LECCIONES Y ENSAYOS

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

1991 LyE 55

LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano
Doctor Eduardo A. Pigretti

Vicedecano
Doctor Jaime L. Anaya

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Subdirector
Profesor Consulto Doctor Carlos J. Colombo

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

Consejo Directivo (1988-1990)
Director: Ignacio Adrián Lerer
Subdirector: Eduardo A. Baistrocchi
Secretaria de Redacción: Gabriela Liliana Alonso
Secretarios de Redacción Adjuntos: Viviana Cecilia Krsticevic
Roberto Pablo Saba
Secretario del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Estudiantiles (COLAPJE - Zona Sur): Ariel Edgardo Dulitzky
Redactores: Cecilia Rossi
Javier Rodríguez Galli
María Laura Velazco
Mario Alberto Villar
Mariano Godachevich
Christian Courtis
Mary Beloff
Patricio Cabrera Filisoni
Miguel Alberto Sama
Sergio Albornoz
Hernán Verly
Carlos Mitelman
Alberto Fernando Föhrig
Beatriz Margarita Campos
Martín Moncayo von Hase
Colaboradora en el exterior: Silvina Bacigalupo (España)

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

LECCIONES Y ENSAYOS

1991 **LyE** **55**

EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1991

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

Correspondencia: Dirigirse a
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones
Figueroa Alcorta 2263 – CP-1425
Buenos Aires - Argentina

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

ISSN: 0024-0079

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

EDITORIAL

"La Facultad de Derecho no sólo debe formar buenos abogados sino buenos ciudadanos, logrando de ellos la superación del hombre ...sin espíritu crítico, que forma ese rebaño de gentes irresponsables, que ignora los ideales de una democracia y las libertades esenciales para que una democracia funcione. Nunca sería más improductiva la labor de la Facultad y más inútilmente onerosa para el país si entrega diplomas de capacitación al que no la tiene en el orden profesional y al que carece de la personalidad moral que debe tener el ciudadano de una democracia, de lo cual la Universidad debe ser responsable".

"Lecciones y Ensayos" es un ámbito dentro de la Facultad donde, en un espíritu de tolerancia y pluralidad ideológica, se intenta lograr los objetivos que tan claramente planteara el doctor Ahumada en el párrafo citado.

Desde 1987, fecha en la que se reedita la revista después de un oscuro período de ausencia, hemos realizado numerosos congresos, conferencias, seminarios, incentivando la vida intelectual de la Facultad.

A través de cada uno de nuestros actos se evidenció una fuerte vocación por la libertad y la democracia. Proyectamos un cambio en las condiciones de ingreso al cuerpo directivo de la revista que relativizaba el criterio absurdo y absoleto del promedio; permitimos el ingreso de estudiantes que demostraron que el pensamiento incisivo y los valores cívicos no van necesariamente de la mano de un ocho de promedio general.

Desde principios de 1990 se nos ha privado del local donde realizábamos nuestras reuniones y desde donde organizábamos las actividades; sufrimos numerosas dificultades administrativas; en diciembre se vence el contrato con la editorial de la revista.

"Lecciones y Ensayos" pretende seguir en pie como tribuna para la discusión académica y como paradigma de la vida democrática. Procuramos colaborar en la misión de la Universidad de formar no sólo buenos profesionales sino buenos ciudadanos para que el esfuerzo de la Nación no sea estéril.

Es por eso que retomando los ideales de la Reforma Universitaria afirmamos que con nuestra revista "contamos para el país con una vergüenza menos y una libertad más. Los dolores que quedan son las libertades que faltan".

DE LECCIONES Y ENSAYOS N° 1

Como no podía ser de otra manera, nuestra primera preocupación al asumir la Dirección de Publicaciones de esta Facultad fue la intercomunicación entre profesores y alumnos.

Resuelta la publicación de la Revista Jurídica de Buenos Aires, como un elemento de trabajo para los hombres de estudio, profesores, abogados, magistrados, argentinos y extranjeros, quedaba sin realizarse esa vinculación respecto a la labor escrita del profesor y el alumno.

También consideramos necesario que los alumnos se comuniquen entre sí y tengan una tribuna donde adiestrarse en el escribir jurídico, donde formarse con el consejo y el ejemplo de sus profesores.

Por otra parte, sin ignorar la brillante y fecunda existencia de la Revista del Centro de Estudiantes, queremos que la Facultad concurra mediante una publicación periódica a completar las múltiples inquietudes y necesidades de nuestro estudiantado, a sumarse, como tribuna a la experiencia de quienes no quieren que su paso por la Facultad sea un mecánico estudiar y rendir exámenes, marcado sólo por sus propios problemas.

Estas razones nos llevaron a crear "Lecciones y Ensayos". Lecciones de los profesores y de los juristas que dirigen al alumno de derecho. Ensayos de los estudiantes con valor para sus compañeros y nuestro mundo jurídico local.

Por eso entregamos a los estudiantes la efectiva dirección de esta publicación, facilitándoles la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y ahorrándoles el tremendo esfuerzo de cubrir gastos.

"Lecciones y Ensayos" en manos de los alumnos –entiéndase bien, de todos los alumnos–, dirigida y escrita en parte por ellos, es la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitaria argentina.

IGNACIO WINIZKY

ÍNDICE

Editorial 7

LECCIONES

Dáuria, Aníbal A., *Apuntes para un enfoque pragmatista de los derechos humanos y su fundamentación* 13

Fernández Segado, Francisco, *Reflexiones en torno a la composición del Tribunal Constitucional de España* 33

Gargarella, Roberto, *Constitución y principios democráticos. Acerca de la irrelevancia moral de la Constitución* 61

Milde, Michael, *Funciones legislativas de la OACI* 97

Mosset Iturraspe, Jorge - Alterini, Atilio Aníbal, *La reforma de la responsabilidad médica: ¿responsabilidad o seguro?* 115

Vinuesa, Raúl Emilio, *La responsabilidad del Estado frente a las desapariciones forzosas de personas según la Corte Interamericana de Derechos Humanos* 131

ENSAYOS

Abregú, Martín, *El crimen televisivo. De la violencia en la comunicación y de la comunicación de la violencia* 153

Alonso, Gabriela Liliana, *Fertilización "in vitro": una afirmación de vida* 173

Baistrocchi, Eduardo A. - Rodríguez Galli, Javier, *Hacia la protección del consumidor. La responsabilidad por daños al consumidor en el proyecto de ley de los doctores Atilio A. Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel A. Stiglitz* 219

Beloff, Mary Ana, *Individualización de la pena. ¿Más allá del bien y del mal?* 247

Correa, Rosaria, *Derecho procesal constitucional-Derecho constitucional procesal, una misma disciplina* .. 265

CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

Courtis, Christian, *En nombre del juego* 275

HOMENAJES

Sanguinetti, Horacio, *Recordando a Ignacio Winizky* .. 287

MISCELÁNEA

Cuentos 295
Ficción jurídica 305
¿Lo sabía? 309

LECCIONES

APUNTES PARA UN ENFOQUE PRAGMATISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU FUNDAMENTACIÓN

ANÍBAL A. DÁURIA

A) INTRODUCCIÓN

1. UBICACIÓN DEL TEMA

No es fácil hallar un significado claro y preciso a la expresión "derechos humanos". Suele decirse que tales derechos pertenecen –por naturaleza– a todo ser humano, sin más razón que ser humano. Es decir, no se trata de derechos reconocidos a los individuos en tanto comerciantes, turistas, automovilistas o profesionales, sino en tanto hombres.

Sin embargo, el planteo del tema es mucho más complejo. Incluso dejando de lado la dificultad que implicaría intentar definir en forma unívoca el concepto de "ser humano", quedaría aún por aclarar el significado del giro "*tener* un derecho humano", y en qué contexto debería entenderse la expresión.

Podría sostenerse que "*tener* derecho" equivale a poseer la facultad de acudir a los organismos estatales con la intención de hacer reconocer una pretensión frente a otros que la desconocen. Pero cuando se dice que "tal gobierno viola los derechos humanos" no es aquello precisamente lo que se desea significar. En efecto, una persona puede tener la facultad de acudir a los órganos estatales a reclamar, independientemente de la actitud que el Estado adopte frente a esos reclamos.

También podría argüirse que "*tener* derecho" significa ser beneficiario de un interés protegido jurídicamente. Pero

tampoco es éste el sentido en que –según parece– debe interpretarse la expresión "tener un derecho humano". Ocurre que cuando afirmo que "la legislación de tal Estado vulnera los derechos humanos", estoy implicando, precisamente, que hay ciertos intereses que no reciben protección jurídica.

No deseo extenderme en este tipo de disquisiciones. Sólo quiero establecer que la expresión "derechos humanos" debe entenderse en un contexto no jurídico. Pero ¿significa algo "*tener* un derecho" en un contexto no jurídico? ¿Qué contexto del discurso es éste: moral, ideológico, político? ¿Son estos conceptos tan distintos, o sólo se trata de términos con diferente carga de emotividad pero con igual referencia? Intentar una respuesta es más que difícil; además, desborda el objetivo de este ensayo. Personalmente, no voy a rotular ni motejar el contexto discursivo en que la expresión "derechos humanos" cobra importancia. Sólo diré, al respecto, que la finalidad de las declaraciones internacionales sobre derechos humanos es, especialmente, presentar "modelos" a los Estados en los cuales inspirar sus respectivas legislaciones.

En otras palabras, sostener que "todos los hombres *tienen* ciertos derechos humanos" (aunque jurídicamente no los tengan) parece querer decir, en realidad, que "todos los hombres *deberían tener* ciertos derechos". Ahora bien, la inclusión de ese "deberían" implica claramente una valoración, es decir, la emisión de un juicio acerca de la "bondad" o "justicia" del ordenamiento jurídico en cuestión. La discusión se centra, entonces, en el viejo problema de los "valores" –¿qué son? ¿en qué consisten? ¿tienen existencia independiente del sujeto?–.

2. Un modo de ver las cosas

El tema de la relatividad o la trascendencia de los "valores", tan recurrente de un tiempo a esta parte, no ha sido siempre, sin embargo, la obsesión de la filosofía moral. En sus orígenes helénicos, la ética centraba su atención en torno de la "virtud", cualidad que consistía en la adecuación de la conducta a las expectativas de un rol social. Se era un esclavo virtuoso, un guerrero virtuoso o un gobernante virtuoso en la medida en que el comportamiento de éstos era acorde con lo que se esperaba de sus respectivos roles[1].

[1] Mac Intyre, A., *Historia de la ética*, capítulos I, II, III y IV.

Sin embargo, si bien los valores no constituían un problema filosófico esto no implica que se negara su existencia como tales. Por el contrario, ocurre que ni siquiera podía dudarse acerca de su objetividad; como su existencia objetiva era presupuesta, no significaban un problema para la filosofía moral.

En aquellos remotos tiempos parecía no tener cabida la moderna distinción entre un plano normativo y otro descriptivo del discurso. En la filosofía clásica griega, el Ser, lo Perfecto, lo Bueno y lo Bello –conceptos tan vagos como ambiguos para nosotros– se correspondían mutuamente. El "mundo de las ideas" de Platón no era una posibilidad o un deseo; era real y objetivo. En términos de David Apter –destacado politólogo norteamericano– aquellas comunidades vivían en un universo simbólico altamente *consumatorio* en cuanto a los valores sociales. No se entendía la noción de valores *instrumentales*. Su concepción del mundo no diferenciaba lo sacro de lo profano; todo tenía significado trascendente[2].

La mitología griega, plena de dioses humanizados y hombres divinizados, constituye una prueba significativa de lo que aquí se afirma.

3. Otro modo de ver las cosas

Quizás hayan sido los sofistas, con Protágoras a la cabeza, quienes causaron las primeras rajaduras en aquella concepción dominante –casi monopólica– del universo. Sin embargo, se necesitaron varios siglos para que todo ese edificio simbólico trascendente comenzara a desmoronarse.

Puede encontrarse en Hume un importante punto de referencia en esta larguísima evolución. Este filósofo escocés postuló en forma clara y tajante la hoy clásica separación entre dos planos diferenciados del discurso: el ser y el deber ser; las cosas como efectivamente son y las cosas

[2] Apter, David, *Estudio de la modernización*, p. 116. Según este autor, esas comunidades conformaban sistemas políticos teocráticos –en un sentido amplio– en los cuales "no hay distinciones agudas entre el universo natural y el Estado, ni existe tampoco una línea divisoria precisa entre los vivos y los muertos, ni entre el Estado real y el trascendente, vale decir, entre el reino del hombre y el reino de Dios. Las leyes tienden a vincularse con las costumbres, el ritual y otras prácticas religiosas que se originan en la profecía –ya sea de oráculos o personales– o por decreto".

como quiero que sean o como creo que deberían ser. . Suele reconocerse en este simple principio el fundamento de la ciencia moderna. También en él se apoyan influyentes escuelas filosóficas de nuestro siglo, específicamente el empirismo lógico.

A partir de aquí, la certeza objetiva –fundada en la verificación empírica– caracteriza a los enunciados descriptivos o sintéticos. Por otro lado, el relativismo y el subjetivismo son característicos del discurso valorativo. En otras palabras: "el cielo es azul" es objetivamente cierto en tanto pueda verificarse que el cielo es efectivamente azul (Tarski); en este contexto parecería tonto sostener que "*deseo* que el cielo sea azul" o "creo que el cielo *debería ser* azul". En cambio, afirmar que "es injusto pagar impuestos" significa simplemente emitir una apreciación personal no susceptible de verdad o falsedad; pretender darle un alcance mayor constituye un sinsentido.

4. El utilitarismo: un complemento

Ahora bien, no puede decirse que tal relativismo axiológico constituya una doctrina ética. Simplemente describe una situación real, sin pretensiones de prescribir conductas a seguir. Nadie discutirá que, de hecho, los hombres sostienen múltiples y diversas escalas de valores, muchas veces incompatibles y en conflicto. Pero, si del relativismo moral no puedo derivar ninguna pauta para dirimir socialmente estos conflictos interéticos, ¿cómo saber qué escala de valores implementar políticamente en la comunidad? El utilitarismo, partiendo de una base ética relativista, ofrece un método: la mayor felicidad para el mayor número.

Pocas doctrinas filosóficas han sido tan distorsionadas y mal interpretadas como el utilitarismo. Sin embargo, no pretendo aquí contestar críticas ni objeciones. Sólo quiero subrayar que la filosofía utilitarista debe comprenderse en un nivel metadoctrinario, es decir, no como un código ético particular, sino como un método para resolver controversias entre diversas morales enfrentadas.

A continuación expondré los lineamientos básicos del utilitarismo de John Stuart Mill[3], autor que presenta ciertas diferencias respecto a J. Bentham.

[3] Mill, John S., *El utilitarismo*

a) En primer lugar, según Mill, el utilitarismo renuncia a probar su propia bondad, pues debería, en ese caso, referirse a su propia utilidad, lo que implicaría caer en la paradoja de la autorreferencia. Los fines últimos no pueden probarse; la bondad de algo sólo puede demostrarse con relación a otro bien cuya bondad se presuponga[4].

b) Para el utilitarismo, entonces, el fin último es un hecho que se presupone: la búsqueda de la felicidad (aumento del placer y disminución del dolor). Todos los bienes que los hombres buscan son medios para la felicidad o son parte de una concepción personal sobre la felicidad. De esta forma, la pauta para decidir entre prescripciones éticas en controversia es la de la mayor felicidad para la mayor cantidad de individuos[5].

c) Según Mill, el motivo personal de un agente para realizar una acción es independiente de la "moralidad" (léase "utilidad") de la acción en sí. En efecto, es posible realizar acciones nobles (útiles para el mayor número) persiguiendo fines egoístas, por ejemplo, una recompensa pecuniaria. Así, el interés personal no es necesariamente incompatible con la felicidad de la mayoría (se trata de una llamativa analogía con la idea de la "mano invisible" de Adam Smith).

d) Por último, corresponde señalar nuevamente que el utilitarismo, más que un código ético, es un criterio o técnica para dirimir los conflictos morales que se producen por la convivencia en sociedad. El mismo contenido conceptual del término "utilidad" es relativo y, por ende, cambiante. No en todo momento ni en todas partes se halla placer de la misma manera. Para conocer la cantidad de felicidad que algo puede proporcionar –v.gr., una conducta–, el utilitarismo se apoya en el método de ensayo y error. Supone la capacidad del hombre para aprender de las experiencias pasadas.

Expuesta brevemente en estos cuatro ítems (*a*, *b*, *c*, y *d*) la técnica utilitarista, corresponde retomar ahora el hilo de mi narración.

[4] Mill, *El utilitarismo*, capítulo I. Ésta es la concepción instrumental de los valores que William James extenderá a la noción de "verdad".

[5] Conviene señalar, sin embargo, que Mill, a diferencia de Bentham, admite niveles cualitativamente superiores o inferiores de placeres. ("Es mejor ser Sócrates insatisfecho que un cerdo satisfecho".)

5. Tendencia contemporánea: ¿un tercer modo de ver las cosas?

Hasta ahora se ha sostenido que el mundo antiguo difícilmente podía desdoblar lo real y lo valorativo. En cambio, la moderna mentalidad científica (¿ideológica?) distingue claramente entre hechos objetivos y valoraciones personales. Esto constituyó un importante avance del relativismo. Sin embargo, esa misma línea divisoria del ser y el deber ser significó también un límite de contención a la contingencia y la subjetividad. En efecto, al tiempo que se admite el relativismo en un plano, digamos, "axiológico", o "valorativo", se sostienen certezas objetivas y verificables en otro plano, llamémosle "epistemológico".

En épocas recientes, aunque con importantes precursores en la historia del pensamiento, surgen intentos de penetración relativista en lo que hasta ayer fuera el inexpugnable ámbito de la ciencia. Se trata de desobjetivizar las verdades empíricas. Se tambalea el fuerte de la objetividad científica. Las investigaciones de Thomas Kuhn sobre "paradigmas"; la crítica de Paul K. Feyerabend a la epistemología y a la metodología científica; la moderna teoría de la comunicación humana, expuesta, por ejemplo, por Paul Watzlawick; la influencia de la Escuela Crítica de Frankfurt; todos constituyen importantes aportes y fundamentos para el nuevo relativismo radical que amenaza desterrar a la historia la clásica separación entre hechos y valores, entre ser y deber ser. Tanto es así que en epistemología ya casi no se habla de objetividad sino de intersubjetividad. La certeza absoluta pierde terreno. Ya no hay lugar para verdades objetivas, sean metafísicas o empíricas.

Si se pregunta a una mente científica cómo separar lo descriptivo de lo valorativo, contestará: "fácil: descriptivo es lo que percibo con los sentidos; valorativo, todo lo restante".

Contaré al respecto una simple anécdota. En cierta ocasión, polemicé con un amigo quien sostenía, firmemente convencido, la existencia objetiva de ciertos valores. Ante mi obcecada "miopía axiológica", mi interlocutor decidió poner fin a la discusión, de la siguiente manera: "Hay dos posibilidades: o bien usted miente al sostener que no percibe como evidentes ciertos valores que yo sí percibo, o bien realmente no los percibe, en cuyo caso me apeno por usted

porque se encuentra privado de uno de sus sentidos". Según esta última posibilidad, yo sería algo así como un "ciego del alma", un "sordo espiritual", o algo por el estilo.

Dicho esto, debo confesar que yo sostendría la misma posición en caso de que la discusión, en lugar de referirse a la justicia, se refiriese, por ejemplo, a la existencia objetiva de una mesa. En otros términos: si alguien se negara a reconocer que la mesa está allí, delante de sus propios ojos, yo pensaría que, o bien miente al decir que no la ve, o bien no la ve porque es ciego. ¿Es en realidad tan fácil y evidente distinguir lo descriptivo de lo valorativo?

6. Breve recapitulación

En síntesis, las eternas discusiones de filosofía moral acerca de la objetividad o subjetividad de los valores están afectadas, desde el vamos, por las múltiples y diversas percepciones individuales que del mundo hay. Cuando un objetivista sostiene que algo es justo, en realidad está *describiendo* una cualidad, de la misma manera que si hablara del tamaño o del color; en su construcción de la realidad el principio de Hume no tiene cabida. Por otra parte, el "relativista a medias" sostendrá que un enunciado del tipo "esto es justo" es una apreciación personal sin realidad fuera del sujeto que lo afirma, mientras que un enunciado del tipo "esto es verde" constituye una descripción de la cualidad objetiva de algo, independiente del propio sujeto; su concepción del mundo distingue entre juicios de valor y juicios objetivamente verificables. Por último, el "relativista radical" sostiene que es tan subjetivo y contingente afirmar que algo es justo como afirmar que algo es verde; su representación del universo vulnera el principio de Hume, pero relativizándolo todo.

Mi intención hasta aquí ha sido fundamentar la siguiente apreciación: a los efectos de intentar superar las controversias filosóficas acerca de los valores, el problema moral no puede separarse del problema gnoseológico; ambos conforman un mismo problema. La forma de encararlo es evitar los prejuicios que impiden la comunicación entre las diversas puntuaciones de la realidad que tiene cada uno de nosotros. A mi juicio la única corriente del pensamiento capaz de hacer algún aporte en este sentido, es la vertiente norteamericana del pragmatismo.

B) Pragmatismo

7. La alternativa del método pragmatista

Se ha dicho que el principio de Hume representa un importante hito en la historia del pensamiento[6]. Esto es así, especialmente, porque separa dos concepciones (percepciones, construcciones, puntuaciones) bastante distintas acerca del mundo. A modo de tipos ideales, tales puntuaciones de la realidad –según la terminología de Watzlawick[7]– fueron caracterizadas bajo los nombres de "objetivismo" y "relativismo a medias".

También he insinuado que el utilitarismo clásico de Bentham y Stuart Mill, si bien significa un intento importante para saltar del relativismo a la acción, no logró superar las barreras comunicacionales impuestas por el principio de Hume. Así, el utilitarismo limitó su propio campo de aplicación, presuponiendo la validez de la distinción establecida por el filósofo escocés[8].

A continuación, haré una exposición general de los lineamientos básicos del método pragmatista. A estos efectos, me apoyaré principalmente en el pensamiento de William James y John Dewey. Sin embargo, introduciré las apreciaciones personales que estime convenientes.

En primer lugar, hay que subrayar que el pragmatismo no es una filosofía sustancialmente distinta del utilitarismo; más bien es un sucedáneo de éste. En efecto, no obstante las diferencias –no siempre secundarias–, tanto el uno como el otro son propuestas de criterios para sobrellevar la discusión e intentar una superación práctica en las cuestiones filosóficas. La particularidad del pragmatismo, al decir de Dewey, radica en que elimina no sólo todo prejuicio metafísico, sino también todo prejuicio epistemológico. En este sentido podría decirse que el utilitarismo tradicional es un "pragmatismo a medias", de la misma manera que su corre-

[6] En el mismo sentido, Benn, S. I. - Peters, R. S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, p. 15-16.

[7] Watzlawick, Paul, *¿Es real la realidad? Confusión, desinformación, comunicación*.

[8] Para una crítica pragmatista del utilitarismo, ver Dewey, John, *La reconstrucción de la filosofía*, p. 188.

lativa puntuación del mundo es del tipo "relativista a medias".

William James –filósofo pragmatista y prominente psicólogo– advirtió el obstáculo comunicacional que representaban las diversas representaciones de lo que suele llamarse "realidad". Como consecuencia de esto, esquemáticamente caracterizó dos tipos de "temperamentos filosóficos" que, aparentemente, se corresponden con lo que aquí se ha escrito. En su Conferencia primera sobre pragmatismo (*El dilema actual en la filosofía*), James dice: "Históricamente, hallamos los términos 'intelectualismo' y 'sensualismo' usados como sinónimos de 'racionalismo' y 'empirismo'. La Naturaleza parece combinar frecuentemente con el intelectualismo una tendencia idealista y optimista. Por su parte, los empiristas suelen ser materialistas, y su optimismo es decididamente condicional y trémulo. El racionalismo es siempre monista. Parte del todo y de las ideas universales y se preocupa mucho de la unidad de las cosas. El empirismo comienza en las partes y hace del todo una colección, no sintiendo, por tanto, aversión a llamarse pluralismo. Corrientemente el racionalismo se considera más religioso que el empirismo, pero hay mucho que decir sobre esta pretensión, como veremos. Es una pretensión justa cuando el individuo racionalista es un hombre de sentimientos, y cuando el empírico se enorgullece de ser testarudo. En este caso el racionalista, por lo general, se mostrará partidario del llamado libre albedrío, y el empirista será fatalista, según los términos vulgares. El racionalista, finalmente, será de temperamento dogmático en sus afirmaciones, mientras que el empirista parecerá más escéptico y abierto a la discusión"[9].

El pragmatismo propone una técnica, un método, para abordar las discusiones, superando los problemas comunicacionales surgidos de las diversas percepciones del mundo.

Por pragmatismo suele entenderse dos cosas perfectamente separables[10]. Por un lado, el término se refiere a una concepción instrumental de la verdad; esta concepción, no obstante su interés y originalidad, no es propiamente el tema que me ocupa[11]. Por otro lado –y esto sí es lo que

[9] James, William, *Pragmatismo. Un nuevo nombre para algunos antiguos modos de pensar*, p. 27.

[10] James, William, *El significado de la verdad*.

[11] Para un conocimiento adecuado de la teoría instrumental de la verdad, me remito a las dos obras de James citadas en la bibliografía.

aquí importa– significa un método para abordar problemas. En este segundo sentido, todo el método pragmatista puede resumirse así: *a*) trasladar el planteo del problema al análisis concreto de alguna situación específica, y *b*) paralelamente, interrogarse acerca de las consecuencias que los posibles cursos de acción puedan producir. Al primer principio se lo puede llamar "principio de particularidad", y al segundo, "principio de consecuencias".

Según estos principios, sólo los problemas concretos son reales problemas; por lo tanto, a problemas concretos corresponden soluciones concretas, particulares. Se rechaza toda apelación a principios generales, fines últimos o leyes inmutables. Cada situación establece sus propias prioridades[12]. Dice Dewey: "El sentido práctico de la situación –es decir, la acción que es precisa para satisfacerlo– no es evidente por sí mismo. Es preciso buscarlo. Existen deseos en pugna y bienes aparentes que constituyen un dilema... Es preciso, por consiguiente, llevar a cabo una investigación; observar la conformación detallada de la situación; el análisis de sus distintos factores; la aclaración de lo que es oscuro; el apartamiento de los rasgos más vivaces e insistentes; el rastrear las consecuencias de los distintos modos de acción que se nos sugieren; el mirar la decisión a que hemos llegado como hipotética y de tanteo hasta que hayamos hecho la cuenta de las consecuencias previstas o supuestas que nos llevaron a su adopción para ver el saldo que presentan con las consecuencias reales"[13].

