la materia, preguntaba sobre la base del espejo de las instituciones británicas (cf. v. Feuerbach, Anselm, *Ueber die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs in besonderer Beziehung auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerichtsbeisitzer*, G. F. Henr. Gießen, 1825, pá. 425 y sigs.).

También resulta paradigmático del desajuste entre sistema operativo y sistema institucional, el hecho de que el parlamento federal de la República Argentina no haya podido —por no decir, “querido”—, en casi 150 años, cumplir el mandato constitucional, y el hecho de que sus jueces y juristas no sólo no reaccionaran frente al incumplimiento, sino, antes bien, que reaccionen todavía hoy con estupor, casi incrédulos acerca de lo que pasa, buscando argumentos sofisticados y, en todo caso, conservadores, cuando algún proyecto, tímidamente, pretende cumplir con ese mandato. La rutina del autoritarismo genera lealtades insospechadas.

²³ Ver nota nº 6.

paz jurídica y social, y soluciones razonables para el conflicto²⁴. No es aventurado hablar de una cierta "privatización" del Derecho penal²⁵.

Un sistema de selección de casos resulta, así, necesario, desde el punto de vista práctico, y recomendable, desde el punto de vista político-criminal. Para elaborarlo es útil tener presente, a más del criterio de igualdad ante la ley, dos argumentos incontestables: en primer lugar, que la necesidad político-jurídica del juicio público se refiere al uso de la coacción penal estatal, a la aplicación de una pena (condena), y, prácticamente, a la pena privativa de libertad, máxima expresión del sistema (excluimos, adrede, la pena de muerte), no así, por lo contrario, a la absolución o a las alternativas que significan prescindir de ese remedio para la solución de conflictos sociales, en principio de índole penal, para acudir a otras soluciones (*díversión*); en segundo lugar, el aforismo *mínima non curat proctor*, que puede incluir soluciones abreviadas para el Derecho penal de Bagatela²⁶. Ello se compadece, por lo demás, con el carácter subsidiario del Derecho penal: pena estatal = última ratio de la política social.

Sin ánimo de agotar el problema, ni la discusión sobre él, el panorama político-criminal universal propone, hasta ahora, sobre todo en el ámbito cultural próximo a nosotros, soluciones basadas:

a) en el abandono del principio de legalidad de la persecución penal (obligatoriedad) —parcial para aquellos órdenes jurídicos que contenían a este deber como regla de principio²⁷, al establecer ciertos criterios de oportunidad, fundados utilitariamente²⁸;

²⁴ Cf. Maier, Julio B. J., "Entre la inquisición y la compasión", en *No hay Derecho*, año 2, n.º 6, Buenos Aires, 1992, p. 28; y los artículos publicados en el libro *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

²⁵ Ad. Esar, Albín, "Acercas del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal (Tendencias nacionales e internacionales)", traducción de Guariglia, Fabrizio y Córdoba, Fernando J., en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 51.

²⁶ *Ibidem*, V. Armenta Dec. Teresa, *ob. cit.*, nota 27.

²⁷ Sobre el principio de legalidad de la persecución penal: González, Daniel, *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*, Cal. de Abogados, San José, 1986; en su contraste con el principio opuesto

b) en la suspensión de la persecución penal a prueba, mecanismo consistente, fundamentalmente, en conceder al autor la tabla de salvación de un tiempo de prueba, fijado por la ley o judicialmente, para que cumpla ciertas instrucciones, determinadas también judicialmente (básicamente: no cometer un nuevo delito, esforzarse por perfeccionar acuerdos reparatorios con la víctima, dentro de sus posibilidades, seguir algún tratamiento terapéutico o abstenerse de ciertas conductas (ingerir bebidas alcohólicas o consumir drogas)), plazo —inicial o prorrogado— después del cual el cumplimiento satisfactorio de las instrucciones conduce a prescindir de su persecución penal definitivamente (extinción de la acción penal), en tanto la realidad contraria supone su reanudación²⁰; y

c) en la aceptación de ciertos acuerdos entre acusador y acusado, al menos para delitos leves o de mediana gravedad, inclusive con participación de la víctima, que permitan abbreviar el procedimiento hasta prescindir del debate público, centro del procedimiento principal²¹.

Esos criterios de selección son vinculados por el Derecho penal y procesal penal —cuando coordinan sus mecanismos—, en numerosas ocasiones, a la utilización del sistema penal a favor de la víctima, inclusive dentro de un marco político-criminal dirigido al autor²², para arribar a soluciones que

(oportunidad). Armenta Dea, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*: Alemania y España, PPU, Barcelona, 1991; exposiciones generales: Vález Maricande, Alfredo, *Derecho...*, op. cit., T. II, pá. 180 y sigs.; Maier, Julio B. J., *Derecho...*, op. cit., T. II, pá. 548 y sigs.

²⁰ Ejemplos en el CPP modelo Iberoamericano, art. 230, nota.

²¹ Ejemplo del contexto regulatorio penal y procesal penal: CPP modelo Iberoamericano, art. 231 y nota. También el nuevo CPP Portugal, arts. 281 y sig.

²² Ver CPP modelo Iberoamericano, arts. 371 y sigs., "Procedimiento abreviado"; CPP Italia (1989), arts. 448 y sigs., 444 y sigs., 459 y sigs.; CPP Portugal, arts. 392 y sigs. El nuevo CPP Italia, arts. 444 y sigs., permite, inclusive, a semejanza del *plea guilty* (declaración de culpabilidad que evita el juicio y el veredicto de los jurados), de origen norteamericano, el llamado *patteggiamento* (suficiente pena, acuerdo entre acusador y acusado que permite, directamente, con la aquiescencia del tribunal, determinar la pena sin juicio) (v. art. 448).

²³ No es cierto que el movimiento a favor de la víctima constituya, necesariamente —menos aún en las postulaciones concretas que ha producido—, una reacción contra una década de política criminal dirigida úni-

permitan prescindir de la solución penal del conflicto, total o parcialmente²³. En este sentido, el planteo coincide e intenta realizar, con otros mecanismos menos abstractos que los tradicionales, el carácter subsidiario que se atribuye al Derecho penal como protector de bienes jurídicos, utilizar la

lateralmente hacia el autor (opinión de Hirsch, Hans Joachim, "Zur Stellung des Verletzten im Straf und Strafverfahrensrecht", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, p. 699 y sigs. [trad castellana de Maier, Julio B. J. y Pastor, Daniel, "Acercas de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal", en *De los delitos y de los víctimas*, cit., p. 94 y sigs.]). Para constatar la réplica a esta afirmación, Maier, Julio B. J., "La víctima y el sistema penal", en *De los delitos y de los víctimas*, cit., p. 266 y sig., con cita de los autores que, en el ámbito jurídico propio del autor antes citado, presentan otra opinión.

²³ Los códigos penales, inclusive los decimonónicos, conceden ya a la autonomía de la voluntad del ofendido o del autor sentido desincentivador. No me refiero, precisamente, sólo a los delitos de acción o de instancia privada, en los cuales la voluntad del ofendido juega un papel preponderante, ya para evitar la persecución penal, ya para prescindir de la pena, inclusive en delitos graves como la violación y demás ataques a la libertad sexual o a la honra de la víctima, sino, antes bien, al juego de la voluntad en los delitos de acción pública: no es raro que la obligación voluntaria de la multa máxima inhiba la persecución penal; tampoco es raro que el asentamiento con la ofendida —acto para el cual es imprescindible el consentimiento— inhiba, como excusa absoluta *ex post facto*, la persecución penal y la pena en delitos graves, como las ofensas a la libertad sexual; la retractación, como reparación de la ofensa en los delitos contra el honor, cumple el mismo papel.

Los códigos penales modernos suelen comprender mayores concesiones a la voluntad privada en el sentido expresado. Como ejemplo basta el CP austriaco, § 167, que extiende el valor del desistimiento del autor, expresado en un compromiso reparatorio formal con la víctima (arrepentimiento activo), a una época posterior a la consumación del delito (ya el desistimiento no sólo es posible, como se lo concebía tradicionalmente, durante la tentativa, acabada o inacabada, sino que incluye al hecho consumado). Regularmente esos códigos, o las leyes procesales penales encargadas de su realización práctica, han abandonado parcialmente el principio de legalidad estricto (obligatoriedad de la persecución penal estatal), mediante el ingreso de muchas y variados criterios de oportunidad (ver *CPP ex-Rep. Federal de Alemania*, §§ 153 y sigs.). La reparación integral, natural o simbólica, sirve también, en el marco de la finalidad preventivo especial de la pena (acto principal de arrepentimiento activo del autor) y de su determinación concreta, para prescindir de ella o para disminuirla considerablemente (cf. Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Beck, München, 1992, § 8, III, p. 47). V., también, el nuevo *CPP Portugal*, arts. 280 y sigs., en especial, art. 281.

pena estatal, verdaderamente, como *último ratio* de la política social, conforme al principio de proporcionalidad, insito en todo Estado de derecho²³.

III. Aceptado que el núcleo del enjuiciamiento penal, y su coronación, sea el juicio público, esto es, el proceder básico que legitima formalmente el uso de la pena estatal (institución mencionada en el sentido cultural y jurídico propio, como consecuencia jurídica de extrema violencia para infracciones a prohibiciones o mandatos de importancia mayúscula para el orden jurídico establecido), el principal escollo para arribar a él de manera eficiente consiste en la llamada *instrucción preparatoria o preliminar*. Se trata, como se sabe, de la consecuencia necesaria del sistema de persecución penal pública, en tanto los órganos de persecución penal estatales, imparciales frente al caso por definición, precisan conocer el acontecimiento hipotéticamente delictivo, para efectuar la decisión acerca de la promoción del juicio o, cuando ello no es posible, en el sentido contrario, acerca de la clausura de la persecución penal; por lo demás, como este período del procedimiento inaugura el procedimiento penal, el delincuente presunto se enfrenta allí, por vez primera, con el aparato estatal de persecución, razón por la cual resulta de importancia extrema definir aquí, jurídicamente, sus facultades y las del órgano estatal investigador, en especial, para este último, qué acciones no le están permitidas o, al menos, están sujetas, para su realización legítima, a autorizaciones especiales, todo en homenaje a los resguardos y garantías que, para la dignidad del imputado, implica el Estado de derecho, puestos básicamente en peligro en este período del procedimiento²⁴.

Según se observa, la eficiencia, como en todo el procedimiento penal, se valora a través de dos sistemas de medidas diferentes, a menudo opuestas entre sí: por una parte,

²³ Cf., por todos, Basin, *Class. Strafrecht AT*, cit., § 2, XI, ps. 17 y sig.; conviene la lectura de todo el parágrafo, ps. 7 y sigs., y, también, del § 1, II, ps. 2 y sigs.

²⁴ Cf., para una mejor definición de estos problemas, Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, 2ª parte, cap. IX, ps. 369 y sigs.; y Meier, Julio B. J., *La investigación penal preparatoria del ministerio público*, § 2, ps. 13 y sigs.

eficiencia significa éxito de la persecución penal estatal, coronada por la condena del autor; por la otra, eficiencia significa resguardo y garantía para quien es señalado como autor, por un sistema de facultades, prohibiciones y mandatos que, de ordinario, se opone drásticamente a la persecución penal eficaz, pues limita claramente los medios para la averiguación de la verdad²⁸.

Precisamente, los problemas principales relativos a la exigencia, para el procedimiento penal, de constituir un método eficiente para la solución de los casos atribuidos a ese ámbito de relaciones, en ambos de los sentidos señalados —éxito de la persecución penal y respeto por la dignidad de la persona, en especial, por el imputado— residen en este período inicial del procedimiento: en la instrucción preparatoria. Ella es, prácticamente, la responsable principal del colapso del sistema. En efecto, la necesidad de averiguar la verdad oficialmente, antes de demandar el juicio, propia del sistema penal tal como fue pensado según el compromiso decimonónico (Código de Instrucción Criminal Francés de 1808), lo torna excesivamente lento e incapaz, en la mayoría de los casos, para alcanzar los fines para los cuales fue propuesto: la principal selección desincriminatoria se lleva a cabo en este período del procedimiento, fácticamente, sin criterio político-jurídico alguno que la presida, y también, durante este período, se configuran las mayores violaciones, impunes por lo general, al sistema de garantías y seguridades ciudadanas.

No es casual que así suceda. El intento de mantener un sistema procesal cuyo fundamento de eficiencia residía, casi exclusivamente, en las obligaciones del imputado y de todo súbdito de informar la verdad sobre el suceso, con utilización

²⁸ Es en este último sentido que se pregunta que el proceso penal es el termómetro o el barómetro de las elementales autoritarias o democráticas que contiene la Constitución del Estado (cf. Goldschmidt, James, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1961, T. II, § 4, n.º 30, p. 109; Kassin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, cit., § 2, A, p. 8), el tiempo que se indica como una de sus funciones la de reformular el Derecho constitucional referido a la utilización del poder penal, superando correctamente, aunque con desconocimiento de la realidad iberoamericana, que cumple, efectivamente, esa tarea.

Sobre la verdad como finalidad del procedimiento penal, ideal múltiplemente condicionado y redefinido por el Derecho penal y procesal penal, Maier, Julio B. J., *Derecho...*, cit., § 8, D, pp. 542 y sigs.

de la coacción directa para lograr la efectiva realización de ese deber (tormento), procedimiento durante el cual las personas eran meros objetos de persecución, debió tornarlo ineficaz, sobre todo para aquellos que saben utilizarlo, cuando la cultura humana rechazó y después prohibió este tipo de coacción, la tortura de los ciudadanos y el ingreso irrestricto en su vida privada, cuando declamó como punto de partida la inocencia del imputado y cuando le concedió facultades suficientes para defenderse, erigiéndolo en un sujeto de derechos en el procedimiento. Pero, además, la reacción contraria no se hizo esperar: el sistema mismo generó un desconocimiento hipócrita de las reglas de garantía, para lograr alguna eficiencia legitimante, por supuesto, en la franja de quienes eran más débiles, de aquellos que no sabían o no podían utilizarlo bien, en su beneficio.

El juez de instrucción, sinónimo personalizado de este período procesal, resulta un espejo de la situación descrita: encerrado entre dos fuegos, la necesidad de averiguar la verdad y su labor judicial de protector de las garantías ciudadanas, papeles contrapuestos, que se pretende juegue a un mismo tiempo, culmina por diluir las funciones que le son adjudicadas, cumpliendo en forma ineficiente ambas tareas. Nacido por un pacto de compromiso entre el antiguo y el nuevo régimen, para conservar al inquisidor, en el Derecho francés del siglo XIX, como operador de una instrucción formalizada, registrada por escrito (actas) y secreta, sin participación del imputado, que continuaba el rito inquisitivo, el final del siglo XIX y los comienzos del XX le juegan la mala pasada de liberalizarle el procedimiento, obligándolo a considerar al imputado como un sujeto del procedimiento, con derechos en él, y a asumir el papel de tutor de esos derechos y garantías; inquisidor, por una parte, y garante (juez), por la otra, el resultado de su obra fue la ineficiencia de su función en ambos sentidos y, para colmo de males, seleccionada, según se vio. Se ha esquematizado esta situación mediante la afirmación de que, institucionalmente, no es posible edificar un sistema garantista erigiendo a una autoridad, que ejerce el poder público, en control de sí mismo. El ejemplo surge espontáneamente: el juez de instrucción establece la necesidad del allanamiento de un domicilio o de la interceptación y apertura de la correspondencia, para averiguar algo que estima importante, y, al mismo tiempo, juzga sobre la possibili-

dad de aplicar ese método, disciplinada por reglas jurídicas, ya desde la ley fundamental del Estado, esto es, él mismo es quien permite ese procedimiento compulsivo, sometido, precisamente, a una autorización judicial fundada y reglada, como método de control sobre el ejercicio del poder público y en resguardo de la seguridad de los ciudadanos (relativa, en el caso, al derecho de privacidad del domicilio). No sucede otra cosa con el encarcelamiento preventivo: una misma persona lo considera necesario y lo autoriza, lo pide y lo decide.

Además, la institución de ambos, del procedimiento y de su operador, oculta intenciones aviesas, desde su origen. Ya en el Código francés, decantador de la reforma, las autorizaciones para incorporar actos de la instrucción formal, en reemplazo de los actos del debate y como excepción a la regla general que obligaba a fundar la sentencia, únicamente, en los conocimientos válidamente adquiridos durante el debate público, son, como reglas de excepción de un sistema, demasniadas y configuran permisos francamente abiertos, que franquean la puerta para desnaturalizar el juicio penal²⁶. El hecho de llamar juez al órgano de la persecución penal que preside esos actos, registrados para la posteridad del procedimiento, contribuye a ese propósito corruptor del juicio penal, al brindarles a ellos el prestigio y la intangibilidad que supone la función judicial²⁷.

He allí el por qué de la propuesta moderna, ya extendida

²⁶ Para darse cuenta de ello basta comparar los arts. 391 y 392 del Cód. Proc. Pen. de la Nación (Argentina), en vigor desde hace un mes, que prevé el juicio público y una instrucción a cargo de un juez, con el art. 309 del Proyecto federal argentino de 1986, que no obtuvo sanción legislativa, también diverso del juicio público, para instaurador de un método de investigación distinto (procedimiento preparatorio en manos del ministerio público, desformalizado y bajo el control de los jueces, cuando algún acto requiera autorización o se pretendía que tuviera valor para el debate y la sentencial).

²⁷ De allí a la tergiversación total del juicio público, según sucede en algunos países o regiones iberoamericanas, transformándolo, de ordinario, en una lectura de actas escritas durante el procedimiento preliminar, inclusive ante un jurado (¿?, por ej.: El Salvador), hay sólo un paso, aspecto que le ha valido a este tipo de enjuiciamiento la crítica justa, inclusive de quienes lo defienden: cf. Niño, Luis, *Perfil y rol del juez de debate*, ponencia presentada al "Encuentro nacional sobre juicio oral", Ministerio de Justicia de la Nación, Argentina, Buenos Aires, 1983; Fernández Eyraltgo, J., "El gran miedo", en *Jueces para la democracia*, cit., dic. 1988, p. 7.

universalmente²⁸, que consiste en separar claramente las funciones, concediendo competencia para ellas a órganos distintos: la tarea de llevar al acusado ante la administración de justicia, para ser juzgado, de preparar la acusación, en fin, de perseguir penalmente, le corresponde al ministerio público; la de controlar el buen uso del poder público, custodiar las garantías ciudadanas y evitar la arbitrariedad en el manejo de la fuerza pública, a los jueces. Por ello, la investigación preliminar se confía al ministerio público, bajo el control de los jueces para aquellos actos que signifiquen injerencia en los derechos de las personas o provoquen la necesidad de defensa²⁹. Se trata, sin duda, de un paso más en la transformación posible del procedimiento inquisitivo, de un paso más, si bien formal, hacia el método acusatorio.

IV. Estos son los problemas más acuciantes del procedimiento penal, conforme al estado general de la legislación latinoamericana. En adelante sólo mencionaremos aquellos temas que, sin ser de menor importancia y también necesitados de una reforma, carecen de una importancia global en la estructura del procedimiento o son, históricamente, de promoción más reciente.

²⁸ Cf. *CPP Italia* (1989), arts. 326 y sigs.; *CPP Portugal* (1988), arts. 262 y sigs.; la *CPP de la ex-Rep. Fed. de Alemania*, ya había abandonado la instrucción presidida por un juez de instrucción, completamente desde 1974 (L. StVRG; Primera ley para la reforma del Derecho procesal penal del 9-XII-1974); en el sistema anglosajón nunca existió esa vía.

²⁹ Así regulado en el *CPP modelo para Iberoamérica*, arts. 250 y sigs. Hoy el *CPP Guatemalteco*, de reciente sanción, ha adoptado el método. Parcialmente, también, el *CPP Costa Rica*; en este país se estudia una adaptación de su Código al *CPP modelo Iberoamericano*. En Argentina: los códigos de las provincias de Córdoba y Tucumán, también de reciente sanción, siguen el modelo para Iberoamérica; parcialmente, también, el *CPP Mendoza*, provincia que estudia una reforma similar a la de Córdoba y Tucumán. El Proyecto para Ecuador sigue, en este tema, el modelo iberoamericano y, aunque no tengo su texto, ha llegado a mi conocimiento que el *CPP Perú* seguirá el mismo rumbo. El Salvador ha creado una comisión que estudia la transformación de su sistema de administración de justicia penal y, en su seno, discute aún quién será el órgano encargado de la instrucción preliminar: parece existir un consenso mayoritario a favor de la solución del modelo iberoamericano. Brasil sólo procede, desde antes, por la vía de la investigación fiscal preparatoria; no conoce el método de la instrucción formal, ni el oficio de juez de instrucción.

a) La conexión entre la investigación preliminar y el juicio público, en el procedimiento común (delitos de persecución penal pública), no es sencilla. En casi todos los casos resulta imprescindible que el requerimiento final de quien persigue penalmente, conclusión de la instrucción preparatoria (tarea crítica de sus actos, que expone el resultado de la investigación practicada), tenga contenido incriminador (acusación o requerimiento de apertura del juicio) o desincriminador (clausura de la persecución penal, entre nosotros, sobrecriminación, en sus múltiples formas), sea sometido al control judicial. Un procedimiento intermedio, llamado así, precisamente, por su función colectiva entre la instrucción y el juicio público⁴⁰, procura, por una parte, servir de tamiz para evitar juicios inútiles, por la escasa seriedad de la acusación o sus desequilibrios formales, y representa, por la otra, el control jurisdiccional sobre los actos del ministerio público que pretenden clausurar la persecución penal contra una persona, conforme al principio de legalidad, que ordinariamente rige entre nosotros como regla⁴¹.