Si las consecuencias prácticas de afirmar la verdad o la falsedad de un juicio son las mismas en uno u otro caso, la discusión es puramente semántica[14]. Un ejemplo aclarará la propuesta pragmatista.

A y B son médicos que intentan solucionar el problema estomacal que aqueja a C. Mientras A sostiene que C se encuentra afectado por la enfermedad "x", B está convencido de que la enfermedad que ocasiona el dolor es "y". Si C fuera un pragmatista y tuviera apuro en hallar solución a su problema de salud, lo primero que haría sería ver si la discusión entre A y B tiene algún sentido en la práctica. A estos fines, C debería preguntar a A cómo curaría la enfermedad "x", y a B, cómo curaría la enfermedad "y". Si la

[12] Dewey, *La reconstrucción de la filosofía*, p. 180.

[13] Dewey, *La reconstrucción de la filosofía*, p. 175.

[14] James, *Pragmatismo* y *El significado de la verdad*.

respuesta de A acerca de "x" fuera igual a la de B respecto de "y", entonces, la polémica sería puramente semántica. Si las respuestas difirieran, y C estimara en algo su salud, le convendría consultar urgentemente a un tercer médico. Es importante señalar que lo que hace que la discusión sea o no puramente semántica, según el pragmatismo, no tiene nada que ver con los síntomas que definen a cada enfermedad –como podría sostener un empirista lógico–, sino los cursos de acción que propone cada médico.

Personalmente estoy convencido de que una recepción del pragmatismo en el ámbito político constituiría un importante refuerzo cultural del sistema democrático. En efecto, la desdogmatización ideológica que tal método implica, disminuiría la intensidad del conflicto, eliminando los problemas aparentes o semánticos que, a manera de cortinas de humo, impiden o demoran la solución real de los problemas concretos. En otras palabras: no importa si la propiedad es o no un derecho natural; tampoco importa si existirá alguna vez un paraíso socialista; lo que interesa es cómo solucionar, aquí y ahora, el problema del niño que tiene hambre y frío y el problema de los semáforos que no funcionan.

En síntesis, el pragmatismo es una propuesta para saltar del relativismo radical a la acción. Por relativismo radical debe entenderse el reconocimiento de que hay muchos y variados puntos de vista acerca de todo, y no hay razón para discriminarlos por prejuicios de ninguna índole, sean metafísicos o epistemológicos. El pragmatismo anota a su favor dos tantos: no acepta teorías infalibles y unifica el problema gnoseológico con el moral[15].

Así como el utilitarismo de Stuart Mill renunciaba a probar su propia bondad, el pragmatismo (radicalización de aquél, no obstante algunas diferencias) no puede dar prueba de su verdad; sólo le cabe decir que es práctico. Se lo toma o se lo deja.

C) Aplicaciones y conclusiones

8. Iusnaturalismo y retrospectiva pragmatista

Es necesario diferenciar la idea medieval sobre un orden natural objetivo y la concepción iluminista de los dere-

[15] Dewey, *La reconstrucción de la filosofía*, p. 182.

chos naturales propia de los siglos XVII y XVIII. Según el método pragmatista, la distinción debe hacerse atendiendo a las consecuencias prácticas que aquellas doctrinas produjeron en sus contextos socio-históricos.

La concepción medieval no hablaba de derechos de los hombres (desconocía la noción de "derecho subjetivo"). Se trata más bien de la postulación de un orden universal armónico, justo, acorde a la voluntad de Dios. Toda la filosofía medieval está volcada a la teología. Es una concepción religiosa que ubica a cada hombre y a cada elemento del Universo en "su lugar" propio y fijo. Toda la escolástica medieval postula la existencia de ese orden natural y objetivo. Las diferencias entre los teólogos y filósofos se dan sólo respecto de los medios por los cuales se conoce ese orden. Unos verán en la razón un complemento de la fe, complemento apto para acceder a ese orden de las cosas cuya existencia no es puesta en duda. Otros desecharán la vía racional, depositando exclusivamente en la fe el acceso al conocimiento de la voluntad divina (tal como la famosa expresión de Tertuliano: "creo porque es absurdo").

Estas diferencias se manifiestan en la gran disputa filosófica de la Edad Media: la denominada cuestión de los universales. Los "realistas" (en realidad "idealistas") sostenían la realidad –en sentido platónico– de las ideas, independientemente de las cosas. Los "nominalistas" veían en las ideas simples convenciones basadas en datos provenientes de los sentidos, coleccionados y combinados por semejanza.

En esas posiciones puede verse por qué algunos confiarán más en la razón y otros la limitarán. Dice, al respecto, José María Valdeverde: "...los nominalistas propugnan una relación con Dios menos racional y más intuitiva, mística y sentimental, aceptando incluso el absurdo de Tertuliano. Pero los otros, 'realistas' o 'racionalistas', no son menos religiosos; para ellos, la razón es un camino más digno de confianza hacia Dios: *fides quaerens intellectum* (la fe buscando la intelección)"[16].

Sin embargo, el resultado práctico era el mismo en uno u otro caso: la postulación de un orden natural universal con el cual se debía estar acorde, respetando los roles que habían sido asignados a cada hombre y a cada cosa.

[16] Valdeverde, José M., *Historia del pensamiento*, t. I, p. 271.

La doctrina de los derechos naturales, propia de los siglos XVII y XVIII, centra su atención en el individuo (se aprecia aquí claramente el paso de una cosmovisión teocentrista a otra antropocentrista).

Según el iusnaturalismo iluminista, todo hombre tiene *por naturaleza* ciertos derechos que la sociedad –y, por ende, el derecho positivo– no puede dejar de reconocer. Es más, la sociedad política sólo tiene sentido y justificación en tanto garantice esos derechos naturales de los individuos (especialmente la propiedad, la libertad religiosa y la libertad de contratar).

Esta teoría de los derechos naturales subjetivos, en realidad, supone también la existencia de cierta normatividad natural.

La diferencia con la concepción objetiva del orden natural, según Benn y Peters, está en la acentuación que se pone en los individuos [17].

Los efectos prácticos de esta doctrina son bien conocidos. La teoría de los derechos naturales como derechos subjetivos inalienables fue una bandera de lucha contra el absolutismo y todo el Ancien Régime. Fueron credo de los revolucionarios ingleses (1688), norteamericanos (1776) y franceses (1789).

Como conclusión y resumen de esta breve comparación, puede coincidirse con las siguientes líneas de Benn y Peters: "mientras en las teorías medievales se proclamaba la racionalidad de los órdenes sociales establecidos como partes del orden del universo, la doctrina moderna formulaba reclamos a las autoridades eclesiásticas y políticas establecidas, al adquirir una mayor fluidez la estructura social. La idea de que todo hombre tenía un puesto y una función fijos en un orden establecido de antemano, comenzó a resquebrajarse frente a un individualismo arrollador, que se expresaba teológicamente en el protestantismo, económicamente en el capitalismo mercantilista, y política y filosóficamente en la teoría de los derechos naturales y el contrato social. *La nueva teoría estaba destinada a ser, no una justificación, sino una crítica del orden social existente*; el tono adoptado por ella fue radical, y su pretensión postrera, revolucionaria" [18].

[17] Benn - Peters, *Los principios sociales y el Estado democrático*, p. 108.
[18] Benn - Peters, *Los principios sociales y el Estado democrático*, p. 108.

9. Apreciación pragmatista de las actuales declaraciones de derechos humanos

En cuanto a los actuales "derechos humanos", ¿qué puede decirse? A primera vista, parecerían ser una reformulación de los derechos subjetivos naturales de los siglos XVII y XVIII. La diferencia estribaría, aparentemente, en una ampliación de la nómina de derechos. Mientras los derechos naturales clásicos contemplaban al hombre en tanto individuo aislado, la contemporánea concepción de los derechos humanos lo encuadran en sus múltiples relaciones sociales, culturales, políticas, económicas, laborales, familiares, ambientales, etcétera. Además, se dice, ya no basta la abstención del Estado en ciertas esferas reservadas a los individuos; hoy se exige que el Estado efectúe acciones tendientes a promover el bienestar y el desarrollo de cada uno de sus integrantes.

Ahora bien, si se intenta analizar estos derechos según sus posibles consecuencias, es decir, según la óptica pragmatista, debería reconocerse, ante todo, que el tema suele plantearse a un nivel tal de generalidad y descontextualización –p.ej., las declaraciones internacionales– que impide derivar acciones o consecuencias concretas.

Los derechos naturales de los siglos XVII y XVIII tuvieron una finalidad manifiestamente revolucionaria, pues se intentaba –y se logró– subvertir el orden socio-político establecido. La doctrina iluminista de los derechos naturales fue una herramienta política al servicio de quienes se opusieron al absolutismo. De aquella teoría se derivó la práctica revolucionaria contra quienes negaban aquellos derechos detentando el poder político en forma casi ilimitada. Es importante señalar que los poderosos de aquellos tiempos no sólo desconocían tales derechos con sus acciones, sino también con sus palabras; esto es una diferencia más importante de lo que parece respecto de los actuales derechos humanos.

Pero los listados contemporáneos de "derechos humanos" son, al menos verbalmente, reconocidos y exaltados universalmente. Las declaraciones internacionales de derechos humanos han sido firmadas por Estados y gobiernos tan numerosos como heterogéneos. ¿Es posible derivar de estos manifiestos alguna consecuencia práctica, revolucionaria o conservadora? A tal nivel de generalidad, no es mucho lo que puede decirse. Una aplicación concreta no

puede ser deducida de enunciados tan generales e, incluso, vagos. Sin embargo, es esa misma amplitud y generalidad lo que permite que estas declaraciones sean apoyadas por gobiernos y personas que, en los hechos, discrepan profundamente en cuanto a su aplicación específica.

Sintéticamente: no puede deducirse ninguna consecuencia práctica significativa acerca de las actuales declaraciones enumerativas de derechos humanos. Ni siquiera puede decirse, con alguna seguridad, que ellas tengan efectos conservadores ni reformistas, pues hoy en día –a diferencia de los siglos XVII y XVIII– los derechos humanos, en cuanto expresión gramatical, son sostenidos y defendidos por Estados, organismos y personas de las más variadas e incompatibles ideologías. A lo sumo, y citando nuevamente a Benn y Peters, puede admitirse que: "sirven para llamar la atención sobre intereses importantes compartidos por la mayoría de los hombres, como el interés por la vida, en el poder disfrutar a solas de la propia intimidad, en la seguridad personal y en la seguridad patrimonial. Admitir tales intereses como 'derechos naturales' es prever que sólo pueden ser limitados por razones muy especiales: siempre el peso de la prueba corresponderá, y muy seriamente, a quien pretenda dejarlos de lado"[19].

10. Pragmatismo y argumentación

Otra consecuencia del análisis pragmatista de los derechos humanos es que muchas de las discusiones relativas al trasfondo axiológico del tema aparecen como puramente semánticas. En efecto, al situar al problema en el nivel de las consecuencias prácticas, muchas de las ocasionales polémicas entre exponentes de diversas doctrinas pueden presentarse como carentes de sentido.

Si, como sostiene el pragmatismo, el sentido de todo pensar es actuar, la finalidad implícita en toda discusión –donde se confrontan argumentos de todo tipo– es obtener de la contraparte algún comportamiento o conducta específica. En esto consiste convencer. Ahora bien, no importa cómo se autorrotule cada polemista (utilitarista, iusnaturalista, emotivista, intuicionista); si ambos coinciden en las

[19] Benn - Peters, *Los principios sociales y el Estado democrático*, p. 117.

conductas a seguir en una situación concreta según sus respectivas posiciones o doctrinas, ambos están hablando de lo mismo. Sólo son diferentes los términos que cada uno utiliza. Un ejemplo: si A y B coinciden en condenar la pena de muerte, poco importa si uno se dice iusnaturalista y el otro no. Para el pragmatismo, tal discusión no sería más que semántica. La idea que B –utilitarista– tiene de "la mayor felicidad para el mayor número" coincide, en este caso, con la idea de A acerca del orden natural. Por el contrario, si A y B coinciden en sus argumentaciones y teorías, pero disienten en su aplicación práctica, acá la discusión sí tiene sentido.

Ambos utilizan un mismo rótulo para referirse a distintas acciones. Es evidente que la idea ética de uno no es igual que la del otro, por más que ambos se declaren de la misma escuela. En este caso la discusión cobra sentido práctico: convencer, no sólo al otro sino a los terceros, de la "bondad" de la propia concepción.

En esa última situación se nos presentan dos clases posibles de argumentación: *a*) argumentos del tipo "por qué", y *b*) argumentos del tipo "para qué". En *a* se invocan "causas" (p.ej., la voluntad de Dios o el orden natural), mientras que en *b* se invocan "consecuencias o utilidades". Pero ocurre que, si como se desprende del pragmatismo, el sentido de toda discusión es convencer –obtener cierta conducta de otros–, el primer tipo de argumentación, aunque resulta eficaz en ocasiones, encuentra un límite, más allá del cual se vuelve estéril.

Si un demócrata liberal defiende, ante un totalitario, la "justicia" de preservar un ámbito amplio de libertad individual frente a los órganos de gobierno, podrá alegar cualquier tipo de argumentos "causales". Podrá, por ejemplo, remitirse a la dignidad del hombre, en cuanto ser creado a imagen y semejanza de Dios; si convence –en cuanto a comportamientos concretos–, la discusión habrá terminado. En caso contrario, puede seguir intentando con argumentos causales. Sin embargo, una vez empleado todo su arsenal de "por qué", si no intenta explicar los "para qué" de su posición, estimo que la otra parte tendrá todo el derecho a suponer que actuar de acuerdo con la ley natural, la voluntad divina o lo que fuere, no tiene ninguna consecuencia beneficiosa; la supuesta voluntad divina y el supuesto orden natural son, en este caso, tan arbitrarios como la propia posición totalitaria frente a los derechos individuales.

11. Un ejemplo de argumentación utilitaria: Stuart Mill y su ensayo "Sobre la libertad"

¿En qué consisten los aquí denominados "argumentos utilitarios"? Considero que el ejemplo por excelencia lo constituye el ensayo de John Stuart Mill *Sobre la libertad*[20]. A continuación, haré una breve exposición de los "para qué" que brinda Mill en favor de las libertades individuales. Antes, sin embargo, es necesario dejar bien sentado que el pragmatismo no desecha, *a priori*, los argumentos no utilitarios (causales). Simplemente aporta una herramienta adicional en caso de que aquéllos resulten ineficaces. Es como un as en la manga. Si los argumentos utilitarios tampoco resultan, el pragmatismo no puede brindar ninguna otra solución más que un sano consejo: abandonar la discusión.

El ensayo de Mill *Sobre la libertad* data de 1859, por lo que es anterior a su trabajo acerca del utilitarismo. Sin embargo, en líneas generales, ambos ensayos guardan entre sí un alto grado de coherencia argumentativa.

a) El objetivo que se propone Mill en su obra es sentar un límite a la acción colectiva sobre el individuo, pues, sostiene, es tan temible la tiranía de la mayoría como la de una minoría. A este efecto, establece un principio que puede presentarse bajo tres facetas: *1*) la defensa propia es lo único que permite a un individuo turbar la libertad de otro; *2*) la fuerza contra un individuo sólo puede emplearse para impedir que perjudique a otros; *3*) argüir el propio bien del individuo no es razón suficiente para coartar su libertad.

b) El propósito de Mill es fundamentar, específicamente, la libertad de pensamiento y discusión, sin recurrir a argumentos teológicos ni iusnaturalistas. No da "por qué" sino "para qué". Su argumento principal es el propio perjuicio que cada miembro de la sociedad –pertenezca a una mayoría o a una minoría– sufriría si tales derechos no fueran admitidos ni garantizados. Sostiene Mill que si una opinión es correcta, impedir su discusión prohibiendo la expresión de ideas contrarias, sólo contribuye a la debilitación de aquélla, pues, a la larga, se olvidarían los fundamentos en que se apoya. En efecto, la única razón para afirmar la

[20] Mill, John S., *Sobre la libertad*.

verdad de una opinión es que, no obstante permitirse su intento de refutación, esto no se haya logrado. Por otro lado, si tal opinión es incorrecta, impedir su discusión nos priva de conocer la verdad. En uno u otro caso, todos nos vemos perjudicados porque, o bien perdemos la oportunidad de mejorar y cambiar nuestras ideas, o bien de reforzarlas. Cabe señalar que John Stuart Mill, anticipándose ya a la concepción pragmatista norteamericana[21], considera que la verdad de una afirmación es parte de su utilidad y, por ende, cuestión opinable (capítulo II).

c) Otra razón que da Mill, en la misma línea de argumentación, es que nada que se haya hecho se hubiera hecho si primero no lo hubiese hecho alguien. En otras palabras, todo es fruto de la originalidad; la libertad y la diversidad son la única fuente segura de progreso, ya que cada individuo significa un centro autónomo de creación e inventiva.

d) En el capítulo V de su obra, Mill esboza algunas aplicaciones de su idea. El comercio, por ejemplo, puede dejarse librado a los individuos en la medida en que ello signifique mayores beneficios para la sociedad en su totalidad, pero no hay objeción en contra de la intervención en el mercado en la medida en que esto represente un mayor bienestar para el mayor número. Relacionado con lo anterior, sostiene Mill que el Estado, para asegurar la libertad individual de todos sus integrantes (que, como se vio, es de interés público), debe intervenir para proteger a los débiles frente a los poderosos; éste es el fundamento de la legislación obrera, social y sanitaria. Por otra parte, tampoco es conveniente que el Estado monopolice la educación ni la actividad empresarial, pues ya se señaló la utilidad social que representa la originalidad y la diversidad (capítulo III de la obra referida). Además, en lo político, arguye Stuart Mill, si se aumentan innecesariamente las funciones de gobierno, se crea un factor de inestabilidad, ya que, al esperar todo del Estado, también se lo responsabilizará de todo; esto abre el camino a las revoluciones.

e) Finalmente, J. S. Mill concluye su ensayo prefigurando una vez más las tesis pragmatistas: no cabe concebir ninguna regla absoluta que separe la acción del gobierno y la esfera individual; se trata de una cuestión de detalle que

[21] Es interesante recordar que James dedica a Mill una de sus obras y lo reconoce como inspirador y precursor de la filosofía pragmatista.

debe compatibilizar descentralización, eficacia e información. Pero siempre hay que tener presente que el Estado que anula a sus individuos termina por no servir de nada a nadie.

12. Resumen a modo de conclusión

a) Se estableció que el tema de los derechos humanos, en la forma que suele ser presentado, es extrajurídico. Procuré no emplear el rótulo "político", ni "moral", ni "ideológico" para evitar las connotaciones positivas y/o negativas que tales términos conllevan.

b) La cuestión de los valores es el problema que subyace en el tema de los derechos humanos. Se vio que las diferentes concepciones o puntuaciones de la realidad dificultan el entendimiento entre las distintas posiciones y teorías. Mientras unos escinden la realidad entre dos planos (ser y deber ser), los otros la conciben unitaria y objetiva; mientras unos *crean* los valores, otros los *describen*. Por esa razón se intenta abordar el problema desde una perspectiva que unifique lo axiológico y lo gnoseológico; una perspectiva sin prejuicios metafísicos, pero tampoco epistemológicos. Este enfoque parece ser característico del pragmatismo de James y de Dewey.

c) De acuerdo con el método pragmatista, se observó que las actuales declaraciones de derechos humanos se presentan a tal nivel de generalidad que impiden derivar de sí mismas consecuencias prácticas concretas y definidas. Incluso, es casi imposible determinar algún sentido político claro que pueda teñirlas de color conservador, reformista o revolucionario (tal como ocurriera en otros contextos históricos y sociales).

d) Otra conclusión pragmatista es que muchas de las polémicas interdoctrinarias de la filosofía moral no son más que semánticas. Esto es así, según el pragmatismo, cuando la conducta a seguir o la consecuencia a esperar son iguales en cada una de las doctrinas contrapuestas. Por el contrario, cuando las discusiones son reales, es decir, cuando se intenta determinar la acción de la contraparte o de terceros, los argumentos esgrimidos pueden ser de dos clases: *1*) causales, y *2*) utilitarios.

e) El pragmatismo no desecha ninguna de esas líneas argumentales. Simplemente las complementa a los fines

de superar las controversias. Si los argumentos del tipo *1* fracasan, se recurre a los del tipo *2*, o viceversa; si ambos fracasan el pragmatismo no tiene más soluciones. Tampoco las tienen las demás doctrinas.

BIBLIOGRAFÍA

Apter, David, *Estudio de la modernización (Some conceptual approaches to the study of modernization)*, tr. Marta Silva, Bs. As., Amorrortu, 1970.

Benn, S. I. y Peters, R. S., *Los principios sociales y el Estado democrático (Social principles and the democratic State)*, tr. R. J. Vernengo, Bs. As., Eudeba, 1984.

Dewey, John, *La reconstrucción de la filosofía (The reconstruction of the philosophy)*, tr. Armando Lázaro Ros, Barcelona, Planeta-Agostini, 1986.

James, Williams, *Pragmatismo. Un nuevo nombre para algunos antiguos modos de pensar (Pragmatism: a new name for some old ways of thinkings)*, tr. Luis Rodríguez Aranda, Bs. As., Planeta-Agostini, 1975.

— *El significado de la verdad (The meaning of truth)*, tr. Luis Rodríguez Aranda, Bs. As., Aguilar, 1980.

Mac Intyre, A., *Historia de la ética (A short history of ethics)*, tr. Roberto J. Walton, Barcelona, Paidós, 1982.

Mill, John S., *Sobre la libertad (On liberty)*, tr. Josefa Sainz Pulido, Madrid, Orbis SA, 1985.

— *El utilitarismo (Utilitarianism)*, tr. Ramón Castilla, Madrid, Orbis SA, 1985.

Peirce, Charles S., *El hombre, un signo (El pragmatismo de Peirce)* –Antología– *(The collected papers of Charles Sanders Peirce)*, tr. José Vericat, Barcelona, Crítica, 1988.

Valdeverde, José M., *Historia del pensamiento*, Hyspamérica.

Vernengo, R. J., *Derechos humanos y derechos subjetivos*, en "Lecciones y Ensayos", 1988, nº 49, p. 111, Bs. As., Astrea, 1988.

Watzlawick, Paul, *¿Es real la realidad? Confusión, desinformación, comunicación*, Barcelona, Herder, 1986.

REFLEXIONES EN TORNO A LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO *

1. INTRODUCCIÓN

El origen de la jurisdicción constitucional no siempre coincide con el inicio del fenómeno constitucional. Si en Estados Unidos la institución de la *judicial review* no sólo surge casi al unísono que el propio código constitucional, sino que admite ser considerada como algo consustancial a la Constitución (recordemos al respecto la célebre afirmación del juez Charles Evans Hughes: "Vivimos bajo una Constitución; mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es"), en Europa, por el contrario, no sucederá así.

En el fondo de esta divergencia se sitúa la antitética concepción que de la Constitución se tiene en Europa y América. En Estados Unidos, el Estado se constituye originariamente sobre el principio de legitimidad democrática, presentándose la Constitución como la emanación directa de la soberanía popular. En Europa, por el contrario, el Parlamento se afirma como un órgano que representa al pueblo ante el Rey y al que, en consecuencia, se le puede encomendar sin temor la definición y la defensa de los derechos ciudadanos frente a quien, históricamente, aparece como la única amenaza potencial. A ello se unirá el influjo de la doctrina de la infalibilidad parlamentaria, que se conecta con la concepción de la ley como expresión de la voluntad general. Fruto de todo ello será la atribución, especial-

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela.

mente en Francia, de un cierto control de constitucionalidad a órganos políticos.

La primera posguerra marcará un giro radical. Bajo el influjo de Kelsen, el constitucionalismo de esa época comenzará a acoger el instituto del control de constitucionalidad, bien que bajo prismas radicalmente diversos de los que regían en Norteamérica. Por de pronto, frente al llamado "*control difuso*" americano, que implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar aquellas leyes que juzguen contrarias a la Constitución, el modelo kelseniano plasma en un "*control concentrado*" que se confía a un sólo órgano, el Tribunal Constitucional, único competente para declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Bien es verdad que no serán tan sólo estas meras apariencias externas (de una pluralidad de órganos legitimados para juzgar acerca de la inconstitucionalidad frente a un único órgano) las que distingan la jurisdicción constitucional concentrada de la difusa, sino muy profundas divergencias estructurales que responden a filosofías dispares. Hoy, sin embargo, la doctrina se muestra cada vez más proclive al reconocimiento de la superación de la alternativa sistema americano-sistema austríaco. Así, Pizzorusso ha sostenido que es posible combinar ambos sistemas y aun evolucionar hacia un solo sistema común. Y Leopoldo Elía se ha hecho eco de la atenuación de las divergencias entre uno y otro sistema, y en España, otro tanto ha sucedido con Cascajo y Gimeno Sendra.

En la segunda posguerra, nos encontramos con un generalizado desenvolvimiento en Europa de los Tribunales Constitucionales, que Taylor Cole concibe como productos de la reacción frente a un tenebroso pasado. Sin embargo, la nueva dimensión esencial del marco de referencia de la constitucionalidad de las leyes vendrá dada por la ampliación que se produce como consecuencia del abandono de una concepción rígidamente formalista del orden constitucional, para remontarse a un orden de valores subyacente en la Constitución que vincula a todos los poderes del Estado y hacia los que éste debe orientar su potestad normativa.

Gottfried Dietze ha llegado a afirmar que en nuestro tiempo la libertad individual sin la revisión judicial parece impensable, mientras que Mauro Cappelletti ha acuñado como título de una de sus obras la expresión *La jurisdicción constitucional de la libertad.*

2. La búsqueda de una instancia idónea

Una de las más arduas cuestiones que presenta el control de la constitucionalidad de las leyes es la de encontrar el órgano o instancia idónea para su eficaz desempeño. Ello nos conduce a la problemática del perfil orgánico de las instancias titulares de la jurisdicción constitucional, que a juicio de Taylor Cole, es lo que más ha preocupado siempre en Europa.

Haciendo omisión del Tribunal Supremo norteamericano y de los órganos que asumen la función de control en la Europa de entre guerras, nos referiremos ahora a los rasgos comunes que se desprenden de algunos de los órganos más significativos de la justicia constitucional en Europa (y específicamente, del Tribunal Constitucional Federal, de la Corte Costituzionale italiana, del Tribunal Constitucional austríaco, del Tribunal Constitucional portugués y del Consejo Constitucional francés, bien que teniendo presente respecto de este último que su naturaleza se aproxima más a la de un órgano político que a la de uno jurisdiccional).

La primera cuestión que la doctrina se planteó en torno al tema que nos ocupa fue la de determinar las razones por las que en Europa se prefirió elegir un órgano *ad hoc* al que encargar en exclusiva el control de la constitucionalidad, antes que atribuir esa función a un órgano judicial ya existente.

Cappelletti ha abordado detenidamente este tema. Nosotros nos haremos eco tan sólo de una de sus consideraciones, la que tiene como destinatarios a los jueces. Los magistrados europeo-continentales, señala el profesor italiano, son por lo general magistrados de carrera, poco aptos para asegurar una tarea de control de las leyes, dado que ésta es una función inevitablemente creadora y va mucho más allá de sus funciones tradicionales de "simples intérpretes" y de fieles servidores de las leyes, además de que tales magistrados están habituados por decenios a interpretar la ley con una técnica hermenéutica diferente a la del tipo del *policy-making decisions* que está en cambio inevitablemente implicada en una actividad de control de la validez sustancial de las leyes y de las aplicaciones de la norma constitucional.

Junto con esta argumentación, no podemos dejar de referirnos al influjo que ejercerá en la opción por un órgano único de control el pensamiento kelseniano. El propio ju-

rista vienés abordará, en un conocido artículo (*La garantie jurisdictionnelle de la Constitution*), el estudio de los rasgos orgánico-estructurales que debían caracterizar a un Tribunal Constitucional.

Parte Kelsen de que no se puede proponer una solución uniforme para todas las Constituciones; por el contrario, la organización de la jurisdicción constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada Constitución. Ello no será obstáculo para que Kelsen efectúe algunas consideraciones de alcance y valor generales.

a) Así, en primer término, entiende que el número de miembros de los Tribunales Constitucionales no deberá ser muy elevado.

b) En segundo lugar, en lo que al modo de reclutamiento de los magistrados se refiere, considera que no se puede propugnar sin reservas ni la simple elección parlamentaria, ni el nombramiento exclusivo por el jefe del Estado o el Gobierno. Quizás, apunta Kelsen, podrían combinarse ambas fórmulas.

c) En tercer término, el que ha sido considerado como "el jurista del siglo xx" subraya especialmente la conveniencia de una cualificación técnica de los magistrados. En la jurisdicción constitucional deben tener lugar adecuado los juristas de profesión.

d) En cuarto lugar, el fundador de la Escuela de Viena se inclina por la conveniencia de excluir de la jurisdicción constitucional a los miembros de instancias políticas.

e) Por último, Kelsen rechaza todo posible influjo político en la jurisprudencia constitucional; sin embargo, admite como posible que los especialistas, consciente o inconscientemente, puedan dejarse influir por consideraciones políticas. Si este peligro es particularmente notorio, el jurista vienés se inclina por aceptar más que una influencia oculta, y por tanto incontrolable, de los partidos políticos, una forma de participación legítima de éstos en la formación del Tribunal, por ejemplo, cubriéndose una determinada parte de los jueces del Tribunal a través de una elección parlamentaria en la que se habrá de tener en cuenta la fuerza relativa de los diferentes partidos.

En cualquier caso, Kelsen, en su conocida controversia con Carl Schmitt, rechazará la consideración de éste de que la justicia constitucional no conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia.

En todo caso, no podemos dejar de admitir que esa polémica en torno a la "*politicidad*" del juez constitucional está permanentemente abierta.

El punto de partida clásico de esta controversia es la cuestión de la tensión entre política y derecho, que inquiere si los graves problemas políticos que se someten a la decisión del Tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial. Por nuestra parte, creemos con Heinrich Triepel que es preciso partir de la clásica consideración de que el derecho público no es actuable sin consideración a la política. Es obvio que conceptos como Estado de derecho, Estado social, libertad, igualdad, etc., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto.

Consiguientemente, la justicia constitucional óptima no se asienta en una consideración del órgano titular de ella como una instancia puramente técnica según los esquemas kelsenianos de la pureza metódica, apartándolo de la realidad vital del Estado, que es dinamismo político; de ser así, el logro de *a living Constitution*, una Constitución viva, viviente, acorde en definitiva, con la realidad social, conseguido en Norteamérica a través de la *judicial review* sería una mera utopía.

Cappelletti ha llegado a admitir que, en ocasiones, la hermenéutica constitucional es una actividad más próxima a la actividad del legislador y del hombre de gobierno que a la de los jueces comunes. Ahora bien, esta consideración, por lo demás cierta, no puede hacernos incurrir en el extremo opuesto de pensar que las decisiones de los Tribunales Constitucionales se han de adoptar por motivos de oportunidad o conveniencia política; de ser así se incurriría en lo que, en una obra clásica, Eduard Lambert denominara "*el gobierno de los jueces*". Bien al contrario, como advierte Hans Joachim Faller, las decisiones de los Tribunales Constitucionales son actos intelectuales de conocimiento jurídico y no actos de voluntad política.

A la vista de cuanto hemos dicho se impone una reflexión final. La interdependencia entre lo político y lo jurídico contribuirá decisivamente a perfilar la peculiar fisonomía de los Tribunales Constitucionales, tal como con relación a Alemania ha reconocido Theodor Maunz. Y Leibholz, en similar dirección, significa que el conflicto latente entre el elemento político, en movimiento constante, y el jurídico,

preferentemente en inalterable reposo, o para expresarlo de otra manera, entre existencialidad y normatividad, dará tanto al derecho constitucional como a la jurisdicción constitucional su propia y peculiar impronta.

3. Rasgos estructurales de algunos órganos de la justicia constitucional

Tras las consideraciones que preceden, hemos ya de centrarnos en los rasgos genéricos que se pueden entresacar del análisis de la composición y estatuto jurídico de los miembros de algunos órganos de la justicia constitucional (República Federal Alemana, Italia, Austria, Portugal y Francia).

a) Ante todo, diremos que el número de miembros integrantes de estos órganos oscila, en los cinco estudiados, entre los nueve del Consejo Constitucional francés y los dieciséis del Tribunal Constitucional Federal alemán, pasando por los trece del Tribunal portugués, catorce del austríaco y quince de la Corte italiana.

b) En todos estos órganos participa el Parlamento en la elección.

En Alemania, es especialmente destacado su papel, pues los dieciséis miembros del Tribunal son elegidos, por mitad, por el Bundestag y el Bundesrat, y otro tanto cabe decir de Portugal, en donde la Asamblea de la República elige a diez de los trece integrantes del Tribunal.

En Austria, aunque también intervienen las dos Cámaras del Parlamento, el papel preponderante corresponde al Gobierno federal, quien propone al presidente, vicepresidente y seis miembros del total de catorce que integran el Tribunal Constitucional.

En *Italia* y en *Francia*, la composición de sus respectivos órganos de control de constitucionalidad es más equilibrada en cuanto en su elección participan tres instancias diferentes: el Presidente de la República, el Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras y las supremas magistraturas ordinaria y administrativas, en Italia, y los Presidentes de la República, de la Asamblea Nacional y del Senado, en Francia.

En definitiva, a la vista de la procedencia de los jueces constitucionales, se aprecia con nitidez una clara primacía

parlamentaria. Nosotros destacaríamos asimismo la funcionalidad del procedimiento tripartito italiano, que se vincula, según Pizzorusso, a la función arbitral que entre los diversos poderes del Estado cumple la *Corte Costituzionale*.

c) Esta primacía parlamentaria nos conduce a la *problemática de la influencia de los partidos políticos* en las propuestas de magistrados constitucionales. Hemos de decir al respecto que en una democracia de partidos, el influjo de éstos en cuantas decisiones competen al Parlamento es evidente. Esta circunstancia suscita el temor ante el peligro de politización partidista, que puede propiciar que el Tribunal Constitucional se convierta en una especie de tercera Cámara, lo que frustraría de raíz su posible funcionalidad.

A evitar ese peligro se enderezan, sin embargo, un conjunto de mecanismos legales, entre los que debemos referirnos ante todo a la *exigencia de mayorías cualificadas*. La necesidad de alcanzar estas mayorías ofrece la ventaja de obligar a un cierto consenso entre las fuerzas políticas, lo que a su vez conduce a que los magistrados constitucionales puedan gozar de una amplia legitimación parlamentaria.

Ello es importante, pues no cabe ignorar que, como pusiera de relieve Mortati, al referirse a los debates constituyentes italianos, un control de constitucionalidad que se llevara a cabo por un órgano que fuese un simple reflejo de las fluctuaciones de la opinión pública, limitándose a registrar la voluntad de los partidos de la mayoría, perdería su razón de ser, la cual sólo quedará satisfecha cuando se confiera a los jueces una relativa independencia de las fuerzas políticas. "Una Corte *longa manus* de las Cámaras y de los partidos –ha señalado recientemente el profesor La Pergola–, sólo es concebible en un régimen asambleario, no en una democracia constitucional".

d) De cierta importancia en orden a la independencia y calidad de la jurisdicción constitucional son el *período de duración del cargo* y la *posibilidad de reelección*.

De la duración del cargo depende, como dice Albrecht Weber, la continuidad, la petrificación o la capacidad innovativa de la jurisdicción constitucional. Contra lo que pueda pensarse, la independencia de los jueces constitucionales no sólo se garantiza a través de un nombramiento vitalicio, sino que podrá hacerse, asimismo, por medio de un nombramiento de duración limitada. En todo caso, quizá tenga más trascendencia para la independencia judicial la imposibilidad de reelección.

En cuanto a la elección vitalicia, al margen ya del Tribunal Supremo norteamericano, cuyos miembros desempeñan sus cargos según la conocida fórmula de "mientras observen buena conducta", fórmula defendida por Alexander Hamilton en la Convención Constituyente, y respecto de la cual, como recuerda Charles Evans Hughes, habría una sorprendente unanimidad de opiniones; al margen, decimos, de este caso, la elección vitalicia se conoce también en Austria, en donde, sin embargo, se fija como límite máximo la edad de 70 años.

En todo caso, no cabe ignorar los graves inconvenientes que se derivan de la duración vitalicia del cargo de juez constitucional. A ellos se ha referido Zagrebelsky, quien advierte acerca de la dificultad que ello entrañaría para garantizar un mínimo de correspondencia entre las orientaciones del juez constitucional y aquellas otras que emergen de los órganos representativos.

En los órganos de la justicia constitucional de los restantes países, el período de nombramiento varía sustancialmente, oscilando de los doce años de los magistrados del Tribunal alemán a los seis del portugués, pasando por los nueve años de los miembros de la Corte italiana y del Consejo Constitucional francés.

Especial interés para la salvaguarda de la independencia del Tribunal tiene asimismo, como ya dijimos, la imposibilidad de reelección de los magistrados constitucionales. La doctrina, en general, se ha inclinado a favor de esta apreciación.

Tanto en Italia como en la República Federal Alemana, puede hablarse de una irreelegibilidad absoluta; y a nuestro modo de ver, otro tanto puede decirse de Francia, pese a que el art. 56 de la Constitución de la Quinta República no deje del todo claro esta cuestión, que, como nos recuerda François Luchaire, por lo demás, nunca ha sido del todo zanjada.

No sucede así en Portugal, en donde la ley 28/82, del 15 de noviembre, de organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, ha venido a posibilitar la reelección de los jueces del Tribunal, lo que puede comprenderse si se advierte que el período de ejercicio de sus funciones es de tan sólo seis años.

e) Otro aspecto de interés nos viene dado por la *cualificación técnico-jurídica* exigida para poder acceder como miembro del Tribunal. A este respecto, hemos de decir

que la normativa constitucional, o en su caso, de desarrollo constitucional, se nos aparece en todos los países analizados, con la sola salvedad de Francia, como especialmente homogénea. En efecto, siguiendo los consejos de Kelsen, se trata de exigir que quienes se incorporen a los órganos encargados de velar por la constitucionalidad de las leyes sean personas dotadas de un determinado bagaje de conocimientos jurídicos.

La doctrina ha considerado imprescindible esta cualificación, llegando incluso a considerarla, como es el caso de Pietro Virga, como la única circunstancia capaz de evitar que los órganos de la jurisdicción constitucional incurran en un acentuado carácter político.

f) Debemos referirnos por último a la *independencia* y *status jurídico* de los magistrados constitucionales.

Como refiere Albrecht Weber, la independencia personal y objetiva de los magistrados resulta indispensable en orden al desempeño neutral de su función. Esta independencia, unas veces se encuentra explícitamente consagrada, mientras que la mayoría de las ocasiones es fruto de la independencia judicial, constitucionalmente garantizada, de todos los magistrados.

En todo caso, de forma indirecta, la independencia judicial se deduce de la inamovilidad, del fuero jurisdiccional y de la inmunidad, así como del *régimen de incompatibilidades*, régimen que tiene, a nuestro juicio, un indudable interés.

Como pauta general, cabe decir que rige la incompatibilidad con el mandato parlamentario o con cualquier otro mandato representativo a nivel estatal, federal o regional. A ello se une la incompatibilidad con cualquier cargo público o actividad profesional. Sin embargo, la cuestión más polémica se suscita en torno a la *posible incompatibilidad con la pertenencia a partidos* o con el desempeño de cargos o funciones directivas en ellos. A este respecto, hemos de decir que en *Italia* se prescribe la interdicción de toda actividad inherente a una asociación o partido político, lo que debe entenderse en el sentido no tanto de prohibición de afiliación, cuanto en el de prohibición de toda actividad política.

En *Austria*, la misma Constitución determina que no podrán pertenecer al Tribunal Constitucional personas que sean empleados o funcionarios de cualquier índole de algún partido político.

Y en *Portugal*, la ley 28/82 prescribe que los jueces del Tribunal Constitucional no podrán ejercer ninguna función en los órganos de partidos, asociaciones políticas o fundaciones con ellos conexas, ni desenvolver actividades político-partidistas de carácter público. Asimismo, durante el período de desempeño del cargo de juez del Tribunal quedará en suspenso la afiliación en partidos o asociaciones políticas.

El reverso de estas situaciones nos lo ofrece *Francia*. Aquí la situación es enteramente opuesta, pues, como señala François Luchaire, nada impide a un miembro del Consejo Constitucional desempeñar una determinada actividad política, ni incluso presentarse a unos comicios. En lógica sintonía con ello, los miembros del Consejo pueden militar en formaciones políticas, bien que un decreto de 13 de noviembre de 1959 les prohíba ocupar en el seno de un partido o grupo político cualquier puesto de responsabilidad o de dirección.

Lo anómalo de tal situación ha llevado a René Chiroux a referirse a que el *status* de los miembros del Consejo se caracteriza hoy en Francia por su hipocresía, tras lo cual, se inclina por una reforma que asegure una auténtica independencia de los miembros del Consejo. A nuestro modo de ver, es claro que la independencia de los magistrados constitucionales, como advierte La Pergola, sólo se encuentra en su propia conciencia; sin embargo, parece indudable que un estatuto jurídico que propicie una actividad política sin fronteras, chocará de modo frontal con la naturaleza jurisdiccional propia de la función que deben cumplir los Tribunales Constitucionales.

4. Perfil orgánico del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931

Hechas estas consideraciones generales de derecho comparado, vamos a abordar a continuación, bien que sumariamente, el planteamiento del tema que nos ocupa en la Constitución de 1931.

Comenzaremos señalando que el llamado Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República no fue fruto inspirado de un designio unívoco, sino resultado final de diversos ensayos y tanteos, que a su vez, no son sino la

consecuencia última de una serie de contradicciones subyacentes en el propio constituyente.

El confusionismo, que presidiría todo el proceso de construcción jurídica de la institución, propiciaría lo que Almagro Nosete ha llamado una "*guadiana de soluciones*" que afecta prácticamente a la totalidad de aspectos que perfilan su modelo concreto de funcionamiento.

Ya en el seno de la Comisión Jurídica Asesora que elaboraría el texto del Anteproyecto de Constitución, como habría de revelar uno de sus más destacados miembros, el maestro Posada, una de las cuestiones debatidas en mayor grado sería la organización del Tribunal.

La confusión la encontramos asimismo, a nivel de enunciación de propósitos, en el discurso de presentación del Proyecto de Constitución a la Asamblea Constituyente, pronunciado por don Luis Jiménez de Asúa, quien manifestaría que el Tribunal de Garantías que creaba el Proyecto era parecido en parte al de Austria, "pero, sobre todo –diría el ilustre profesor–, es una síntesis del Tribunal Constitucional de Norteamérica, del Juicio de Amparo de México y del de Conflictos de Francia". Curiosa síntesis ésta entre órganos y procedimientos de difícil, por no decir imposible, encaje.

Por lo demás, en el debate constituyente se aprecia una falta de convicción acerca de lo que entraña la jurisdicción constitucional y un proceso de acentuamiento del componente político del Tribunal. Finalmente, a la vista del art. 122 de la Constitución y de su ulterior desarrollo en la ley orgánica de Tribunal, de junio de 1933, cabe hacer las siguientes consideraciones críticas:

a) En primer término, estamos ante un órgano que con sus veinticinco miembros se presenta como excesivamente amplio y numeroso.

b) En segundo lugar, su mixtura y heterogeneidad habrían necesariamente de dificultar el cumplimiento de sus, por lo demás, muy dispares funciones.

c) En tercer término, la independencia del Tribunal de Garantías respecto de otros órganos constitucionales quedaba bastante en entredicho a la vista de su composición. La designación parlamentaria de su presidente; el hecho de que dos de sus miembros no sólo hubiesen de ser elegidos por las Cortes, sino que compatibilizasen su función de vocales del Tribunal con el ejercicio del mandato parlamentario, lo que les convertía en juez y parte; en fin, la interven-

ción gubernamental en el nombramiento de los presidentes del Tribunal de Cuentas y del Alto Cuerpo consultivo de la República, ambos miembros natos del Tribunal de Garantías; todo ello, en definitiva, hacía dudar muy seriamente de la independencia real de los miembros de este órgano.

d) En cuarto lugar, la inexigencia constitucional de una mínima cualificación técnica respecto de los vocales del Tribunal de Garantías, circunstancia que se haría más patente aún tras la elaboración de la ley de junio de 1933, haría posible, como recordaría don Niceto Alcalá Zamora, que "los partidos todos convirtiesen la holgura discrecional para designar los vocales en apasionamiento sin límites para imprimir, mediante aquéllos, a la institución, una manifiesta tendencia política".

e) Por último, como reconocería el maestro Posada, los vocales representantes de las regiones habrían de constituir el portillo principal por el que se introdujo el factor político en el Tribunal.

A la vista de las precedentes consideraciones, no debe extrañarnos que los partidos, en la línea de hiperpoliticismo que les caracterizó durante la Segunda República, hicieran de las elecciones de vocales del Tribunal campo abonado para su enfrentamiento político. El Tribunal de Garantías se convertiría de este modo en una nueva arena política, y las primeras elecciones de vocales representantes de las regiones, celebradas en septiembre de 1933, corroboran cumplidamente esta apreciación.

5. El debate constituyente y la cuestión de la legitimidad del Tribunal Constitucional

Tras las consideraciones que preceden, hemos de centrarnos ya en la *configuración del Tribunal Constitucional*, tal y como se contempla en el art. 159 de la Constitución española y en su preceptivo desarrollo en la ley orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Conviene comenzar poniendo de relieve que, en alguna medida, *el debate constituyente* sobre el título IX del código fundamental reproduce situaciones ya planteadas con anterioridad en los procesos constituyentes de otros países europeos. El profesor De Vega, a este respecto, ha llegado a hablar de un verdadero mimetismo en relación con el proceso constituyente italiano.

El análisis de los debates constituyentes nos muestra que en ningún momento se esgrimieron argumentos contrarios a la institución. Las enmiendas tuvieron un carácter fundamentalmente técnico, afectando cuestiones de detalle, circunstancia que quizá pueda explicarse por el generalizado consenso en torno al tema por parte de las dos grandes formaciones parlamentarias, UCD y PSOE.

De otro lado, conviene indicar, de la misma manera que hace Giancarlo Rolla, que en los trabajos constituyentes la influencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República fue esporádica y del todo marginal. Peces Barba, miembro de la ponencia constitucional, pondría de relieve a este respecto, en el pleno del Congreso de los Diputados, cómo el sistema de elección por el que optaba nuestro código constitucional suponía un indudable progreso sobre los viejos sistemas de elección corporativa, en clara referencia a la Constitución de 1931, afirmación con la que estamos plenamente conformes.

En cualquier caso, el trasfondo de los debates constituyentes iba a dejar entrever una polémica ya tradicional en la literatura jurídico-política: la legitimidad democrática de los magistrados del Tribunal, cuestión que Mauro Cappelletti ha considerado como el "*formidable problema*" del control judicial de constitucionalidad, y que se suscita al abordar la función y la legitimidad democrática de unos individuos (los jueces) relativamente exentos de responsabilidad, que llenan con su propia jerarquía de valores o "predilecciones personales" los recipientes relativamente vacíos de conceptos tan vagos como "libertad", "igualdad", "sensatez", "ecuanimidad" y "proceso conforme a derecho".

Nos detendremos –dada su trascendencia, aun cuando con brevedad– en este "*formidable problema*".

En su conocida obra *Democracia y desconfianza*, John Hart Ely se ha planteado la misma temática al advertir cómo la función central de la revisión judicial es al mismo tiempo su problema nuclear, que no es otro sino el de que un órgano que ni ha sido elegido, ni es políticamente responsable, se dirige a los órganos representativos del pueblo indicándoles que no pueden gobernar como quisieran.

A la vista de esta problemática, un amplio sector doctrinal, a cuyo frente se sitúa el propio Cappelletti, entiende que es de todo punto necesario evitar un error muy difundido: el de identificar democraticidad con respresentatividad popular. La legitimación o "investidura democrática" del

juez, dice el profesor italiano, no deriva, a diferencia de lo que ocurre con los órganos políticos, del hecho de que represente a un electorado frente al que sea responsable directa o indirectamente. Si proyectamos esta idea hacia el juez constitucional, podremos afirmar con Leopoldo Elía que la legitimación de un Tribunal Constitucional no deriva de la elección popular, sino de la función que desempeña, de custodia de la Constitución, lo que nos conduce a una legitimación *secundum quid*.

Más aún, Vezio Crisafulli considera inevitable la ausencia de legitimación democrática en estos órganos, pues sólo así podrá asegurarse la indispensable neutralidad política del juez constitucional. Y Gustavo Zagrebelsky, en análoga dirección, puntualiza que la inclusión de un componente político en los órganos de la justicia constitucioonal no debe pretender explicarse como un intento de dotar al órgano de una legitimación democrático-representativa. Bien al contrario, añadiremos nosotros, la presencia de ese componente político (que, p.ej., se detecta en el papel dominante de los órganos políticos con vistas a la elección de magistrados) se justifica por las propias peculiaridades de la hermenéutica constitucional.

La *interpretación constitucional*, como ya hemos tenido ocasión de advertir, es una tarea técnica muy delicada que exige tanto unos profundos conocimientos de las técnicas jurídicas como una acentuada sensibilidad política. Y es que, como el juez Holmes afirmara, las disposiciones constitucionales no son fórmulas matemáticas cuya esencia está en la forma, sino instituciones orgánicas vivas cuya significación es vital y no formal.

En la misma línea, los profesores mexicanos Carpizo y Fix Zamudio han puesto de relieve que no es posible desconocer que la función de la revisión judicial es en parte política, aunque se ajuste a criterios y procedimientos jurídicos. Y entre nosotros, Lucas Verdú ha precisado que la diferenciación de la interpretación constitucional respecto de la del derecho positivo ordinario se ha ido acentuando con el devenir del tiempo, al pasarse de una consideración estrictamente formal apoyada en los postulados teóricos de la rigidez constitucional y de la supremacía de la Constitución, a una estimación del conjunto de valores que inspiran el orden constitucional democrático, a una postura de defensa de estos valores, a la tendencia a realizarlos y, en definitiva, a cumplir una misión integradora del Estado a través de la institución que examinamos.

En definitiva, pues, el elemento político, presente de una u otra forma en la jurisdicción constitucional, tiene su razón de ser no tanto en la búsqueda de un mecanismo de legitimación democrática, cuanto en la propia peculiaridad de la labor que realizan estos órganos.

6. El artículo 159 de la Constitución de 1978

Retornando al art. 159 de nuestra "Magna Carta" política*, hemos de decir, a la vista de su contenido, que nos hallamos ante una norma que, desde una óptica comparada, se sitúa a mitad de camino entre aquellos preceptos, en exceso casuistas, acaso en algún momento reglamentistas, cual sucede con los artículos correspondientes de las Constituciones austríaca y turca, y aquellos otros que apenas si se circunscriben a trazar un somero diseño del órgano que nos ocupa, al objeto de que sea el legislador ordinario quien lo perfile, como sería el caso de los preceptos equivalentes de la Ley Fundamental de Bonn y de los textos constitucionales de Grecia y Portugal. Quizás el precepto más equiparable al nuestro sea el art. 135 de la Constitución italiana.

Entrando ya en el análisis del perfil orgánico de nuestro Tribunal abordaremos, sucesivamente, el número de magistrados que lo integran, su origen tripartito, los mecanismos que sirven de contrapeso frente a una hipotética politiza-

* Título IX: *Del Tribunal Constitucional. Art. 159.* 1) El Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. 2) Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. 3) Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres. 4) La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial. 5) Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

ción partidista y, por último, nos referiremos a cómo ha operado la normatividad vigente en la realidad de los nombramientos de jueces constitucionales.

7. El número de miembros del Tribunal Constitucional

Hemos de convenir con Kelsen en que el número de miembros de un órgano como el que analizamos no ha de ser demasiado elevado, dado que su función no es la discusión de cuestiones políticas, sino la interpretación de la Constitución. Por otro lado, como indicara Tomás Villarroya, el número reducido puede contribuir a la formación de un espíritu corporativo que dote al Tribunal de cohesión y prestigio, y a sus fallos, de la mayor autoridad y calidad posibles.