La forma de disciplinar jurídicamente este procedimiento intermedio es muy variada en la legislación comparada; inclusive, esa disciplina puede ser muy compleja, como sucede, por ejemplo, en el *CPP modelo Iberoamérica*, arts. 267 y siguientes. Esa regulación depende, fundamentalmente, de la cantidad de problemas del procedimiento que pretendan hallar su solución en este momento; en ocasiones, varios de los problemas relativos al ingreso del consenso de los intervinientes en el procedimiento, estudiados en el punto II de este parágrafo (por ej.: simplificación del rito, sentencia sin debate público, acuerdo sobre la pena, suspensión del procedimiento a prueba), son resueltos en esta etapa. Su regulación engendra, también, cuestiones complicadas en la organización judicial, no sólo por el número de jueces que integran el tribunal y su carácter (profesionales o populares⁴²), sino, antes bien, por el problema que representa evitar que los jueces del eventual juicio público hayan tenido contacto

⁴⁰ En otros códigos: *audiencia preliminar* (cf. *CPP Italia*, arts. 405 y sigs., 416 y sigs.).

⁴¹ Ver nota al pie nº 27.

⁴² Es clásico, para el Derecho anglosajón, la institución, para este período, del Gran Jurado.

con la causa antes de él, garantía fundamental del Estado de Derecho⁴³.

Sin ánimo de agotar la discusión, propongo ahora unir este periodo con aquel relativo a la *preparación del debate*, llamado regularmente, en las propuestas latinoamericanas, "*actos preliminares del juicio*", dejado en manos del tribunal que llevará a cabo el debate. Se lograría, con ello, tratar y decidir en conjunto una serie de problemas procesales conexos, a saber:

* la decisión acerca de si habrá o no un debate público, dependiente no sólo del control del requerimiento de apertura del juicio (acusación) o de clausura de la persecución penal (archivo o sobreseimiento), sino, también, de aquellos modos de proceder que permiten evitar el debate público;

** en caso de que se decida realizar un debate público, resulta imprescindible resolver quiénes serán sus protagonistas (tribunal competente, integración, acusadores, imputados y sus defensores, partes civiles), decisión que provoca múltiples procedimientos de saneamiento (recusación de los jueces o funcionarios del ministerio público, oposición a la intervención de alguna de las partes privadas, excepciones);

*** decidir acerca de los medios de prueba concretos que se utilizarán en el debate público, sobre las demás personas que se citará al debate (testigos, peritos) y las cosas que deben ser traídas a él para ser mostradas (documentos, etc.);

**** por último, decidir acerca del lugar en el cual se llevará a cabo el debate y sobre la fecha precisa en la que comenzará.

⁴³ Acerca del punto pronunció sentencia el Tribunal Constitucional de España, en dos casos, presentados por los mismos jueces que debían tramitarlos, que fueron anulados, declarando, en definitiva, la inconstitucionalidad y nulidad de la ley orgánica 10/1980, en su parte pertinente (art. 3º, párr. 2º, referido al procedimiento de urgencia), que permitía que un mismo juez realizara diligencias instructorias y presidiera el debate; cf. sobre ello el artículo de Fernández Entralgo, Jesús (uno de los jueces que planteó la cuestión), "La posible inconstitucionalidad de la acumulación de las funciones de instrucción y fallo en un mismo órgano jurisdiccional", en *Jueces para la democracia*, Unigraf, Madrid, octubre 1987, pp. 19 y sigs.; y las sentencias De Cubber (1984), Delcourt (1970) y Pierock (1982), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que contienen pronunciamientos en el mismo sentido, para casos similares, detectando la quiebra de uno de los derechos humanos de la Convención Europea, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial (art. 6º, párr. 1º), y procediendo en consecuencia.

b) El debate público, su organización y formas de proceder, es, por sí mismo, un problema. Basta observar o estudiar la manera distinta según la cual se desarrolla un debate en el ámbito anglosajón y en el continente europeo para darse cuenta de la multiplicidad de problemas a solucionar que él encierra.

Nosotros hemos propuesto un debate que, partiendo de la tradición continental, agrega, sin embargo, muchos elementos del anglosajón. Este último se parece mucho más que aquél a un juicio *de partes* frente a árbitros imparciales, los jueces que integran el tribunal. En especial, nos parece que resulta necesario reducir sustancialmente el protagonismo y las facultades de los jueces del tribunal de fallo durante el debate, para confiar en que el caso sea presentado y expuesto por quienes representan los intereses en conflicto. Sólo de esta manera existe verdadera *contradicción*, cuando existen, también, verdaderos *contradictores*, y cuando el tribunal asume su imparcialidad, evitando tomar partido o auxiliar a una de las partes. Ello implica, además, que los jueces que integran el tribunal del debate y la sentencia no deben conocer el caso antes de ingresar a la audiencia, por lo contrario, sólo deben conocerlo durante la audiencia del debate, y, especialmente, no deben tener a su vista, cuando existen, las actas de la instrucción preparatoria.

Algunos principios, como el *intra curia nocet* y las posibilidades de investigación judicial autónoma deben ser sometidos a estudio y revisión; de allí deriva, asimismo, la reforma de la manera de obtener la información, de interrogar al acusado, a los testigos y a los peritos que informan en el debate, que debe ser sustraída, básicamente, de la tarea de los jueces, para pasar a manos de los contendores. Todo ello, a pesar de que no transformaría radicalmente el sistema, que seguiría devoto al acusatorio formal (formalización relativamente acusatoria de una persecución penal inquisitiva), le daría mayor apariencia y contenido de juicio acusatorio, aspecto que resulta de gran importancia para ciertos principios garantistas.

c) La participación de la víctima en los procedimientos por delitos de acción pública constituye un problema general del procedimiento común⁴⁴. Pero su ingreso al juicio público,

⁴⁴ Cf. Maier, Julio B. J., "La víctima y el sistema penal", en *De los*

en especial, plantea problemas políticos cuya solución no sólo no es sencilla, sino que, antes bien, está vinculada a la concepción misma del Derecho penal e, inclusive, al papel protector del imputado frente a la persecución penal que cumple el Derecho procesal penal. Se trata, aquí también, de un problema conjunto del Derecho penal y del Derecho procesal penal.

Mientras se mantenga el actual estado de cosas y el Derecho penal constituya, fundamentalmente, un medio de control social directo y vigoroso por parte del Estado, nos ha parecido mejor conceder a la víctima un papel en el procedimiento común, vinculado más a la colaboración con el ministerio público (*acusador adhesivo*), que a erigir otro acusador autónomo frente al imputado (*acusador conjunto*). Ello repercute, básicamente, en su propio poder de conducir a un acusado al juicio público y en el régimen de los recursos contra la sentencia.

Resta definir, sin embargo, problemas arduos relativos a la víctima en el procedimiento penal. En primer lugar, el ingreso de la cuestión civil emergente del delito al procedimiento penal, la forma de su ingreso y las modificaciones necesarias del rito, cuando ingresa la cuestión civil, que, necesariamente, lo tornan complejo y repercuten sobre la organización judicial si, como corresponde, se desea brindar auxilio a la víctima necesitada y evitar, en lo posible, la falta de acceso al procedimiento judicial que el mismo delito y la situación socio-económica plantean a las víctimas.

Ni la intervención, ni la protección a la víctima, terminan con su papel activo en el procedimiento. Por lo contrario, aunque la víctima o sus sustitutos decidan no inmiscuirse en él, el conocimiento del hecho punible depende en tal medida de ellos que, salvo casos excepcionales, no lograrán evitar intervenir en él. Es por ello que, aun en este caso, deben preverse derechos de información de la víctima sobre la marcha del proceso, especialmente en los casos de clausura de la per-

delitos y de las víctimas, cit., nº 3, pá. 214 y sigs., con los diferentes problemas relativos a la intervención de la víctima en el procedimiento común y su definición.

En el Proyecto para Guatemala, sancionado recientemente como CPP de esa República, estos problemas tenían mayor definición que en el CPP modelo *Iberoamérica*.

secución penal por cualquier razón, y que la protección alcanza también a la víctima como testigo del hecho, caso en el cual, se sostiene, debe permitirse su asesoramiento jurídico. Casi todos los procedimientos tendientes a reemplazar la solución penal del conflicto deberían contar con la intervención de la víctima, suficientemente informada al respecto.

El procedimiento por delito de acción privada representa el máximo poder de la víctima en el sistema penal, pues de su voluntad depende no sólo la actuación del Derecho penal, sino también, regularmente, la ejecución de la pena.

d) El problema de las *prohibiciones probatorias* —o de las prohibiciones de valoración probatorias—, con ser un problema singular, atinente a todo el procedimiento, tiene una repercusión especial durante la preparación del debate (admisión de la prueba), durante el debate y en la fundamentación de la sentencia. Regular convenientemente la cláusula de exclusión, tarea difícil por sus extensiones, resulta, sin embargo, absolutamente necesario hoy en día. Se trata, como se sabe, de la afirmación de principios de garantía relativos a derechos humanos, cuyo desarrollo torna imprescindible nuevas formulaciones⁴³.

e) La *determinación judicial de la pena* es hoy un problema que comparten el Derecho penal y el procesal penal, con íntimos contactos con la propia ejecución penal. El Derecho penal, de gran desarrollo en relación a la teoría analítica del delito, no ha dedicado esfuerzos similares o, cuando menos, en relación a aquéllos, para analizar parámetros y limitaciones que racionalicen la medición de la pena concreta a aplicar y conduzcan a decisiones predecibles sobre el punto, a pesar de la importancia capital del tema, en función de que la pena a aplicar es, en definitiva, el centro explicativo y la razón de ser del sistema penal. Para el Derecho procesal penal el tema es casi inexistente, entre nosotros, como objeto de meditación. En este capítulo del juicio y la decisión dejan de regir las exigencias ciertamente complicadas del enjuiciamiento penal para considerarlo justo o adecuado al Estado de Derecho: defensa, inocencia, fundamentación de la de-

⁴³ Cf. Soler, Sebastián, que adelanta esa idea en "La formulación actual del principio *nullum crimen*", en *Fr en el Derecho*, T.E.A., Buenos Aires, 1986, ps. 277 y sigs.

cisión y sus múltiples derivaciones en reglas de principio, carecen de aplicación para el juicio sobre la pena, sin explicación alguna que intente legitimar esa forma de proceder.

Más la doctrina que la legislación y la práctica judicial postula hoy una división del juicio público o debate penal en dos y hasta en tres partes⁴⁶, con el objeto de racionalizar el juicio sobre la pena. Se discute acerca del momento de la cesura, del contenido de cada período, pregunta relacionada íntimamente con la anterior, de la mayor o menor separación temporal entre ambos debates, pregunta vinculada a la mayor o menor formalidad de la separación y al momento de realización de la investigación preparatoria necesaria para el debate sobre la pena, por fin, acerca de la influencia de la cesura en el sistema de los recursos.

Existen antecedentes legislativos y prácticos sobre el tema, sobre todo en el ámbito de la legislación penal para menores y, por supuesto, en aquellos órdenes jurídicos que adoptan el juicio por jurados. Tanto el *Proyecto federal argentino* de 1986 (art. 287), como el *CPP modelo Iberoamérica* (art. 287), y el *Proyecto guatemalteco* (art. 308) introducen tímidamente la cuestión⁴⁷.

f) El sistema de recursos merece especial atención. Una simplificación de los recursos durante la investigación preliminar es deseable, en homenaje a la celeridad y eficiencia del procedimiento. Pero tal simplificación sólo puede ser instrumentada por la transformación del procedimiento penal íntegramente. En ese sentido, ella va de la mano con una desformalización de la instrucción preparatoria, con la estricta-

⁴⁶ Cf. Bustos Ramírez, Juan, "Medición de la pena y proceso penal", en *Hacia una nueva justicia penal*, Symposium sobre la transformación de la administración de justicia penal, *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 1989, t. 1, p. 319 y sigs.; Maier, Julio B. J., "La cesura del juicio penal", en *Doctrina penal*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 225 y sigs., y bibliografía allí citada.

⁴⁷ Acerca de los antecedentes y de propuestas concretas tanto en el ámbito del Derecho penal material, como en el procedimiento penal verá el seminario de este año del Departamento de Derecho penal y criminología que yo dirigi. Dos trabajos, aún inéditos, que esperamos poder publicar, no sólo proporcionan información sobre el tema, sino que, además, proponen soluciones concretas para él: Magarinos, María, *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*; Bertoni, Eduardo Andrés, *La cesura del juicio penal*.

ta observancia de la regla que impide utilizar sus actos en el debate público, como fundamento de la sentencia, y con la estructuración de un procedimiento intermedio o audiencia preliminar al debate donde se discute ampliamente las múltiples cuestiones incidentales que hoy son patrimonio de la instrucción.

La máxima que obliga a que el fundamento de la sentencia emerja solamente de los actos válidamente incorporados al debate público y a que los jueces que lo presenciaron sean los únicos habilitados para dictarla, reduce las posibilidades de recurrirla a un examen del procedimiento seguido, en el sentido de haberse observado las reglas del *juicio justo* (*fair trial*) para lograr la decisión del caso (*casación formal*), y a un reexamen de la solución material del caso, conforme a reglas jurídicas (*casación material*)⁴². Sin embargo, precisamente la regla de garantía que contienen las convenciones sobre derechos humanos sobre la recurribilidad de la sentencia, obliga a prescindir de las innumerables trabas formales tradicionales en este recurso y a ampliar su comprensión convenientemente, para permitir verificar ante el tribunal de casación la irregularidad del procedimiento seguido e de las conclusiones y fundamentación de la sentencia, aunque la formulación del hecho punible esté vedada al tribunal de casación.

La simplificación del sistema de recursos se vincula, por lo demás, con una horizontalización de la organización judicial, hasta ahora verticalizada, necesaria en un Estado democrático y, a su vez, factor de la independencia e imparcialidad del juez en relación al caso que debe decidir, y con la preferencia de controles externos para la administración de justicia, en lugar de los controles internos, propios del absolutismo.

g) Iberoamérica está constituida por Estados en los cuales, en mayor o menor proporción, conviven aún hoy individuos que proceden de diferentes culturas, una autóctona anterior a la colonización europea, y otra migratoria producto

⁴² La compatibilidad del recurso de casación con la regla de las convenciones de derechos humanos (Conv. americana, art. 8º, n° 2, b) que prevé la obligatoriedad de un recurso contra la sentencia condenatoria en *Muier, Julio B. J., Derecho...*, op. cit., § 7, D. pá. 518 y sigs.

de la colonización y de la inmigración posterior. En varios de esos países el problema no es marginal, en el sentido de cuestionarse cómo tratar a una minoría étnica y cultural, sino principal, en el sentido de que una gran proporción de la población, que inclusive supera a la minoría poderosa y gobernante, de origen europeo, está constituida por indígenas, cuya manera de solucionar los conflictos sociales o bien no se complace con nuestro sistema penal, originado en la cultura continental europea, o bien se trata de individuos extraños a él, pues no lo gobiernan ni comprenden en un mínimo indispensable; al punto de que ni siquiera entienden el procedimiento concreto, que transcurre en un idioma que les es extraño, o bien ellos no comprenden el caso como conflictivo. No son raros, tampoco, los casos de un *bis in idem*: indígenas juzgados por el método oficial y por el propio de su comunidad, sobre todo cuando el caso queda encerrado en la propia comunidad aborigen. La civilización europea que colonizó y migró a estas latitudes domina e impone sus métodos, aun en los casos de países en los cuales esa población es, claramente, una minoría. La marginación del indígena es una triste realidad nuestra, con la que convivimos sin atinar a darle una solución distinta, acorde con la dignidad de esos pueblos y con la dignidad que sus individuos poseen por el sólo hecho de ser seres humanos. Tal realidad no ha provocado tan siquiera nuestra imaginación académica, acorde con nuestra cultura de confrontación entre dos mundos distintos, respetables ambos y necesitadas de la tolerancia para la convivencia común. La conquista ha sido nuestra única solución en 500 años.

Para quien quiera esbozar una solución al sistema penal de Iberoamérica, que no sea concebida como el puro ejercicio del poder, ni pretenda sólo legitimar la violencia por intermedio de reglas jurídicas, resulta indispensable encarar esta cuestión. Y para encararla es preciso conocerla. Se debería fomentar el estudio histórico y actual profundo de los métodos de solución de conflictos sociales por parte de las comunidades indígenas, para, a partir de ese conocimiento, intentar la solución de compromiso que permita la convivencia tolerante de ambas culturas en el seno de un mismo Estado. Ello aparece como bastante difícil, pues la misma noción política de Estado, en su significado cultural propio, es importada por la conquista y conservada por el dominio de la

civilización europea, pero es el único camino a intentar para considerarnos hijos de un mismo país, ciudadanos de un mismo Estado democrático, que respeta a las personas por el hecho de ser tales y tiende a concederle los mismos derechos efectivos a todo habitante del país, sin distinción de raza, credo o color de piel.

B. La organización judicial

Según hemos observado, las reformas del procedimiento conducirán, inevitablemente, a una transformación de la organización judicial⁴⁶. Empero, tanto por necesidades relativas a la eficiencia del procedimiento, como por aquellas sólo relativas a la democratización de la organización judicial, resulta imprescindible pensar en la transformación de esa organización, para apartarla del sistema tradicional utilizado entre nosotros.

I. Singular importancia tiene la discusión acerca de la incorporación de jueces accidentales o no profesionales al tribunal de juicio. La participación ciudadana en las decisiones judiciales, bien en el tradicional modo del *juicio por jurados*, bien mediante la incorporación de *escabinos* que operan junto a los jueces profesionales, es, desde antaño, un símbolo de democratización e independencia judiciales, que el iluminismo renovó, oportunamente, al crear el Estado de Derecho⁴⁷.

⁴⁶ Hasta qué punto ello es así puede mostrarse, como ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional español (v. nota 43) al sentar la regla de principio de que la confusión entre el juez que lleva a cabo o autoriza medidas de investigación o preliminares y aquel que interviene durante el juicio es intolerable, provocó toda una reforma del procedimiento de urgencia y, también, de la organización judicial española que se vincula con este tipo de procedimiento abreviado.

⁴⁷ Cf. sobre ello, Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Albatros, Buenos Aires, 1942, Libro VI, Cap. IV y V, pá. 117 y sigs., Libro XI, Cap. VI, pá. 189 y Cap. XVIII, pá. 200; Beccaria, *Dei delitti y delle pene*, en *Opere*, Medicebanca, Milano, 1984, § XIV, pá. 68 y sig.; Schmidt, Ebenhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafverfahrens*, 3ª ed., Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen, 1967, §§ 290 a 295, pá. 302 y sigs.; Carrara, Francesco, *Programa*, del Curso de Derecho criminal dictado en

No hay duda acerca de que, quien opta por tribunales con participación ciudadana, y en la medida en la que lo haga, prefiere los controles externos a la administración de justicia, para garantizar un juicio y una decisión más justos, a los controles internos, burocráticos, propios del Estado autoritario, como forma política, y de la Inquisición, como sistema punitivo.

II. Tal participación popular, por ser necesaria para desburocratizar el sistema judicial pues evita que el poder penal del Estado sea operado tan sólo por funcionarios estatales⁵¹, no es suficiente para lograr ese propósito.

Imperan en América Latina formas tradicionales de gobernar el Poder Judicial jerárquicamente, negando la independencia judicial, concebida como prescindencia absoluta frente al caso de toda directiva dirigida al juez que administra justicia, que no sea la propia ley. Tal prescindencia no existe, tampoco, cuando ella parte del Poder Judicial mismo, de otros tribunales. Los remedios o controles —mal llamados recursos— que operan automáticamente, de oficio, el reexamen del caso por otro tribunal superior al de primer grado (ej.: la consulta), el deber de recurrir puesto en cabeza de los funcionarios del ministerio público, la obligatoriedad de la

la Real Universidad de Pisa, trad. de la 11ª ed. italiana por Soler, Sebastián - Gavier, Ernesto R. - Núñez, Ricardo C., Depalma, Buenos Aires, 1944, T. 2, pp. 139 y sigs., y §§ 914 y sigs., pp. 305 y sigs.; sobre la institución, su historia y sus posibilidades, Soriano, Ramón, *El nuevo jurado español*, Ariel, Barcelona 1985; Caballero, Ricardo J. - Handler, Edmundo S., *Justicia y participación*, Universidad, Buenos Aires, 1988.