El número de doce magistrados puede considerarse, a nuestro juicio, mesurado y prudente; es similar, como ya tuvimos ocasión de ver, al de otros órganos análogos en Europa; sin embargo, ofrece un aspecto polémico: se trata de un número par, cuestión ya advertida en el debate constituyente, en el que los senadores Sánchez Agesta y Ollero Gómez alzaron sus voces en pro de la conveniencia de un número impar –p.ej., quince– de magistrados. Con ello se hubiera soslayado la dificultad de un posible empate de votos, que parece conducir irreversiblemente al "voto de calidad" del presidente, a fin de salir del posible *impasse* a que pudiera llegarse.

Entre la doctrina, Almagro Nosete, situándose en una posición minoritaria, ha relativizado la importancia de esta cuestión. Por nuestra parte, creemos que aun siendo cierto que las múltiples variantes a que responde la expresión de voluntad de un órgano colegial, no pueden ser puntualmente previstas en sede normativa es evidente que el número par de magistrados aumenta de modo considerable el peligro de empate a la hora de adoptar una decisión por parte del órgano en cuestión.

En caso de empate, la ley orgánica del Tribunal ha recurrido al *voto de calidad* del presidente, circunstancia no sólo anómala, sino que, como ha puesto de relieve el profesor Álzaga, puede complejizar y politizar en exceso la elección del presidente del Tribunal. El tema, por lo demás, presenta una hondura jurídica mayor, al conectarse con la posición jurídica de igualdad de los magistrados, lo que ha preocupado especialmente a la doctrina italiana. Por lo demás, no estamos ante una hipótesis puramente especulativa

o de laboratorio, sino que en cuatro ocasiones una sentencia se ha tenido que decidir en atención al voto de calidad del presidente.

Dada la imposibilidad de modificar el número de magistrados, a salvo, claro es, una reforma constitucional, nosotros nos inclinaríamos, al igual que hace Giustino D'Orazio en Italia, por la conveniencia de un sistema que atribuyera un contenido jurídico concreto a la paridad de votos, en vez de hacer depender el fallo de la voluntad presidencial. Ésta es, por ejemplo, la fórmula alemana, por cuya virtud, "en el supuesto de empate de votos, no cabe constatar una infracción de la Constitución". Se opta, pues, por una presunción de constitucionalidad de la norma recurrida, salvo que una mayoría de jueces constate formalmente que la norma fundamental ha sido conculcada.

8. Origen tripartito de los magistrados

Abordaremos ahora la cuestión del *origen tripartito* de los integrantes del Tribunal. En la propuesta de los magistrados intervienen los restantes órganos constitucionales, esto es, el Gobierno, las dos Cámaras y el Consejo General del Poder Judicial. En principio, esta circunstancia, abstractamente considerada, hay que juzgarla positiva, pues, como señala García Pelayo, con ella se acentúa la significación integradora del Tribunal.

Ahora bien, la crítica se torna en negativa a la vista del modo específico como se reparten los magistrados entre los diversos órganos constitucionales, dado el excesivo peso de los órganos políticos en la elección.

Si atendemos al hecho de que las relaciones entre los distintos poderes se canalizan en un régimen parlamentario a través de los partidos, puede vislumbrarse la posibilidad, en verdad preocupante, de que un solo partido con una significativa mayoría en ambas Cámaras, y que a la vez forma Gobierno, pueda llegar a controlar el nombramiento de los magistrados constitucionales, lo que pondría en grave peligro esa función de equilibrio constitucional que ha de desempeñar nuestro supremo intérprete de la Constitución. A todo ello habría que unir una consideración adicional: la minusvaloración del Poder Judicial.

A la vista de estas circunstancias, nuestra doctrina ha advertido acerca del peligro de politización; politización,

diríamos nosotros, que debe entenderse no como la total ausencia de valoración política de las cuestiones que se someten al Tribunal, sino como la posible metamorfosis de la naturaleza de sus resoluciones, que pasarían de ser declaraciones de conocimiento jurídico a configurarse como expresiones de voluntad política.

Éste es el caso del profesor Trujillo, que ha mostrado su preocupación por las posibles coloraciones políticas que pudieran acompañar a los compromisos que han de preceder a las correspondientes propuestas de nombramiento. El propio Burdeau, refiriéndose de modo específico a nuestro Tribunal, ha dicho que por su composición, es un órgano de dominante política.

Bien es verdad que no faltan juicios opuestos, entre los que se encuentra el del profesor La Pergola, quien considera que el diseño de nuestro Tribunal Constitucional es uno de los rasgos más felices del conjunto del texto constitucional. Y entre nosotros, el profesor De Esteban se muestra conforme con esa "dominante política" a que se refiriera Burdeau, rechazando toda concepción "purista y asexuada" del Tribunal, por entender que éste debe reflejar de alguna manera la composición de fuerzas en el Parlamento a fin de hacer válidas jurídicamente las pretensiones mayoritarias de cada momento que no excedan de una interpretación adecuada y progresiva de la Constitución.

Por nuestra parte, quisiéramos efectuar *varias consideraciones* en torno a la cuestión que ahora nos ocupa.

a) En primer lugar, en Europa, los órganos de la justicia constitucional se nos presentan como órganos de carácter técnico, pero, en buena medida, de designación política, esto es, por órganos de naturaleza política. Es el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán. Y ello no ha propiciado –el caso alemán es patente– una politización de estos órganos.

b) En segundo lugar, parece indudable que el Tribunal Constitucional interpreta un derecho, como es el constitucional, de claro contenido político. A ello hay que añadir que en muchas ocasiones las demandas planteadas ante él son la formulación en términos de litis jurídica de cuestiones o conflictos políticos, lo que tiene como consecuencia que sus decisiones, aun orientadas y fundamentadas en parámetros y valores jurídicos, tengan una significación y unos efectos no sólo para el ejercicio de las actividades políticas del Estado, sino también respecto de las posiciones

de los partidos políticos. Por todo ello, parece comprensible que los órganos políticos, y aun la misma clase política, deseen hacer oír su voz en el momento de la elección de los magistrados, posibilitando al mismo tiempo que las personas propuestas, además de un elevado bagaje de conocimientos técnico-jurídicos, posean una cierta sensibilidad política.

c) En tercer término, no podemos ignorar que nuestro código constitucional ha diseñado un órgano relativamente homogéneo, lo que no hubiera sido posible de intervenir en la elección de sus miembros órganos ajenos a los del Estado (bien regionales o autonómicos, bien corporaciones sociales, etc.), o de no exigirse indiscriminadamente una especialización técnico-jurídica. Este rasgo de la homogeneidad del Tribunal, que lo aparta radicalmente del Tribunal de la Segunda República, nos parece un dato enormemente positivo.

d) En cuarto término, afirmar apriorísticamente que el diseño actual del Tribunal conduce de modo inexorable a su politización no parece razonable, ni se puede sustentar en una fundamentación mínimamente objetiva.

e) En quinto lugar, creemos que el Tribunal Constitucional debe responder, en términos generales, a las corrientes de opinión existentes en el país; debe sintonizar con el sentir social; no puede ser un órgano desvinculado de la sociedad, y desde este punto de vista, estamos de acuerdo con el profesor De Esteban en la inconveniencia de una concepción "purista y asexuada" de los magistrados, lo que no debe entenderse en el sentido de que propugnemos una perfecta sintonía del Tribunal con las mayorías parlamentarias en cada momento existentes; sería un grave error que el Tribunal reflejara miméticamente el perfil político-parlamentario; ello lo convertiría en una especie de tercera Cámara.

f) En último término, pensamos que lo importante no es tanto buscar un modelo ideal, que creemos no existe, sino conseguir un acuerdo mayoritario entre las diferentes fuerzas políticas por virtud del cual éstas se comprometan a admitir que, independientemente de cualquier coyuntura política concreta, el principio rector que habrá de regir las propuestas de magistrados habrá de ser el de la búsqueda de un consenso lo más amplio posible en torno a las personas de los propuestos.

A cuanto acabamos de exponer hemos de añadir que tanto la Constitución como la ley orgánica del Tribunal

Constitucional han previsto un conjunto de frenos u obstáculos que se oponen al peligro de vinculación partidista de los magistrados constitucionales. A esos mecanismos vamos a pasar a referirnos a continuación.

Seis son los *mecanismos legales* que se orientan en la dirección apuntada:

1) La exigencia de una mayoría cualificada de tres quintos para las propuestas provenientes del Congreso, del Senado y, desde la ley orgánica 6/85, también del Consejo General del Poder Judicial.

2) El largo período de nueve años de desempeño del cargo de magistrado.

3) La renovación parcial del Tribunal.

4) La irreelegibilidad inmediata de los miembros del Tribunal.

5) La exigencia constitucional de una cierta cualificación técnico-jurídica para poder ser propuesto magistrado.

6) La concreción de un estatuto jurídico para los magistrados similar al de los miembros del Poder Judicial, en el que tiene un peso específico propio el régimen de incompatibilidades.

Nos referiremos ahora, de modo sumario, a los cinco primeros mecanismos.

9. Exigencia de una mayoría cualificada para la elección

La exigencia de una mayoría cualificada para que puedan quedar formalizadas las propuestas de magistrados del Congreso, Senado y, tras la ley orgánica 6/85, del Consejo General del Poder Judicial, es un requisito que se sitúa en la línea ya seguida en la República Federal Alemana, Italia y Portugal. Entre nosotros, esta determinación, contemplada por la Constitución respecto de las propuestas formuladas por el Congreso y por el Senado, fue acogida con un juicio unánimemente positivo. Su función, desde luego, es clara: propiciar que las personas propuestas lo sean con un amplio respaldo parlamentario. Giustino D'Orazio ha señalado al respecto que con este requisito se trata de posibilitar una "despolitización de la elección, o mejor, una politización equilibrada o neutralizada".

Es evidente que para conseguir el respaldo de una mayoría tan amplia será preciso, normalmente, un entendimiento entre mayoría y oposición; con ello, se propiciará un acuerdo entre las diferentes formaciones políticas, o por lo menos, entre las de mayor peso específico.

Una exigencia de esta índole suscita problemas de diferente naturaleza, aunque ahora sería excesivo enumerarlos. Tan sólo diremos que todos ellos encuentran cumplida respuesta legal en la ley orgánica 2/79.

10. Período de desempeño del cargo

El segundo de los mecanismos a que queremos referirnos es el del *largo plazo de desempeño del cargo*, que la Constitución concreta en nueve años, con lo que opta por idéntica solución que la seguida en Francia e Italia. Con ello, se acoge un período temporal bastante más dilatado que el que rige para las Cámaras, lo que, como fácilmente puede comprenderse, acentúa la independencia del Tribunal, introduciendo al unísono un elemento de continuidad que debe posibilitar una cierta coherencia jurisprudencial. Como al efecto advierte García Pelayo, la duración en el cargo de los magistrados los hace independientes de las coyunturas o contingencias políticas de los portadores de los órganos que intervienen en su nombramiento.

Por otro lado, con tan dilatado plazo se asegura una experiencia estimable por parte de los magistrados, lo que, a su vez, coadyuva positivamente al logro de ese predominio de la racionalidad sobre la pasión que, como destaca Sánchez Agesta, debe caracterizar sus sentencias. No en vano el Tribunal, afirma, trata de reafirmar un principio de legitimidad jurídica, nomocrática, en definitiva, constitucional.

11. Renovación parcial del Tribunal

El tercero de los mecanismos a que hemos de referirnos es al de la *renovación parcial del Tribunal*. Como es sabido, el Tribunal se renueva por tercios cada tres años. Estamos ante una fórmula clásica, aunque lo cierto es que en el derecho comparado, tan sólo la encontramos en Francia, bien que, desde luego, en Italia el Tribunal no se renueva en bloque, sino conforme termina el plazo de ejercicio de su

función cada magistrado, lo que en todo caso, también coadyuva a evitar cambios bruscos en la composición de la Corte Costituzionale.

A nuestro entender. la solución constitucional contribuye positivamente a una doble finalidad: por un lado, evitar cambios bruscos en la composición del tribunal, dándole continuidad; por otro, posibilitar al unísono que las nuevas mayorías parlamentarias tengan un reflejo atemperado –pero un reflejo al fin y al cabo– en el perfil del Tribunal Constitucional, circunstancia ésta muy conveniente si se tiene presente la correlación entre dinámica social, valores constitucionales y hermenéutica constitucional, y asimismo, la asunción por parte del órgano titular de la jurisdicción constitucional de un papel de mediador de intereses.

El sistema de renovación parcial del Tribunal, unido a la pluralidad de las fuentes de procedencia electiva de los magistrados, planteaba al legislador constituyente numerosos problemas de derecho transitorio a los que –por la propia limitación temporal a que debemos ajustarnos– es imposible aludir aquí.

12. Irreelegibilidad inmediata de los magistrados

El cuarto de los mecanismos legales que debemos analizar es el de la *irreelegibilidad inmediata de los magistrados.*

La polémica en torno a la reelegibilidad o irreelegibilidad de los magistrados constitucionales ya se suscitó en los debates constituyentes, en los que una enmienda del Grupo Parlamentario Comunista propugnó que se incorporase al texto constitucional una cláusula por la que se impidiese la reelección de los miembros del Tribunal. También en el Senado se suscitaría el tema, aun cuando en la alta Cámara se defenderían posiciones enfrentadas.

Varias eran las alternativas posibles: irreelegibilidad absoluta, irreelegibilidad inmediata, reelección indefinida y limitación de la reelección a una sola vez consecutiva.

Si atendemos al derecho comparado, habremos de recordar cómo en el Tribunal Constitucional Federal alemán, en la Corte Costituzionale italiana y en el Consejo Constitucional francés, existe un principio que actúa como constante: la irreelegibilidad absoluta.

Nuestro código constitucional no abordaría el tema, que, sin embargo, sí sería contemplado por la ley orgánica

2/79, que opta por la irreelegibilidad inmediata, con una sola salvedad: que se hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años. A nuestro modo de ver, se acoge una solución por entero satisfactoria, aun cuando no fuese admitida por la totalidad de las fuerzas políticas en el curso del debate en sede orgánica.

La norma en cuestión suscita diferentes problemas interpretativos, como el de su operatividad real, siendo de reseñar que estamos en presencia de una limitación subjetiva, esto es, que existe en función de la persona, siendo indiferente el órgano del que provenga la propuesta. Otro problema de interés es el del período que ha de transcurrir para que pueda entenderse desaparecida esta limitación, que nosotros consideramos debe ser de tres años.

En cuanto a la excepción legalmente establecida, que posibilita que los magistrados que hubieran ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años puedan ser reelegidos inmediatamente, está inspirada en la ordenanza francesa 58-1067, que establece idéntica previsión, y se comprende a la perfección si se advierte que aun en caso de reelección esos magistrados no permanecerán como miembros del Tribunal por más de doce años, período idéntico, por ejemplo, al que rige para los magistrados del Tribunal Constitucional Federal alemán.

Quizá convenga recordar asimismo que en la República Federal Alemana, la Exposición de motivos de la ley de 1970 sobre el Tribunal Constitucional Federal, que estableció la irreelegibilidad absoluta, vinculó ésta con la publicidad de la *dissenting opinion*, también admitida por el art. 164 de nuestra Constitución. Es éste, a nuestro juicio, un nuevo argumento que nos muestra la funcionalidad de este mecanismo legal a efectos de su contribución en pro de la independencia real de los jueces constitucionales.

Debemos de efectuar una última consideración. La irreelegibilidad inmediata no quiebra la continuidad del Tribunal, pues ésta se halla garantizada por la doble circunstancia del largo plazo de desempeño del cargo y de la opción por una renovación parcial, no total, del Tribunal. Al mismo tiempo, la irreelegibilidad, aunque sea tan sólo inmediata, evita la inercia ínsita a todo proceso de reelección indefinida y soslaya la petrificación del Tribunal. En definitiva, contribuye a fortalecer su independencia y, de este modo, constituye un freno frente a la vinculación partidista de los jueces constitucionales.

13. La cualificación técnico-jurídica para el acceso al cargo

Debemos abordar finalmente un quinto y último mecanismo orientado a la salvaguarda de la independencia del Tribunal y a su correlativa despolitización. Nos referimos a la exigencia constitucional de una *cualificación técnico-jurídica* para poder ser propuesto juez constitucional.

Ya Kelsen consideraba de la mayor importancia otorgar en la composición de estos órganos un lugar adecuado a los juristas de profesión, tal y como ya indicamos.

En tal exigencia, subyacía toda una filosofía en torno a este tipo de órganos, que debían presentarse como órganos técnicamente cualificados. Leibholz, tras significar que el juez constitucional debía tener una comprensión más amplia y elaborada de la política y de las fuerzas sociales actuantes en ella que el juez ordinario, reclamaba como necesario un procedimiento de nombramiento de esos jueces que garantizara a la par su competencia profesional.

En el derecho comparado, como ya dijimos, es norma común la exigencia de unos determinados requisitos tendientes a garantizar un conocimiento técnico-jurídico para el acceso a los Tribunales Constitucionales. Se puede decir con Zagrebelsky que mientras la elección de los jueces constitucionales por órganos de señalada naturaleza política contribuye a la elección de personas dotadas de la necesaria sensibilidad política, la exigencia de esta cualificación garantiza la imprescindible tecnicidad de los Tribunales Constitucionales.

La determinación del art. 159.2 de que los miembros de nuestro Tribunal Constitucional sean nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia, con más de quince años de ejercicio profesional, está inspirada en el art. 135 de la Constitución italiana, aunque éste presente diferencias de matiz importantes, como, por ejemplo, circunscribir la exigencia de un determinado período de ejercicio del cargo (veinte años) tan sólo a los abogados.

A la vista de las previsiones del art. 159.2 de la Constitución y del art. 18 de la ley orgánica del Tribunal, se imponen algunas consideraciones.

De entrada, y desde una perspectiva histórica, es patente el avance experimentado respecto de 1931. Nuestros le-

gisladores han optado por una fórmula peculiar y que, al margen ya de su inspiración en otros modelos foráneos, nos ofrece unos perfiles propios y, a nuestro juicio, no excesivamente afortunados.

La primera reflexión que se impone es la gran amplitud con que se contemplan estos requisitos. El profesor Rubio Llorente ha llegado a decir que el constituyente podía haber prescindido de la enumeración limitativa de las categorías profesionales sin que ello alterara el contenido de la norma. La generalidad de los términos utilizados cubre, en efecto, la totalidad de las profesiones jurídicas. Ello, qué duda cabe, como advirtiera Trujillo, puede favorecer las relaciones de lealtad-devoción hacia las fuerzas políticas que postulan las respectivas condidaturas.

En todo caso, hemos de reconocer con García Pelayo que aunque los límites son muy amplios, se trata de límites al fin.

Por otro lado, es preciso señalar que la realidad nos muestra que hasta la fecha la competencia de las personas elevadas al Tribunal Constitucional está fuera de toda duda. A este respecto, desde una perspectiva empírica, quizá convenga constatar que nuestro Tribunal, en lo que a su composición se refiere, se ha ajustado a lo que en 1959 escribiera el norteamericano Taylor Cole, y un cuarto de siglo más tarde refrendara en Europa el francés Louis Favoreu, esto es, que los Tribunales Constitucionales europeos se caracterizan por una muy significativa presencia de profesores universitarios. Pues bien, nuestro Tribunal no sólo sigue esa orientación en lo que a su composición se refiere, sino que en él se acentúa sensiblemente.

En efecto, un 65% de sus miembros han sido o son profesores universitarios de disciplinas jurídicas, más aún, si atendemos a los quince magistrados propuestos hasta ahora por el Congreso, el Senado y el Gobierno, veremos cómo un total de trece han sido o son catedráticos de Universidad. Favoreu ha justificado tal circunstancia en la independencia intelectual y moral de este profesorado, apreciación en la que coincidimos por entero.

14. La "praxis" de la elección de los magistrados

Queremos, para terminar, referirnos a lo que revela la *praxis* de las elecciones de magistrados constitucionales en estos años.

Si algún rasgo se puede entresacar de la *composición inicial* del Tribunal éste es el del consenso entre las dos grandes formaciones políticas, UCD y PSOE, en lo que al nombramiento de magistrados se refiere, consenso que se extendería no sólo a los propuestos por las Cámaras, sino también a los postulados por el Gobierno y, unos meses después, a los elegidos por el Consejo General del Poder Judicial.

El "talón de Aquiles" de la negociación entre UCD y PSOE residiría en la no ampliación del consenso a otras fuerzas parlamentarias coprotagonistas del proceso constituyente. Esta circunstancia se traduciría en el debate parlamentario en torno a las pertinentes propuestas de magistrados. En él, el diputado comunista Jordi Solé Tura defendería la conveniencia de una decisión unánime por parte de la Cámara en supuestos como el que ahora nos ocupa, o por lo menos, una decisión que contase con el mayor respaldo posible, lo que no se produciría, obviamente. Los magistrados propuestos por la Cámara baja lo serían por un número de votos que rondó los doscientos cincuenta, cuando sólo entre UCD y PSOE totalizaban doscientos ochenta y nueve escaños.

Las circunstancias expuestas darían lugar a que en los medios de comunicación se hablara del "mal consenso", que se produce cuando los acuerdos del Gobierno con la oposición sacrifican posiciones de principio e inmolan a hombres también de principios en aras de la componenda y del prorrateo de influencias.

Como ya indicamos, el acuerdo centrista-socialista se mantendría incluso para los dos magistrados que restaban por designar por el Consejo General del Poder Judicial, que lo serían en noviembre de 1980, permaneciendo un mes después cuando el Congreso procedió a elegir a don Antonio Truyol en sustitución del dimitente don Aurelio Menéndez. Pierre Bon, analizando lo acontecido en España en este primer período, establecería una equiparación con la República Federal Alemana, al significar que la mayoría cualificada exigida en ambos países había conducido a similares actitudes por parte de las dos grandes formaciones políticas.

El equilibrio a que venimos refiriéndonos se quebraría a fines del año 1982, tras la muerte de don Plácido Fernández Viagas, quien sería sustituido por el Consejo General del Poder Judicial por don Francisco Pera Verdaguer, magistrado de talante más conservador, propuesto en enero de 1983.

Por esas mismas fechas, tenía lugar el primer sorteo para la renovación del Tribunal, en el que resultaba elegido el grupo de magistrados constitucionales propuesto por el Congreso. A partir de este momento, se perfilaban dos actitudes; la del Grupo Socialista, que se inclinaba por la renovación parcial de los magistrados cesantes (manteniendo a dos y cesando a otros tantos), y la del Grupo Popular, que propugnaba la renovación total o, alternativamente, la reelección de los cuatro magistrados que habían de ser renovados.

La paralización de importantes recursos que afectaban a no menos trascendentes temas de Estado no propició el entendimiento; por el contrario, las discrepancias se acentuaron aún más si cabe.

Don Manuel García Pelayo abogaba en marzo por la neutralidad del Tribunal, aduciendo que no podía convertirse en una tercera Cámara.

Sin embargo, habría que esperar hasta fines de septiembre para que –con siete meses de retraso– las propuestas quedaran formalizadas, optándose por la reelección en bloque de los cuatro magistrados.

En este intervalo, el instituto de la *prorrogatio* se reveló como de especial utilidad, pues de no haberse admitido en la ley orgánica del Tribunal, éste habría quedado funcionando con tan sólo ocho magistrados, lo que le habría privado de fuerza moral para enfrentarse con algunos de los temas pendientes; recordemos, por ejemplo, que poco antes de que se produjese formalmente la renovación del Tribunal, éste fallaba acerca de los recursos previos de inconstitucionalidad presentados contra la LOAPA.

La segunda renovación parcial del Tribunal, en febrero de 1986, afectaría a los magistrados propuestos por el gobierno y el Consejo General del Poder Judicial; a estos magistrados se uniría la elección de otros dos, uno propuesto por el Congreso, y otro por el Senado, que habrían de sustituir a otros tantos magistrados que, previamente, habían solicitado su cese.

Como rasgo general de todos estos nombramientos, señalaríamos tan sólo la quiebra del consenso, al menos entre las dos grandes fuerzas político-parlamentarias, así como la desvinculación del Gobierno de todo compromiso con otras formaciones políticas distintas de la gubernamental a la hora de proceder a elegir a los dos magistrados a que tenía derecho.

Todo ello nos muestra que se ha iniciado una dinámica en verdad preocupante. No es que las propuestas deban formularse por unanimidad (ello, desde luego, sería una hermosa utopía), pero sí parece deseable que las candidaturas que se propongan vengan respaldadas por el más amplio elenco parlamentario.

Es evidente, a nuestro entender, que la iniciativa de las propuestas debe corresponder al partido con más apoyo parlamentario, pero no es menos patente la conveniencia de la negociación con otras formaciones y, a ser factible, la propuesta consensuada. Lo contrario podría conducir a una dinámica de progresiva politización de las propuestas con el consiguiente peligro de desacreditación de la institución, circunstancia que hasta el momento, afortunadamente, no se ha producido.

Hemos de poner punto final a nuestra exposición. Y lo vamos a hacer con la esperanza con que Mauro Cappelletti cierra su clásico libro sobre *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*. Esperanza en la justicia constitucional que expresa la vida misma, la realidad dinámica de la sociedad y el devenir de la Constitución en su acomodo a la realidad social concreta.

CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS. ACERCA DE LA IRRELEVANCIA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN

ROBERTO GARGARELLA

1. INTRODUCCIÓN

Cotidianamente, la Constitución demuestra la incidencia que ejerce sobre nuestras vidas. A ella apelamos permanentemente, al menos de manera intuitiva, para respaldar reclamos o defender los derechos que, entendemos, nos corresponden.

Sin embargo, a pesar de su importancia, casi nunca se nos ocurre plantearnos cuáles son las razones que justifican el tener una determinada Constitución y no otra, o ninguna. En efecto, alguien podría plantear que la justicia de un reclamo, o la validez de un derecho, son independientes de la circunstancia de que estén consagrados o no en una cierta hoja de papel.

Motivados por estas cuestiones, a lo largo de este trabajo intentaremos analizar distintas posibles justificaciones para la adopción de una Constitución.

En una primera parte, revisaremos distintos argumentos aportados por nuestros constitucionalistas a tal objeto.

En una segunda parte, procuraremos relacionar la validez y justificabilidad de una Constitución, con la validez y justificabilidad de su contenido. Sin embargo, y para lograr este propósito, deberemos sortear una enorme dificultad: la de ponernos de acuerdo, con cierta precisión, en torno de cuál es el contenido de la Constitución, dadas las divergentes posiciones interpretativas al respecto.

Vayamos entonces, a continuación, sobre la primera parte de nuestro trabajo.

2. La Constitución y la legitimidad de su origen

Muchas veces se ha defendido el rol privilegiado que juega la Constitución dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a partir de las especiales circunstancias en que tuvo su origen.

En tal sentido, merecen repetirse los conceptos de uno de nuestros más reconocidos juristas, Rafael Bielsa[1], cuando sostiene que "se cuestiona si una Asamblea Constituyente puede... obligar a las generaciones futuras, limitando de ese modo su soberanía. En nuestra opinión puede hacerlo cuando esa Constitución ha emanado de una asamblea tan auténticamente soberana (como la nuestra)". Frente a esta opinión que representa, de algún modo a una corriente importante de constitucionalistas, caben varios interrogantes. El más obvio, apuntaría a determinar cuál es la razón por la cual ha de respetarse la voluntad de algunos hombres reunidos hace más de un siglo: el hecho de que se haya tratado de una asamblea "auténticamente soberana" no parece razón suficiente para obligar a las generaciones futuras.

Pero, en realidad, no es necesario recurrir a tales razones para quitarle solidez a una opinión como la sostenida por Bielsa. Basta con demostrar la precaria legitimidad de aquella asamblea. Similares cuestionamientos pueden plantearse respecto de la Constitución americana, Constitución en la cual la nuestra se inspira. Tanto en uno como en otro caso, la selección de los constituyentes fue el resultado de un proceso débilmente democrático.

En Norteamérica, los convencionales fueron nombrados por las Legislaturas de cada Estado y no por el pueblo de cada uno de ellos, lo cual desdibuja indudablemente el carácter verdaderamente "soberano" de la asamblea posterior. Más aún, cuando advertimos las restricciones vigentes, en aquella época, para poder tener acceso al voto, o para ser elegido, las cuales implicaban el marginamiento de la gran mayoría de la población en cuanto a su participación (aun indirecta) en el dictado de la Constitución.

Para reiterar sólo algunos casos representativos: en la Constitución de Carolina del Sur se proclamaba que "ninguna persona residente en la parroquia por la cual es elegida,

[1] Bielsa, Rafael, *Derecho constitucional*, Bs. As., Depalma, 1959, p. 90 y siguientes.

podrá sentarse en el Senado a menos de poseer bienes raíces poblados y por derecho propio en dicha parroquia o distrito, del valor de dos mil libras, como mínimo, libres de deudas". Para ser diputado, se exigía tener una propiedad, y "esclavos o bienes raíces por valor de mil libras".

En la Constitución de Georgia, se exigía explícitamente pertenecer a la religión protestante para ser electo y a la raza blanca para ser elector.

En la de Connecticut, los requisitos se extendían a los de tener una conducta "pacífica y tranquila".

Llegados a este punto, no es fácil defender la verdadera representatividad de la Asamblea Constituyente, tarea que se torna todavía más compleja cuando reconocemos que, en realidad, dentro de la población excluida del proceso constituyente debemos considerar además a las mujeres, sistemáticamente fuera de la actividad política hasta bastante tiempo después.

Limitaciones absolutamente similares pueden verse reproducidas en el pasado político argentino. Sin embargo, a ellas cabe agregar otra característica, más propia de nuestra vida institucional, como lo es la práctica del fraude electoral.

En palabras del historiador Pérez Amuchástegui[2]: "todo estaba listo en Santa Fe para instalar el Congreso, pues se hallaban presentes casi todos los diputados integrantes del mismo. Ha de convenirse en que las elecciones de éstos se realizaron según las más puras tradiciones fraudulentas: cada gobernador, previo acuerdo con Urquiza, 'insinuó' los candidatos que, posteriormente, obtuvieron el triunfo". De todos modos, aun a pesar de la relativa homogeneidad que (a través del fraude) se alcanzó entre los representantes seleccionados para el Congreso de Santa Fe, las diferencias internas no pudieron ser resueltas por completo. Tanto es así que la comisión encargada de redactar el proyecto de Constitución no pudo llegar a un acuerdo al respecto. Por el contrario, el proyecto redactado por José Benjamín Gorostiaga y Juan María Gutiérrez fue rechazado por los otros tres miembros de la comisión, Manuel Leiva, Pedro Ferré y Pedro Díaz Colodrero.

Debido a tales hechos, la aprobación final del escrito sólo pudo lograrse, finalmente, ampliando el número de

[2] Pérez Amuchástegui, A. J. - Sabsay, Fernando L., *La sociedad argentina*, Bs. As., La Ley, 1973, p. 316.

miembros del grupo. Fueron integrados, entonces, Martín Zapata y Santiago Derqui, que se sabía eran partidarios de aquel texto. Otro partidario, Salustiano Zavalía, también fue incluido con posterioridad en la comisión (en este caso, en lugar de Pedro Ferré, comisionado para negociar con la dirigencia porteña, aún ajena al acuerdo).

Esto nos habla, en definitiva, de la fragilidad de aquellas posiciones que quieren ver en el proceso constituyente el resultado de un sustancial consenso, alcanzado a partir de la más amplia discusión democrática. Tal proceso, en verdad, no tuvo a la ciudadanía como invitada. El proceso de elaboración de la Constitución no fue transparente, y el debate por el cual fue aprobada tampoco tuvo (sobre todo en nuestro país), la riqueza y profundidad que podía esperarse.

De ahí que no resulte del todo razonable realizar complejos ejercicios hermenéuticos destinados a desentrañar "el verdadero sentido" de la Constitución; ni que resulte adecuado apoyarse en ella en busca de argumentos últimos y definitivos. El valor de la Ley Fundamental no parece residir en las circunstancias de su origen.

3. Constitución y consenso

Dadas las dificultades que se presentan al querer justificar la validez de la Constitución a partir de su origen o de la especial significación del "momento" de su dictado, intentaremos analizar otras posibles fundamentaciones alternativas.

En tal sentido, es posible ir más allá de un momento o instancia definido en el tiempo, para centrar nuestra atención, en cambio, en la trascendencia de aquella instancia en la historia. Así, podríamos sostener que Constituciones como la argentina o la norteamericana han afirmado su validez con el correr de la historia, legitimándose con el paso del tiempo, a partir de un consenso tácito formado en su torno. Según esta versión, el hecho de que la Constitución no haya sido reformada, o que la gente parezca adherir a ella o aceptarla, en primera instancia, otorga alguna razón relevante para valorar el texto escrito.

Sin embargo, los problemas que esta posición conlleva son numerosos y difíciles de resolver. En primer lugar, podríamos preguntarnos qué es lo que ocurriría si una persona rechaza una norma, o qué sucedería si un grupo de personas

explícitamente manifestara no adherir a ninguna norma jurídica vigente: ¿se consideraría acaso que ese consenso tácito ha desaparecido? Según parece, no, y más aún, en una Constitución como la argentina (que establece que el pueblo no delibera ni gobierna sino por intermedio de sus representantes) dicha actitud sería considerada atentatoria contra el orden constitucional y objeto de las más severas sanciones.

De ahí que, si la Constitución pone la violencia legítima detrás de sí, de tal modo que el poder coercitivo de las normas derivadas de ella alcanza aun a quienes desconocen el texto constitucional, entonces, no podría sostenerse que la Constitución se justifique en virtud de un consenso tácito. Otros posibles problemas que una posición como la expuesta podría enfrentar son los siguientes: ¿Cómo sabríamos qué es lo que la gente tácitamente acepta? ¿Qué pasaría si la gente tuviese diferencias respecto de tal aceptación? ¿Cómo deberían decidir los jueces: conforme a lo que dice la Constitución, a lo que ellos interpretan que dice la Constitución, o a lo que la gente entiende que dice la Constitución? ¿Qué pasaría si la ciudadanía hubiese interpretado históricamente que la Constitución debe incluir cláusulas que ésta en realidad no contiene?

Los problemas del tipo de los planteados podrían ser multiplicados al infinito.

En otro contexto, Dworkin[3] rechaza también la aceptabilidad del criterio del consenso tácito. Entiende que es irrazonable suponer que un ordenamiento jurídico pueda considerarse válido por el hecho de que, por ejemplo, la población no haya hecho abandono del lugar en el cual dicho ordenamiento rige. Afirma entonces que: "El consentimiento no puede ser obligatorio para la gente, ...a menos que sea dado con mayor libertad y con una elección alternativa más genuina que el solo hecho de negarse a construir una vida bajo una bandera extranjera".

4. La Constitución y la historia

El argumento que da Dworkin nos remite a otra postura que, a diferencia de la anterior, deja de lado la cuestión del

3 Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, Barcelona, 1988, p. 58.

consenso como preocupación central. Esta postura consistiría, básicamente, en una valoración positiva de la tradición jurídica y de la historia de una determinada sociedad, hecho que estaría entremezclado con un cierto positivismo ideológico capaz de otorgarle fuerza obligatoria a tales tradiciones, más allá de la justificabilidad o no de su contenido. La Constitución, que normalmente contribuye a articular y dar sentido a tal historia, pasaría a ocupar así un lugar central en esta concepción.

Esta posición ha sido defendida, implícitamente, por una enorme diversidad de autores. Bielsa, por ejemplo, entiende que "La Constitución se reforma, pero no se sustituye", porque existe una "Constitución histórica, formada por la tradición jurídico-política del pueblo, y especialmente por aquellas disposiciones que bajo el nombre de Constitución o regla han regido la vida nacional"[4].

De tal modo, no hace sino rescatar una posición como la enarbolada por el presidente de nuestro Congreso Constituyente, Zuviría, cuando decía: "Las instituciones no son sino las fórmulas de las costumbres públicas, de los antecedentes, de las necesidades, carácter de los pueblos y expresión genuina de su verdadero ser político. Para ser buenas y aceptadas, deben ser vaciadas en el molde de los pueblos para que se dicten"[5].

En esta misma línea de pensamiento historicista se insertan aquellas concepciones que hablan acerca de contenidos pétreos de la Constitución, y que llegan a sostener que "mientras se mantenga la fisonomía de nuestra comunidad y mientras la estructura social subyacente siga siendo fundamentalmente la misma, dichos contenidos (pétreos) no podrán ser válidamente alterados o abolidos por ninguna reforma constitucional"[6].

Los citados ejemplos nos muestran tres distintas maneras de vincular a la Constitución con la historia. Ya sea, como en el caso de Zuviría, definiendo qué es lo que ella necesariamente debe reflejar en su contenido; ya sea, como en los casos de Bielsa o Bidart Campos (quien utiliza típicamente la categoría de cláusulas pétreas) dando por supuestos tales contenidos.

[4] Bielsa, *op. cit.*, p. 90.

[5] Galetti, Alfredo, *Historia constitucional argentina*, Bs. As., 1974.

[6] Bidart Campos, Germán, *Manual de derecho constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, 1984, p. 33.

Una crítica obvia a este tipo de posiciones resulta de los mismos datos que deja la historia a la que tales autores recurren. ¿Cómo defender, por ejemplo, en la Argentina, los valores provenientes de una tradición de enfrentamientos, conflictos, inestabilidad política, desencuentros? ¿Cuáles serían las razones para dar valor prescriptivo a ciertas prácticas no cooperativas, violentas?

Pero más aún, si pudiéramos entresacar de nuestras tradiciones (como algunos lo hacen de la tradición norteamericana), aspectos más positivos, tales como los relacionados con la estabilidad política, la previsibilidad, un cierto orden, etc., tampoco en este caso tendríamos razones poderosas para aceptar el conjunto de tales prácticas. Es sabido que, de proposiciones meramente descriptivas de la realidad, no pueden derivarse lógicamente justificaciones para ninguna acción o decisión en particular. De todos modos, ¿con qué parámetros podríamos distinguir y separar las "buenas tradiciones" de las "malas"?

En realidad, este tipo de posturas parecen asentarse sobre ciertas valoraciones no explicitadas, como las de que es bueno determinado orden, son legítimas tales prerrogativas, deben conservarse estos otros principios, quitando del escenario democrático la posibilidad de abrir una discusión sobre cuáles son los valores que deben prevalecer en caso de conflicto. Dicho esto, se reconoce que no tiene mayor sentido discutir sobre la "tradición", mientras que, en cambio, sí lo tiene discutir sobre la plausibilidad de un principio moral según el cual debe aceptarse todo lo que disponga el derecho vigente.

Para terminar, podemos decir que la visión historicista-tradicionalista de la Constitución ha sido retomada por García Pelayo como una de las concepciones básicas acerca de la Constitución, y contrapuesta, en las tipologías habituales que sobre ella se hacen, a las concepciones racional-normativa y sociológica.

El enfoque racional-normativo[7] nos interesa particularmente, dado que en él se ha apoyado, de manera implícita o no, buena parte de nuestra doctrina, ya sea con el objeto de defender a la Constitución, ya sea para analizar su contenido.

Según este enfoque racional-normativo, la Constitución se define como un conjunto de normas destinadas a reglar,

[7] Bidart Campos, *op. cit.*, p. 32.

u ordenar racionalmente a la comunidad y el Estado. Esta concepción, sin embargo, reconoce distintas modalidades en su presentación. Veremos a continuación algunas de estas distintas versiones, pero lo haremos inscribiéndolas dentro de un contexto más amplio de justificaciones consecuencialistas de la Constitución, con las que aquéllas, de algún modo, se encuentran emparentadas.

Nos introduciremos en estas posturas revisando algunos de sus antecedentes, que pueden ser rastreados en muchos de los escritos de Alberdi, uno de los principales protagonistas en el proceso de creación de nuestra Constitución.

5. La Constitución como instrumento para el progreso

Influido indudablemente por los ideales iluministas, Alberdi redactó su proyecto de Constitución, y defendió luego el texto elaborado en Santa Fe. Con facilidad pueden detectarse las enormes esperanzas que aquél depositaba en la aprobación de dicho texto.

En respuesta a los *Comentarios* que Sarmiento hiciera sobre la Constitución, por ejemplo, Alberdi redactó sus *Estudios sobre la Constitución argentina de 1853*. En ellos diferenció los fines de los medios incluidos en la Carta Fundamental. Sostuvo entonces que los fines insertos en el Preámbulo "son los fines esenciales y únicos de todo gobierno racional posible, sea cual fuera su forma y el país de su aplicación". "¿Tenéis noticia –agregaba– de que exista algún gobierno racional que no tenga por objeto la unión, la justicia, la paz, el orden, la defensa, el bien general y la libertad?"

Pero luego advertía que, así como "todas las Constituciones tienen un fin idéntico y común, también lo es que todas difieren y deben diferir esencialmente en la composición de sus autoridades, que son los medios de obtener la realización del fin. Estos medios –decía– ...dependen en su organización y mecanismo de las condiciones y antecedentes particulares de cada país; pues cada país es peculiar de algún modo y diferente de los demás"[8].

Las necesidades de nuestro país eran, en una primera etapa, las de la libertad y la independencia. Según sus pa-

[8] Alberdi, Juan B., *Obras Completas*, Bs. As., 1887.

labras, "el momento de echar la dominación europea de nuestro suelo no era el momento de atraer los habitantes de esa Europa temida. Los nombres de inmigración y colonización despertaban recuerdos dolorosos y sentimientos de temor. La gloria militar era el objeto supremo de ambición. El comercio, el bienestar material se presentaban como bienes destituidos de brillo".

Lograda la independencia y la libertad, las necesidades del país pasaban a ser otras. Ahora los fines eran los de "organizar y construir los grandes medios prácticos de sacar a la América emancipada del estado oscuro y subalterno en que se encuentra".

De tal modo, y según vimos, Alberdi justificaba la existencia de la Constitución en virtud de los extraordinarios efectos que, según entendía, iba a provocar su dictado. En tal sentido, llegó a hablar de una "Constitución que tenga el poder de las hadas, que construían palacios en una noche".

Nuestra Constitución debía ser "absorbente, atractiva, dotada de tal fuerza de asimilación que haga suyo cuanto elemento extraño se acerque al país, una Constitución calculada especial y directamente para dar de cuatro a seis millones de habitantes a la República Argentina en poquísimos años; una Constitución destinada a trasladar la ciudad de Buenos Aires a un paso de San Juan, de La Rioja y de Salta, y a llevar estos pueblos hasta los márgenes fecundos del Plata por el ferrocarril y el telégrafo eléctrico que suprimen las distancias".

Esteban Echeverría[9] también veía en nuestra Constitución una fabulosa potencialidad. "La soberanía –decía– se ha encaramado en esa ley: allí está la salvaguarda de la democracia. Podrá esta ley ser revisada, mejorada con el tiempo y ajustada a los progresos de la razón pública, por una asamblea elegida *ad hoc* por el soberano; pero entre tanto no llega esa época que ella misma señala, su poder es omnipotente, su voluntad todas las voluntades, su razón se sobrepone a todas las razones. Ninguna mayoría, ningún partido, ninguna asamblea, podrá atentar contra ella, so pena de ser usurpadora y tiránica".

Sin adherir directamente a los ideales iluministas, la mayor parte de nuestros juristas aludieron a la "necesidad" de la Constitución a los fines de la organización política del país.

[9] Echeverría, Esteban, *Obras Completas*, Bs. As., 1951.

Así, para Estrada[10], la Constitución jugaba el papel de "centro superior" que en Inglaterra cumplía la Corona. Entendía que "en los gobiernos de forma republicana necesitan las sociedades encontrar algo que reemplace por su carácter de permanencia y de superioridad indiscutida o indiscutible, el papel que la Corona representa en los gobiernos de forma mixta: es el que incumbe a la Constitución".

Para Joaquín V. González[11], la Constitución es "un instrumento de gobierno hecho y adoptado por el pueblo con propósitos prácticos, como son los de vivir y desarrollarse como personalidad real en el mundo, y que tiene su misión en la cultura de sus individuos y de la humanidad". Sus objetos principales, señala, son los de fundar un gobierno y establecer los derechos de la libertad, asegurándolos contra toda tentativa que para anular el uno o los otros pudieran realizarse en el futuro.

Sánchez Viamonte[12] también se refiere a la necesidad de la Constitución "para que exista el Estado de derecho", ya que éste sólo es posible si el gobierno y los gobernados están "sometidos a su imperio".

Todos estos autores, de algún modo, intentan justificar la Constitución en virtud de los beneficios o las buenas consecuencias que su dictado puede aparejar. Sin embargo, cuando identificamos nuestras razones con las provenientes de un mero cálculo de costos y beneficios, la fuerza de nuestros argumentos se debilita.

En tal sentido, las críticas posibles a posiciones de tipo consecuencialista, pueden ser de distinto tipo.

Para J. Hodson[13], los argumentos utilitaristas serían autofrustrantes (por llevar a consecuencias antiutilitaristas) en la medida en que todos los miembros de la sociedad adopten una postura semejante. Para otros autores, los problemas aparecen al querer mantener coherentemente una posición utilitarista destinada a incrementar el bienestar general, hasta sus últimas consecuencias. Ello podría llevarnos a justificar actos tales como el sacrificio de una persona, si es que con tal acto logramos favorecer la utilidad general.

[10] Estrada, J., *Curso de derecho constitucional*, Bs. As., 1927, p. 96.

[11] González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Bs. As., 1897, p. 15.

[12] Sánchez Viamonte, Carlos, *El constitucionalismo. Sus problemas*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1957.

[13] Hodson, J., *The Ethics of Legal Coercion*, Dordrecht, 1983.

Los problemas que aquí insinuamos, no son ajenos a ninguna de las posiciones que hemos transcripto más arriba. Con alguna perplejidad puede comprobarse cómo, efectivamente, los artífices de la organización política fueron víctimas de tales dificultades.

Fue así como, en la defensa de sus posturas, se dejaron conducir muchas veces por razones instrumentales, descuidando, en ocasiones, la justificabilidad intrínseca de las actitudes que asumían. Veremos a continuación, en algunos ejemplos concretos, cómo se manifestaron históricamente estas dificultades. Intentaremos mostrar también, los perjuicios que las posiciones utilitaristas conllevan respecto de la pretensión de garantizar ciertos derechos como inviolables.

6. Inconvenientes de una defensa utilitarista de la Constitución. El debate sobre la libertad religiosa en la Convención Constituyente de 1853

Un debate en el que, con suficiente claridad, se reflejan los inconvenientes de una posición utilitarista, es el que se dio en nuestra Convención Constituyente en lo relativo a la libertad de cultos. Nos interesa, en particular, recordar las discusiones que rodearon la aprobación del art. 14 de nuestra Constitución respecto de la cuestión religiosa, más que centrarnos en las polémicas, menos salientes, generadas con motivo del art. 2°.

Entre los hechos más destacados de estas disputas, puede mencionarse el de que, en ellas, no se enfrentaron principios ni se expusieron, aun de manera rudimentaria, concepciones en torno a los derechos individuales. Por el contrario, la mayoría de las defensas de un culto oficial se articularon a partir de posiciones inquisitoriales e intolerantes, mientras que, las defensas de la libertad de cultos tuvieron como base principal la conveniencia y la utilidad de tal medida. Esta última posición, que fue la triunfante, ejemplifica el modo y las razones con que fueron defendidos nuestros derechos. Veamos algunos casos que ilustran dicha afirmación[14]:

Seguí, respondiendo a un discurso oscurantista pronunciado por Centeno, sostuvo que era "indispensable la tole-

[14] Diario de Sesiones de la Sala de Representantes, Bs. As., 1852.

rancia religiosa para el progreso del país por la inmigración virtuosa que traería a nuestro suelo".

Lavaisse fundamentó su postura, también liberal, en esta materia, en dos argumentos. Uno, vinculado con la caridad evangélica y la hospitalidad que debe dispensársele al prójimo. El otro, relacionado con la necesidad de promover para la Nación "las fuentes de su prosperidad", entre las cuales se encontraba, principalmente, la inmigración extranjera.

Es curioso que, aun quienes se opusieron a la tolerancia religiosa, no pudieron apartarse del argumento de la inmigración como tema central. En tal sentido, Colodrero manifestó que a los protestantes que vinieran al país se los recibiría fraternalmente y se les daría seguridad "para sus personas y propiedades, quedando de este modo consultado el bienestar general". El bienestar general no incluía el derecho al culto.

Leiva, por su parte, consideró que la libertad de cultos no era un requisito indispensable para favorecer la entrada de extranjeros a nuestro país, sino que, básicamente, bastaba con asegurar ciertas garantías sociales. Decía entonces que "si al aliciente que ofrece al extranjero la hermosura de nuestro clima, la fertilidad y riqueza de nuestro país, se agregase el de sólidas garantías sociales para la persona y la propiedad, la República Argentina tendría tanta inmigración y cuanta quisiera admitir. Que en veintisiete años de libertad de cultos no se había presentado al gobierno de Buenos Aires ninguna solicitud para traer inmigrantes a su campaña ni había allí una sola colonia establecida".

Resulta sorprendente comprobar cómo constituyentes tan lúcidos como Colodrero o Leiva pudieron considerar que al inmigrante podía bastarle (para considerarse "bien recibido"), con tener aseguradas, básicamente, ciertas garantías vinculadas con su posibilidad de ser propietario. Pero más sorprendente resulta todavía que, para desvirtuar estas posturas, no se recurriese con convicción a la defensa de un completo esquema de derechos, sino que, por el contrario, se alegasen básicamente, como razones, las de la utilidad general o la conveniencia para el desarrollo económico.

Los lineamientos fundamentales de este debate se reprodujeron en las restantes (escasas) discusiones que se dieron en nuestra Convención Constituyente, ligándose siempre las razones últimas a cuestiones tales como la "utilidad para el progreso".

Así, como principal defensa del capítulo destinado a las "Declaraciones y garantías" estipuló que "era preciso que la práctica del régimen constitucional a que aspiramos dé, cuando menos para nuestros sucesores, seguridad a la vida y propiedades, medios de trabajo, precio a nuestras tierras y productos, y facilidades para comerciar con los pueblos extranjeros de cuyos artefactos y ciencias carecemos".

Otro de los pocos debates más o menos atractivos que se dieron durante la Convención, estuvo ligado con la cuestión capital. Se sostuvo entonces que la capital "debe ser aquella en donde con mayor decoro y respetabilidad puedan presentarse (las autoridades) ante el extranjero".

Es obvio que esta fuerte preocupación por el ingreso de inmigrantes y por la opinión internacional, estuvo motorizada en buena medida por Alberdi, para quien "sin mejor población para la industria y el gobierno libre, la mejor Constitución será ineficaz".

Las bienintencionadas proclamas de Alberdi, como las de la mayoría de nuestras figuras patrias, merecen, sin embargo, reparos, en la medida en que incorporan a la libertad, básicamente, por cuestiones ligadas con la conveniencia y la prosperidad, lo que parece inferirse, ciertamente, de la generalidad de sus escritos.

Si consideramos que nuestros derechos personales no pueden estar sujetos al logro de objetivos colectivos, entonces, las razones que demos para justificar la validez de la Constitución, deben diferir de las que Alberdi y la mayoría de nuestros constituyentes propusieron.

Intentaremos a continuación, por lo tanto, revisar otras justificaciones posibles, capaces de instruirnos acerca de la real importancia de tener una Constitución. Sin embargo, y antes de abandonar este apartado, nos detendremos brevemente en una nueva variante que puede llegar a presentarse para defender la validez de la Constitución desde una postura consecuencialista.

7. Los buenos resultados producidos por nuestra Constitución

Frente a las posiciones ya vistas, conforme a las cuales la Constitución es valiosa, fundamentalmente, por adecuarse a nuestras tradiciones o por producir resultados positivos para la mayoría, sería posible intentar una nueva defensa de

nuestra Ley Suprema, basada en los positivos resultados que se produjeron, en la práctica, a partir de su aprobación. En tal sentido, podría decirse: "El dictado de una Constitución está justificado a partir del impacto positivo que ella efectivamente produce en el razonamiento judicial; en la labor de los poderes políticos, y en las actitudes de la ciudadanía en general"[15].

Con esta explicación se valora al texto constitucional, en definitiva, porque, más allá de las motivaciones que hayan promovido su dictado, él sirve a la protección de ciertos derechos básicos. Esta postura, entonces, y de esta forma, se fortalece justamente en el punto en el que los otros argumentos consecuencialistas que vimos resultaban más débiles.

Ahora bien, la forma en que ese "impacto de la Constitución" se produce, es diferente según a quién hagamos referencia. Respecto de los jueces, por ejemplo, la Constitución se presenta como una premisa básica dentro de su esquema general de razonamiento, que incide de manera determinante en los escritos que éstos producen.