⁵¹ Un profesor inglés, *Lord Gareth Williams*, que visitó hace escasos días Buenos Aires, contestó a las réplicas vernáculas acerca del jurado, inteligibles para él (había leído tres artículos de la Constitución Argentina que imponían esta forma de juzgamiento: el juicio por jurados), que él no podía imaginar un Estado autoritario cuyo sistema judicial incluyera a los jurados, y que no conocía, históricamente, una forma de gobierno autoritaria en presencia de tribunales integrados por jurados; parecía que, para él, esta institución era no sólo una de las bases, sino, antes bien, el primer fundamento de aquello que los ingleses denominan democracia: el derecho a ser juzgado por un jurado de vecinos y no por funcionarios estatales. Recuerde que el profesor alemán, Dr. Albin Eser, expresó algo similar respecto de la justicia penal, concurso de ciudadanos sin el cual era escasamente concebible la idea de justicia correspondiente a un Estado democrático.

doctrina de ciertos fallos para los tribunales inferiores y sus jueces, el abuso del efecto suspensivo de los recursos del acusador, para inhibir la ejecución de decisiones favorables para el imputado, hasta tanto no las confirme un tribunal superior, son ejemplos de una injerencia del propio Poder Judicial, que vulnera la independencia e imparcialidad (carencia, en lo posible, de prejuicios previos) del juez de la causa, apotegma que no se agota con la creación de un organismo judicial diferente del ejecutivo y del legislativo.

Transformar la estructura organizativa del Poder Judicial significa, si se realiza en el sentido correcto, su *desburocratización*. Para lograrlo resulta imprescindible *horizontalizar* esa estructura, de modo de evitar, en la mayor medida posible, el carácter inverso contradictorio de su organización actual, la verticalización jerárquica, propia de los sistemas autocráticos, y terminar con la organización feudal, que identifica unidad administrativa con unidad de pronunciamiento, inmovilizando la integración de los cuerpos judiciales de decisión, incluso por periodos del procedimiento y en desmedro de la racionalización del aprovechamiento integral de los recursos humanos y materiales del Poder Judicial. La tecnificación de la gestión administrativa, supuesta por una estructura tan compleja como la de los tribunales de justicia, que atienden un sinnúmero de casos a la vez, cuando persigue un fin político adecuado y sirve a él, colabora en la tarea de aprovechar al máximo los recursos humanos y materiales de los que se dispone.

III. La transformación organizativa del ministerio público, conforme a las tareas que debe asumir en el procedimiento de persecución penal, aun de características algo inversas a aquellas que gobiernan a los órganos judiciales (*unidad y jerarquía*), es, también, imprescindible.

Junto a ella resulta necesaria la creación de un *servicio de defensa oficial o pública*, para cumplir con eficiencia la tarea de asistir al imputado que no provee a su defensa técnica, total o parcialmente. De los tres sistemas posibles de defensa oficial, el honorífico, fundado tan sólo en la regla ética que obliga al abogado a defender gratuitamente, el organizado sobre la base de funcionarios estatales y el organizado por las asociaciones profesionales de abogados sobre

la base del auxilio económico estatal, que implica el deber de asistir técnicamente a quien no puede o no quiere procurarse privadamente esa asistencia, prefiero este último, sobre todo porque, a pesar de no lograr el mismo efecto que el defensor de confianza, eligido y contratado por el imputado, preserva la relación de confianza profesional, base de todo servicio asistencial, y supone una exigencia profesional, debido al pago de los servicios prestados⁸².

De la misma manera es preciso crear un servicio de asistencia para la víctima sin posibilidades de hacer valer su interés en el procedimiento, ya sobre la base del mismo sistema de defensa oficial, o bien con la colaboración de las asociaciones intermedias existentes en el seno social, cuyo objeto asociativo coincide con este fin.

4. LA CONSOLIDACIÓN DEL MOVIMIENTO REFORMISTA EN EL MOMENTO ACTUAL.

I. El siglo XX transcurre prontamente hacia su final y los países latinoamericanos, en general, no logran consolidar sus instituciones de funcionamiento cotidiano conforme a la idea republicana y democrática que preside su orden jurídico fundamental. La idea de una ruptura entre sus declaraciones principistas sobre la forma de su organización social y sobre las relaciones sociales, en especial la de los ciudadanos con el Estado, y las reglas que gobiernan el ejercicio cotidiano del poder público y las relaciones con los ciudadanos y de ellos entre sí, sigue definiendo su realidad institucional. Al menos en el ámbito del sistema penal, esta realidad se presenta como evidente e impide ingresar a un debate moderno sobre el uso del sistema penal, aun desde un punto de partida tradicional o conservador. El hecho de que ideas conservadoras sobre el sistema penal, en otras latitudes de nuestro mismo ámbito cultural, sean tachadas por radicales y hasta por revolucionarias entre nosotros, ordinariamente, confirma esta tesis.

⁸² Cf. Guariglia, Francisco, "El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal", en J.A., Buenos Aires, 1982, n° 5777 (20-V-1982), ps. 4 y sigs.

El escollo principal para un avance sustantivo del sistema penal, que, al menos, coloque a estos países en posición de respeto de su orden jurídico fundamental, es político: los estratos sociales que dominan la escena política no confían en una reforma que supere el esquema colonial, al que ellos se aferran como símbolo mágico de su dominio. El problema económico, traído a colación como argumento justificante de la resistencia a la reforma, en todo caso otra consecuencia del atraso cultural, es tan sólo un sofisma argumental, pues nada impide modificar una administración de justicia colapsada por otra que intente emerger de ese estado, con los mismos recursos destinados actualmente al Poder Judicial, mejor aplicados. En todo caso, lo único cierto de ese argumento es la existencia de extensas capas de población afectadas por la pobreza y marginadas de la vida social, clientes habituales del sistema penal, cuyo aparato selector los elige, tanto teórica como prácticamente: se trata de marginar más vigorosamente a los ya marginados.

II. En lo que hace al procedimiento penal, sólo islas han hecho frente al atraso cultural, aunque, se debe señalar, este enfrentamiento, con ser plausible, sólo es parcial, medido al momento actual, pues representa la recepción del Derecho europeo continental vigente en el siglo XIX. Los problemas modernos, expuestos antes parcialmente, son ignorados por el grueso de la legislación latinoamericana.

Dentro de esas islas se cuenta, desde antiguo, la legislación dominicana, que adoptó el Código Francés origen de la transformación en la Europa continental en el siglo XIX (1808); pero, lamentablemente, la implementación general adolece de defectos capitales que ya provienen de la propia organización administrativa del Estado. Si a ello se le suma que ya nadie conserva esa legislación, ni siquiera el propio país de origen, que primero la adaptó varias veces, inclusive durante el siglo XIX, y luego la reemplazó en la década de los 60, después de la Segunda Guerra Mundial, a más de que la legislación penal francesa no resultó un modelo conveniente para tomar como ejemplo, ya en el siglo XX, el panorama resulta desolador.

El caso de la República Argentina es curioso. País federal, no fue la legislación del Estado federal la que produjo

algún tipo de modificación, rectora del progreso en la materia. Fue, en cambio, la legislación provincial aquella que se ocupó del tema. A partir del famoso Código Procesal Penal para la provincia de Córdoba, sancionado por el parlamento provincial en 1939, cuya base está representada, principalmente, por los códigos italianos de 1913 y 1930, las demás provincias argentinas fueron produciendo, paulatinamente, sus propias reformas, que representan, genéricamente hablando, el resultado final de la legislación europeo-continental después de la gran reforma producida en el siglo XIX, tal como apareció a comienzos del siglo XX y siempre antes de la segunda conflagración mundial. La legislación federal fue, en cambio, el bastión de la resistencia de la legislación colonial, hasta que, hace apenas un mes, entró en vigencia un Código Procesal Penal, copia del cordobés originario, con modificaciones parciales que no alcanzan a transformar mínimamente el modelo y, en ocasiones, lo perjudican. Tal legislación se adopta en momentos en los cuales la provincia de origen y la de Tucumán intentan un paso adelante, en todo caso tímido, tomando a su cargo algunos problemas modernos del procedimiento penal.

El Código de Córdoba de 1939 tuvo repercusión en los países hispanoamericanos. Pero sólo Costa Rica decidió adoptarlo (1975), siguiendo el consejo inicial para la confección de un código modelo. Costa Rica tuvo la virtud, derivada de un sincero acercamiento general de sus instituciones a la forma de gobierno republicana, y el talento necesario para instrumentar su vigencia de manera adecuada, en especial, con un esfuerzo de transformación de su organización judicial casi extraño entre nosotros. La nueva ley no sólo produjo resultados prácticos notables, a la época de su vigencia, sino que, además, continúa produciéndolos actualmente, pues sus jueces y juristas, cualesquiera que sean las críticas que merezca el proceso de reforma, continúan preocupados por su sistema penal y por la solución de los problemas modernos que él plantea.

III. En la década anterior da comienzo un movimiento inusual referido a los sistemas penales de los países iberoamericanos. Por primera vez se vincula institucionalmente al sistema penal, en especial a la administración de justicia penal, con el ejercicio democrático del poder estatal. Numerosos

institutos académicos o semiacadémicos se ocupan ahora del estudio de este problema y de desarrollar planes de política criminal que involucren la reforma del sistema tradicional. El auxilio económico para países en desarrollo incluye al sistema penal como objeto de ese desarrollo, un especial del desarrollo social, base para su desarrollo económico y cultural.

De otra parte, los gobiernos de los países iberoamericanos parecen haber comprendido, en general, la necesidad de adecuar su funcionamiento institucional a los principios que rigen sus constituciones, en más o en menos respetuosas del Estado de Derecho y de la forma democrática de gobierno. En ese sentido, han aceptado y hasta solicitado la ayuda externa para el desarrollo de este ámbito de relaciones y creado sus propias comisiones internas para intentar desarrollar un modelo de reforma del sistema penal o adaptar aquellos que los esfuerzos académicos o gubernamentales ya han desarrollado. No son ajenas a este movimiento las convenciones universales y regionales sobre derechos humanos, en alguna medida ya operativas y aplicadas por instituciones internacionales, y las asociaciones no gubernamentales que tienen por objeto el cuidado de la observancia de estos derechos.

Sin embargo, la situación no es clara, mirando hacia el futuro, y, sobre todo, no se corresponde con el esfuerzo -inclusive el financiero- realizado. Los frutos demoran en madurar y la resistencia política a esos cambios, enquistada en los propios gobiernos de la región y sus organismos encargados de la persecución penal, en el mismo Poder Judicial y en las corporaciones de operadores jurídicos, logra paralizar el efecto práctico de los cambios propuestos.

Desde el punto de vista legislativo, el cenit de la reforma es alcanzado, hasta ahora, por el nuevo Código Procesal Penal de Guatemala, sancionado recientemente. No se trata, sin embargo, del mismo proyecto originario, pues sufrió modificaciones²²; empero, él era acompañado por modificaciones sustanciales en el Derecho penal material y, después, por un

²² Desconozco las modificaciones introducidas, aunque conozco que se dio de baja la participación de ciudadanos en los tribunales penales y que la organización judicial propuesta no tuvo eco. Hasta lo que conozco, la estructura general del proyecto fue respetada.

proyecto de nuevo código penal y ley de ejecución penal, que, hasta el momento, no han sido debatidos parlamentariamente. Indudablemente, en el caso de Guatemala, no se logrará un progreso legislativo palpable en el uso del poder penal del Estado, sin una reforma de sus leyes penales materiales.

Ecuador ha materializado ya un *Proyecto de nuevo Código Procesal Penal*. El Salvador estudia, a través de una comisión designada al efecto, una reforma total de su sistema penal, con base en la reforma de sus leyes procesales penales. Costa Rica ha creado una comisión que estudia modificaciones parciales a su Código Procesal Penal, relativas a los nuevos problemas que enfrenta el enjuiciamiento penal y la organización judicial, partiendo, como ya lo hemos observado, de un nivel superior, en la materia, al de los demás países. Se conoce que Perú modificó sus leyes operativas en materia penal²⁴. Colombia, a raíz de la nueva Constitución, modifica su organización judicial, en especial, según conozco, la ubicación institucional y el funcionamiento del ministerio público, y la manera en que proceden los tribunales de justicia penal, pero no parece que las reformas estén presididas por una idea similar a la del Código Procesal Penal modelo Iberoamérica; acerca de su contenido son precisos estudios más detallados. La Argentina, interin, ya casi ha completado, en un ciclo que supera los cincuenta años, la recepción de la antigua legislación de la provincia de Córdoba, que sirvió de punto de partida para el Código Procesal Penal modelo Iberoamérica, con la sanción y vigencia de su nuevo Código Procesal Penal para la Nación, de deficiente instrumentación práctica y, paradójicamente, de una repercusión nula en su organización judicial; merecen en cambio atención y estudio los nuevos Códigos de las provincias de Córdoba y de Tucumán, que siguen una línea más moderna y representan mejor al Código Procesal Penal modelo Iberoamérica.

²⁴ No he podido enterarme del alcance de esta reforma, ni conozco sus textos, de manera que me es imposible ubicar esta reforma, valorar el resultado e avisarar su futuro. Sin embargo, el opúsculo "Poder Judicial en el Perú: crisis y alternativas", debido al Instituto Justicia y Cambio, formado por funcionarios judiciales del Perú (1989), publicado en *Juicios para la democracia*, Unigraf, Madrid, setiembre de 1990, n° 10, p. 75 y sigs., erradica la idea de que algo ha cambiado y conduce a pensar en que la noticia es tan sólo un espejismo o un simple error de información.

Existen también esfuerzos parciales: en El Salvador, el movimiento reformista ha concebido, en una primera etapa, reformas legislativas parciales, que buscan adecuar mínimamente sus instituciones al Estado democrático de Derecho que se pretende; inclusive, allí se realiza esfuerzos para crear un sistema de defensa pública; Bolivia realiza un esfuerzo parcial en este último sentido e intenta transformar al ministerio público penal; a la par, destina muchos esfuerzos a la persecución penal de los delitos referidos a las drogas y sustancias controladas, esfuerzos que no guardan relación con la reforma del sistema penal, sino, antes bien, con una represión efectiva.

IV. Creo que, como colofón, es preciso advertir que, en líneas generales y sin ingresar en adaptaciones locales menores, se conoce bien tanto lo que sucede en el ámbito de los países iberoamericanos, como los lineamientos de la reforma a introducir. No son mayormente necesarios estudios empíricos evaluativos sobre los resultados del sistema aplicado, pues ellos son bien conocidos²⁴. Por lo demás, si bien la reforma resulta necesaria para obtener fines prácticos, lo cierto es que, ya desde el punto de vista puramente especulativo aparece como imprescindible, porque se trata de que el Derecho común se corresponda con los principios democráticos y del Estado de Derecho que orientan las constituciones de los países del continente sudamericano y centroamericano. Tampoco resulta decisivo para la reforma, la mayor o menor posibilidad económica del país que desee el cambio: sistemas de justicia mejores a aquellos que rigen han sido posibles en sociedades menos pudientes que las nuestras e, inclusive, como lo hemos indicado, en países que sufren nuestros mismos problemas económico-financieros. Lo trágico no es, precisamente, aquello que hay que hacer, bien conocido en el mundo de la ciencia jurídica y de la política criminal, sobre

²⁴ Como ejemplo, puede leerse, Carranza, Elías-Houad, Mario-Mora, Luis Paulina-Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, I.L.A.N.U.D., San José, Costa Rica, 1983; Garrido Vilchez, Ana Isabel, *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno*, I.L.A.N.U.D., San José, Costa Rica, 1991; El ministerio público en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno, I.L.A.N.U.D., San José, Costa Rica, 1991.

todo si se trata de una reforma moderada y no de hacer efectiva una posición radical respecto del sistema penal, sino, por lo contrario, el obtener la decisión política sincera a favor de una reforma de envergadura de aquellos que dictan la política criminal de los países involucrados o tienen influencia decisiva en ella. Siempre ha sido más sencillo conservar que transformar.

LAS DIMENSIONES DEL DERECHO Y LAS TEORIAS JURIDICAS

ROBERTO J. VERSENCO*

1. Es corriente hablar de teorías en Derecho. Así, nos referimos frecuentemente a la teoría de la culpa en derecho civil, o a la teoría del delito en derecho penal. Por cierto que, en las disciplinas que integran la dogmática jurídica, pululan las así llamadas teorías. Pero, a un nivel en principio superior, como aquel en que se mueven las teorías generales del Derecho (también "teorías" en algún sentido) aparecen, no sólo teorías "generales" en cuanto son compartidas por varias ramas de la dogmática (como la teoría de la personalidad jurídica), sino "teorías generales" en cuanto pretenden hacer explícitas o imponer condiciones generales a todo pensamiento teórico referido al Derecho. Muchas de esas "teorías generales" son producidas en forma puramente especulativa por la filosofía del Derecho y suelen exhibir rasgos ideológicos notorios.

Ahora bien: estas teorías, de diverso nivel y alcance, pretenden diferenciar un conocimiento teórico del Derecho, del conocimiento vulgar que, según se afirma, todo hombre en principio posee del Derecho de su sociedad. Este conocimiento

* Universidad de Buenos Aires. Conocer.

ingenuo suele caracterizarse, en la medida en que moldea el comportamiento efectivo de los sujetos, como un conocimiento interno del Derecho. El conocimiento teórico, en cambio, logrado por un observador ajeno al tráfico social estudiado, no requiere que quien lo asuma quede sujeto a modificaciones en su conducta; se trataría de un conocimiento externo—como sugiere Hart— y, quizás, hasta ideológica y valorativamente neutro—como propuso Kelsen, siguiendo las huellas de Max Weber. Sin embargo, mientras no tengamos en claro las consecuencias de la distinción entre una visión teórica del Derecho y una experiencia preanalítica del mismo, las relaciones entre ambas pretendidas experiencias del Derecho son problemáticas, cuando no polémicas.

Es frecuente tachar a las construcciones teóricas de la dogmática o de la filosofía jurídica (esto es: la *jurisprudence* o *allgemeine Rechtslehre* de los ingleses y de la dogmática continental) de artificiosas, en cuanto no corresponden a la comprensión prístina que del Derecho tendrían los miembros de una sociedad. O bien, la experiencia lograda en esa comprensión ingenua del Derecho—la forma como ve el Derecho, no el jurista, sino el hombre de la calle— es considerada el rasero para medir la adecuación de las elaboraciones teóricas de los juristas. Esto es: una teoría jurídica sería verdadera en la medida en que se ve confirmada por la experiencia vulgar de los sujetos jurídicos (sean éstos los miembros de ciertos grupos sociales profesionalmente calificados o ciudadanos menos especializados). Si ello fuera así, las construcciones teóricas jurídicas serían reelaboraciones de la experiencia preanalítica del Derecho. Pero no se advierte cómo esa experiencia preanalítica o vulgar pueda ser el criterio de adecuación y de verdad de las construcciones teóricas. Más bien cabría pensar que las teorías científicas sobre el Derecho son construidas para superar o trascender, en algún sentido, los preconceptos y prejuicios que suscita la comprensión vulgar o ingenua del Derecho. En ese respecto, la experiencia preanalítica del Derecho no puede constituirse en piedra de toque de la validez teórica de una construcción dogmática con pretensión científica.

2. La cuestión se convierte en decididamente abstrusa cuando encaramos el análisis de teorías generales del Derecho, terreno donde prosperan las polémicas, la incomunicación y la intolerancia. Recordemos, por caso, la duradera y

vana polémica entre iusnaturalistas e iuspositivistas; polémica en la cual los secuaces de una u otra tendencia pretenden contar con el secreto exclusivo de qué sea el Derecho y, por tanto, con el monopolio de la verdad teórica sobre el Derecho. Estas polémicas, que a veces llegan al infundio y la agresión verbal, son permanentes entre diversas escuelas jurisprudenciales. Suelen ser, sin embargo, especialmente efímeras y, pese a la retórica altisonante con que se despliegan, no pasan de fintas verbales que ni cambian las actitudes de los ciudadanos que viven desde dentro el derecho objetivo que los toque, ni las formas de pensar que los juristas teóricos prodigan en tratados interminables. Por ejemplo, se discute si una cierta propuesta teórica de este tipo—como en nuestro país propuso la teoría egológica de Cassio o, en nuestro país vecino, la teoría tridimensional de Reale—son, ya no las más adecuadas para ciertos objetivos teóricos, sino las únicas efectivamente verdaderas.

Más que teorías generales—en cuyo respecto, las ciencias asentadas suelen ser menos pretenciosas y más tolerantes—, son expuestas como teorías *Agamémnicas*, ante las cuales las restantes deben rendirse como esencialmente falsas o aceptar someterse a los dictámenes de la teoría exclusivamente verdadera. De ahí que recurran al arsenal tradicional de la metafísica: no se contentan en analizar y hacer explícito qué sean los datos que los juristas toman en cuenta para formular enunciados verdaderos sobre el derecho, sino que *a priori* dictaminan, bajo el rótulo prestigioso de "ontología" qué sea esencialmente el Derecho.

Se trata, claro está, de formas de pensar que, ocurrencemente, disimulan mensajes ideológicos. En todo caso, no se advierte cómo la experiencia preanalítica, vulgar, ingenua, común, del Derecho—por más que se la bautice de *comprensión*, *hermenéutica existencial* o cosa por el estilo, o se pretenda temarla como punto de partida de la reflexión filosófica invocando los procedimientos supuestamente infalibles del método fenomenológico—, pueda ser instancia decisoria para establecer la validez de una u otra de esas abundantes teorías que filósofos y juristas producen con inagotable fecundia.

¿Acaso difiere la experiencia vulgar del Derecho de su visión teórica? En principio y por celo profesional, los juristas se inclinarian por una respuesta afirmativa. Ello supondría que ciertas conjeturas o tesis que el hombre de la calle elabora, a partir de su experiencia ingenua del Derecho, no serían

ratificadas por conclusiones verificables derivadas de hipótesis producidas por las teorías científicas que los juristas construyen. Si ello fuera así, no podría invocarse la experiencia preanalítica del Derecho para justificar, teórica o ideológicamente, tal o cual teoría pretendidamente *general* relativa al Derecho. Puede muy bien ser que hipótesis teóricas contrarias a la comprensión vulgar del Derecho resulten en consecuencias derivables susceptibles de verificación, mientras que las previsiones resultantes de la comprensión vulgar del Derecho lleven quizás a consecuencias erróneas. La comprensión ingenua del Derecho, como sucede en todas las ciencias, no es instancia crítica para el juicio sobre la validez y adecuación de las construcciones teóricas sobre el Derecho.

3. Para hacernos cargo de esta situación, supongamos un caso ejemplar excesivamente simple. Nos encontramos en una habitación común: un espacio en que paredes, techo y piso guardan las relaciones habituales a que estamos acostumbrados. El techo sobre nuestras cabezas, el piso bien firme bajo nuestros pies y los muros que cierran lateralmente el espacio en que nos movemos confiadamente todos los días. Si nos atenemos a lo que nos provee nuestra experiencia, a lo que nos informan nuestros ojos, resultaría que la pared más alejada está delimitada por vértices menores que los que delimitan la pared sobre la que estamos apoyados. El techo y el piso, en esta percepción normal y cotidiana, exhiben, tan pronto prestamos atención, formas imprevistas; por ejemplo, no cuentan con ángulos rectos y su forma no es estrictamente rectangular, sino romboidal. La habitación de nuestra experiencia ingenua se nos aparece más o menos así:



Dada esta visión de la habitación, que nuestra percepción normal ofrece y que seguramente el análisis fenomenológico confirma, podríamos formular hipótesis (esto es: leyes para explicar los fenómenos dados) tales como que las pare-

das disminuyen de tamaño al alejarse del observador, o que los ángulos que unen las superficies horizontales no son rectos. Estas afirmaciones, como es claro y como asumen quienes trazan representaciones gráficas de estos objetos, son exactas. Los datos sensibles confirman nuestra manera de entender el espacio en que nos movemos; esto es, confirman las constancias de la experiencia corriente del espacio que encierran las paredes de una habitación. La experiencia no teórica de la habitación es verdadera y no tiene mucho sentido buscar experiencias que la falsifiquen. Nuestras intuiciones sensibles, nuestros datos sensoriales, no sujetos a revisión o examen, son, claro está, infalibles. Las teorías, en cambio, son siempre revisables y falibles.

Pero supongamos que decidimos —quizás ante alguna frustración práctica resultante de confiar excesivamente en nuestras experiencias cotidianas— echar mano de alguna construcción teórica. Por ejemplo, decidimos pensar que la habitación puede ser un objeto geométrico como un paralelepípedo. Se trata de recurrir a un modelo abstracto, pues en la experiencia cotidiana no encontramos esos objetos geométricos. Por más que agucemos nuestra vista, es claro que, dadas las condiciones de nuestra visión, no podemos ser en el mundo real ni un paralelepípedo ni un cubo. La perspectiva nos presenta otras figuras irregulares, mientras que los objetos geométricos permanecen ajenos a las distorsiones que impone la posición del sujeto perceptor. Pero si postulamos, ahora teóricamente, que la habitación puede ser pensada conforme a ese modelo geométrico —una pura construcción abstracta contraria a nuestras intuiciones sensibles—, obtenemos algunas conclusiones que, curiosamente, resultan confirmadas por los experimentos posteriores que llevamos a cabo. O, si escogemos un modelo inadecuado, podrán ser refutadas. Por ejemplo, si la habitación es efectivamente un paralelepípedo regular, los vértices opuestos tendrán iguales dimensiones; las superficies de las paredes opuestas serán iguales, etcétera. Y basta tomar un metro para comprobar que la hipótesis teórica, por contraria a nuestras intuiciones sensibles y a nuestra experiencia corriente, produce *previsiones confirmadas* en todas las pruebas que realicemos. Si pretendo pintar la habitación, será mejor que calcule la superficie a cubrir atendiéndome a las tesis teóricas, y no a la experiencia sensible que me llevaría a comprar menos pintura de la necesaria.

Este es un ejemplo sencillo de la diferencia entre una ex-

perencia ingenua, pretéorica de un objeto, y la elaboración teórica del (supuesto) mismo objeto. Con todo, esa identidad es también una mera conjetura. No hay tal cosa en rigor: decir que la habitación que percibimos y el paralelepípedo que pensamos son la misma cosa, no quiere decir sino que hemos adoptado el modelo teórico ofrecido por la geometría como recurso adecuado para explicar ciertas propiedades de la habitación. Es claro que los datos que nos entran por los ojos desmienten lo que la construcción teórica afirma: la pared lejana es vista efectivamente como más pequeña y no encontramos vértices paralelos ni ángulos rectos en la representación de la habitación que nos entra por los ojos. El objeto teórico que traemos a cuento —una forma geométrica abstracta—, como modelo del objeto en que nos interesamos, no es extraño, pues, de los datos de la experiencia sensible, que no lo contienen, sino que es una representación *supuesta* que adoptamos para sacar luego, lógicamente, ciertas conclusiones, que seremos capaces de confirmar o de refutar.

Ello es característico de las hipótesis teóricas, de las construcciones teóricas: ciertas informaciones o previsiones, derivadas de nuestros presupuestos son susceptibles de confirmación o falsificación por cualquier sujeto cognoscente que admita los mismos puntos de partida teóricos. Para todo aquel que piense que la habitación es un paralelepípedo, los ángulos tendrán que ser *ex hypothesi* rectos. No tiene sentido, en cambio, sostener que todo sujeto verá idénticamente, con los ojos de la cara, las variadas formas que paredes, techo y piso adoptan según sea la posición y acuidad visual de cada cual. Por ende, las previsiones que, a partir de esa experiencia presanalítica efectuemos, no serán susceptibles de verificación o falsificación *objetivas*, esto es, válidas para todo sujeto, pues no existe en la realidad cotidiana ese sujeto universal ubicuo ni, por ende, una experiencia sensible común a todos los sujetos. A lo sumo, si se pretende, como se dice, salvar la experiencia, podría sostenerse que la experiencia vulgar constituye una suerte de teoría de bajo nivel, relativa a la posición de cada sujeto. Pero las teorías relativas de alcance meramente subjetivo no son ciencias, esto es: un conocimiento objetivo compartido. De ahí que, en las descripciones de la fenomenología hubiera que recurrir a una labor fantástica (esto es: de la libre fantasía), cuyas imágenes o fantasmas no son datos perceptibles, sino construcciones mentales libres del sujeto, para alterar imaginariamente los datos buscando

ciertas constantes esenciales. Y como no contamos con una imaginación compartida por todos los hombres, hubo que inventar también un yo imaginario *ad hoc*. Las esencias, si queremos recurrir a ellas, no las encontraremos en ninguna percepción sensible, en ninguna experiencia corriente. De ahí también la necesidad de invocar extraños tipos de experiencia, como intuiciones no sensibles y cosas por el estilo que la fenomenología prodigó generosamente.

4. Supongamos ahora que un jurista o un filósofo del derecho sostenga que el derecho —y, por ende, todo dato jurídico— es *tridimensional*. Puede hacerlo como una propuesta teórica, como una hipótesis sobre la constitución del objeto jurídico. Pero también puede ser que declare tal tesis como supuesto resultado de su examen de la experiencia empírica del derecho, o de alguna intuición esencial que ha padecido. Ello quiere decir, por de pronto, que en toda experiencia de cosa jurídica nos tendríamos que topar, si teoría o hipótesis son verdaderas, con los elementos presupuestos: sean, por ejemplo, valores, normas y hechos. Esta "teoría" refleja acaso nuestra experiencia ingenua de la habitación, en que las dimensiones de las paredes cambian con nuestra posición, o corresponde a nuestro modelo teórico conforme al cual todos los ángulos de la habitación son rectos? Por cierto que teorías de este jaez son propuestas como teóricamente válidas y como empíricamente verificadas. Pero ello es inexacto.

Por de pronto, cabe sospechar que estas teorías no son tales tan pronto se advierte que los presupuestos mismos considerados necesarios —todo "dato" jurídico es tridimensional o *n*-dimensional, según se quiera— no se reflejan en reglas sintácticas del lenguaje que los mismos juristas tridimensionales aceptan. Así, enunciar pedestre y verazmente que, en la Argentina, las acciones rehditorias prescriben a tantos o cuantos meses, parece a legos y doctos, una proposición jurídica, aunque ella nada diga de valores ni de hechos. Afirmar que la pena de muerte es inícuca, parece a los juristas una (buena) tesis política, pero dudarían de aceptarla como una afirmación teórica sobre aquel derecho positivo que prevé la pena capital. Sostener que es un hecho que muchos niños no concurren a la escuela, no cambia en un ápice la creencia de políticos sobre la necesidad de mantener la obligación de la enseñanza primaria ni haría dudar a los juristas sobre la validez de las normas que la imponen. Pero, si aceptáramos ca-

balmente la tesis tridimensional, esos enunciados tendrían que ser considerados como sinsentidos jurídicos, pues no constituyen oraciones bien formadas. Algunas se refieren a normas, pero no aluden a valores o hechos; otras mencionan valoraciones o hechos, pasando por alto normas. Les falta, pues, referencia a elementos necesarios, según la teoría, de todo objeto jurídico y, por tanto, o bien no se refieren al derecho o tienen que ser considerados enunciados incompletos.

Pero, fuera de esta consideración sintáctica, cabe observar que, muy sensatamente, los juristas favorables a estas supuestas teorías señalarán que sus tesis son innegablemente verdaderas. ¿Cómo negarse a reconocer que las cosas jurídicas, el Derecho, no tengan nada que ver con valores, con normas, con hechos, o con las múltiples cosas que querramos introducir en nuestra concepción del Derecho? Y efectivamente puede muy bien ser que la tesis que yo sustento al afirmar, por ejemplo, que la obligación de pagar una patente carísima para circular por la calle con mi auto es injusta, inhumana, irrazonable, contraria a la naturaleza de las cosas, incompatible con la *lex aeterna* o cualquier cosa por el estilo, que me parezca verdadera. Más: puedo sostener que, para mí, es verdadera. Sólo que la verdad aparente —en el sentido de que me aparece como tal a mí— de la tesis axiológica sobre el valor del impuesto, se parece mucho más a las afirmaciones que efectuamos cuando miramos la habitación en que nos encontramos sin acordarnos de ninguna teoría geométrica, que a las hipótesis o conjeturas que elaboran las ciencias teóricas. En efecto, la *verdad subjetiva sobre el valor de los datos jurídicos es, por definición, autoconfirmada* (de no serlo no la formularíamos), *mientras el sujeto no cambie de actitud y mantenga alguna coherencia en sus acciones, pero no es susceptible de verificación o falsificación objetiva* —esto es, por cualquier sujeto que comparta los mismos presupuestos—, pues justamente no se dan esos presupuestos teóricos comunes, previos a toda confirmación o falsificación en las experiencias cruciales que ensayemos.

Es importante destacar que no se trata, pues, de calificar de falsas a las teorías de este tipo (u otras que pretenden hacerse cargo de una realidad plena del Derecho, como ciertas líneas de las llamadas teorías "críticas" que, so capa de un cierto eclecticismo sociologizante, constituyen en realidad programas políticos no siempre explícitos). Pasando por alto la pretensión contradictoria de querer captar enteramente, en

todas sus características, un objeto que se pretenda real (y que, por tanto, tiene infinitas características) lo que el tridimensionalista o el partidario de teorías críticas o algunos iusnaturalistas sostienen y defienden puede muy bien ser verdad, en el sentido de que pueden invocar experiencias propias, subjetivamente innegables, que lo confirmen. El problema radica en que tales "teorías" no tienen una estructura suficiente para valer como teorías científicas: carecen de un lenguaje específico; no formulan hipótesis y reglas de derivación con las que quepa extraer consecuencias susceptibles de verificación o falsificación objetivas. En otros términos: no proponen un modelo teórico, capaz de ser contrastado, que tenga fuerza explicativa. De ahí, sin duda, que estas teorías suelen invocar una comprensión intuitiva (y, por ende, puramente subjetiva) del Derecho, como justificación suficiente de sus tesis. De ahí también que estas teorías suelen ser reacias a aceptar un control lógico necesario, siendo frecuente, en este terreno, las afirmaciones de que el derecho es ajeno a un puro pensamiento formal que, se supone, queda limitado a ciencias como las matemáticas y la lógica.

Sea ello como fuere, es claro que el recurso e invocación a una justificación por vía de alguna intuición axiológica o de alguna interpretación existencial —esto es: invocando experiencias subjetivas preteóricas— no basta para dar a tales concepciones el rango de construcción teórica.

5. La confusión entre una visión puramente ingenua —esto es: preanalítica y generalmente ideológica— de las cosas jurídicas, frente al enfoque teórico del Derecho, puede ser equiparada a la distinción arriba establecida entre la experiencia cotidiana de un espacio físico y su interpretación conforme a un modelo teórico. Cuando no contamos con una elaboración teórica aceptada por la ciencia dogmática de ciertas instituciones, el riesgo de confundir concepciones tomadas de la comprensión ingenua del Derecho con una teoría válida es grande.

El campo de los hoy denominados "derechos humanos" es terreno fértil para esas confusiones. Encontramos así supuestas "teorías" de los derechos humanos que llegan al extremo de tener que sostener que los derechos de ese tipo, o algunos de ellos, no constituyen en verdad derechos humanos, conforme a la diversa concepción del autor, o bien que proponen

"teorías" enteramente *ad hoc*, en el sentido de que no sirven para explicar ninguna otra institución jurídica. No sólo los derechos humanos llamados de tercera generación, sino aún entre los derechos humanos "clásicos", es frecuente poner de lado las teorías dogmáticas disponibles o buscar su validez en alguna idea tomada de alguna concepción ideológica o ingenua de los datos. Un ejemplo es la admisión del derecho (subjetivo) a la vida del feto, en conflicto con el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo, asunto en cuyo respecto obviamente encontramos normas jurídicas y principios morales incompatibles.

Así, se sostiene frecuentemente que el feto tiene derecho a la vida. Lo que efectivamente se quiere decir es que se está en contra de prácticas abortivas, por razones que los propios defensores de esta tesis admiten no tienen valor objetivo, en el sentido de que no son unánimemente aceptadas. Y aun los más acérrimos defensores de ese derecho admiten que las sanciones penales con que tradicionalmente se han tratado las prácticas abortivas no parecen hoy las más adecuadas para encarar el asunto. En busca de alguna objetividad y como justificación de la tesis defendida, se suelen entonces traer a cuento, curiosamente, normas jurídicas positivas, como si ellas valieran más allá y al margen de sus ámbitos de validez específicos. Así leemos, por ejemplo, que el feto tiene derecho a la vida en cuanto contaría con personalidad moral. Esta afirmación, claro está, no permite extraer consecuencias que no sean circulares. Por ello se afirma que, en la medida en que algunas legislaciones declaran que la personalidad jurídica se atribuye al feto desde la concepción, éste contaría, por alguna suerte de extensión, con personalidad moral y, por ende, con derechos subjetivos jurídicos.

El argumento parece endeble. Nadie afirmaría sensatamente, aun siendo contrario en forma terminante al aborto, que, en países en que la personalidad jurídica sólo se adquiere con el nacimiento, y no con la concepción (como en el Brasil), el aborto estaría moralmente permitido, dado que el feto carecería en esos lugares de personalidad moral, al no reconocérsele personalidad jurídica.

Afirmar que un ente dotado de derechos (subjetivos) y de obligaciones —como dice abstrusamente nuestro Código Civil— es persona jurídica, es remitir a una construcción dogmática, no susceptible de ser extraída de ninguna experiencia preteórica, ni confirmada por alguna comprensión vital que ten-

gamos. En el marco de la teoría jurídica, decir que algo o alguien tiene personalidad jurídica es suponer que existe un conjunto de normas válidas que regulan de determinada manera la conducta de un conjunto de personas. Por ejemplo: que yo tenga derecho a cobrar a mi deudor lo que me debe, quiere decir que hay, por lo menos, alguna norma válida (esto es: existente en el orden jurídico al que nos referimos) que impone un deber jurídico al deudor, y otra norma que obliga a un funcionario judicial a atender de cierta manera al acreedor que reclama que se lleven a cabo, recurriendo en última instancia a la fuerza, ciertos actos que afecten al deudor mismo. Sólo si cabe verificar la existencia de ese conjunto de normas, el jurista dirá que una persona jurídica tiene un cierto derecho (subjético) y, por tanto, efectuará ciertas conjeturas hipotéticas o previsiones sobre el curso de los acontecimientos. Si las mismas se verifican, su tesis de atribución de un derecho a la persona en cuestión quedará confirmada.

Parece claro que el derecho moral a la vida del feto dotado de una supuesta personalidad moral no permite ese tipo de elaboraciones. Lo que se pretende realmente, claro, es que se castigue penalmente a la mujer que aborta o que, de alguna manera se le prohíba jurídicamente actuar de ese modo. Pero aun existiendo la norma penal correspondiente, nada se gana afirmando que ello deriva de un supuesto derecho subjético del feto en cuanto persona moral. Una persona jurídica es una construcción teórica destinada a pensar económicamente un conjunto complejo de relaciones jurídicas, esto es: un conjunto de normas que imponen obligaciones, prohibiciones y facultades. De ahí que el jurista afirma, como una cosa trivial, pues es verdad por definición, que la persona jurídica tiene derechos y obligaciones. Ello parece falso con respecto a la supuesta personalidad moral del feto, al cual, por razones no técnicas (las que fueran, buenas o malas) se le atribuyen derechos, sin advertir que suena a absurdo hablar, como entonces correspondería, de los deberes morales del feto. Un sujeto que sólo contara con derechos y careciera de deberes no sería, para las formas de pensar técnicas de los juristas, una persona jurídica. Y es dudoso que los moralistas conciban sujetos dotados exclusivamente de derechos y no sometidos a ningún deber moral. El feto, por ende, tampoco puede ser pensado como una persona moral, si ésta es concebida como una extensión de la noción de personalidad jurídica.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre,

en una de sus versiones, dice que todo ser humano puede ser sujeto de normas que le impongan deberes y otorguen facultades (es decir: lo excluyan de obligaciones y prohibiciones). Esto es bastante banal y nada dice sobre propiedades intrínsecas del hombre y, mucho menos, sobre la personalidad o humanidad del feto. Es claro que la personalidad jurídica, así entendida, no puede extenderse a la atribución de personalidad moral al feto. Pues si la personalidad moral consistiera en un conjunto de normas que otorgan derechos morales (sean ellos lo que se quiera) y deberes morales al feto, es cosa clara que, en ninguna moral prescriptiva conocida, existen esas normas. En moral, los fetos no tienen deberes morales y, por ende, tampoco pueden tener derechos morales (pues tener un derecho moral presupone que, en algún respecto, no se tienen deberes morales). Y el feto carece de tal cosa: nadie jamás le ha atribuido deberes morales. Es una falacia, pues, pretender que por una supuesta personalidad jurídica que el feto tendría en cuanto conjunto vivo de células, que excesivamente se equiparan con un ser humano, constituye intrínsecamente una persona moral. Personalidad jurídica y personalidad moral son nociones dispares, que no pueden ser equiparadas arbitrariamente.

No es que así, al no reconocer en el feto un hombre, quede el ser humano definido arbitrariamente: lo que se define "arbitrariamente" —esto es: por actos políticos contingentes—es cuáles sean las normas que imponen deberes jurídicos y facultades jurídicas a ciertos sujetos. De ahí nada surge con respecto a una supuesta personalidad prejurídica o moral del feto. Y, por ende, nada puede concluirse con respecto a un supuesto derecho jurídico (un derecho humano) del feto a no ser objeto de aborto. Se trata de un argumento derivado de una confusión verbal. Sostener que el feto, jurídicamente, tiene personalidad legal quiere decir que hay normas que permiten atribuirle, a través de complejos sistemas de representación obligaciones (pagar impuestos, por ejemplo), y derechos (cobrar créditos). Vale decir, en aquellos ordenamientos jurídicos en que los fetos tienen derechos, hay normas que regulan los comportamientos de otros sujetos (sus representantes), que son atribuidos luego a la personalidad jurídica del feto, por lo común si es luego viable. Todo ello carece de sentido en el terreno moral, donde no hay tal atribución de derechos y deberes por representación.