Los poderes políticos, por su parte, también se autolimitan en su actividad, en virtud de ciertos derechos que reconocen como inviolables y una división de tareas interpoderes que reconocen como vigente. En el caso de la ciudadanía, por fin, la Constitución importa en la medida que, tal como puede comprobarse en la práctica cotidiana, promueve la valiosa creencia en un orden jurídico firme, que garantiza ciertos derechos sobre los que ningún poder, público o privado, puede avanzar. La ciudadanía parece apoyarse menos en la legislación ordinaria, que intuye cambiante, confusa e inabarcable, que en la Constitución. A ella se la considera, en cambio, estable, rica en su contenido y austera en palabras. Habitualmente se recurre a ella con la convicción de que asegura, de un modo u otro, algún resguardo a los derechos individuales.

A primera vista, entonces, parecería que encontramos, finalmente, algunas razones valiosas para justificar la existencia de una Constitución.

Argumentos lejanamente similares, pueden rastrearse en un viejo texto perteneciente a Alf Ross[16]. En él, este autor daba

[15] Así, por ejemplo, en Nino, Carlos, *Control de constitucionalidad*, Conferencia argentino-germana, Bs. As., 1988.

[16] Ross, Alf, *Tu-Tu*, Bs. As., 1976.

cuenta de las curiosas costumbres de un grupo de aborígenes, habitantes de unas pequeñas islas ubicadas en el Pacífico. La tribu en cuestión se caracterizaba por la firme creencia que sostenían, según la cual, con la violación de un determinado tabú, se producía un fenómeno extraño, al que denominaban "Tu-Tu". "Tu-Tu" significaba "una fuerza o lacra peligrosa que recae sobre el culpable y amenaza a toda la comunidad con el desastre", según la descripción del filósofo.

Lo interesante (para nosotros) es que, si bien "Tu-Tu" aparece en principio como una palabra vaciada por completo de significado, la violación de ciertas reglas (p.ej., el ingerir la comida del jefe de la tribu) provocaba (según los pobladores) que quien cometió la falta estuviese "Tu-Tu", lo que implicaba que debía ser sometido a una ceremonia de purificación.

Tal situación llevó al profesor Ross a afirmar que, aunque la palabra en cuestión parecía carecer de sentido, en realidad, ella tenía una referencia semántica concreta y que, aunque los lugareños "en su imaginación supersticiosa, adscriban al enunciado la presencia de una peligrosa fuerza", estaban justificados de utilizar el término dada su utilidad, en cuanto a su capacidad explicativa del funcionamiento de un complejo sistema de sanciones.

Haciendo un paralelismo, tal vez forzado, alguien podría proponer que, quizá sean ciertas todas las dificultades que se alegan respecto de la justificabilidad de la Constitución pero que, de todos modos, sigue siendo útil recurrir a ella.

Es útil hablar de Constitución (como hablar del "Tu-Tu"), porque, por las razones que sean, acostumbramos a orientar nuestras acciones conforme a ella, y los resultados que obtenemos de tal actitud nos resultan aceptables. Aquí también, como en el caso anterior, quien viola ciertas reglas adquiere un mal (su acción es calificada de inconstitucional), y debe ser sometido, por lo tanto, a una "ceremonia de purificación" para expiarlo de dicho mal (el sujeto es sancionado, etcétera).

La plausibilidad que aparenta tener esta justificación, no debe llevarnos tampoco a apresurados entusiasmos. Existen obvias razones para dudar de tal plausibilidad.

En primer lugar, cada uno de nosotros necesita conocer de manera clara y transparente cuáles son las razones por las que está autorizado o no para realizar determinado acto.

Aun sin tomarnos demasiado al pie de la letra el paralelismo al cual recurrimos, resulta evidente que la justificación de nuestros derechos y deberes no puede responder a imperativos mágicos ni meramente convencionales. Tampoco es razón para aceptar la Constitución, el hecho de que, intuitivamente, parece que los efectos positivos que el texto

provoca son superiores a los negativos. Menos razones tenemos aún, si estos efectos positivos se reducen a implicar una adecuada (económica) descripción-explicación de ciertos fenómenos que caracterizan a nuestros comportamientos cotidianos.

Las dificultades con las que nos enfrentamos provienen básicamente de un único pero fundamental problema. Éste es el siguiente: hasta que no nos hayamos asegurado de que el contenido de la Constitución a la que hacemos referencia es valioso, las demás justificaciones posibles nunca resultarán suficientes. Ya sea que queramos tomar en cuenta la hipotética legitimidad que la Constitución tuvo en su origen, las consecuencias favorables que pueda tener para el progreso del país, el hecho de que en la práctica sirva efectivamente para la protección de ciertos derechos fundamentales, o cualquier otra.

Recién después de incluir ciertas consideraciones acerca del contenido de la Constitución, retomaremos alguno de los argumentos consecuencialistas ya vistos.

8. La Constitución justificada por su contenido. Distintas posiciones interpretativas

Según parece, si el contenido de la Constitución es valioso, las razones para justificar su existencia se solidifican. Sin embargo, cuando nos dirigimos, en la práctica, a dar cumplimiento a dicha tarea, nos encontramos con algunas dificultades que amenazan ser insuperables.

Fundamentalmente, a partir de que *no hay un acuerdo básico acerca de cómo definir cuál es el contenido de la Constitución*. Porque el hecho de tener una Constitución escrita no garantiza de ningún modo la solución de tal problema.

En tal sentido, es legítimo que nos preguntemos: ¿la justicia de nuestra Ley Suprema debemos buscarla en sus textuales palabras? ¿O debemos recurrir, en cambio, a los principios por ella definidos? ¿O debemos, quizá, desentendernos de los principios morales definidos por ella, para quedarnos, básicamente, con la estructura procedimental que consagra? Haremos, a continuación, y con el riesgo de ser reiterativos, un brevísimo *raconto* mostrando algunas de las respuestas que se han ofrecido a los interrogantes que ahora nos ocupan: ¿cómo definir el contenido de la Constitución?,

y luego, ¿cómo saber que tal contenido es justo?, preguntas éstas que se entrecruzan con viejas cuestiones interpretativas, todavía hoy irresueltas.

En la medida en que podamos acordar una respuesta satisfactoria para estos problemas, entonces, podremos considerar que nuestro trabajo se acerca a su conclusión definitiva.

a) *La dogmática jurídica*

La respuesta más pronta que podemos dar al problema de cómo determinar el contenido de la Constitución es la que sostiene la dogmática jurídica (posición ésta bastante difundida en el derecho continental europeo, así como también en nuestro país).

Esta postura se caracteriza por presuponer, sin una mayor elaboración al respecto, ciertas pautas interpretativas como universalmente aceptadas. Presupone, por ejemplo, que detrás del derecho se encuentra un legislador racional, preciso, coherente, justo, omnisciente, etc.; y de allí deduce guías para evaluar el contenido de la Constitución, la "verdadera esencia", o naturaleza de sus términos, etcétera.

Esta posición, hoy por hoy, ya ha recibido suficientes críticas que la muestran como implausible. Sobre todo, las críticas dirigidas hacia el modelo del "legislador racional", que poco se asemeja al "legislador real". De todos modos, la mayor cuestionabilidad de esta postura, está dada por la permanente introducción de concepciones valorativas bajo el ropaje de un análisis objetivo, neutro.

b) *El originalismo*

Una forma corregida, más realista y honesta que la posición dogmática, mantiene su mirada en el legislador original, pero lo considera ahora bajo su ropaje real. Sostiene entonces que, para conocer cuál es el contenido verdadero de la Constitución, es necesario remontarse al momento de su dictado.

Tal pretensión a primera vista resulta aceptable, sobre todo, por el grado de certeza y estabilidad que permite asegurarle al derecho constitucional en particular. La estabilidad parece un valor atractivo si es que nos interesa que la sociedad en que vivimos se asiente sobre un orden justo y aceptado por todos. En la medida en que haya una sola interpretación posible de la Constitución, tendremos enton-

ces dados buena parte de los pasos necesarios para alcanzar dicho fin. Y qué mejor forma de asegurar una sola interpretación de la Constitución que sujetándola a las intenciones originarias de sus autores que, con ayuda de la investigación histórica, podemos llegar a conocer. Sucede, sin embargo, que apenas avanzamos en dicha investigación histórica, nuestras certezas empiezan a tambalear.

Pocos han expuesto tan lúcidamente como R. Dworkin[17] las críticas a esta postura, y por eso nos apoyaremos en él para exponerlas: En primer lugar, ¿las intenciones de qué individuos debemos tener en cuenta para evaluar las "intenciones originarias"? ¿Las intenciones de cada uno de los constituyentes que participaron en la Convención?; ¿las de quienes participaron más protagónicamente en tales discusiones (en nuestro país, los integrantes de la comisión designada al efecto)?; ¿las de quienes participaron en cada artículo en particular?; ¿las de los grupos de presión más influyentes que se movieron detrás de la sanción de la Constitución?; ¿las de algunos de tales grupos o de algún miembro en particular de alguno de ellos?

Luego, ¿qué importancia tenemos que asignarle a las personas que no corrigieron o no enmendaron la Constitución? Más aún, ¿sólo debemos tomar en cuenta las motivaciones conscientes de quienes participaron en el proceso constitucional, o también sus motivaciones inconscientes, sus temores, sus prejuicios?

Y dentro de sus motivaciones conscientes, ¿debemos considerar únicamente aquellas directamente ligadas con el dictado de la Constitución, o debemos admitir también aquellas otras relacionadas, por ejemplo, con su destino personal (así, por caso, cómo valorar un apoyo dado a un artículo, no tanto por convicción como por interés de ganar confianza dentro de una determinada fracción política)?, ¿qué papel juegan sus esperanzas; cuál, sus expectativas al respecto?

c) *Actualización de las intenciones originarias*

Para superar aquellos dilemas, se han propuesto, con un mismo desalentador final, algunas otras variantes a la idea del legislador original. Una de ellas ha sido la de tomar en cuenta escenarios contrafácticos. De tal modo, la respues-

[17] Dworkin, *op. cit.*, p. 27 y ss., y 223 y siguientes.

ta a nuestras dudas quedarían resueltas a través de una respuesta hipotética. Así, por ejemplo, deberíamos plantearnos qué respuestas nos daría hoy el legislador originario si le preguntásemos acerca del problema "x". Es obvio que, aun cuando, de algún modo, pudiéramos reconstruir el pensamiento de aquél, la respuesta en cuestión aparecería viciada de arbitrariedad. Jamás podríamos llegar a evaluar todos los factores que, inevitablemente, influirían sobre aquella respuesta, por lo que tal contestación sólo sería posible a costa de una siempre cuestionable selección de datos.

No obstante, el fracaso de esta propuesta nos orienta hacia otra, más prometedora.

d) *El recurso a las convicciones*

Algunos autores han optado por dejar de lado la pretensión de reconstruir rígidamente el pasado para contentarse, en cambio, con formular un cuadro más o menos completo de las convicciones básicas de los forjadores de nuestra Constitución.

Sin embargo, aun así, se reproducen los problemas que repasamos anteriormente. ¿Debemos tomar en cuenta las convicciones predominantes en la época, las de un grupo, las de algunos individuos en particular? ¿Cómo evaluamos, además, las convicciones contrapuestas entre distintos grupos; o sostener, equívocamente, ideas contradictorias respecto de cuestiones diferentes[18]?

Advirtiendo las insalvables dificultades de definir el contenido de la Constitución a partir de la reconstrucción, más o menos acabada, del pensamiento de sus creadores, es que adquirió cuerpo una postura bastante disímil, según la cual el contenido del texto fundamental está determinado convencionalmente; sería, entonces, "aquello que habitualmente entendemos que es". No se pretende, sin embargo, que tal significado nos sea común a todos, pero sí que, en líneas generales, coincidamos en la interpretación del núcleo fundamental de ella.

Esta postura vuelve a proteger principios tales como los de la estabilidad, la predecibilidad y equidad procesal, que parecen, desde todo punto de vista, valiosos para el derecho.

Cada época podría, legítimamente, diferir en cuanto a la interpretación de tales contenidos, con lo que se dejaría así

[18] Dworkin, *op. cit.*, p. 115.

de lado el peso de "la mano muerta de la Constitución", objeción ésta siempre presente respecto de las posiciones anteriores. No tendríamos por qué sentirnos atados, entonces, a la voluntad de un grupo cuyas decisiones fueron tomadas hace cientos de años.

Quedaría de este modo garantizada, no sólo la estabilidad del orden jurídico, dentro de una cierta época, sino también una necesaria flexibilidad, que permitiría adecuar la Constitución a los nuevos tiempos.

El logro de tales propósitos, sin embargo, se hace a costa de un precio importante. Éste es el de dejar de lado principios de moral crítica, capaces de poner en cuestión nuestras convicciones más asentadas. Si tenemos en cuenta que, además, estamos obviando la consideración de importantes diferencias propias de cada época, relativas aun a aspectos importantes de la Constitución; y que, en definitiva, siquiera alcanzamos una descripción adecuada de nuestra práctica jurídica, entonces, comprobamos el débil atractivo que presenta esta postura. En síntesis, si bien con una concepción convencionalista alcanzamos (a pesar de las dificultades), alguna respuesta para nuestro primer interrogante (¿cómo determinar cuál es el contenido de la Constitución?), en cambio, encontramos problemas más graves cuando queremos analizar la validez de tal contenido.

e) *Crítica del pragmatismo*

Un convencionalista podría respaldar un cierto "pasivismo" en cuanto a la actividad judicial frente a los otros poderes políticos. Esta actitud "pasiva" que dominó durante algún tiempo la tarea judicial, fue drásticamente contradicha, por ejemplo, en los Estados Unidos, por la Corte Warren, que optó por asumir un rol "activista".

El activismo judicial se vincula con una postura pragmática respecto de la Constitución, desvinculándose así de las intenciones originarias de los constituyentes, de sus convicciones, y de aquel apego que vimos a la historia, las costumbres y las tradiciones.

El pragmatismo implica un escepticismo respecto de si los individuos tienen derechos legales asegurados por decisiones políticas pasadas. Son los jueces, en este caso, quienes deben determinar cuál es la solución más conveniente para el futuro. En su variante más radicalizada, el pragmatismo sostiene que el derecho sólo sirve para predecir cómo decidirán luego los jueces.

Su adhesión a la Constitución es, en todo caso, sólo estratégica, ya que puede ser importante ampararse en la Constitución para dotar de mayor legitimidad a sus decisiones.

Los autores que defienden este tipo de pragmatismo, descartarían como inútil toda preocupación acerca del contenido de la Constitución. La Constitución no sería sino "lo que los jueces dicen que es".

El intento del pragmatismo es muy importante en cuanto a su mirada escéptica sobre el derecho, al poner a la luz la libertad con que, en muchos casos, los jueces leen el derecho. Sin embargo, parece un grave error dejar de tomar en cuenta que, en realidad, la Constitución implica mucho más que un mero apoyo estratégico. Como decían Kelsen o Hart, entre otros, un pragmático no puede obviar la existencia de normas que dan competencia a determinados individuos para actuar como jueces.

Consideramos valioso, de todos modos, el haber expuesto brevemente tal postura, dado que nos sirve como introducción a una nueva, bastante más exitosa en sus intentos.

f) *El contenido procedimental de la Constitución*

Comprobamos que, aun un pragmático, en sus argumentos reconoce implícitamente la existencia de una cierta distribución de poderes realizada desde la Constitución.

Apoyándose en este tipo de evidencia, algunos autores, entre los cuales sin duda Ely es el más destacado, identifican "la naturaleza" de una Constitución como la americana con una técnica procesal de gobierno. Su contenido estaría dedicado, casi exclusivamente, a determinar con precisión el deslinde de facultades entre los distintos poderes de gobierno, y el funcionamiento particular de cada uno de ellos.

Según sus palabras, la Constitución se refiere a "las cuestiones de procedimiento y de estructura y no a la identificación y preservación de valores sustantivos específicos"[19].

Derechos como los de libertad de expresión, de prensa, de reunión, también estarían dirigidos, bien mirados, a cuestiones procedimentales, al favorecer la discusión pública y las correctas decisiones mayoritarias. Esto supone

[19] Ely, J. H., *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, 1980, p. 90.

que la justificabilidad de los procedimientos se afirma sólo en vinculación con el sistema democrático (volveremos luego sobre este supuesto).

Señala Ely[20] que, la "estrategia general no ha sido por ello implantar en el documento un conjunto de derechos sustantivos con título suficiente para una protección permanente. En lugar de ello, la Constitución ha partido de la convicción obvia de que una mayoría efectiva no amenazará excesivamente sus propios derechos y que lo que debe asegurar es que tal mayoría no trate sistemáticamente a los otros menos bien de lo que se trata a sí misma, y ello estructurando el proceso de decisión a todos los niveles para intentar asegurar, primero, que el interés de cualquiera esté actual o virtualmente representado (normalmente ambas cosas) en el nivel de decisión sustantiva; y segundo, que el procedimiento de aplicación individual no sea manipulado de forma que permita reintroducir en la práctica, la clase de discriminación que está prohibida en teoría... La Constitución americana ha sido de este modo, y en una gran parte continúa siendo, una Constitución propiamente dicha, que trata de cuestiones constitutivas. Lo que la ha distinguido, como a los Estados Unidos mismos verdaderamente, ha sido un procedimiento para gobernar, no una ideología de gobierno".

Más allá de cuál haya sido la estrategia respecto de la Constitución, lo que nos interesa es esta interpretación acerca de su contenido. Ella parece dar respuesta adecuada a varias de nuestras preocupaciones. Sin embargo, vamos a detenernos, a continuación, en algunas críticas posibles a esta postura.

g) La integridad y los procedimientos democráticos

Dworkin critica la concepción de Ely acerca de cuál es la lectura correcta sobre la Constitución, e intenta ofrecer luego una interpretación más adecuada.

Se pregunta, en primer lugar: ¿La Constitución es más justa si sus restricciones al gobierno mayoritario son mínimas? Responde a esto en dos formas. En primer lugar, afirmando que para la generalidad de la sociedad no es aceptable tal concepción que reduce al mínimo o desconoce los derechos individuales ante la voluntad de la mayoría.

[20] Ely, J. H., op. cit., p. 100-101.

Esta primera crítica no parece del todo válida, ya que la teoría de los procedimientos constitucionales no es ajena (todo lo contrario) a la preservación y la intangibilidad de ciertos derechos individuales básicos.

Pero vayamos a la segunda crítica, que es en la que más se detiene. Dworkin parece aceptar la posibilidad de que no se nieguen tales derechos individuales, mientras se defiende a la vez una interpretación constitucional que deje amplia libertad de acción a la Legislatura en las cuestiones políticas. Acepta también el fundamento de esta postura, según el cual, a largo plazo, las Legislaturas pueden "desarrollar una teoría más razonable acerca de cuáles son los derechos que exige la justicia, en vez de que las Cortes traten de interpretar el lenguaje vago de las disposiciones constitucionales abstractas"[21].

No obstante, la preocupación principal de Dworkin parece estar ligada al derecho de las minorías. Las Legislaturas, sustentadas por el voto de las mayorías, no tendrían una especial preocupación por el tema. Ello no significa –lo admite– que "los jueces, aislados de la censura de las mayorías, sean las personas ideales para decidir acerca de esos derechos". Pero tampoco existe "una razón *a priori* para considerarlos teóricos políticos menos competentes que los legisladores estatales o fiscales de distrito".

La clave de su análisis se basa en que "la equidad en el contexto constitucional requiere que la interpretación de una cláusula sea penalizada si se basa en principios de justicia que no tienen fundamento en la historia y la cultura norteamericanas, que no han desempeñado ningún papel en la retórica del autoexamen y el debate nacional. La equidad exige referencias a características estables y abstractas de la cultura política nacional, es decir, no a los puntos de vista de una mayoría política local o transitoria sólo porque éstas hayan triunfado en una ocasión política en particular".

El contenido de la Constitución, para Dworkin, no puede definirse exclusivamente acudiendo a ciertos principios de justicia, sino que debe interpretarse teniendo en cuenta, también, principios de equidad y debido proceso, para poder dar cuenta, en conjunto, de las tradiciones políticas y culturales de la Nación. Reconoce que el hecho de tomar en cuenta principios de equidad política, debido proceso y

[21] Dworkin, *op. cit.*, p. 254.

justicia sustantiva sólo "hasta donde sea posible", implica "llevar a efecto estatutos que van en contra de una justicia sustantiva", pero lo admite como un sacrificio aceptable frente a la indeseable alternativa de una interpretación discrecional de la Constitución.

Llegados a este punto, nos encontramos enfrentados a dos disímiles concepciones acerca de cómo definir el contenido de la Constitución. Cada una de ellas alega buenas razones para prevalecer sobre la otra.

En la medida en que alguna de ellas decida a su favor la disputa, habremos encontrado, según parece, argumentos suficientes para justificar la relevancia moral de la Constitución.

Por un lado, entonces, nos queda una propuesta según la cual el contenido de la Constitución se refiere, exclusivamente, al establecimiento de un sistema de procedimientos, justificados, en última instancia, en virtud de ciertos principios democráticos.

Por otro lado, nos encontramos con una propuesta que sostiene que la interpretación del contenido de la Constitución no puede depender de manera exclusiva de principios de justicia sino que, necesariamente, debe recurrir también a otros principios, como los de equidad y debido proceso.

Intentaremos, a continuación, analizar algunas dificultades que pueden caracterizar a esta segunda concepción.

h) *La apelación a valores comunitarios*

Los principios adicionales a los que Dworkin recurre para interpretar el contenido de la Constitución, necesitan también de una justificación adicional. Por ello, el autor inglés toma en cuenta otra idea, la de comunidad.

Dworkin sostiene que la mayoría de las personas piensan que tienen obligaciones asociativas "por el solo hecho de pertenecer a grupos definidos por la práctica social, que no necesariamente es una cuestión de elección o consentimiento"[22]. Y ella sería la cuestión clave, habitualmente menospreciada por la filosofía política.

Normalmente, tales estudios se centran en los actos conscientes y deliberados, sin tomar en cuenta que suelen ser más importantes las responsabilidades y compromisos con la familia, los amigos, los compañeros de trabajo, etcé-

[22] Dworkin, *op. cit.*, p. 126 y ss., y 152 y siguientes.

tera. "No podemos explicar la práctica general –señala Dworkin– si aceptamos el principio que ha atraído a varios filósofos, de que nadie puede tener obligaciones especiales con ciertas personas en particular, salvo en el caso en que elijan aceptarlas. La relación que conocemos entre obligación comunal y elección es mucho más compleja, y una cuestión de grado que varía de una forma a otra de asociación comunal".

De tal modo, nos iríamos comprometiendo con ciertas obligaciones, aun sin darnos cuenta de ello, y a medida que va transcurriendo nuestra vida. Son obligaciones que se desprenden de relaciones fraternales y comunitarias.

A partir de tal situación, que Dworkin considera evidente, diseña un modelo ideal de comunidad en razón del cual "poder luchar para mejorar nuestras instituciones en ese sentido". Su modo de interpretar el derecho en general, se vincula con las premisas descriptas. De ahí que pueda resultarle una irresponsabilidad pretender evaluar el contenido de la Constitución recurriendo exclusivamente a principios de justicia.

Sin embargo, Dworkin reconoce también la otra cara de la misma afirmación. Ésta es que, así como la vida en una "verdadera comunidad" genera determinado tipo de obligaciones, así también es cierto que tales obligaciones no pueden ser aceptadas por la exclusiva razón de ese hecho.

Así, pueden llegar a detectarse prácticas o responsabilidades que no se justifican a partir de los mismos principios necesarios para justificar otras responsabilidades. En el mismo sentido, admite que "aun las comunidades genuinas que cumplen varias de las condiciones descriptas pueden ser injustas o promover la injusticia y producir de ese modo (conflictos)... entre la integridad y la justicia de una institución".

De todos modos (y a pesar de los problemas que el mismo autor reconoce), lo cierto es que el balance entre principios de justicia, propios de la comunidad, y obligaciones y prácticas también derivadas de ella, le permiten concluir con una propuesta interesante. Con su visión del derecho como integridad, puede dar explicación a la práctica legal, a la historia jurídica de la Nación. Pero también puede contar con un armazón teórico coherente, capaz de justificar cierto tipo de soluciones a los *hard cases*, y de proporcionar respuestas satisfactorias a los interrogantes que el Poder Judicial habitualmente se plantea.

El punto al que llegamos es importante, pero no podemos permanecer en él sin referirnos a algunos de los supuestos en que la teoría parece apoyarse.

Fundamentalmente, Dworkin discute la idea de que una persona no elige la comunidad en que va a vivir, sino que nace en ella. Da argumentos para relativizar tal afirmación, y poder hacer, así también, posibles objeciones a la valoración, que él implícitamente hace, acerca de la vida en comunidad.

Sin embargo, Dworkin no analiza la objeción según la cual una persona tampoco elige libremente la posición social que va a ocupar, desde que nazca, dentro de tal comunidad. Por más que la movilidad social de la sociedad a la que hagamos referencia sea alta, es obvio que el hecho de que una persona pertenezca desde su nacimiento a una familia de escasos recursos económicos, implica para esa persona que toda su vida, o buena parte de ella, sea destinada a revertir o disminuir los males de tal posición de partida.

El problema se torna aún más serio, cuando advertimos algunos rasgos definitorios de las sociedades en que vivimos. Así, por ejemplo, el hecho de que sus integrantes, al mismo tiempo que hacen constantes esfuerzos para satisfacer sus necesidades, o ampliar sus márgenes de autonomía, se preocupan por impedir que otros se apropien de lo que han alcanzado, o puedan llegar a hacerlo.

Esto, de algún modo, nos remite a un cierto estado de naturaleza (para llamarlo así), que parece diferir sustancialmente de aquel del que parte Dworkin. Porque las prácticas legales del pasado que debo intentar rearticular en una construcción coherente, son prácticas que provienen, por sobre todas las cosas, de una estructura social no igualitaria. Son prácticas definidas, desde su inicio, por la desigualdad.

Cuando reconocemos la posibilidad cierta de que el origen de nuestras prácticas se asiente en la desigualdad (tal como, p.ej., lo afirma Rousseau en su estudio acerca de la desigualdad), y comprobamos que hoy, aun las democracias consolidadas registran fuertes componentes de desigualdad, las razones para asignarle relevancia ética a las prácticas comunitarias, se ven, al menos en parte, debilitadas.