Advertimos así que al afirmar y defender enfáticamente

el derecho a la vida del feto como persona moral se está diciendo solamente que se desea prohibir los abortos y nada más. Pero como esa prescripción no tiene validez general, pues muchas personas no la aceptan y muchos derechos positivos no la contienen, se pretende darle una validez aparente recurriendo a una construcción teórica de la jurisprudencia tradicional que justamente no sirve como modelo adecuado para la situación que se trata de resolver normativamente. Cosa semejante sucede con declaraciones políticas programáticas, como la que contiene la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, al proclamar —en alguna de sus versiones— que todo ser humano “tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Tener personalidad jurídica quiere decir, para la ciencia del Derecho, que hay normas que atribuyen derechos subjetivos e imponen obligaciones a un sujeto. El texto mencionado de la Declaración —que no ha recibido siquiera una traducción equivalente en los lenguajes en que fue originalmente redactado— es bastante anodino. ¿Quiere decir acaso que todo ser humano, inclusive quizás los fetos en gestación, tienen obligaciones jurídicas y responsabilidades en derecho? Esto es; ¿todo ser humano puede, en última instancia, ser sometido “en todas partes” a sanciones por algún Estado? Cabe sospechar que si ésta es la interpretación teórica correspondiente —y la misma es ciertamente posible—, muchos preferirían carecer de personalidad jurídica en muchos lugares. Vale decir, preferirían, desde un punto valorativo subjetivo, tener el privilegio, en todas partes, de no correr el riesgo de sufrir sanciones jurídicas al dejar de cumplir sus deberes.

Me parece que este tipo de discusiones sin salida tienen origen, en alguna medida, en la confusión entre concepciones no teóricas, preanalíticas y precientíficas del Derecho, y la elaboración de un marco teórico destinado a permitir pensar racionalmente el Derecho, al modo de las teorías construidas con respecto a diversos campos objetivos en la Edad Moderna. Algunas de las llamadas teorías que se proponen para el Derecho, bajo el auspicio de concepciones filosóficas variadas o so capa de tesis ideológicas no presentadas como tales, como sucede con algunas de las teorías trialistas y críticas, no cuentan con modelos que las satisfagan satisfactoriamente ni con procedimientos de derivación que permitan delimitar sus consecuencias verificables. En ese sentido, no son teorías, por muy convincentes que muchas de sus tesis nos parezcan.

PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS CREACIONES FITOGENÉTICAS

TEODORA ZAMUDIO

Sumario:

Introducción

I. - Condiciones de fondo para la protección. A. En el derecho de obtenciones vegetales (DOV). B. En el derecho de patentes. C. Comparación de los sistemas de protección.

II. - Condiciones de forma para la protección. A. Los derechos de obtenciones vegetales (DOV). B. DOV y patentes.

III. - Extensión de la protección. A. Los derechos de obtenciones vegetales (DOV). B. El derecho de patentes. C. Protección por patentes vs. protección por DOV.

IV. - Conclusiones sobre la conformación de la protección jurídica.

Introducción

Los sistemas de protección jurídica de la propiedad industrial son el campo de encuentro y batalla de la evolución constante de la ciencia, los cambios de intereses políticos y económicos y la pretensión de permanencia de las normas jurídicas.

En la actualidad los sistemas de patentes de numerosos países (industrializados) tienden a incluir en ellos parte de plantas y variedades vegetales. El efecto inmediato será que los titulares de tales derechos obtendrán mayor control so-

bre, por ejemplo, la producción agrícola. Por ello, la adopción de nuevos parámetros legales en el sector se relaciona con el propio desarrollo en la investigación, en el país que adopta un sistema de protección jurídica¹. En aquellas naciones con escasa actividad en el campo del mejoramiento fitogenético, poco interés o ninguno tendrá el establecer un régimen de "derechos de mejoramiento vegetal" (PBR); sin embargo, el costo de esa ausencia se hará sentir en la falta de material apto y mejorado para el explotador agrario, proveniente de aquellos países que sí cuentan con protección: la divulgación y el empleo libres de las nuevas creaciones es un peligro que el propietario-investigador no correrá.

La Argentina posee —además de la ley 111 de Patentes de Invención— legislación específica para las creaciones vegetales: la ley 20.247 sancionada en marzo de 1976, su aplicación —reglamentada por los decretos 1995/78, 50/89, 2183/91, res. 631/92— no ha sido exitosa debido a fallas en la autoridad de contralor². La normativa está inspirada en la Convención de la Unión para la Protección de Obtenciones Vegetales³, a la que nuestro país no ha adherido aún, pero dada la similitud "genética", por un lado, y la tendencia actual de integración al concierto mundial en temas de legislación de incidencia económica, pensamos que será útil y provechoso el análisis que este trabajo se propone efectuar.

A nivel mundial existe protección jurídica para todo adelanto que importe un mejoramiento en la calidad de vida de la comunidad. Los sistemas varían de país en país —no obstante la tendencia de armonización— por diferentes motivos: políticos, sociales, económicos; pero la diferencia sobre la

¹ *The impact of intellectual property protection in biotechnology and plant breeding on developing countries*, informe preparado por el comité holandés encabezado por Ir. J. D. Bijloo, publicado en 1990. Ver asimismo, *Biotechnology and development monitor*, n° 4, sept. 1990, ps. 3 y sigs.

² Pinairo, M. y otras. *Referencias para la política tecnológica agropecuaria*. Documento n° 3 CISEA, 1984. Ver asimismo GuSánchez, M. Documentos n° 6 de la misma serie.

³ Después de la reforma de 1978, los países miembros de la UPOV eran: Alemania, Australia, Bélgica, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Holanda, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Nueva Zelanda, Polonia, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Suiza. La Convención es el primer acuerdo internacional sobre los derechos de las fitomejoradoras (PBR: *Plant Breeders Rights*) concluido inicialmente en 1961 entre países europeos.

que aquí reflexionaremos es la provocada por la especificidad del objeto protegido, los vegetales: célula, tejidos, planta entera. Este material no se adapta fácilmente a los sistemas tradicionales de patentes y, en lo que va del siglo regímenes especiales fueron sancionados, a niveles nacionales⁴, antes de la Convención de la UPOV. Al problema básico se agregó, en las últimas décadas, la irrupción de la biotecnología que produjo, también en este campo (el vegetal) grandes adelantos. Los límites que se venían intentando consolidar ya no son tan claros, si es que no han quedado rotos. Por ello expondremos paralelamente las características de ambos sistemas en cuanto a las condiciones de fondo, de forma y extensión de la protección en cada caso⁵.

I. CONDICIONES DE FONDO PARA LA PROTECCIÓN

a) *En el derecho de las obtenciones vegetales (DOV)*

Las condiciones de fondo a cumplir para obtener la protección de una nueva variedad derivan, por un lado, de la naturaleza biológica del objeto de la protección y forman parte integrante de la noción de variedad (homogeneidad, estabilidad) y, por otro de las necesidades materiales y formales para instaurar un derecho de protección eficaz (carácter distintivo, novedad).

⁴ La primera legislación nacional, en Europa, sobre PER data de los años 1940; tal tendencia cundió rápidamente pero sin prever el llamado "privilegio del granjero" de la ley americana. El que quedó contemplado en nuestra legislación en el art. 44 del decr. regl. 2188/91; como así también la utilización del nuevo cultivar como base de nuevas investigaciones.

⁵ Tanto la UPOV como la WIPO u OMPI (Organización Mundial para la Protección de la Propiedad Intelectual) funcionan en el mismo edificio y responden a la misma Secretaría General. Ambas instituciones discuten desde enero de 1990 la armonización de sus sistemas de protección entre las sesiones del Comité de Expertos sobre la Interfase entre la Protección por Patentes y los Derechos de los Fitomejoradores (PFI). Es importante destacar que si bien nuestro país no ratificó la Convención de la UPOV, sí es miembro de la OMPI, organización continuadora de la Unión de París.

1. La existencia de caracteres distintivos

Por el artículo 6º punto 1 a) de la Convención -art. 26, b), decr. 2183/91, en nuestra legislación-, la variedad debe poder ser claramente distinguida por uno o más caracteres importantes de toda otra variedad existente, al momento en que se demanda la protección. Estos caracteres deben poder ser reconocidos y descriptos con total precisión.

La determinación formal de otras variedades existentes, por relación a aquellas de las que la nueva variedad debe distinguirse, parece traer mayores problemas: los criterios de notoriedad enumerados por la Convención son bastante largos y no limitan la notoriedad sólo al país en que la protección es demandada aun si la notoriedad verdaderamente mundial fuese teórica. Por consiguiente, la comparación no se hará con todas las demás variedades, sino con las que parecen similares. A este respecto, nuestra normativa (art. 16 decr. regl.) distingue entre "cultivar nuevo o inédito" y "de conocimiento público" cuando está ya inscripto a pedido de parte o de oficio con anterioridad a la solicitud que se presenta.

Quedan aún dos problemas espinosos a resolver:

- * la determinación de los caracteres considerados como importantes;

- * la apreciación del carácter netamente distintivo de ellos.

Concerniente a la primera cuestión, la *Introducción General a los Principios Directores de Examen* (Convención UPOV TG/162 nro. 7) declara de manera general que los caracteres enumerados allí, para cada especie, son aquellos que son considerados como importantes para distinguir a las variedades, y que no se relacionan con una noción de valor de la variedad. En nuestro caso la diferencia se apoya en la comparación de caracteres morfológicos, fisiológicos, fenológicos o, inclusive, "de aplicaciones industriales y tecnológicas u otros..." (art. 18, f), decr. regl.) que aportados o detallados en la solicitud permitan al Registro determinar "si la variedad cuya inscripción se pretende es diferente de toda otra variedad conocida..." (art. 4º, res. 631 S.A.G.yP.).

Aun si el valor (cultural u otro) no constituye un carácter importante, no podemos escaparnos a una aproximación funcional de la existencia de caracteres importantes, que tienen en cuenta a la especie vegetal y al destino y utilización final

de la variedad, o más tarde en el momento en el que se aprecie el carácter netamente distintivo de uno u otro, que se hace siempre conforme a un determinado punto de vista: de este modo, el carácter distintivo de una planta ornamental será evidentemente apreciado sobre la base de criterios distintos de los de una planta hortícola, por ejemplo. Aún si no se exige actividad inventiva, se necesitará normalmente que la variedad presente una ventaja, y no solamente una diferencia con una variedad ya existente, lo que exige un juicio (de valor), la ventaja no deberá ser absoluta, pero sí relativa al carácter dado.

Desde la revisión de 1978, los caracteres no deben serlo sólo de naturaleza morfológica o psicológica, sino también citológica, bioquímica, etc. Pero con la multiplicación de caracteres observables científicamente, se plantea la pregunta de si no se deberían distinguir aquellos utilizados para la identificación y aquellos (los verdaderamente importantes) utilizados para la diferenciación.

En lo referente al carácter netamente distintivo, la *Introducción General a los Principios Directores de Examen* (aros. 20 y siga.) revé las diferencias en la escala de niveles de expresión de los caracteres cualitativos y cuantitativos, pero resta ver en cuál nivel de la escala se admite el carácter distintivo, y si se deben fijar niveles mínimos, cuestiones de orden técnico y económico-político, que aún no se han resuelto. Algunas desviaciones pequeñas pueden ser admitidas si existe un verdadero progreso, lo que no implica admitir una simple diferenciación de productos muy similares por demarcaciones científicas casi equivalentes.

Las directivas agregan que dos variedades deben ser consideradas como distintas, luego de que la diferencia fue constatada en un examen..Establecido que nada prueba que una variedad se distingue de otra netamente en un lugar y momento determinado por un carácter importante, dado que se comportará de otro modo si se la traslada a otro lugar, en otro momento; lo que se hace es introducir una noción de carácter distintivo relativo al medio espacio-temporal, climático, etcétera, que confirma lo que se dijo sobre la notoriedad mundial.

La protección es por lo tanto conferida de manera general sin tomar en cuenta la influencia del medio, aunque se deberá contar con este elemento en la propia determinación

del concepto de variedad, que considera a las estructuras genéticas innatas a través de la reproducción y de la multiplicación. Y, entre nosotros, debemos recordar que los mecanismos de reproducción o propagación no son tenidos en cuenta —salvo resolución en contrario de la Secretaría de Estado de Agricultura, Ganadería y Pesca— para el otorgamiento de títulos de protección.

2. *La novedad*

El artículo 6º punto 1 b) de la Convención determina con un criterio formal la novedad de una variedad vegetal disponiendo que a la fecha de la presentación de la solicitud de protección, la variedad no debe haberse ofrecido a la venta o haber sido comercializada con el acuerdo del fito-mejorador en el Estado de origen o en el extranjero, durante un plazo máximo establecido, lo que le da al fito-mejorador cierto plazo de gracia. Una notoriedad obtenida por otros medios y los simples ensayos no provocan la destrucción de la novedad. En Argentina, ésta sólo se destruye si el cultivar ha sido ofrecido en venta o comercializado por el obtentor o con su conocimiento dentro del país o en el extranjero —si con ese Estado la Argentina mantiene acuerdos sobre la materia⁶. La novedad debe —por ello— estar fundada en la solicitud (art. 29, g), decr. reg. 2183/91).

3. *La homogeneidad (o "uniformidad", en Argentina)*

Según el artículo 6º punto 1 c) del Convenio, la variedad debe ser suficientemente homogénea (es decir, las plantas que la componen deben ser bastante parecidas) tomando en consideración las particularidades de su modo de reproducción o de multiplicación.

Ella significa que la variación que ella presenta (teniendo en cuenta su sistema de selección, y el hecho de la presen-

⁶ Anteriormente, con el decr. regl. 1993/78 la novedad caía si el cultivar estaba inscripto en el Registro Nacional de Propiedad de Cultivares o incluido en catálogos públicos o privados, nacionales o extranjeros. Los catálogos extranjeros eran tenidos en cuenta siempre que existieran entre ambos países tratados de reciprocidad (arts. 14 y 17, decr. regl. 1993/78). La novedad es ahora requerida a nivel práctico y no sólo teórico evitando así que un título de "bloques" impida la obtención del derecho, o que aquél sea otorgado a variedades que ya son de dominio y explotación pública.

cia de plantas aberrantes que resultan de una mezcla accidental, de la mutación o de otras causas) debe ser limitada, de suerte que sea posible establecer con precisión su descripción y su distinción y de garantizar su estabilidad; es lo que en nuestro medio define el artículo 26, c) del decreto 2183/91, como comprensión de toda variación genotípica, la que no debe afectar su utilidad agrícola. Los márgenes de tolerancia se agrandan progresivamente según se trate de variedades multiplicadas por vía vegetativa o estrictamente autógamas, de variedades fundamentalmente autógamas, de variedades alógamas o de variedades híbridas⁷, estas últimas estaban excluidas en nuestra legislación según el artículo 24 del decreto reglamentario 1995/78, ya derogado.

4. La estabilidad

El artículo 6º punto 1 d) exige que la variedad sea estable, es decir que permanezca conforme a su definición (manteniendo sus caracteres) luego de reproducciones o de multiplicaciones sucesivas, lo mismo para nuestro régimen (art. 26, d), dec. regl. 2183/91).

La verificación de esta condición requiere de un periodo de examen bastante largo, la *Introducción General...* (nro. 37) dispone que generalmente, una vez verificadas las características de distinción y de homogeneidad en un examen profundo, el material se puede considerar estable.

b) El derecho de patentes

Contrariamente al problema de la delimitación del campo de aplicación, el de las condiciones de fondo no ha llamado aún la atención de los expertos. Encontraremos aquí algunas de las dificultades vistas con relación a las plantas, dado que una disposición específica no les concierne más que con relación a la materia viviente⁸. Esas observaciones pue-

⁷ *Introducción General a los Principios Directores de Examen...* (Convención UPOV), nros. 27 y sigs.

⁸ Sobre el tema ver Zacudis, T. "La inserción de la materia viviente en el derecho de patentes", *Rev. Derecho Económico*, n° 23, año 1992.

den traspasarse *mutatis mutandis* aquí, por ello nos referiremos sólo a los elementos específicos de las plantas.

1. La novedad

La aplicación estricta de la novedad entorpecería la concesión de patentes en muchos casos teniendo presente la ausencia de plazo de gracia para el fito-mejorador.

Se deberá afrontar el problema relativo al estado de la técnica y su determinación exacta, y los criterios para juzgar si una obtención vegetal es verdaderamente nueva (cfr. el problema del carácter distintivo en materia de obtenciones vegetales).

La Cámara de Recursos Técnicos de la OEP -Oficina Europea de Patentes- tiene dicho que un material de reproducción de vegetales no es calificado de conocido por la simple razón de que sea capaz de producir una planta ya conocida. Se debe por el contrario, considerar como nuevo al producto que, por medio de parámetros rigurosamente mensurables, se pueda diferenciar de los productos conocidos; y tal es el caso del material de reproducción que es tratado, por ejemplo, por un procedimiento químico de utilización considerable como nueva.

2. La actividad inventiva

Aclarado ya que la determinación exacta del estado de la técnica y del "hombre de la materia" (científico y fito-mejorador, por ejemplo), es imposible, este criterio será difícil de apreciar.

Si, en general, la actividad inventiva es el criterio que permite asegurar una cierta diferencia entre la invención y el estado de la técnica anterior, ello difícilmente se aplica a una obtención vegetal o a un mejoramiento casi evidente, pero es muy importante (por lo tanto no patentable), mas una modificación "cosmética" evidente es patentable.

3. La aplicación industrial

Cuando se refiere a la aplicación en la agricultura, esta condición no trae problemas específicos.

c) Comparación de los sistemas de protección

1. Campo de aplicación y campo de protección

En el Derecho de patentes, el campo de aplicación se limita al conjunto de invenciones técnicamente patentables, lo que se produce, por un criterio general del patentamiento (en ciertas condiciones) adecuado a ciertas excepciones. El campo de protección *in-concreto* depende del contenido y de la extensión de las reivindicaciones del demandante, que pueden ser muy extensas. Trataremos el tema más adelante.

En el derecho de las obtenciones vegetales, el campo de aplicación depende en cada Estado del contenido de la lista de especies protegibles², que determina concretamente las especies que lo son, dejando sólo a elección del fito-mejorador la variedad a proteger. Es el legislador el que fija la extensión de la protección, es decir lo que éste entiende que es "variedad vegetal" según el artículo 5º punto 1 de la Convención UPOV. Se trata también de partes de plantas normalmente comercializadas con otros fines al de la multiplicación, si son utilizadas como tales para la producción de plantas de ornamento o flores cortadas. Conforme el artículo 5º punto 4, cada Estado puede extender la protección hasta los productos comercializables.

El campo de protección del Derecho de las obtenciones vegetales es técnicamente diferente y más restringido que el del Derecho de patentes: trata una variedad vegetal una vez que fue calificada de tal y por lo tanto individualizada, es decir un objeto ya concreto (un "prototipo"), y sus "copias", en el campo del patentamiento podemos proteger entidades más amplias o restringidas e inclusive los procedimientos: su contenido concreto es virtualmente ilimitado.

Esto concuerda con la constatación de que el Derecho de obtenciones vegetales no exige necesariamente una invención, sino que permite obtener la protección para una variedad descubierta (ver el art. 6º pto. 1 a): "cualquiera sea el origen, artificial o natural, de la variación inicial que le ha dado nacimiento...").

Finalmente si las condiciones de fondo están más adap-

² Recordemos que en nuestro país quedan excluidas de la protección de la ley 20.247, las variedades de híbridos.

tadas a la materia en el Derecho de obtenciones vegetales, ellas son mucho más estrictas y exigentes en el Derecho de patentes.

Tomando como base a las convenciones UPOV, CEP, la ley 111 y la ley 20.247, podemos resumir la comparación en el siguiente cuadro:

U.P.O.V.	C.E.P. LEY 111 (Argentina) CAMPO DE PROTECCION		LEY 20.247 (Argentina)
<p>a) EN TANTO "PRODUCTO"</p> <p>Todos los vegetales (aun los inferiores) a condición de que:</p> <ul style="list-style-type: none"> * sean determinadas como variedades. * las variedades deben ser inscritas en base a la lista de especies protegibles. <p>El material de reproducción y de multiplicación de estas variedades, así como las partes de las plantas ornamentales utilizadas para la producción de plantas de ornamento o de flores cortadas.</p>	<p>Todos los vegetales, a condición de que no sean variedades bajo la forma de variedades.</p>	<p>Todos los vegetales sin excepción.</p>	<p>Todas las variedades cultivadas (no existen listas de especies admitidas).</p>
<p>b) COMO PROCEDIMIENTO</p> <p>Ninguno.</p>	<p>Todos los procedimientos salvo los procesos esencialmente biológicos de obtención de vegetales.</p>	<p>Todos, sin limitación.</p>	<p>Ninguno.</p>

CONDICIONES DE FONDO			
Invencción o descubrimiento	Invencción únicamente	Invencción o descubrimiento	Invencción o descubrimiento
Novedad con plazo de gracia	Novedad	Novedad	Novedad
	Actividad inventiva	Actividad inventiva	-
	Aplicación industrial	Aplicación industrial	Utilidad agrícola
Homogeneidad	-	-	Uniformidad
Estabilidad	-	-	Estabilidad
Carácter distintivo	-	-	Carácter distintivo

2. Doble protección

Los campos de aplicación (y de protección) de los dos sistemas de protección tienen distinto contenido, pero no son mutuamente excluyentes: el del Derecho de las obtenciones vegetales es cubierto en principio por aquel del Derecho de patentes (pero ello es excluido por la CEP). Si el primero no es concurrente con el segundo, éste permite al fito-mejorador elegir el sistema de protección (si decide protegerla como variedad), pero no olvidemos que el Derecho de patentes que utiliza puntos de vista y técnicas diferentes y más amplias, podría entrar en conflicto con el sistema más específico sobre aquellos puntos en que están en contacto.

De esta forma, el mismo vegetal puede ser protegido como variedad y patentado como parte de un conjunto más grande, no teniendo todas sino algunas de las características de la variedad (lo que podría suceder en el caso de patentes sobre ciertos tipos de genes). Esta cuestión será profundizada cuando nos refiramos a la extensión de la protección.

Por otro lado, si se respeta la disposición de la UPOV sobre el no otorgamiento de un título de protección para un mismo género o especie botánica, si se encuentra dada la posibilidad de elegir entre un título particular y una patente

(art. 2º a) 1)¹⁰, el "derecho del fito-mejorador previsto por la Convención" (es decir por una variedad como tal) no es otorgado más que una vez para evitar la doble protección. Pero ello no impide que el mismo vegetal pueda ser abarcado por dos títulos de protección con distinto contenido y eventualmente provoque conflictos si esos títulos tienen distintos titulares.

3. La situación en E.E.UU.

Los problemas mencionados con anterioridad, se encuentran también de forma similar en los E.E.UU. desde la decisión *ex-parte* Hibberd¹¹, los E.E.UU. tienen tres sistemas de protección aplicables al reino vegetal, con campos de aplicación y condiciones de fondo variables.

La delimitación entre la *Plant Patent Act*, la *Plant Variety Protection Act* y el Derecho General de Patentes, no es totalmente clara y coexisten también la cuestión relativa a la doble protección.

Así, la *Plant Patent Act* establece su campo de aplicación sobre las variedades de plantas de reproducción asexual (salvo por tubérculos), comprendiendo esporas, mutantes e híbridos cultivados, dejando fuera a las bacterias, los cultivos de tejidos y las plantas en estado salvaje. Sus condiciones de protección son: novedad, carácter distintivo y la no-evidencia.

La *Plant Variety Protection Act* tiene aplicación sobre las variedades de plantas de reproducción sexual, menos los hongos y las bacterias, y los híbridos de primera generación. Sus condiciones para la protección son: novedad, carácter distintivo, uniformidad y estabilidad.

La patente general se aplica a todo el reino vegetal, salvo productos de la naturaleza, siendo sus condiciones para

¹⁰ Convenio de UPOV, art. 2º, 1): "Cada estado de la Unión puede reconocer el derecho del obtentor previsto por el presente Convenio mediante la concesión de un título de protección particular o de una patente, no obstante, todo estado de la Unión, cuya legislación admita la protección en ambas formas, deberá aplicar solamente una de ellas a un mismo género o a una misma especie botánica" (trad. oficial).

¹¹ En el caso "Hibberd" se reconoció a un investigador botánico el derecho de optar para una nueva variedad vegetal por él reivindicada, entre la protección amplia y genérica prevista en el Derecho general de patentes o por la otorgada por la legislación específica.

el otorgamiento de la protección la novedad, la utilidad y la no-evidencia. Resumamos lo dicho en el siguiente cuadro:

PATENTES DE PLANTAS (Plant Patent Act)	OBTENCIONES VEGETALES (Plant Variety Protection Act) CAMPO DE APLICACION	PATENTE GENERAL (Patent Act)
Variedades de plantas de reproducción sexual (año por tubérculos), abarcando con esto a las especies, mutantes e híbridos cultivados y las semillas por "año". Salvo: * las bacterias; * los cultivos de tejidos; * plantas en estado salvaje;	Variedades de plantas de reproducción sexual. Salvo: - los hongos y las bacterias; - las híbridos de primera generación.	Todo el dominio vegetal; Salvo * los productos de la naturaleza.

CONDICIONES DE FONDO		
Novedad; Carácter distintivo; No evidencia;	Novedad; Carácter distintivo; Uniformidad; Estabilidad;	Novedad; Utilidad; No evidencia

El ordenamiento americano no resuelve aún algunas cuestiones, a título de ejemplo: si una planta se reproduce de forma sexual y vegetativa ¿cuál es el sistema de protección aplicable? otros problemas resultan de la aplicación del Derecho general de patentes a las plantas, pero los juristas estadounidenses no tratan todavía las consecuencias de la doble protección posible y de los conflictos que de ella pueden derivar. El sistema se desarrolla paso a paso de acuerdo a los antecedentes jurisprudenciales.

II. CONDICIONES DE FORMA DE LA PROTECCIÓN

A. Los derechos de obtención de vegetales (DOV)

El sistema de los DOV es consecuencia de las dificultades para los fito-mejoradores de plantas de cumplir con las condiciones de protección, especialmente la divulgación (descripción) suficiente, y se presenta bajo modalidades adaptadas:

* Las variedades son protegidas como tales, sea cual fuese la forma en que fueron obtenidas (por ej. una mutación espontánea aleatoria), de suerte que no pueda indicarse un procedimiento de obtención determinado: automáticamente no hay más lugar para la condición de reproducibilidad¹³.

* El hecho de que se trate de una variedad concreta que es protegida, implica la obligación para el fito-mejorador de depositar la muestra típica del material de reproducción o de multiplicación vegetativo al momento de la interposición de la solicitud para así permitir el examen de los criterios D-H/U-E (diferenciación - homogeneidad / uniformidad-estabilidad). Este material depositado sirve como punto de verificación si, durante la duración de la protección, al fito-mejorador se le solicita la presentación del material que permitió obtener la variedad con sus características tal como fueron descritas al momento de la solicitud de la protección (bajo pena de tenerse el derecho por decaído: art. 10 pto. 2 y 3 a), UPOV). Similar norma contiene nuestra ley (ver art. 35, b), decr. 2183/91). Este material depositado puede servir como punto de comparación en caso de litigio por falsificación, pero no deviene accesible para los terceros, sino luego de la concesión de un título de protección (lo que no es necesario dado que el material es generalmente comercializado).

* Tomando en cuenta este depósito y al examen concreto, la descripción suministrada por el fito-mejorador es secundaria, aún más si la protección es otorgada a la variedad

¹³ Tal como se infiere en nuestra normativa de acuerdo al art. 1°, b) del decreto reglamentario: "Toda variedad o cultivo, cualquiera sea su naturaleza genética, obtenida por descubrimiento o por incorporación y/o aplicación de conocimientos científicos".

como tal desde que existe realmente, y no a una variedad teórica descrita sobre la base de una definición escrita.

* Dado que las variedades son comercializadas como tales y no como ingredientes de otros productos, su individualización por el público se realiza a través de una denominación varietal sometida a ciertas reglas para proteger al consumidor final (art. 53, Convención y art. 21, decr. argentino 2183/91).

a) Descripción

Dada la imposibilidad de dar una descripción completa y precisa de una planta, la Convención no impone esta condición al fito-mejorador. Basta con una descripción general que tenga indicaciones sobre las diferencias esenciales en relación a otras variedades. Nuestra normativa sugiere completarla con dibujos y/o fotografías (arts. 18, f) y 29, f)).

El fito-mejorador hará centrar el examen sobre los hechos particulares que le confieren a la variedad su carácter distintivo. Es el examen en sí el que aporta la descripción final. Si bien no es esta descripción la que determina la extensión material de la protección, servirá de base de comparación entre las restantes variedades (no se comparan óvviamente todas las variedades, sino sólo aquellas que podrían parecerse en base a su propia descripción), y por otro lado, la apreciación del carácter distintivo se realiza sobre la base de criterios cualitativos y cuantitativos, y de su nivel de expresión, adaptados según la especie en cuestión.

Si bien es cierto que la descripción no juega un rol verdaderamente jurídico, ella tiene una importancia de hecho no despreciable, aunque más no sea para expresar y comunicar a través de medios lingüísticos la esencia de la variedad. La cuestión fundamental se centra en la apreciación del carácter distintivo de la variedad en sí.

b) Examen

El examen concreto tiene lugar antes de la concesión del título de protección. Las pruebas de campo y/o ensayos de laboratorio necesarios y la metodología a emplear serán dictadas por la Secretaría de Agricultura y Ganadería y el Servicio Nacional de Semillas. Bajo el régimen de la UPOV el examen puede ser renovado ulteriormente durante la protección, pero ello ocurre raramente (arts. 7^o y 10).

El examen es efectuado a través de ensayos en cultivos. Por regla general, las autoridades de los Estados miembros realizan los tests ellas mismas, pero en ciertos países el examen oficial se funda en tests realizados por el propio solicitante (el que suele ser nuestro caso). Este procedimiento se juzga adecuado a las disposiciones del artículo 7º de la Convención, a condición de que:

* Las tests en cultivos sean llevados conforme los principios directores establecidos por la autoridad y sean mantenidos hasta que una decisión sea tomada con relación al objeto de la solicitud.

* El solicitante está obligado a depositar en un lugar determinado, simultáneamente a la presentación de la solicitud, una muestra del material de reproducción o de multiplicación que importa la variedad.

* El solicitante está obligado a garantizar a las personas autorizadas por la autoridad competente el acceso libre a los cultivos mencionados.

El procedimiento de examen cuesta caro y no es rápido. Como la protección es a menudo solicitada a nivel internacional, se procede —en Europa— a un intercambio de informaciones y de resultados de examen entre los servicios oficiales de los distintos Estados, lo que permite reducir los gastos y ganar tiempo, y también evitar el riesgo de que los diferentes servicios adopten decisiones divergentes; esta consecuencia molesta para el comercio internacional se ve agravada por las diferencias en cuanto a las condiciones climáticas, el medio, etcétera, sobre la morfología de las plantas, por ejemplo, y los diferentes puntos de vista sobre la existencia de caracteres distintivos.

Sin pretender extendernos sobre el tema, señalamos la importancia de prever en el marco del *MIRCOSUR*, la necesidad e importancia de establecer criterios y organizaciones tendientes a concretar la armonización, no sólo legislativa, sino reglamentaria y administrativa de estos exámenes. Con mecanismos únicos y válidos para todos los Estados partícipes.

B. DOV y patentes

Como vemos, las condiciones de forma traducen bien las

concepciones diferentes de los dos sistemas de protección (que volveremos a encontrar al tratar la extensión de la protección).

Frente a los mismos problemas técnicos, se han elegido dos vías distintas, donde en la de los DOV aparecen necesariamente mejor adaptados a la especificidad de la materia viviente, lo que encontramos embrionariamente en el Derecho de patentes a través del sistema de depósito obligatorio para satisfacer la condición de la divulgación suficiente, pero en el cual el examen se limita a un control de la viabilidad.

Debemos remarcar que las condiciones de forma menos pesadas del sistema de los DOV se justifican sólo por la especificidad del objeto protegido (no de los procedimientos, sólo de los "productos" reproducibles con homogeneidad y estabilidad) y por una extensión de la protección adaptada a estas circunstancias particulares. La transposición de uno hacia otro no es posible sin la explicación de los fundamentos de coherencia de cada sistema.

III. EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN

Los problemas analizados hasta ahora han tratado de la obtención de la protección. Ahora bien, lo que interesa aquí es, una vez elegidos una patente o un DOV, cuál es la extensión de la protección que otorga un título jurídico. De qué derechos subjetivos se dispone, a qué objeto están referidos.

Se debe distinguir la extensión jurídica y la extensión material de la protección:

* la extensión jurídica determina los derechos exclusivos que son atribuidos al titular de la protección (que es aquel que permite prohibir a los terceros actuar sin su consentimiento);

* la extensión material precisa las prerrogativas que reporta concretamente la protección dentro de la realidad en función del objeto protegido.

Dadas las diferencias fundamentales entre los derechos de obtención vegetal y de patentes, examinaremos sucesivamente los aspectos específicos de sendas formas de protección antes de proceder a una comparación.

A. Los derechos de obtención vegetal (DOV)

En un examen de la extensión de la protección de los derechos de obtención vegetal (DOV), no tendremos en cuenta los diferentes elementos que desbordan el marco de este estudio, no obstante la importancia práctica de estos no deben ser subestimada:

- las reglas relativas a la denominación varietal y/o el Derecho de marcas relativas a las variedades;
- las reglamentaciones públicas relativas a la certificación, la difusión, etcétera, de las variedades. Remarquemos que el artículo 9º de la Convención de la UPOV, el libre ejercicio del derecho de exclusividad acordada al fito-mejorador, no puede ser limitado más que por razones de interés público: dado que esta limitación intenta asegurar la difusión de la variedad, el Estado interesado debe tomar todas las medidas necesarias para que el fito-mejorador reciba una remuneración equitativa;
- las limitaciones resultantes del derecho de la competencia;
- las reglas relativas a una protección internacional.

Estos diferentes aspectos pueden reforzar o restringir la protección derivada de los DOV.

La extensión de la protección conferida por la Convención de la UPOV puede ser presentada globalmente como se sintetiza en el siguiente cuadro.

	ACTOS PROHIBIDOS A TERCEROS	ACTOS NO PROHIBIDOS A TERCEROS
material de reproducción o de multiplicación vegetativa (comprendiendo las plantas enteras)	<ul style="list-style-type: none"> - la producción con fines comerciales - la puesta en venta - la comercialización en tanto el material de reproducción o de multiplicación vegetativa (art. 5º, párr. 1º). 	<ul style="list-style-type: none"> - todos los otros actos, v. gr. - la producción con fines privados (incluso de manera reiterada), de consumo, de transformación, y las ventas que lleva los mismos fines. - la reventa ocasional del material en tanto tal, obtenido a partir de material adquirido legalmente. - la cesión a título gratuito. - la utilización con fines de investigación.
plantas ornamentales y partes de estas plantas, usadas como material de multiplicación	<ul style="list-style-type: none"> - la utilización como fuente inicial de una variedad en vista a la creación de otras variedades, si necesita del empleo repetido para la producción comercial de las nuevas variedades (art. 5º, párr. 2º) - estos mismos actos aplicados a los productos importados 	<ul style="list-style-type: none"> - la utilización en vista de la obtención de otras variedades y la comercialización de ellas sin necesidad del empleo repetido. - estos mismos actos aplicados a los productos importados
otros productos finales (v. gr. frutos, flores), plantas enteras reproducidas por semillas o partes de ellas, material de reproducción o multiplicación no usado como tal, sustancias extraídas de plantas.	<ul style="list-style-type: none"> - los actos citados aquí, si ellos son usados comercialmente en vista de la protección de plantas de ornamento o de flores (art. 5º, párr. 2º) 	<ul style="list-style-type: none"> - los mismos actos aplicados a los productos importados
	<ul style="list-style-type: none"> - ninguna - Los Estados pueden, para ciertos géneros o especies botánicas, acordar derechos que no se extiendan sino hasta la comercialización (art. 5º, párr. 4º). Ver v.gr. la ley francesa para las rosas y los "ojitos". 	<ul style="list-style-type: none"> - todos, sin dispositivo especial. Así, Gran Bretaña y E.E.U.U. tienen disposiciones específicas que protegen contra la importación de flores.

La duración de la protección —en el marco de la Convención de la UPOV— es por lo menos de quince años, a contar del otorgamiento del título de protección (dieciocho

años para las vides, árboles forestales, árboles frutales y árboles ornamentales, y comprende sus plantas injertadas, art. 8º). En nuestro país la protección prevista por la ley 20.247 es fijada en veinte años como máximo por el decreto reglamentario 2183/91, artículo 37, para todas las especies.

1. Alcances de los DOV

La extensión jurídica y la extensión material no pueden ser separadas claramente pues los derechos son adaptados al objeto particular al que ellos se aplican, y como este último es siempre una variedad vegetal concreta, la extensión material depende del sentido dado a los conceptos jurídicos utilizados.

La protección está sometida desde el principio a una doble limitación en función de la finalidad:

- del objeto de protección: debe servir como material de reproducción o multiplicación vegetativa.

- los actos implicados en este objeto: deberán estar referidos a una actividad comercial (profesional).

Esto tiene por efecto hacer salir del campo de protección todas las actividades puramente privadas y el sector de consumo, limitando el impacto de la protección al nivel de la producción "industrial" (v. los ejemplos dados sobre el cuadro global).

Como en los otros derechos de la propiedad industrial, los derechos del fito-mejorador importan para la puesta en circulación lícita del objeto protegido. Pero este empalme de derechos no se aplica más que al objeto concreto puesto en circulación que puede ser utilizado libremente (v. gr. ser revendido), y no significa la pérdida de derechos en cuanto objetos idénticos o equivalentes al puesto en circulación, si se reúnen las condiciones de protección.

Así, en el caso de las especies los derechos de exclusividad permanecen en vigor no solamente frente al material de reproducción o multiplicación de una variedad que presenta las mismas características, sino frente a la variedad protegida y obtenida de manera independiente (es el caso de la "falsificación"), igualmente frente al material obtenido a partir del puesto en circulación que presente las características iniciales (la protección no juega para una variedad a partir de la cual se obtenga una nueva), por lo tanto, en ambos casos, se considera que un tercero efectúa en su beneficio actos que le están prohibidos.

Los derechos se refieren a poner al material de reproducción o multiplicación vegetativa de una variedad e idealmente a todo aquello que puede cumplir tal función. Así, la Convención extiende la noción expresamente a la planta entera, utilizada para la multiplicación vegetativa, y a las plantas ornamentales y a las partes de ellas utilizadas con otros fines que no involucren la multiplicación.

Con toda lógica, se debe dar a este concepto un contenido evolutivo de suerte que incluya las nuevas formas de material de reproducción o multiplicación, y asimismo las células vegetales y los tejidos vegetales. Esto no está exento de problemas respecto a, por ejemplo, las células no estériles en plantas enteras, o células totipotentes destinadas a otros usos. Los criterios de finalidad permitirían teóricamente encontrar una solución a estos conflictos, pero en la práctica, los problemas de prueba son aún serios.

Finalmente, la Convención no ofrece protección para los otros productos vegetales comercializables: sea porque no se trata sobre el material de reproducción o multiplicación vegetativa (v. gr. los frutos), sea porque pudiera ser utilizado después de su descomposición en células o tejidos, mientras no lo fueran con la finalidad de reproducción (v. gr. las hojas de tabaco, las uvas, las cañas, etc., y las flores multiplicadas en el extranjero e importadas), actos que no están prohibidos por el artículo 5º, párrafos 1º y 2º (ver, no obstante, la protección británica y americana en estos casos).

2. Falsificación

El sistema de los DOV no recepta reivindicaciones porque la protección es acordada para una variedad concreta. Ello no significa que la protección sea limitada a las plantas (o partes de ellas) provenientes concretamente del fitomejorador (o de un licenciataria), donde solamente la falsificación pura y simple sería prohibida (a la que se asimilan el ejercicio de los actos prohibidos). La definición abstracta del concepto de "variedad" hace que haya falsificación incluso si una variedad protegida ha sido obtenida de forma independiente (si no sería siempre posible pretender que se ha obtenido la "nueva" variedad en forma independiente).

Tal situación de identidad será rara pues habrá siempre ciertas diferencias. Como por otro lado, las variedades protegidas pueden ser utilizadas libremente para la obtención de

nuevas variedades salvo en el caso de los híbridos ¿cuál es el grado de similitud/diferencia que permite hablar de falsificación?

El sistema de los DOV no acepta la doctrina de los equivalentes del Derecho de patentes, y por otro lado el fitomejorador no está obligado a revelar cómo ha obtenido su variedad, ella puede ser un evento (mutación espontánea) de una variedad protegida. Sería lógico aplicar los mismos criterios como para la apreciación del carácter distintivo de una nueva variedad para la cual se solicita un DOV. Pero como las diferencias mínimas exigidas y la importancia de los caracteres tomados en cuenta no son excesivos, la protección no se extiende más allá de los caracteres descritos como homogéneos y estables de la variedad (estos dos caracteres exigen cierto margen de tolerancia) que pueden diferir según el medio exterior. La descripción muy sumaria de la variedad no permite incluso a un tercero verificar si ha falsificado una variedad.