Si consideramos que las instituciones que, de algún modo, preservan la desigualdad, son injustas, entonces, y en virtud de tales ideales de justicia, debemos reconocer la primacía de las obligaciones de justicia por sobre las obligacio-

nes comunitarias (precisaremos enseguida algunos aspectos vinculados con esta cuestión). Es ésta, en última instancia, la principal enseñanza que surge de la teoría de la justicia rawlsiana, según la cual los derechos asegurados por la justicia a los individuos no pueden sujetarse a ningún tipo de transacciones capaz de desvirtuarlos.

Lo cierto es que, pretender justificar la Constitución a partir de su contenido, también parece ser una alternativa con muchos problemas, ya sea que tomemos en cuenta una posición como la que defiende Dworkin, ya sea que consideremos una visión restrictiva acerca del contenido de la Ley Fundamental, tal como pretende hacerlo Ely.

El problema, tanto en un caso como en el otro, se encuentra en un mismo punto, dado por el papel desequilibrante que juegan los principios de justicia. En el caso del "derecho como integridad", cuando advertimos la relación de prelación de tales principios respecto de la práctica (aun cuando sean principios intracomunitarios). En el caso de que interpretemos a la Constitución como un catálogo de procedimientos, al advertir que tales procedimientos se tornan irrelevantes si no logran pasar su *test* al ser confrontados con principios de justicia.

Analizaremos otros aspectos de esta discusión, a partir de una posición defendida por Neil Mac Cormick.

9. Constitución y democracia

La polémica entre las normas vigentes y las normas válidas, ha sido fácilmente traducida en otra que contrapuso a la Constitución con la democracia, significando entonces la democracia "un orden moralmente justo capaz de quitarle validez a la Constitución".

Neill Mac Cormick planteó directamente esta cuestión, preguntándose: ¿es el constitucionalismo antidemocrático?, ¿es la democracia anticonstitucional?, dilema justamente que Dworkin intentó evitar, aun teniéndolo siempre presente.

Mac Cormick[23], al replantear estos problemas, considera casos como los siguientes: ¿qué ocurriría en el caso de que una Constitución restrinja el derecho de voto por cau-

[23] Mac Cormick, N., *Constitucionalismo y democracia*, en "Anuario de Derechos Humanos", 5, 1988/9, p. 374.

sas raciales, o que proscriba determinadas ideologías o partidos políticos? Reconoce entonces que, si se establece que "el modo más legítimo de tomar decisiones políticas es mediante el pueblo como un todo, donde cada uno valga exactamente lo mismo que otro, no está claro qué es lo que legitima la decisión de imponer límites a cualquier tipo de decisiones que éste pueda tomar. No se explica, por ejemplo, por qué los legisladores deben estar separados de los que ejercen el poder judicial en su nombre, especialmente cuando es bien sabido por todos que las normas generales no pueden decidir los casos particulares, y en consecuencia el ejercicio del poder judicial necesariamente supone al menos una interpretación discrecional".

Así las cosas –se pregunta– porque el pueblo no tendría que ser su propio intérprete, actuando con arreglo a las decisiones de la mayoría en los casos problemáticos, según el antiguo modelo francés del *référé legislatif*.

Mac Cormick admite que, desde esta perspectiva, la democracia no precisa del constitucionalismo y tal vez aun sea incompatible con él.

Sin embargo, ensaya una respuesta que, de algún modo, se acerca a la de Dworkin. Dice entonces que la tradición constitucional ha servido en la realidad al desarrollo de la democracia, al establecer las bases y las condiciones requeridas por ella.

De tal modo, quedan vinculadas la democracia y la Constitución que, hasta entonces, siquiera parecían compatibles. La democracia precisa de la Constitución, concluye Mac Cormick, y ello justifica cierta flexibilidad respecto de los principios puros o abstractos.

Esta tesis, que parece ganar en la práctica la plausibilidad de la que carecía en teoría, permite un nuevo intento de justificación de la Carta Fundamental. Un intento que, si bien vuelve a apelar a razones consecuencialistas ("la democracia sólo funciona donde hay alguna forma de orden constitucional bien establecido"), lo hace articulando tales razones con otras vinculadas al tipo de contenido de la Constitución a la que se refiere (que "impone límites a la mayoría y al igualitarismo absoluto" consagrando, fundamentalmente, el principio de división de poderes).

De ahí que, aun cuando se reconozcan los defectos posibles de la Constitución, se defienda su importancia por las buenas consecuencias que, respecto de la democracia (justificada por sí misma) produce la obediencia y subordinación

a dicha Constitución (justificada ésta en virtud de principios democráticos). Se aceptan, entonces, determinadas limitaciones provenientes de la Carta Fundamental sobre el gobierno democrático ("una forma de gobierno difícil de instaurar y sostener"), en nombre de ese mismo gobierno democrático.

El camino sugerido por Mac Cormick, que bien puede ser recorrido a partir de ciertas ideas defendidas por el mismo Dworkin, intenta contener los peligros derivados de una interpretación estricta de ciertos principios de justicia. La interpretación de Ely, en cambio, parecería estar menos capacitada (si la llevamos hasta sus últimas consecuencias) para justificar la preservación de la Constitución (¿qué pasaría, p.ej., si los valores definidos por los poderes políticos contradijesen aun la estructura procedimental de la Constitución?).

Básicamente, la estrategia de Mac Cormick consistiría en reconocer que la democracia constitucional, "aunque sea una democracia imperfecta, reconoce bienes fundamentales que no se derivan del concepto mismo de democracia, e insiste en que los valores del gobernante demócrata debe sostenerse con estos otros bienes".

Estos "otros bienes" (p.ej., la vigencia de la Constitución) sirven, en última instancia, a la "única forma posible" de democracia; se vinculan todos con la preservación de un determinado orden legal; y están destinados, finalmente, a evitar los riesgos de un "desmantelamiento" de las instituciones sociales y políticas vigentes.

La tensión que se percibe entre la validez y la vigencia de ciertas normas, que es la tensión entre "Constitución vigente" y "democracia ideal", encierra una de las polémicas más profundas en la historia del pensamiento filosófico. Para dar respuesta al interrogante que motiva este trabajo, conviene que reconozcamos algunas raíces de este conflicto y sus soluciones posibles.

10. Una digresión filosófica: dos visiones de la libertad

Charles Taylor menciona dos corrientes de pensamiento fundamentales como derivados de la Ilustración francesa. Una primera, en la que se destaca en principio la obra de Herder, reacciona contra las concepciones atomistas de la sociedad, que ven al hombre como sujeto de deseos egoístas.

La reacción que encabeza Herder propuso una visión de la sociedad análoga a la que puede tenerse respecto de una obra de arte, en donde cada una de las partes que compone el todo encuentra significado propio únicamente en vinculación con cada una de todas las demás partes.

La segunda corriente aparece más ligada a la concepción kantiana y representa, para Taylor, una visión radical de la libertad. La idea central en este caso, es la noción de autonomía, como equivalente a autodeterminación por la voluntad moral.

Taylor, como muchos otros autores, continúa la tradición hegeliana en nuestro tiempo, más ligada a la primera de las corrientes que vimos. El esquema que lo guía podría resumirse más o menos así: la libertad absoluta requiere homogeneidad porque no puede tolerar diferencias que impidan que cada quien participe completamente de las decisiones de la sociedad. Esa pretensión de homogeneidad implica la disolución de las comunidades parciales, en donde el hombre se sentía incluido, para reemplazarlas por una sociedad unificada en donde todos sean plenamente partícipes de las decisiones que se tomen. Los hombres –considera– son desarraigados de sus tradiciones, pero el papel que estas tradiciones jugaban no consigue un reemplazo eficaz. De ahí que la libertad absoluta sólo pueda terminar generando vacuidad, y la vacuidad, destrucción. Y esto es lo que decía Hegel en su *Fenomenología del espíritu*, cuando afirmaba que a la libertad universal sólo le queda "la acción negativa; sólo es la furia de la destrucción... Sólo destruyendo algo posee esta voluntad negativa el sentimiento de sí como existente"[24].

Para Taylor[25] la libertad absoluta lleva al vacío, y éste al nihilismo. La solución que propone a cambio es la de "situar la libertad". El modo más efectivo para dar cumplimiento a tal objetivo en una sociedad moderna es el de "recuperar un sentido de diferenciación significativa, de modo que sus comunidades parciales, ya sean geográficas, culturales u ocupacionales, una vez más puedan ser centros importantes de interés y actividad para sus miembros, de una manera que los conecte con el todo".

Esta revalorización de las tradiciones y obligaciones propias de una comunidad (una "comunidad verdadera"), se asemeja fundamentalmente a la que Dworkin propone en *El derecho como equidad* y es la misma recuperación de las tradiciones y prácticas comunitarias que Alasdair Mac Intyre propone en

[24] Taylor, Ch., *Hegel y la sociedad moderna*, Bs. As., 1983, p. 156.

[25] Taylor, *op. cit.*, p. 227.

After virtue[26], y que caracteriza a la generalidad del nuevo pensamiento comunitario.

Frente a la anterior concepción descripta, que muestra una fuerte adhesión a las ideas de comunidad, tradición, historia, normas vigentes, la otra, de raíz kantiana, pondría su acento, en cambio, en ideas tales como las de libertad, derechos individuales, autonomía, validez normativa, etcétera.

Los autores inscriptos dentro de esta corriente, por lo general, mostrarían su negativa a limitar los derechos individuales en beneficio del bienestar general, la moral social, las tradiciones, etcétera. Podrían decir, con Rawls, que los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a transacciones ni a regateos. Ni las soluciones comunitarias ni las vinculadas con el utilitarismo se presentarían ahora como plausibles.

Pero, ¿qué propuesta, entonces, podría proponerse a cambio?; ¿debe aceptarse el ideal de la libertad absoluta, aunque él nos arrastre a la destrucción?; ¿han de desecharse las prácticas habituales, las tradiciones?; ¿debe ser admitido el liberalismo individualista, rechazarse las normas vigentes en la medida en que no sean compatibles con normas que sí consideramos válidas? Finalmente, ¿debe considerarse que la Constitución es moralmente irrelevante si los principios que orientan nuestra conducta son los que en verdad debemos considerar como parámetros?

11. La crítica al utopismo

La furia de la destrucción, el nihilismo, el terrorismo principista que atemorizaba a Hegel no ha sido sostenido ni propuesto, en realidad, por ninguno de los autores a los que el hegelianismo se contrapuso históricamente. Difícilmente alguien estaría dispuesto a deshacerse por completo del orden público vigente, en nombre de ciertos principios válidos.

Son muchas las razones que pueden darse en favor de un cambio progresivo del derecho, como solución preferible ante la alternativa de su directo desconocimiento. En muchas de tales razones no nos detendremos. No tomaremos, así, en cuenta, las razones de tipo prudencial; ni nos ocuparemos tampoco de razones de tipo "estratégico".

Sostendremos, en cambio, lo siguiente: dado que los principios de justicia no los conocemos por revelación, y

[26] MacIntyre, A., *After Virtue*, 1984.

que sólo podemos alcanzar aproximaciones más o menos confiables a ellos, a través de ciertos procedimientos, entonces, no podemos concedernos la posibilidad de institucionalizarlos, autoritariamente, y no a través de un paulatino proceso que, popperianamente, definiríamos como de "ensayo y error". Si de la justicia de las normas que aceptamos sólo existen presunciones (que pueden ser muy fuertes), la aplicación de las normas válidas debe ser cuidadosa, y atenta a posibles equivocaciones.

Karl Apel[27] toma frontalmente la acusación de tipo hegeliana, según la cual autores como él estarían propiciando "una exaltada idea anarquista cuya realización tiene que convertirse en el terror y, finalmente, en la dominación totalitaria" (según la descripción que el mismo Apel realiza). Y para rechazar tal acusación recurre principalmente a la distinción entre ética y utopía. Señala entonces que "al igual que la utopía (la ética) parte de un ideal que ha de ser distinguido de la realidad existente; pero no anticipa el ideal a través de la representación de un modo alternativo o contrapuesto empíricamente posible, sino que considera al ideal como idea regulativa, cuya correspondencia bajo las condiciones de la realidad... puede ser por cierto aspirada pero no puede suponerse nunca que será plenamente alcanzable".

A pesar de la aceptación contrafáctica del ideal –agrega– debe mantenerse, como decía Kant, la diferencia entre "la idea regulativa" y la realización "empíricamente concebible" de ese ideal. Su individualización histórica, su concreción práctica, necesariamente queda detrás del ideal normativo. Es sólo posible –para Apel– una realización progresiva de aquel ideal. Así, "es necesario mantener siempre la relación de condicionamiento recíproco entre instituciones y discurso", pero tal necesidad "no contradice el hecho de que la política responsable se encuentra, al mismo tiempo, bajo el principio regulativo de una estrategia a largo plazo 'de realización de las condiciones ideales'".

En sentido semejante, Habermas se refiere a la necesidad de medidas institucionales para que, al menos, "puedan alcanzarse en un grado razonable las condiciones ideales previstas siempre por los participantes en la argumentación"[28].

[27] Apel, K., *¿Es la ética de la comunidad ideal de comunicación una utopía?*, en "Estudios éticos", Bs. As., 1986, p. 179.

[28] Habermas, J., *Ética del discurso*, en "Conciencia moral y acción comunicativa", Bs. As., 1985.

12. Principios y Constitución

En la discusión constitucional, puede distinguirse una situación refleja de la que hemos descripto más arriba.

Según vimos, una justificación de la Constitución que se vincule, por ejemplo, con ciertos principios democráticos, puede llevarnos a desconocer a la misma Constitución, o a alguna de sus partes fundamentales, en virtud de aquellos mismos principios que le dan sustento.

Argumentos como los que dan Apel o Habermas[29], nos autorizarían a sostener, en cambio, que tales principios básicos pueden constituirse en "ideales regulativos" aptos para orientar sucesivas reformas institucionales, hasta reencontrar a la Constitución (y a la estructura de poderes que de ella se deriva), con los fundamentos racionales que hoy se le exigen.

En efecto, en esta época, como nunca antes, la exigencia de una fundamentación racional parece tornarse una condición indispensable para que la Constitución (y el derecho en general), mantenga su legitimidad, antes basada en otros factores (p.ej., el de ser el producto de una "revolución triunfante"). El mero hecho de la fuerza, la coerción o la costumbre no resultan, hoy, justificaciones aceptables para seguir sosteniendo la validez de la Constitución.

Cuando admitimos como plausible la idea de mantener la Constitución, aunque sometida a una profunda y progresiva reforma, lo hacemos teniendo en cuenta, además, otros elementos. Fundamentalmente, le asignamos enorme importancia al hecho de que la gente, de un modo u otro, tome en cuenta a la Constitución como base a partir de la cual la sociedad se organiza y sus derechos como persona resultan protegidos. Este "tomar en cuenta" a la Constitución, aun teniendo sólo un conocimiento vago de lo que en ella está escrito; este "tomar en cuenta" a la Constitución, con la certeza de que a partir de ella los derechos de uno se encuentran amparados, parece constituir un dato relevante. Ello, obviamente, no permite justificar de por sí el contenido de la Constitución, pero nos otorga algunas razones adicionales para preservarla en su rol actual.

[29] Habermas, *op. cit.*, p. 110.

13. SOBRE LAS TAREAS QUE QUEDAN PENDIENTES

Reconocemos entonces, por un lado, el impacto positivo que la Constitución tiene sobre la conciencia de los ciudadanos en general; y de ahí deducimos una importante razón para seguir justificando el tener una Constitución.

Ahora bien, y por otro lado, este reconocimiento implica, solamente, una aceptación condicional de la Constitución, en la medida en que ésta ya no es vista como última instancia moral, sino como actualización de ciertos principios más básicos.

De ahí que la Constitución podrá considerarse en sí misma como valiosa, únicamente en el caso de que ella responda, lo más adecuadamente posible, a tales principios. Si, en cambio, el contenido de la Constitución fuese incompatible con esos mismos principios, entonces, dicha Constitución no podría considerarse justificada.

Ahora bien, afirmado lo anterior, conviene aclarar de inmediato dos cuestiones. En primer lugar, es necesario precisar mejor que cuando hablamos de principios, no lo hacemos introduciendo arbitrariamente categorías respecto de las cuales la gente común es ajena, sino que, por el contrario, intentamos con ello una aproximación correcta a lo que, efectivamente la gente hace en la práctica. Según vimos, la ciudadanía, de manera cotidiana, apela a principios para justificar, en última instancia, sus actos.

La cuestión es que, por distintas razones (desconocimiento de alguna información relevante, apelar, como principio último, a algún prejuicio, etc.), alguno de tales razonamientos puede ser incorrecto. Sin embargo, particularmente en el punto que ahora nos interesa (el discurso jurídico en general, la Constitución en especial), no podemos permitirnos tales vicios.

En tal sentido, sería inadmisible, por ejemplo, querer deducir, de entre los principios que suponemos consensuados por todos (y por lo tanto forjadores del acuerdo constitucional), principios racistas, para dar un caso.

Y aquí aparece, entonces, la segunda cuestión a la que queríamos referirnos. Ésta es: ¿podemos ponernos de acuerdo respecto de cuáles son, por ejemplo, los principios que la Constitución debe reflejar en su contenido? Discutir esta cuestión, y los problemas epistemológicos con ella

vinculados, excede las posibilidades de este trabajo. Sin embargo, la respuesta a tal interrogante es decisiva para nuestro análisis. Con algún atrevimiento, y antes de concluir, me animaría a aventurar que la respuesta a dicha pregunta puede ser afirmativa, y estar vinculada a ciertos principios relacionados con la autonomía individual y la libre elección y realización de los ideales personales.

También, y como última cuestión, parecería conveniente precisar que, cualquiera fuese, en definitiva, el acuerdo sobre principios básicos que se considerara valioso, dicho acuerdo debería reflejarse luego, necesariamente, dentro del texto constitucional. Y que si efectivamente los entendimientos profundos sobre los que dicho acuerdo se erigiese se vinculasen con ciertos ideales de autonomía y de autorrealización personal, la Constitución merecería entonces una revisión muy sustancial. Especialmente, cabría considerar si el esquema de procedimientos establecido actualmente en la Constitución, favorece o bloquea el desarrollo de aquellos ideales.

Pero todos estos interrogantes correspondería analizarlos más detenidamente, y por separado. Esto, si admitimos que continuar discutiendo este tipo de problemas, implica bastante más que un mero ejercicio académico.

FUNCIONES LEGISLATIVAS DE LA OACI

MICHAEL MILDE *

El 7 de diciembre de 1989 celebraremos un aniversario memorable en el desarrollo y codificación del derecho internacional. En ese día, hace cuarenta y cinco años, en 1944, los representantes de cincuenta y dos Estados firmaron en Chicago la Convención de Aviación Civil Internacional, piedra angular en la actualidad de la reglamentación legal de la aviación civil internacional en todo el mundo. Hoy, cuarenta y cinco años después, hay ciento sesenta y dos Estados partes en esta Convención y miembros de la OACI, y la aplicación de la Convención es, para todos los fines prácticos, universal.

La Convención de Chicago es el instrumento constitucional básico en virtud del cual se estableció la OACI como una organización intergubernamental y un organismo especializado del sistema de las Naciones Unidas. Al mismo tiempo, la Convención de Chicago es una verdadera carta del derecho aeronáutico internacional codificando y desarrollando el derecho internacional público en cuanto regula las relaciones de los Estados soberanos con respecto a la aviación civil internacional.

Ésta es parte integral e indispensable de la economía mundial, el comercio internacional, las relaciones interna-

* Versión castellana de la conferencia pronunciada por el profesor Michael Milde, director del Departamento de Asuntos Jurídicos de la OACI y director del Instituto del Derecho Aeronáutico y Espacial de la Universidad de Mc. Gill, el día 1 de diciembre de 1989, con motivo de la clausura del Curso de Actualización e Investigación en Derecho de la Navegación, realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

cionales y la cooperación internacional. En la reglamentación legal de la aviación civil internacional encontramos un ejemplo muy ilustrativo del reconocimiento y confirmación de la soberanía exclusiva de los Estados dentro de sus límites territoriales, alterada por el reconocimiento de la interdependencia mutua de las economías de los Estados y la necesidad de una estrecha cooperación, uniformidad y unificación del derecho.

La aviación civil internacional es una vasta y compleja actividad técnica y económica que crea un amplio espectro de relaciones sociales entre individuos, sociedades y Estados. Todas estas relaciones sociales necesitan ser reguladas por el derecho en un ambiente social que trascienda la competencia jurisdiccional de un solo Estado. Las estadísticas ilustran las infinitas relaciones sociales comprendidas: en 1987 por primera vez el número de pasajeros transportados en todo el mundo excedió los mil millones y la proyección es que esta cifra se duplicará para el año 2000; estas cifras implican no sólo mil millones de contratos de transporte (y muchos de ellos con un "elemento extranjero" que requiere la elección de la ley aplicable), sino también las complejas operaciones de grandes flotas de aeronaves modernas operando en jurisdicciones diferentes y bajo complejos regímenes regulatorios operacionales, complejos servicios de tráfico aéreo, instalaciones aeroportuarias complejas y un espectro aún más complejo de otras relaciones sociales, incluyendo la seguridad, las relaciones laborales, el adiestramiento y certificación del personal, adquisición, financiación y seguros de aeronaves, la cooperación de las diferentes líneas aéreas del mundo y la cooperación de los Estados en la forma de sistemas de acuerdos bilaterales sobre servicios aéreos que permitan las operaciones internacionales.

La aviación civil internacional es una parte importante de la economía y emplea la tecnología más avanzada implicando una inversión astronómicamente alta. La tecnología en sí misma es económica y socialmente pasiva y requiere la inclusión del elemento humano para servir a su fin social. Sin embargo, hasta la interacción "hombre y máquina" por sí misma sería ineficaz sin un tercer elemento, la "administración". La administración es el componente mágico de la economía y la industria actuales y la "revolución de la administración" en sus diversas formas parece ser la marca registrada de las actividades económicas al final de nuestro siglo y el desafío para el comienzo del siglo XXI. Como aboga-

dos, no deberíamos participar a ciegas de la euforia que envuelve a los conceptos de administración como si fuera un concepto nuevo y revolucionario. El procesamiento electrónico de datos, los proyectos de administración computarizada, la administración por objetivos o expectativas no son las únicas respuestas a los problemas presentes y futuros. Deberíamos inculcar a los políticos la idea de que una evolución armoniosa y efectiva de las relaciones sociales complejas puede ser mejor protegida a través de una reglamentación legal clara de las relaciones en cuestión. Toda relación social requiere sus "reglas de juego". Un conjunto de reglas confiables, flexibles y predecibles que rijan la conducta de los diferentes sujetos (personas, sociedades, Estados) en relaciones sociales específicas y que se encarguen de la ejecución apropiada de esa conducta. En consecuencia, deberíamos ver al derecho y a la actividad de reglamentación legal como una parte lógica e indispensable de la administración, de hecho, una de las principales herramientas de la administración. Esto se aplica tanto al nivel de la jurisdicción interna de los Estados como al nivel internacional que trasciende la jurisdicción de un Estado en particular y requiere enfoques de administración internacional coordinados. El enfoque de administración al proceso legislativo y a la aplicación del derecho positivo requiere una nueva inspiración filosófica y sensata; no se puede tomar al derecho como un conjunto de reglas talladas en mármol, más bien es un instrumento hecho por el hombre que sirve a las necesidades sociales tal como las percibe el legislador representando a su electorado.

Además de los principios de moral y orden público definidos por un electorado en particular, ningún dogma legal es sacrosanto e intocable en el proceso legislativo y no deberían existir obstáculos arraigados a un proceso flexible de adaptación de las normas reglamentarias a la realidad social y económica presente y futura. Tanto el legislador como los profesionales del derecho tienen que asumir esta responsabilidad social y ella se aplica al desarrollo de las normas del derecho internacional. El desarrollo y codificación progresivos del derecho internacional previstos en el art. 13 de la Carta de las Naciones Unidas es un desafío a los juristas en el período de la "revolución de la administración" y concierne no sólo a las Naciones Unidas sino también a los organismos especializados de la UN y otros foros preocupados por el desarrollo del derecho internacional. La administración legal de la aviación civil internacional necesita

un conjunto de disposiciones internacionalmente acordadas orientado a una efectiva uniformidad mundial de las normas, prácticas y procedimientos; sin una reglamentación uniforme de estas últimas la aviación civil internacional no podría existir o desarrollarse.

Al mismo tiempo, la comunidad internacional necesita un foro que cuente con instalaciones funcionales, experiencia y un marco institucional para servir como instrumento del proceso legislativo internacional; ese foro debe actuar como el foco de las consultas internacionales, conjunción de la voluntad política soberana de los Estados y contrapeso de los intereses individuales con los de la comunidad internacional en su conjunto.

La OACI es el foro e instrumento elegido de los ciento sesenta y dos Estados contratantes para la cooperación internacional en los campos técnico, económico, legal y de asistencia técnica de la aviación civil. Como cuerpo técnico de la familia de Naciones Unidas, consiguió durante los cuarenta y cinco años posteriores a la firma de la Convención de Chicago, en términos generales, escapar a los temas políticos de confrontación, pero nunca fue totalmente inmune a ellos. En realidad, cualquier decisión internacional refleja los intereses políticos de los Estados, y esos intereses pueden ser y son conflictivos a veces. Una decisión internacional aceptable debe asegurar un equilibrio factible de intereses entre Estados; cualquier desequilibrio serio causaría el incumplimiento de las decisiones controvertidas, la falta de unidad en las políticas, normas, prácticas y procedimientos en detrimento de la aviación civil internacional.

Al analizar la función de la OACI en la esfera legislativa, debemos tener en cuenta que ella no tiene existencia independiente o un mandato para ejercer jurisdicción reglamentaria sobre los Estados miembros o contra su voluntad. La OACI no es más que un instrumento elegido de sus ciento sesenta y dos Estados miembros, un foro elegido o "club" de Estados para expresar su voluntad política de alcanzar un consenso común. En consecuencia, cualquier éxito o cualquier fracaso en la tarea legislativa de la OACI sólo refleja la medida de la voluntad política de los Estados para encontrar una solución internacionalmente aceptable.