B. El derecho de patentes

1. Patentes de productos

En materia vegetal, la "patente de plantas" ha provocado tradicionalmente dos problemas esenciales en lo que concierne a la extensión de su protección: ¿la patente cubre todas las generaciones sucesivas de la planta o solamente la primera? y ¿cómo tener en cuenta la variabilidad genética del objeto de la protección, y contemplar la degeneración modificatoria de su identidad?

La solución al segundo problema ha sido encontrada limitando la protección de las plantas a su reproducción asexuala (Estados Unidos), y por los DOV basados en el concepto de variedad. Cuando se desea una patente de un vegetal en tanto tal, se deberá igualmente recurrir a esta noción de variedad (lo que implica una adaptación de las condiciones de protección).

El primer problema fue tratado por la teoría del agotamiento de los derechos sobre el objeto de la patente una vez que él ha sido lícitamente puesto en el comercio: esta extinción era lógica y no hacía peligrar los objetos inertes que debían ser fabricados pieza a pieza para poder ser copiados.

Ahora bien, los organismos pueden ser reproducidos o copiados de tal forma que su utilización a estos fines (en principio libres) equivalgan a un acto de producción (prohibido).

Este obstáculo puede ser superado de hecho con la reivindicación del material de reproducción o multiplicación de una variedad (entidad abstracta). Considerando la variedad y no la planta individualmente, se puede, como para los DOV, aplicar los mismos conceptos respecto de la extinción de los derechos sobre la primera generación, manteniéndose legítimamente los derechos sobre el material de reproducción o multiplicación de generaciones posteriores, que presenten las características de la variedad y su utilización para la producción de la variedad protegida.

Así, las secuencias de ADN (ácido desoxirribonucleico) patentadas y vendidas, v.gr. un plásmido. Se entiende que su destino es que sean introducidos dentro de las células y que se repliquen. Pero no está permitido clonar su vector con vista a su venta. Es en todos los casos la (re)producción o multiplicación del organismo cedido lo que hace renacer los derechos de la patente sobre lo que resulte del proceso de fabricación y que corresponda a la definición del objeto patentado.

Se puede plantear en qué medida este razonamiento es válido para las entidades de clasificación superior como los vegetales (estos últimos no son patentables más que en algunos países y para las especies no protegibles por DOV). Toda categoría superior está basada sobre una o muchas características, desde un cierto punto de vista, la patente no versaría sobre la planta en su totalidad, sino sobre ciertas características o genes introducidos artificialmente. Luego, los interrogantes serían: ¿cuándo hay agotamiento de los derechos sobre un gen patentable? ¿cuándo, entonces, pueden ellos ser utilizados por terceros para la obtención de nuevas formas de vida vegetal?

La misma cuestión se trata también en el caso de los seres unicelulares y de las células animales (en principio patentables), para los organismos que no responden claramente a la definición de objeto patentable, o cuando la actividad prevista no requiere una multiplicación del organismo patentable.

En resumen, dentro de qué medida existe una situación de dependencia de la patente cuando un organismo ha sido

obtenido a partir de otro patentado. ¿Habría o no falsificación si la modificación subsecuente no reúne las condiciones de patentabilidad?

En caso de que la patente versara sobre las características o genes no específicos de una variedad vegetal, la protección se extendería a todas las plantas que presenten tales características, no en su totalidad, sino únicamente en ciertos aspectos. No se trata, pues de una protección *per se* sobre la planta, sino sobre ciertos rasgos de la misma, y la protección no juega si en la utilización de estas plantas (v. gr. extracción de sustancias) los rasgos en cuestión (v. gr. color particular, resistencia a los herbicidas, etc.) no juegan algún rol. Si estas plantas son utilizadas como materia prima para la obtención de nuevas variedades, en ellas los rasgos característicos de la variedad inicial serán mantenidos. Ahora bien para no constituir una falsificación, los "nuevos ejemplares" deben tener rasgos distintos de los de las plantas iniciales. Deberemos, entonces, admitir una situación de dependencia por un tiempo (el de vigencia del título) debido a que las nuevas variedades no son creadas abstractamente sino a partir de las ya existentes.

Dado que es técnicamente posible introducir genes, debería en su caso también ser posible eliminar los genes que no fuesen interesantes y característicos de la nueva obtención, y de este modo reducir aquella dependencia.

Se debe tener en cuenta el concepto de "cultivo derivado": se trata de todo cultivo que presenta aún las características del cultivo depositado, esenciales para la puesta en marcha de la invención. Un cultivo derivado puede ser depositado a los fines del patentamiento, que será por lo tanto una patente dependiente, lo que se corresponde con lo dicho anteriormente. Ahora, podemos preguntarnos si tal situación de dependencia subsiste cuando un inventor introduce una nueva característica junto a las iniciales ya existentes, importante para la puesta en marcha de su invención.

Este razonamiento es, en principio, también aplicable a las células vegetales. Resta saber aún en qué medida una patente que tiene por objeto células modificadas genéticamente se extiende a las plantas que pueden ser regeneradas por el material patentado. Ello depende evidentemente del contenido de las reivindicaciones. Con toda lógica, esta extensión deberá ser admitida, pero dado que estas células consti-

tuyen el material de multiplicación que da nacimiento potencial a una variedad, otros conflictos podrían suscitarse.

2. Patente de procedimientos

Dada la imposibilidad, en algunos países, de obtener patentes para las variedades vegetales en tanto tales, este argumento recobra actualidad en materia vegetal (y podría ser incluso en materia animal).

La primera cuestión en esta materia versa sobre el concepto de "producto directo" de un proceso patentable; se trata únicamente de la (sola) planta obtenida o modificada, o también de todas las otras plantas obtenidas después de la reproducción o multiplicación, pudiendo constituir con la primera una variedad (en términos más tradicionales: la protección acordada al producto directo del proceso se extiende hasta la primera generación). La respuesta depende de que se considere, o no, la reproducción o multiplicación como formando parte del proceso de obtención o modificación.

Según algunos, el segundo procedimiento biológico rompe la línea directa de las plantas que resulten con el proceso de obtención o modificación; estas plantas podrán entonces eventualmente ser protegidas per se en tanto que son una variedad, lo que evitaría los conflictos entre patentes de procedimiento y los DÖV o las eventuales patentes de producto.

Otros arguyen en favor de cierta forma de protección indirecta sin limitación a la primera generación; de hecho, el procedimiento de obtención no tiene sentido si no es seguido de una multiplicación, los dos forman un conjunto en dos etapas que, incluso si la segunda no fuera protegible en tanto tal, puede ser reivindicada como una unidad. Si la primera etapa fuera de naturaleza técnica, la segunda no debería implicar un procedimiento esencialmente biológico no patentable.

De hecho, las dos opiniones no se contradicen, sino que indican que la dificultad puede ser encuadrada a través de reivindicaciones adecuadas. Lo que resta saber —para la CEF— es si no se contraviene la exclusión a la patentabilidad de las variedades vegetales pues esta exclusión no está expresamente limitada a las patentes de productos, y cómo reglar los conflictos eventuales entre los distintos títulos de protección.

Este género de reivindicaciones podrían motivar problemas desde otros puntos de vista: v.gr., ¿no tendría importancia saber que la primera etapa no será de hecho utilizada, sino que se adjunta solamente a los efectos de la causa? Por otro lado ¿cómo garantizar que todas las plantas resultantes del procedimiento sean (razonablemente) idénticas, siendo que no se lleva a cabo la reedición del proceso de obtención sino sólo una operación de multiplicación?

Si tradicionalmente, se ha pensado siempre en términos de plantas enteras, se debe establecer una acepción para el término "producto directo" en caso de modificación genética al nivel celular (se trata de los cromosomas, de las células, de los tallos, de los tejidos, de las plantas? O si de manera general se extiende la protección al "producto directo", ¿dónde se detiene el carácter "directo" dentro del proceso vital?

C. Protección por patente vs. protección por DOV

1. Comparación de los sistemas

Debemos recordar que los dos campos de aplicación son mutuamente excluyentes —para los signatarios de la Convención de la UPOV, no para nosotros, aún— de suerte que la comparación se basa sobre la hipótesis de que las patentes se otorgan para las variedades vegetales.

Esta situación podría presentarse en caso de supresión de la exclusión de la patentabilidad de las variedades vegetales (para el caso europeo que las mantiene fuera del sistema de acuerdo con el art. 53, inc. b) de la CEP —Convención Europea de Patentes—). Ello respondería a los cuestionamientos de los sectores industriales que creen que la protección de los DOV es insuficiente por comparación con las patentes sobre dos puntos de vista:

- * "la exención en favor de los agricultores", que les permite utilizar el material de reproducción o de multiplicación con fines privados (por ej., producir semillas para la producción de cosechas en la misma finca), a lo que podemos agregar la falta general de protección del producto final;

- * sobre todo la libre utilización de las variedades protegidas para la obtención de nuevas variedades: de este modo, luego de haberse introducido por ingeniería genética un gen

importante en una planta (por ej., el gen necesario para la fijación del nitrógeno), cualquiera podría apropiárselo modificando la variedad, lo que es inaceptable para los medios industriales debido a las inversiones necesarias para ese trabajo de mejoramiento.

Resta analizar si en verdad estos argumentos son determinantes. En los EE.UU. donde se otorgan patentes para las plantas, como es posible en nuestro país, no se da importancia a la supresión de la exención en favor de los agricultores, debido a la utilización creciente de híbridos que forman una barrera biológica para la reutilización de las semillas.

Por otro lado, podemos preguntarnos si la patentabilidad de las variedades es importante teniendo en cuenta el patentamiento de los genes y la protección que de ello deriva, que prohíbe la utilización del gen, al menos en lo concerniente al aspecto para lo cual la protección fue acordada.

Finalmente, no debemos olvidar que aquellos que reclaman una protección por patentes parten de variedades existentes también, aun si ellas están protegidas por DOV. Una protección amplia por patentes podría ser un arma de doble filo, pues podría llevar al sector entero a una situación de múltiples dependencias, debido a que los trabajos de mejoramiento parten de un número relativamente limitado de líneas intervinientes.

2. Coordinación de los sistemas

Los campos de aplicación de los dos sistemas son, en principio, mutuamente excluyentes pero complementarios, de modo que existen conexiones a nivel de la extensión de la protección, que hacen desembocar en situaciones de conflicto:

* Podemos patentar los genes o las características particulares de las plantas: ¿qué ocurriría si un gen patentado es introducido en una variedad protegida por un DOV, o si una variedad nueva es obtenida a partir de una planta que contiene un gen patentado? Las posiciones actuales desean la abolición de los derechos anexos a una patente cuando estamos frente a un material de reproducción o de multiplicación de una variedad protegida por la preeminencia absoluta de la patente, por lo que toda utilización del gen constituiría una falsificación.

* Las células vegetales, son consideradas como patentables: ¿qué ocurriría si se tratara de células regenerables de

una planta que pertenezca a una variedad protegida por un DOV? ¿no constituirían parte del material de multiplicación cubierto por los DOV?

* Las plantas enteras y sus partes (tejidos, células, etc.), pueden ser el producto directo de un procedimiento no esencialmente biológico de obtención o de un procedimiento microbiológico patentados y por lo tanto, también cubiertos por las patentes: ¿Qué ocurriría si estas plantas formasen parte de una variedad protegida por un DOV?

* La obtención o la producción de una variedad protegida por un DOV no sería posible sino sobre la base de un procedimiento patentable.

Es difícil apreciar el carácter real o probable de estas situaciones: la materia viviente es tan variable y la extensión material de protección bastante estrecha para que se puedan evitar los conflictos. Por el contrario, el hecho de partir de variedades concretas existentes que no son muy numerosas (por ej., no nos esforzaremos en introducir un gen de resistencia en una variedad poco activa) aumenta el conflicto.

Pero de hecho, sólo habría conflicto si los titulares fuesen distintos; de lo contrario estaríamos frente a una complementación de protecciones que también existe en otros terrenos (por ej., patente, modelo, marca).

Para evitar las situaciones de conflicto se ha propuesto suprimir el sistema de los DOV para someter todo al sistema de patentes o bien achicar el campo de aplicación de la Convención UPOV. Ninguna de estas proposiciones parece realista, al menos en el corto plazo. Teniendo en cuenta la especificidad de la materia vegetal y de las técnicas de obtención, no sería posible aplicar el derecho de patentes a las obtenciones vegetales de tipo tradicional.

Notemos finalmente, que en los países en donde coexisten las diferentes formas de protección (por ej., Japón y los EE.UU.), los problemas que resultan de su "cohabitación" no han sido aún reglados.

3 *¿Doble protección?*

Conforme el artículo 2º punto 1 de la Convención UPOV, cada Estado puede reconocer el derecho del fito-mejorador previsto por la Convención para la concesión de un título de protección particular o de una patente. Toda vez que un Estado prevea en su legislación nacional la protección bajo

estas dos formas no deberá prever una de ellas para un mismo género o especie botánica.

El sentido de esta disposición está lejos de ser claro, y aun el análisis de los trabajos preparatorios permite únicamente concluir que se ha deseado excluir un cúmulo de protecciones por dos títulos para un mismo género o especie botánica, aun que sean claras las razones, además de la simplificación del sistema jurídico, en las que se basa.

Las dificultades de interpretación giran alrededor del sentido del término "patente": conforme la primera frase, se trata de una patente adaptada, equivalente al derecho o al certificado de obtención vegetal que conferiría los mismos derechos al fito-mejorador que los previstos por la Convención en su artículo 5º (aplicando las condiciones de protección estipuladas en el art. 6º, exclusivamente). Cada Estado tiene la opción entre estas dos formas de títulos jurídicamente equivalentes para cada género o especie botánica.

La segunda frase parece referirse a la patente general: ella habría sido agregada para permitir a los Estados, que ya protegían a las plantas por la patente general, y que querían introducir el sistema UPOV con un título de protección particular, para disponer de dos formas de protección simultáneas durante un período de transición, pero no para un mismo género o especie botánica.

El artículo 37 punto 1 establece que no obstante las disposiciones del artículo 2º punto 1, todo Estado que antes del 31 de octubre de 1979, preveía la protección bajo alguna de las formas mencionadas en el artículo 2º punto 1 para un mismo género o misma especie puede continuar previéndolo previa modificación y la reforma de 1991 amplía el plazo para el acatamiento nacional de los próximos adherentes. La expresión "las diferentes formas mencionadas" no esclarece el término patente: se trató de facilitar especialmente el acceso del Japón (que permitía obtener teóricamente patentes generales para plantas) y de los EE.UU. (donde una doble protección era aceptada para las gramíneas de multiplicación seruada -*Plant Patent Act*-).

Debemos concluir que toda forma de protección para un mismo género o especie botánica debe ser considerada como incompatible con el artículo 2º punto 1 de la Convención UPOV. Pero esta protección no es posible más que aplicándola a un mismo objeto material (diferentes formas de protec-

ción pueden coexistir si no se refieren al mismo objeto) y si las diferentes formas de protección tienen el mismo campo de aplicación (lo que permite patentar variedades no establecidas en las listas nacionales y todo aquello que no responde a la noción de variedad). Esta disposición no prohíbe una doble protección complementaria ni la elección entre dos sistemas de protección.

IV. CONCLUSIONES SOBRE LA CONFORMACIÓN DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA

La protección de las invenciones de los biólogos no presenta solamente las particulares en lo que concierne al objeto de la protección, sino también en lo atinente al encuadramiento reglamentario e institucional dentro del cual se ubica.

Se deberá tener en cuenta, por una parte, las diferentes reglamentaciones públicas de "protección" (en el sentido primario del término) de la seguridad, de la salud pública, del desarrollo, de la calidad alimenticia, etcétera. Determinar qué principios se sitúan por encima y por debajo de los principios de la propiedad industrial, además de evaluar la repercusión de la obtención y/o del ejercicio de los títulos de protección, los aspectos concernientes a las patentes como objeto de contratos de investigación.

La concesión de derechos de propiedad industrial debe igualmente tener en cuenta el impacto en el contexto institucional general que las actividades innovadoras pudieran acusar en razón del otorgamiento de títulos de protección. A este respecto, los dominios de la ingeniería genética y de las demás técnicas de la biotecnología presentan la particularidad de la activa intervención mixta de los investigadores universitarios, las universidades y los organismos públicos de financiamiento junto con empresas privadas. Esta nueva constelación crea problemas nuevos relativos, v.gr. a la determinación de la titularidad de los derechos, la concesión de licencias (exclusivas o no) y la correspondiente manera de repartir los beneficios que resulten.

En fin, la concesión y el ejercicio de los títulos de protección ha sido influida por las particularidades de los sistemas de protección, los que no son específicos a la materia aquí

abordada, pero que los afectan de una manera especialmente aguda, v. gr., registros de marcas, "períodos de gracia" (entre la divulgación y la solicitud, conservando la "novedad"), que algunos países como EE.UU., Japón y Canadá reconocen, frente a los países europeos, que no lo hacen.

Por otro lado, están todos los problemas que resultan de la disparidad de las legislaciones.

A este respecto, la Convención de la UPOV importó una uniformación importante, a nivel internacional, en materia de protección de obtenciones vegetales, aunque es posible que existan divergencias en la apreciación de las condiciones de protección o también es posible que existan divergencias en las legislaciones autorizadas por la Convención que brinden un modelo de protección mínimo, o bien que no todos los estados industrializados sean miembros de la UPOV.

La debilidad del sistema se hace más evidente en relación a su funcionamiento a nivel internacional: no se trata aquí de un sistema de prioridades como en materia de patentes, sino en la falta de un sistema internacional de otorgamiento de Derechos de Obtenciones Vegetales (hace falta interponer una solicitud en cada país), a la existencia de listados nacionales de variedades y al sistema de tratamiento nacional o reciprocidad, en su caso.

Dada la tendencia natural de aplicar el principio de reciprocidad, la protección internacional se encuentra limitada sobre todo si los Estados poseen listados de géneros o de especies protegibles divergentes. Ahora bien, éste es el caso en la mayoría de los campos tomando la especialización internacional en el trabajo de obtención y la actitud de los Estados de no proteger más que a las especies que son efectivamente objeto de trabajos de obtención en sus propios países.

ENSAYOS

LIMITES DEL DERECHO PENAL: CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN EN LA MEDICIÓN DE LA PENA

MARCELO FERRANTE

*"La loi ne doit établir que
de peines strictement et
évidemment nécessaires..."*

(art. 8º, D.D.H.C., agosto de 1789).

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de determinación judicial de la pena, aparecen posiciones que, con variable racionalidad o coherencia, intentan dar un fundamento teórico a la intervención penal del Estado y, a la vez, una serie de límites, más o menos individualizables, plausibles como conceptos abstractos pero de –generalmente– nula utilidad pragmática. Lo cierto resulta ser que todo intento de justificación racional de un particular modo de determinación de pena, que toda doctrina de fundamentación de una forma de aplicación de pena, no logra justificar, no consigue dar motivos racionales, a la transformación existente entre la comisión de un delito y una determinada cantidad de encierro. Los intentos no fueron –ni son– pocos. Sin embargo, cuando todo acto –al menos dentro de la ética de los capitalismos occidentales– y, más aún, todo acto estatal que pone límites a la libertad requiere, para su aceptación, de justificación racional, la conversión delito-cantidad de pena en cada caso particular sigue sin demostrar

racionalidad alguna. Así, cada tesis sobre la determinación de la pena llega, a lo sumo, a encontrar una justificación racional de un método de individualización de la pena pero sólo como esquema abstracto, inaplicable o de imposible traducción a un caso concreto, esto es, incapaz de responder a la pregunta: *¿Qué clase de pena y en cuál cantidad debe aplicarse al individuo "A" que cometió el delito "X" en las circunstancias "Y"?*

A su vez, una tesis relativa a la determinación de la pena lleva, como premisa necesaria, una doctrina del fin de la pena; pues dependerán del sentido dado a la pena-concepto los factores relevantes para la individualización de una pena, factores que serán causa de la pena particular resultante. Aun así, una tesis de la determinación de la pena, enmarcada dentro de una doctrina del fin del Derecho penal, incluso cuando sea teóricamente racional, sólo podrá, cuanto mucho, explicar la necesidad de un castigo ante la comisión de un delito, pero nunca especificar qué clase de castigo ni en qué cantidad.

El castigo ante la desobediencia —pena por la violación culpable de una norma— es una respuesta puramente irracional. La racionalidad aparece ante la necesidad de limitar aquella solución irracional dada y, cuando menos aparentemente, inextirpable: "La pena es una amarga necesidad"³. El saber jurídico-penal encuentra en el acto de la determinación de una pena en particular ante la comisión de un determinado delito, por un individuo en concreto, su propio límite.

Intentaré en este trabajo exponer una tesis sobre la determinación de la pena, aquella en la que encuentro mayor racionalidad y coherencia y, a su vez, mayor valor de actualidad, para luego demostrar que a pesar de su corrección no sirve como respuesta a la pregunta formulada anteriormente; por tanto, no sirve como explicación racional para un caso concreto, es decir, no es más que una ayuda a un irracional "sentido común" que, de todos modos, no siempre esclarece el panorama de un hipotético juzgador (a la sazón, determinante de la pena).

³ La frase citada alude a una de Hans Schultz: "La pena no es un fenómeno metafísico ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos", que, con algunas modificaciones, fuera incorporada en la fundamentación del Proyecto Alternativo de Código Penal, parte general, además de 1966.

La tesis que expondré es la surgida básicamente de la concepción impulsada por Claus Roxin, entre otros, enmarcada dentro de un concepto de Derecho penal orientado a fines —terrenales por oposición a metafísicos—, que halla su justificación última en la concepción del Derecho desarrollada por el funcionalismo-sistémico. Mi exposición será una reconstrucción de tesis de distintos autores, girando, siempre, sobre el eje que Roxin aportó al sistema del Derecho penal en este punto, intentando, a su vez, plantear algunos puntos especialmente problemáticos.

2. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

Responder a la pregunta que origina el tema de la determinación de la pena implica, previamente, conocer cuál es la función que el Derecho penal debe cumplir como instrumento dentro de un sistema social determinado; y brindar una conclusión en ese sentido supone, a su vez, individualizar una función que el Derecho, en general, debe cumplir. No es sino esto lo que, genéricamente, Claus Roxin definió como "reconciliación de política criminal y sistema del derecho penal", o también, para Schmidhäuser, "sistema teleológico del Derecho penal" o "Derecho penal orientado a fines"². De este modo, "la vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica: un orden estatal sin una justicia social no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, pero que no consigue la garantía de la libertad como en el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal"³.

² Cfr., por todos, Schönemann, B., "Introducción al razonamiento sistémico en Derecho Penal", en AAVV, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, trad. de Silva Sánchez, J.M., Temes, Madrid, 1991, ps. 31 y sigs., en particular, p. 43.

³ Roxin, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., Berlin, N.Y., 1973, p. 18, cit., por Pérez Manzana, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, U.A.M., Madrid, 1990, p. 37.

De este modo, un sistema del Derecho penal funcional u orientado a fines, debe, a partir de algunos presupuestos fácticos dados que hacen al medio en el que se aplica, escoger los instrumentos que resulten idóneos para la consecución de los fines propuestos. Así, la teoría sociológica puede aportar aquellos presupuestos de los que debe partir el Derecho penal: ésta es la razón de aquellos que sostienen la teoría de la prevención general positiva o prevención-integración como doctrina del fin del Derecho penal —y de la pena en particular— sosteniendo sus posiciones dentro del marco teórico aportado por el funcionalismo sistémico, en tanto brinda una hipótesis de legitimación del Derecho como instrumento de estabilización del sistema social⁴.

Un sistema social complejo en el que interactúan innumerables agentes requiere para su desenvolvimiento, o su equilibrio dinámico —al contrario de lo que sucede en sistemas sociales simples en los que la mera confianza personal recíproca es suficiente—, de la institucionalización de las expectativas de conducta: "el ordenamiento jurídico, con sus normas abstractas y sus relaciones despersonalizadas, reemplaza la confianza personal por la institucional"⁵. La vigencia de las normas es, pues, funcional a la estabilidad del sistema o, lo que es lo mismo, la infracción normativa es disfuncional a aquella estabilidad. Es decir, la infracción, en tanto que acción contraria a la norma o desviada de la prescripta por ella, constituye "... la expresión simbólica de una falta de fidelidad al Derecho ..." pues su manifestación daña las expectativas del resto de los agentes en relación a sus comportamientos recíprocos. Pero esta afirmación sólo puede ser válida en tanto y en cuanto medie un consenso generalizado sobre el contenido de la norma violada. Así lo expresa Richard Münch: "Podemos considerar que una institución es una pauta normativa especificada cuya supervivencia exitosa está determinada por el arraigo que tenga en la tradición del universo vital de una comunidad, por su imposición mediante la movilización de poder y el carisma, y por su adaptación a

⁴ Baratta, A., "Integración-prevención: Una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", trad. de Gertrud Múnder y Sandoval Huertas, en *Doctrina penal*, t. 1985, Depalma, Bs. As., ps. 3 y sigs.

⁵ *Ibidem*, p. 4.

experiencias de aprendizaje, intereses y cálculos de utilidad situacionalmente cambiantes", pero —dice después—, "no cabe duda de que el aspecto de la consolidación de las pautas regulares de las instituciones descansa en el hecho de que las normas se comparten y mantienen colectivamente". En este sentido sí, un comportamiento violatorio de una norma la golpea en su vigencia y, por ello, hace estremecer la confianza institucionalizada respecto de su observancia. De otra forma, no hay razón para dar relevancia a la infracción normativa.

Pero, a su vez, la necesidad de continuidad del sistema, a través de la confirmación de esa norma, viene dada por la sanción, en tanto que expresión simbólica opuesta a la representada por la infracción⁶. La norma, por su naturaleza contrafáctica, adquiere sentido ante la conducta desviada y, a través de la sanción, se reafirma, se refuerza. La sanción "afirma y asegura las normas"⁷, tiende a "ejercitar en la confianza de la norma"⁸.

Ahora bien, para materializar esas funciones es necesario entender el Derecho penal como fenómeno inserto en un sistema social dado, de modo tal de no caer en un "esoterismo jurídico"⁹.

Un sistema social complejo, como una sociedad organizada bajo un Estado de Derecho, contiene diversos subsistemas sociales que varían en su complejidad. Según varíe esta complejidad variará también el sistema normativo de cada subsistema, disminuyendo su formalización en relación directa a la disminución de complejidad de los vínculos interactivos del subsistema. Así, en un sistema social complejo consisten di-

⁶ Münch, R., "Teoría parsoniana actual: en busca de una nueva síntesis", en AAVV, *La teoría social*, Roy, Giddens, A. y Turner, J., comps., trad. de Alberto, J., Alianza, Madrid, 1991, pp. 181 y 184.

⁷ Cfr. Baratta, op. cit., p. 8 y también Hassemer, W., *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1985, p. 389.

⁸ Hassemer, *ibidem* p. 392.

⁹ Jakobs, G., "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 1983, p. 8, cit., por Mir Puig, B., "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", en *Poder y Control*, n.º 9 - año 1988, PPU, Barcelona, p. 53.

¹⁰ Hassemer, op. cit., p. 388, en donde trata de esotéricas a las doctrinas de la prevención general negativa por considerar al fenómeno de la pena aisladamente, como cuestión meramente jurídica.

versos —innumerables— sistemas normativos que van desde las relaciones de confianza personal hasta la institucionalización de expectativas propia del Derecho. Todos son procesos —e instrumentos— de control social¹¹; "con él —afirma Hassemer— asegura todo grupo, cualquier sociedad, las normas, las expectativas de conducta sin la que no podría seguir existiendo como grupo o sociedad... el control social es una condición básica irrenunciable de la vida social"¹².

De este modo, el derecho penal es un método de control social, el más formalizado dentro del sistema, situado por encima de todo el resto de subsistemas normativos, que por ser el modo más violento y tosco influye en el resto de procesos de menor formalización, dándoles fuerza. Como ya se afirmó, cada sistema normativo, para ser legítimo, se sustenta y fundamenta —adquiere razón de ser— en el consenso, y el derecho penal, de igual forma y por la misma razón, debe tender a la afirmación y aseguramiento sólo de aquellas normas sobre las que haya consenso que, por la generalidad definitiva del derecho, no es sino "el mínimo consenso normativo" sin el que no existe sociedad alguna¹³.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA DENTRO DEL MARCO EXPUESTO

Si no hay necesidades preventivo-general-positivas, no puede aplicarse, legítimamente, una pena. Este es un primer límite a la intervención punitiva estatal, surgido de la prevención general positiva. Llamaré a este límite extensivo, por oposición a intensivo, pues funciona como tal en la esfera de fundamentación de la pena, es decir, sólo tiene relevancia para responder a la pregunta "¿cuándo aplicar pena?", pero no responde al "qué" ni al "cuánto".

De esta premisa Roxin extrae algunas consecuencias.

¹¹ Cfr. al respecto, Hassemer, W., "Sobre las normas no jurídicas en el Derecho", trad. de Sancinetti, M., en *Doctrina penal*, Depalma, Bs. As., t. 1969, ps. 1 y sigs.

¹² Hassemer, *ibidem* nota 7, p. 390.

¹³ Cfr. Stratenwerth, G., *Derecho penal, parte general: El hecho punible*, trad. de Romero, G., Edersa, Madrid, 1962, ps. 6 y 7.

En primer lugar, admitiendo la validez de aquella afirmación, debe concluirse que la sola comisión culpable de un ilícito no fundamenta, por sí, la aplicación de una pena. La pena no es retribución de la culpabilidad, pues "no puede ser impuesta si no es necesaria por razones preventivas"¹⁴. De modo que el concepto "bilateral" tradicional de culpabilidad cae en favor de una concepción "unilateral"; esto es, que la afirmación "no sólo la pena tiene que corresponder a la culpabilidad sino que ésta también hace necesaria la pena", premisa necesaria dentro de una doctrina retribucionista, debe transformarse, cuanto menos, en: la aplicación de una pena requiere culpabilidad, pero la culpabilidad no exige la aplicación de pena, sino que ésta está dada por necesidades preventivas; "con ello se consigue una recíproca limitación"¹⁵. Roxin contrasta esta hipótesis demostrando que en el llamado estado de necesidad "disculpante", en el exceso en la legítima defensa, en el error de prohibición invencible y en los casos de inimputabilidad —todos, obviamente, según la regulación penal alemana, §§ 17, 20, 33, 35 StGB— la renuncia a la pena responde a necesidades preventivas y no a la falta de culpabilidad pues, en tales casos, el sujeto cuenta con posibilidades materiales de actuar de otra forma o, al menos, en los casos de inimputabilidad y error de prohibición invencible, "... la exclusión de la responsabilidad se puede explicar exactamente igual por la falta de necesidad de prevención *jurídico-penal* que desde el punto de vista de la culpabilidad"¹⁶. Como puede verse, el concepto de culpabilidad que toma Roxin en este punto no es sino el concepto clásico; el "poder actuar de otro modo" o "poder determinarse de otro modo" o, también, "el 'poder que tiene para él' la persona con respecto a su antijurídica formación de voluntad"¹⁷, ligado, en su eficacia, a la contrastación —imposible— de la existencia del libre albedrío¹⁸. Sin embargo, según lo que se verá más ade-

¹⁴ Roxin, C., "Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad", en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, p. 189.

¹⁵ *Ibidem*, p. 199.

¹⁶ Roxin, C., "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurisdiccionales", en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de Lutzón Peña, Reus, Madrid, 1976, p. 214.

¹⁷ *Ibidem*, p. 203.

¹⁸ Según las palabras de Roxin: "... esta concepción tropieza con difi-

lante, no es éste el contenido que Roxin atribuye a la culpabilidad.

La necesidad de reafirmación de la norma violada, en tanto que expectativa de conducta valorada como impredecible, constituye, pues, fundamento y límite de la intervención penal del Estado. Es decir, sólo en cuanto sea necesaria para la consecución de ese fin, la pena será legítima, esto es, ante la comisión de un delito en particular, sólo una pena estará justificada: la idónea para cumplir la función asignada. Llamo a este límite límite intensivo, pues determina el quantum de la pena a aplicar. Es inadmisibles tanto una pena mayor cuanto una menor; la primera por excesiva, la segunda por carecer de sentido. La pena "...demasiado fuerte o demasiado débil, es decir, ... aquella pena que se puede sentir como inadecuada hacia arriba o hacia abajo, tiene efectos negativos, ... irritantes, desaseguradores de la conciencia jurídica y, finalmente, desintegradores"¹⁸.

Entonces, esta idea de "pena exacta" idónea para restaurar la conexión a las expectativas de orientación normativa generada por la comisión de un delito, supone que sólo la mínima violencia necesaria para cumplir esa función puede estar legitimada. En este sentido puede aplicarse, para el caso, la regla de Ferrajoli¹⁹ en tanto se adecue previamente a un esquema formal —distinto del de Ferrajoli— como el propuesto por la teoría sistémica: "El Derecho penal es necesario si es el menos gravoso en relación con los sistemas alternativos de control de la desviación, y sólo se justifica si

cultades tanto en sus presupuestos como en sus consecuencias. Se basa en la aceptación de una libertad de voluntad (o libre albedrío) que escapa a la comprobación empírica", *ibídem*, p. 203.

¹⁸ Müller-Dietz, H., "Integrationsprävention und Strafrecht, zum positiven Aspekt der Generalprävention" en *Fest. für Jeschek*, Berlín, 1985, T. 2, p. 624, cit. por Pérez Manzana, M., *op. cit.*, p. 264, nota 192.

¹⁹ Ferrajoli, L., "El Derecho penal mínimo", trad. de Bergalli, R., en *Poder y control*, n.º 0-año 1986, ya citada, p. 39. La regla indicada es la que limita la justificación de la respuesta penal en tanto y en cuanto sea la menos costosa para la consecución del fin. En el esquema de este autor se expresa: "Un sistema penal —puede decirse— está justificado únicamente si la suma de las violencias —delitos, venganzas y punitiones arbitrarias— que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas".

realmente es necesario, si opera como mecanismo garantizador de la libertad de la sociedad y del delincuente⁷¹.

Ahora bien, más allá de estos límites teóricos de minimización de la respuesta punitiva, habiendo definido a la pena como una expresión simbólica es forzoso concluir que, como sostiene Hans Achenbach, "... si la administración de justicia penal tiende hacia la orientación normativa y al mantenimiento de la fuerza motivadora de normas sociales importantes, debe estar atenta, en lugar de al mero adiestramiento mediante el terror desnudo, a la cuestión de la aceptación social de las sanciones. En efecto, únicamente la pena que se sienta como justa podrá ser admitida por los miembros de la comunidad jurídica como reacción adecuada y, en suma, desencadenar el proceso de motivación que se desea⁷².

Esta afirmación no permite la crítica en relación a que el único factor al que debiera darse relevancia para la medición de la pena sería "el respectivo estado de la opinión pública", pues "... el baremo de la idea de confirmación del Derecho no viene constituido por la conmoción producida en la opinión pública, sino por la búsqueda de una fijación justa de los límites de la imputación jurídico-penal, apoyada en las relaciones de hecho, determinada por la función de protección, propia del monopolio estatal de la administración de justicia, y que satisfaga de modo duradero un acendrado sentimiento jurídico⁷³.

Hecha esta salvedad, el contenido simbólico de la pena, formulado en el sentido señalado, llevó a conjugar el primer concepto aséptico de prevención —puramente objetivo, en el sentido de que, por lo menos en una primera aproximación, sólo el hecho de la necesidad de reafirmación normativa como consecuencia de la sola lesión que implica el delito determina el quantum de la pena— con pautas diversas. De este modo, si la norma es la institucionalización contrafáctica de una

⁷¹ Pérez Manzana, M., op. cit., p. 222.

⁷² Achenbach, H., "Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad", en AAVV, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, ya citado, p. 140.

⁷³ *Ibidem*, pp. 141 y 142. La crítica señalada es de Stratenwerth en *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, p. 20, citado por Achenbach.

expectativa de comportamiento, y el delito la frustración de una expectativa tal, sólo la conducta desviada de aquel definido como capaz de responder a la prescripción normativa tiene posibilidades materiales de generar aquella frustración. En consecuencia, el principio de culpabilidad ya no resultaría excluido de la pena determinada de acuerdo con parámetros preventivo-general-positivos, sino que, al contrario, podría incluirse en la determinación del límite intensivo impuesto por aquéllas, aun cuando el límite extensivo —la fundamentación de la pena en última instancia— esté dado sólo por estos últimos²⁴.

Ahora bien, esta aserción genera consecuencias en el concepto clásico de culpabilidad —unido a la doctrina del retribucionismo— y puede, por lo dicho, tener consecuencias en la medición de la pena.

3.1. El "círculo" mágico

Lo anterior lleva, necesariamente, al análisis de lo que tradicionalmente se llamó relaciones entre culpabilidad y prevención —general positiva—. Resulta necesario, para nuestro análisis, citar algunos párrafos de Roxin.

"Desde un principio debe rechazarse toda pena que sea superior al límite máximo que permite el marco de culpabilidad. Ello es consecuencia del fin protector liberal del principio de culpabilidad que impide que, tanto por razones preventivas generales como especiales, pueda imponerse una pena superior al grado máximo del marco de culpabilidad. El principio de culpabilidad cumple precisamente la función de poner límites al poder de intervención estatal a través de la idea de lo merecido"²⁵.

En el mismo artículo Roxin advierte: "Si, en efecto, la pena debe determinarse según el grado de culpabilidad, es porque de este modo se consigue la finalidad político-social de restablecer la paz jurídica perturbada y de fortalecer la conciencia jurídica de la comunidad imponiendo al autor del de-

²⁴ Según lo dicho ya al comenzar el punto 3.

²⁵ Roxin, C., "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena", en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, ya citado, p. 103.

lito una sanción que ha 'merecido', es decir, una sanción que corresponda a la gravedad de su delito"²⁶.

Pero, a la vez, Roxin halla un tercer factor: La "defensa del ordenamiento jurídico", que "... es en cierto modo la última forma de prevención general, su límite último de contención (*Auffangposition*)"²⁷, por debajo del cual no puede establecerse una pena, pues parecería "simplemente como incomprendible para la sensibilidad jurídica general". Vale decir, entonces, que Roxin entiende aquí la pena adecuada al grado de culpabilidad como idónea para conseguir los fines preventivo general positivos —en sus términos, fines de prevención-integración— aunque para ello nunca podrá ser inferior al límite mínimo necesario para la "defensa del ordenamiento jurídico"²⁸.

La incorporación del concepto "culpabilidad" en su teoría de la determinación de la pena dificulta las cosas, pues si bien en un comienzo aparece como dogmática y pragmáticamente correcta, luego lo sostiene, simplemente, como una suerte de resabio que es útil conservar. Si la medición de la pena era ya compleja con el solo factor de la consecución del fin de reafirmación de la norma violada, el hacer depender éste del grado de culpabilidad agrava el problema.

Pero, aparentemente, si el fin es arribar a la pena "socialmente valorable como justa", no es posible soslayar este problema.

Esta circularidad de los factores determinantes de la medida de la pena, carentes por sí de contenido, como una definición tautológica, requiere, para conseguir un sentido de aplicabilidad, completarse. Básicamente, las opciones son tres.

²⁶ *Ibidem* pá. 96 y 97. En igual sentido, del mismo autor, "Culpabilidad, prevención y responsabilidad", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, ya citado, pá. 147 y sigs.

²⁷ *Ibidem* nota 25, p. 108.

²⁸ Lo cierto es que en "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena", Roxin entendía que el límite de la "defensa del orden jurídico" era siempre inferior a la pena adecuada a la culpabilidad, de la que puede alejarse hacia abajo por razones de prevención especial hasta aquel límite. Pero, ello así, la pena en la medida dada por la culpabilidad resulta ilegítima cuando el límite mínimo de la defensa del orden jurídico está por debajo de aquella. Pues sólo está justificada la pena en tanto sea la menor coherente para conseguir los fines que la legitiman.

En primer lugar, una alternativa puede ser la aportada por Günther Jakobs: "La determinación de la culpabilidad en el Derecho penal vigente consiste en la fundamentación de las necesidades de punir en manera concreta para la confirmación de la obligatoriedad del ordenamiento frente al ciudadano fiel al Derecho; la culpabilidad se fundamenta a través de la prevención general en esta comprensión que la precisa y se mide conforme a esta prevención"²⁸. Es, así, la necesidad de reafirmación de la expectativa de conducta perturbada la que llena de contenido a la culpabilidad.

En segundo lugar, la alternativa podría ser el dar un contenido autónomo a la culpabilidad que, por sí, diera una medida de pena adecuada para la producción del fin preventivo general propuesto.

Y, por último, una posibilidad de combinación de ambos conceptos —culpabilidad y prevención— que, sin referirse circularmente el uno al otro, puedan definirse vinculándose en la función que los une, esto es, en la determinación de una pena. Esta parece ser la vía apropiada. En lo que sigue expondré las tesis de algunos autores alemanes para intentar, luego, arribar a una respuesta aceptable.

La posición de Roxin sólo es entendible si se parte de la objeción al concepto clásico de culpabilidad, como posibilidad de actuar de otro modo: como libertad material del individuo. La libertad de decisión pretendida por aquella culpabilidad es empíricamente indemostrable. Roxin empieza por intentar responder a esta crítica de la indemostrabilidad de la existencia de la culpabilidad en tanto "no se pueden derivar deducciones científicas de premisas indemostrables"²⁹. Pero esta objeción, para este autor, sólo es tal, dentro del Derecho penal, en tanto que partiendo de premisas empíricamente indemostrables se perjudique al que cometió un delito. En este sentido, argumenta: la renuncia al principio de culpabilidad privaría al reo de las garantías del Estado liberal en la aplicación de las penas. Pero, aún más, si es consecuencia de la renuncia a este principio la supresión de la pena, también

²⁸ Jakobs, G., *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, p. 9, cit., por Pérez Manzana, M., *op. cit.*, p. 181.

²⁹ Roxin, C., "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, ya citada, pp. 41 y sigs.