Es una característica única de la OACI entre otros organismos especializados del sistema de Naciones Unidas que su cuerpo ejecutivo –el Consejo, compuesto por treinta y tres Estados– tenga una función *legislativa*. En virtud del

art. 54 (1) de la Convención de Chicago, analizado en el contexto de los arts. 37, 38 y 90, el Consejo de la OACI tiene la función obligatoria de adoptar las *normas* internacionales y los *procedimientos recomendados* que tiendan a la uniformidad mundial en reglamentos, normas, procedimientos y organización relacionados con las aeronaves, personal, rutas aéreas y todas aquellas materias en que la uniformidad facilita y mejora la navegación aérea. Sin esa unificación y uniformidad, la aviación internacional moderna sería impensable y se necesitarían resultados de sobreposición de acuerdos bilaterales para crear el marco reglamentario esencial para las operaciones internacionales. A lo largo de los años, el Consejo de la OACI adoptó normas que van desde licencias para el personal, regulación del espacio aéreo, operación de aeronaves, comunicaciones aeronáuticas, control de tráfico aéreo, búsqueda y rescate, investigación de accidentes hasta problemas relativamente recientes relacionados con la protección ambiental (ruido y escapes de las aeronaves), seguridad de la aviación y transporte aéreo de mercaderías peligrosas.

Las normas y prácticas recomendadas, adoptadas por el Consejo con el voto de los dos tercios de sus miembros, están agrupadas en dieciocho Anexos a la Convención de Chicago. Esto, sin embargo, no significa que estos Anexos sean parte integrante de la Convención; no tienen la misma fuerza legal que la Convención y su designación como "Anexos" es hecha deliberadamente "por conveniencia": art. 54 (1) de la Convención. En virtud de los términos del art. 38 de la Convención, los Estados tienen el derecho, si se ven imposibilitados de cumplir en todos los aspectos con alguna de dichas normas internacionales, a adoptar otras diferentes notificando al Consejo de la OACI. Por lo tanto, los Estados pueden optar entre las disposiciones de las normas. ¿Significa eso que las normas adoptadas por el Consejo están desprovistas de significado legal? La respuesta debe ser firmemente negativa; en virtud del art. 37 de la Convención, los Estados contratantes han aceptado la obligación legal de colaborar a fin de lograr el más alto grado de uniformidad en reglamentos, normas y procedimientos. La experiencia práctica de la OACI indica un alto grado de cumplimiento de las normas, incluso por parte de Estados que en un momento dado aún no eran partes de la Convención de Chicago y miembros de la Organización; la realidad de la cooperación internacional en el campo de la aviación torna prácticamente indispensable el cumplimiento de las normas

internacionales o la reducción de las operaciones aeronáuticas; en este sentido, la observancia de las normas con frecuencia se transforma en una necesidad comparable a la observancia de una ley.

En un único aspecto, el Consejo de la OACI posee un poder legislativo absoluto sobre una base mundial y ningún Estado puede adoptar un reglamento diferente en contra de esas normas en particular: en virtud del art. 12 de la Convención de Chicago, las normas del espacio aéreo en alta mar se aplican sin excepción. Éste es un ejemplo, sin precedentes en otra organización internacional, de cómo el cuerpo ejecutivo de una organización internacional puede, por el voto de los dos tercios de sus miembros, crear normas legales obligatorias sobre una base global.

Además de la función cuasilegislativa del Consejo, la Organización se ha convertido desde 1947 en un foro eficiente para el desarrollo del derecho aeronáutico internacional y para su codificación. Es un desarrollo de algún modo sorprendente dado que la carta constitucional básica de la Organización –la Convención de Chicago de Aviación Civil Internacional– no prevé ninguna función de la Organización en ese aspecto.

En el período 1926-1947 fue el *Comité International Technique d'Experts Juridiques Aériens* (CITEJA) creado por la Conferencia de París de 1925 quien llevó a cabo la tarea de la codificación internacional del derecho aeronáutico privado. La Conferencia de Chicago que tuvo lugar del 1 de noviembre al 7 de diciembre de 1944 recomendó en una resolución en el Acta Final de la Conferencia que "los distintos gobiernos representados en esta Conferencia de Aviación Civil Internacional tengan en cuenta la conveniencia de lograr la reanudación a la brevedad posible de las sesiones del CITEJA que fueron interrumpidas por el comienzo de la guerra... [y que] los distintos gobiernos también tengan en cuenta la conveniencia de coordinar las actividades del CITEJA con aquellas de... la Organización de Aviación Civil Internacional hecha en Chicago el 7 de diciembre de 1944". Las sesiones de posguerra del CITEJA se mantuvieron en París y El Cairo en 1946 y allí se decidió confiar la futura labor en el campo de la codificación del derecho aeronáutico internacional al organismo internacional recientemente establecido, creado dentro de la esfera de la OACI. El CITEJA sesionó por última vez en mayo de 1947 en Montreal y se decidió su disolución. Al mismo tiempo, la pri-

mera sesión de la Asamblea de la OACI adoptó la resolución A1-46: la constitución del Comité Jurídico de la OACI y la Resolución A1-48: Procedimiento para la Aprobación de los Proyectos de Convenciones; se puede encontrar el texto de estas resoluciones de la Asamblea en Resoluciones de la Asamblea A7-5 (Constitución del Comité Jurídico) y A7-6 (Procedimiento para la Aprobación de los Proyectos de Convenciones) adoptadas en la Séptima Sesión de la Asamblea mantenida en Brighton en junio-julio de 1953.

De acuerdo con su Constitución, el Comité Jurídico de la OACI es un comité permanente de la Organización, constituido por la Asamblea y responsable ante el Consejo. Los deberes y funciones del Comité son, *inter alia*, estudiar los problemas relacionados con el derecho aeronáutico privado que afectan a la aviación civil internacional y elaborar los proyectos de convenciones de derecho aeronáutico internacional y presentar informes y recomendaciones. Todos los Estados contratantes de la OACI pueden ser miembros del Comité y está compuesto por expertos jurídicos.

El procedimiento típico para la adopción de un acuerdo internacional incluye los siguientes pasos:

a) Inclusión del tema en el Programa de Trabajo General del Comité Jurídico.

b) El Comité o el presidente del Comité designan un relator para que realice un estudio especial del tema.

c) Un subcomité del Comité Jurídico estudia el problema; el informe del subcomité debe incluir una evaluación del grado de acuerdo alcanzado o capaz de ser alcanzado entre los Estados sobre el problema en consideración, junto con una opinión para saber si el tema está listo para ser estudiado por el Comité Jurídico.

d) Análisis del Comité Jurídico; todo proyecto de Convención que el Comité Jurídico considera listo para someter a los Estados como proyecto final debe ser luego enviado al Consejo junto con un informe de él.

e) El Consejo toma medidas acerca de ese proyecto incluyendo la distribución del proyecto a los Estados contratantes para que formulen comentarios; al distribuir el proyecto de convención, el Consejo puede agregar observaciones.

f) Luego, una conferencia de plenipotenciarios considera el proyecto de convención, con miras a su aprobación; la fecha de iniciación de la conferencia no debe ser antes de

los seis meses posteriores a la fecha de transmisión a los Estados del proyecto de convención.

g) El Consejo convoca luego a una conferencia internacional de plenipotenciarios (una conferencia diplomática), adopta el texto y lo abre para la firma y ratificación.

El procedimiento descripto parece ser complicado, engorroso y extenso. Sin embargo, si existe una voluntad política fuerte y unida de los Estados para adoptar un instrumento internacional, el procedimiento puede ser extremadamente eficiente y rápido. Se puede encontrar un ejemplo de procedimiento rápido en la elaboración de un instrumento para la supresión de actos ilícitos de violencia en aeropuertos al servicio de la aviación civil internacional: la iniciativa para elaborar ese instrumento fue sometida al 26 Período de Sesiones de la Asamblea, por la Delegación de Canadá en octubre de 1986; la Asamblea adoptó la Resolución A 26-4 instando al Consejo a acelerar la tarea en el campo jurídico para la preparación de ese instrumento; en diciembre de 1986 –unos tres meses después de la adopción de la Resolución– la Secretaría completó los estudios necesarios y el relator presentó su informe; en enero de 1987, un subcomité del Comité Jurídico elaboró un proyecto; el 26 Período de Sesiones del Comité Jurídico se reunió en Montreal en abril-mayo de 1987 y finalizó el texto del proyecto; el Consejo distribuyó ese instrumento a los Estados en junio de 1987 y el Consejo de la OACI convocó a una conferencia diplomática que adoptó por consenso unánime un Protocolo y lo abrió a la firma el 24 de febrero de 1988; el Protocolo entró en vigencia el 6 de agosto de 1989 con la ratificación de diez Estados. En la historia del proceso legislativo internacional, éste es un ejemplo sin precedentes de que dentro de un término de menos de tres años a contar desde la primera iniciativa se elaboró, adoptó y entró en vigencia un instrumento internacional para el desarrollo y codificación del derecho internacional. Esta experiencia demuestra que el mecanismo legislativo de la OACI puede ser rápido y eficiente.

Entre los años 1947-1988 las conferencias internacionales convocadas bajo los auspicios de la OACI adoptaron catorce instrumentos internacionales. Representan una contribución importante al desarrollo del derecho internacional y de su codificación en el campo de la aviación civil internacional. El primero de estos instrumentos es el Convenio relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre

aeronaves, firmado en Ginebra, en 1948, que cuenta actualmente con cincuenta y tres Estados partes; este Convenio contribuyó en forma considerable a la facilitación de la financiación de aeronaves y renovación de la flota. Durante muchos años prosiguió la tarea bajo los auspicios de la OACI para modernizar y actualizar el sistema de la Convención de Varsovia de 1929, que es la piedra fundamental para la unificación del derecho y la responsabilidad en el transporte aéreo internacional; el Protocolo de La Haya a la Convención de Varsovia de 1955 ha sido ratificado por ciento nueve Estados hasta el presente. Un Convenio complementario al "sistema de Varsovia", firmado en Guadalajara en 1961, ha obtenido la ratificación de sesenta y seis Estados y facilita la interpretación y aplicación de la Convención de Varsovia en aquellos casos en que el transporte aéreo es realizado por quien no sea el transportista contractual. Los intentos posteriores para modernizar el sistema de la Convención de Varsovia fueron menos exitosos; el Protocolo de Guatemala de 1971 todavía no ha entrado en vigencia; más aún, la actualización adicional del sistema Varsovia-La Haya-Guatemala contenida en el Protocolo Adicional nº 3 y en el Protocolo de Montreal nº 4, de 1975, aún no ha entrado en vigencia; sin embargo, los Protocolos Adicionales nº 3 y 4 lograron más de la mitad del número necesario, y se requieren las ratificaciones de doce y diez Estados respectivamente para que entren en vigencia. Parecería que muchos Estados están a la expectativa de una acción decisiva de las autoridades de los Estados Unidos antes de tomar la decisión de ratificar los Protocolos nº 3 y 4. El tema fue sometido a la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado el 15 de noviembre de 1989 y las futuras sesiones sobre el tema, incluyendo un esquema especial de compensación complementaria por daños económicos sin límites, continuarán en Washington a comienzos de enero de 1990.

La Organización logró la más exitosa unificación del derecho en el campo de la seguridad de la aviación, en especial, en el Convenio de Tokio de 1963, el Convenio de La Haya de 1970 y el Convenio de Montreal de 1971. En estos instrumentos la comunidad internacional respondió en forma eficiente y con espíritu de unidad de la voluntad política a la creciente amenaza a la seguridad de la aviación civil internacional, y estos instrumentos ahora pertenecen a los más ampliamente aceptados del derecho internacional codificado; hay ciento treinta y ocho partes en el Convenio de Tokio, ciento cuarenta y dos partes en el Convenio de La

Haya y ciento cuarenta y dos partes en el Convenio de Montreal, y estos Convenios son, para todos los fines prácticos, universalmente adoptados y forman parte del derecho internacional general. Posteriormente, en 1988, se complementó el sistema de los Convenios relativos a la seguridad, con un Protocolo Suplementario que extiende la aplicación del Convenio de Montreal de 1971 también a los actos de violencia ilícitos en aeropuertos al servicio de la aviación civil internacional.

La Comisión Jurídica, en el 27 Período de Sesiones de la Asamblea en octubre del corriente año, analizó el Programa de Trabajo actual de la Organización en el campo jurídico. El 15 de noviembre de 1989, el Consejo de la OACI aprobó el programa analizado. Incluye los siguientes aspectos:

1) *Preparación de un nuevo instrumento legal sobre el señalamiento de explosivos para su detección.* Este tema goza dentro del Programa de Trabajo, de la mayor y prevalente prioridad frente a la decisión del Consejo del 29 de junio de 1989, como a la luz de la Resolución A-27-B de la Asamblea, adoptada por unanimidad. Los explosivos plásticos o de hoja se supone han sido utilizados en las más dramáticas destrucciones de aeronaves civiles en vuelo, con la pérdida de todas las vidas a bordo. El desastre del PANAM vuelo 103, en diciembre de 1988 fue atribuido claramente a este tipo de explosivos. El Consejo de Seguridad de la UN, adoptó por una rara unanimidad, el 14 de junio de 1989, la Resolución 635 (1989) que urgía expresamente a la OACI, a intensificar su trabajo en el diseño de un régimen internacional para el señalamiento de los explosivos plásticos o de hoja, con el propósito de su detección. La OACI tomó una acción urgente desde marzo del corriente año cuando se convocó para reunirse el 21 de noviembre de 1989 el Grupo *ad hoc* de Especialistas en la Detección de Explosivos; una segunda reunión de este Grupo se convocará para considerar los mejores procedimientos y materiales para ser utilizados en el señalamiento de ellos. Un subcomité especial del Comité Jurídico de la OACI, se reunió en enero para preparar un proyecto preliminar sobre el asunto; la Argentina es miembro del mencionado subcomité. De acuerdo con opiniones del relator y de la secretaría, el nuevo texto puede ser relativamente simple: con la forma de un Convenio, los Estados contratantes aceptarían la obligación de asegurarse que en el proceso de fabricación, empaque, venta, importación o exportación y en cualquier otra etapa del manipuleo de este tipo de explosi-

vos, una sustancia especial aceptada por todos, sea agregada a dichos explosivos, que favorezca su detección. Más aún, el nuevo instrumento podría contener sanciones penales con relación a cualquier persona que intencionalmente frustre el proceso de señalamiento de los explosivos; tal acción sería declarada delito internacional, castigada con penas severas en todas las jurisdicciones y sujeto a juzgamiento o extradición.

Una previsión adecuada deberá incluirse con el objeto de mantener las normas actualizadas con los progresos tecnológicos y para permitir una legislación expeditiva que mantenga al día la definición de los aditivos químicos. El subcomité especial del Comité Jurídico será seguido por la 27 reunión de éste, el cual considerará dicho proyecto como el asunto más importante de su agenda.

El Consejo convocó al Comité Jurídico, que se reunió en Montreal del 27 de marzo al 12 abril de 1990. Se esperaba que durante dicha 27 Reunión se prepararía un Proyecto, ya maduro, para ser presentado a los Estados, como un Proyecto Final. Seguidamente y de acuerdo con los procedimientos usuales, será el Consejo de la OACI, el que decidirá convocar a una Conferencia Diplomática, que considere el Proyecto, con el objeto de aprobarlo y abrirlo a la firma. Tal Conferencia Diplomática es probable que sea convocada en Montreal entre enero y febrero de 1991 y se espera que sea abierta por el secretario general de la UN, Javier Pérez de Cuellar. En este tema en particular podemos testimoniar un esfuerzo determinado de la comunidad internacional para adoptar, con la mayor rapidez y eficiencia, un nuevo instrumento del derecho internacional con tan sólo dos años de trabajos preparatorios. Tales resultados hubieran parecido poco realistas algunos años atrás, dado que no es fuera de lo común que la preparación de un instrumento internacional lleve una decena de años. Sin embargo, cuando la comunidad internacional enfrenta un asunto sobre el cual hay una absoluta unidad de deseos políticos, se puede observar un progreso eficiente que aproxima la creación de un "derecho internacional instantáneo". La OACI es una maquinaria adecuada para lograr tales resultados.

2) *Acciones para impulsar la ratificación de los Protocolos de Montreal nº 3 y 4 del Sistema de Varsovia.* Estos instrumentos, de los cuales la Argentina no es parte aún, son esenciales para modernizar, poner al día y dar forma adecuada al sistema de responsabilidad en el transporte por aire, para elevar los límites a niveles que reflejen la realidad

económica de hoy y para alejarse de la dependencia de la cláusula oro de la versión original de Varsovia, que ha perdido sentido a la luz del mercado libre del oro; el oro dejó de ser una medida de valores en el comercio internacional y es comercializado como cualquier otra mercancía, de acuerdo con las leyes de la oferta y la demanda. El Sistema Modificado de Varsovia, se basará en la responsabilidad objetiva, sin tener en cuenta la culpa y así se eliminarán la mayor parte de los litigios; el límite de la responsabilidad será relativamente alto (cien mil derechos especiales de giro del Fondo Monetario Internacional), pero el límite será inviolable bajo cualquier tipo de circunstancias y en consecuencia será más fácil y más económico obtener cobertura por seguro. El establecimiento de una jurisdicción adicional y la introducción de la cláusula de arreglo inducida, minimizará los casos en litigio y salvaguardará la rápida compensación a las víctimas. Más aún, el sistema modificado permitirá que los Estados establezcan compensaciones suplementarias en sus territorios, organizadas como un seguro suplementario y no relacionadas con la responsabilidad del transportador aéreo. En realidad, la propuesta que se encuentra a consideración del Comité de Asuntos Internacionales en Washington DC y que fuera aprobada en principio el 15 de noviembre de 1989, prevé un resarcimiento ilimitado para el daño estrictamente económico, tanto para el dolor cuanto para el sufrimiento (moral); sin embargo, el esquema suplementario no prevé solución para los "daños punitivos", los que darán lugar a litigio y de los cuales los profesionales de las leyes serán los más beneficiados. Dado que como el Protocolo de Guatemala, que hemos recordado, y sus trabajos preparatorios no son muy tenidos en cuenta, es esencial desarrollar los pasos necesarios, en la forma de seminarios, coloquios y circulares explicativas, para hacer comprender los elementos modernos y progresivos del Sistema Revisado de Varsovia y los beneficios que se derivarán hacia el público viajero, tanto como para los transportadores. La aviación internacional no puede por más tiempo sustentarse en un documento obsoleto –la Convención de Varsovia de 1929– que acaba de celebrar su sesenta aniversario y que data de la época de la infancia de la aviación civil (en 1927 Charles Lindberg cruzó el Atlántico en un desafiante y pionero acontecimiento). El estudio del modernizado sistema, sin duda alguna demostrará sus ventajas y es de esperar que antes del próximo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea, el sistema modernizado de Varsovia esté vigente.

3) *Aspectos legales de las comunicaciones tierra-aire en forma global.* Este problema fue señalado en la 3ª Sesión del Comité del Consejo sobre el Futuro de los Sistemas de Navegación (FANS); en la actualidad, se pueden establecer comunicaciones desde las aeronaves en vuelo vía el sistema geoestacionario INMARSAT hacia las estaciones terrestres. Sin embargo, puede haber implicaciones legales si tales comunicaciones se originan desde una aeronave en vuelo sobre el territorio sujeto a la soberanía de un Estado hacia otro. Puede haber necesidad de un nuevo instrumento internacional que específicamente permita tal tipo de comunicaciones; sin embargo, el mismo objetivo se puede lograr por acuerdos bilaterales entre los Estados, ya sea sin condiciones o sustentados en la reciprocidad. Los obstáculos legales no deben obstruir el desarrollo técnico.

4) *Aspectos legales e institucionales del futuro sistema de navegación aérea.* El Comité FANS definió el espectro de la nueva tecnología que será utilizado a fines de la centuria y a comienzos de siglo XXI, con fines de comunicación, navegación y vigilancia; muchos de estos sistemas se basarán en satélites geoestacionarios y estarán a disposición de todo el mundo. Mientras las características técnicas de tal sistema han sido definidas con suficiente precisión, es evidente que ningún Estado individualmente puede operar tal sistema; estos sistemas, incluso, no pueden ser operados sobre bases regionales, pero sí deben serlo por necesidades globales. La OACI deberá definir en forma apropiada los aspectos institucionales, quizás en una nueva estructura organizativa, bien sea dentro de la OACI o separadamente, la cual se ocuparía de los aspectos gerenciales del sistema (incluido el lanzamiento de los satélites y su administración), la salvaguardia en la implementación de los *standards* aprobados por el Consejo de la OACI y el cobro de las tasas. La OACI deberá desarrollar principios básicos para que estos sistemas estén a disposición sin ninguna discriminación.

5) *Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del mar. Implicancias, si existen, para la aplicación de la Convención de Chicago, sus Anexos y otros instrumentos aeronáuticos internacionales.* Luego de diez años de trabajos preparatorios en la Conferencia de la UN sobre derecho del mar se adoptó en diciembre de 1982, en Montego Bay, Jamaica, una Convención sobre derecho del mar muy comprensiva. Es una de las unificaciones más largas y abarcativas del derecho internacional que se ha logrado en esta

centuria, y es también bastante controvertida; el flujo de sus ratificaciones es lento, pero es realista estimar que en un período de dos a tres años, la Convención obtendrá las sesenta ratificaciones necesarias para entrar en vigor. El espacio aéreo por sobre las diferentes zonas del mar es de la mayor importancia para la aviación civil internacional, dado que la superficie del aire se extiende en un 72% sobre el mar. El espacio aéreo sobre las diferentes partes del mar (mar territorial, zonas especiales, zona económica exclusiva, estrechos, aguas archipielágicas y alta mar) comparte el régimen legal aplicable para tales segmentos particulares del mar. Es esencial estudiar las posibles implicaciones del nuevo régimen del mar y realizar los ajustes necesarios en los instrumentos del derecho internacional aeronáutico. Desde 1982, el Comité Jurídico de la OACI, viene estudiando estos asuntos y la Secretaría preparó un trabajo profundo al respecto. Luego, un relator especial del Comité Jurídico preparó una evaluación del asunto, el cual se encuentra ahora maduro para su consideración por el Comité Jurídico. Sin embargo, otras prioridades presionan, en particular, las referentes a la seguridad de la aviación, las cuales han pospuesto el tratamiento de este asunto dentro del Programa de dicho Comité.

6) *Responsabilidad de las agencias de control de tránsito aéreo.* Este tema se encuentra en el Programa de Trabajos del Comité, desde hace veinte años y aparece como muy controvertido. Algunos Estados consideran que es imperativo adoptar un nuevo instrumento internacional que regule el sistema y, en lo posible, los límites de las agencias de control de tránsito aéreo en casos en que se vean envueltos elementos extranjeros (p.ej., una aeronave extranjera que alega haber sufrido daños debido a la negligencia de la agencia local de control). Otros Estados consideran que este asunto es esencialmente de una naturaleza localizada y debe continuar sujeto a la aplicación de la ley nacional del lugar donde se cause el daño (*lex loci damni commissi*). Existe también la opinión de que la OACI debe redactar una ley modelo que pueda ser utilizada por los Estados en su regulación doméstica del problema. En adición a los ya mencionados problemas en la unificación del derecho internacional, hay otros asuntos pendientes, de mediata importancia, que merecen la atención de los juristas.

a) El nuevo artículo 83 "bis" del Convenio de aviación civil internacional. Fue ratificado por cincuenta y un Es-

tados, necesitándose noventa y uno para que entre en vigencia; es la primera modificación fundamental, no referida exclusivamente a aspectos procesales o constitutivos. En vista del desarrollo de las transacciones comerciales referidas a alquileres, *charters*, intercambio de aeronaves en operaciones internacionales y en vista de las modalidades complejas del financiamiento de aviones, sucede frecuentemente que el aparato es registrado, con relación a la nacionalidad, en un Estado, cuando en realidad es operado por quien pertenece a otro. En tales ocasiones, bastante frecuentes, el Estado de registro continúa siendo responsable en múltiples aspectos de la operación de la aeronave (p.ej., cumplimiento de las reglas del aire, licencias de los equipos de radio y sus operaciones, emisión y validez de los certificados de aeronavegabilidad y su mantenimiento al día, licencias al personal y su validez). Sin embargo, tal Estado de registro puede no tener la posibilidad de supervisar todos los aspectos de la operación de la aeronave si ella es operada en un lugar lejano de su territorio, no entrando quizá nunca en su espacio aéreo, no pudiéndose cumplir las funciones del Estado como Estado de registro.

El art. 83 *bis*, cuando entre en vigencia, permitirá la transferencia de ciertas funciones y deberes del Estado de registro al Estado del real operador, lo cual será útil para la salvaguardia de la seguridad internacional. Debe ser señalado con satisfacción que la Argentina ya ratificó dicho artículo, en 1987.

b) *El artículo 3 "bis" del Convenio de Chicago.* Este nuevo artículo fue unánimemente adoptado durante la 25 Reunión (Extraordinaria) de la Asamblea de la OACI, en 1984. La esencia de éste representa el reconocimiento de una regla consuetudinaria en el sentido de que los Estados deben abstenerse de utilizar armas en contra de la aviación civil en vuelo. Esta provisión fue adoptada como consecuencia de la tragedia del vuelo de la línea Koreana 007, en la cual doscientos cincuenta y nueve personas inocentes, entre pasajeros y tripulantes, perdieron la vida. Esta disposición es la reafirmación del principio humanitario básico del derecho internacional de que las vidas humanas deben ser protegidas bajo cualquier circunstancia. El art. 3º *bis* fue ratificado por cincuenta y tres Estados pero requiere ciento dos ratificaciones para entrar en vigencia. Nuevamente la Argentina se encuentra entre aquellos Estados que han aprobado esta modificación.

c) Problemas del abuso de drogas, el tráfico ilícito de narcóticos y sustancias psicotrópicas. La Organización de las Naciones Unidas reconoció que el abuso de drogas y el tráfico ilícito constituye uno de los problemas más urgentes y acuciantes que enfrenta todo el mundo. Todos los Estados, sin distinción de ubicación geográfica, fronteras políticas o sistemas sociales, se encuentran de una manera u otra expuestos a este problema que afecta los órdenes sociales, físicos, legales y conduce a la disgregación social y a la criminalidad.

Más aún, las conexiones entre el tráfico de drogas y el terrorismo internacional se han comprobado. La UN ha lanzado una campaña masiva contra el abuso de las drogas y el tráfico ilícito, al cual todas las agencias especializadas de ella han adherido.

La OACI está implementando activamente el programa adoptado por la ONU y nuestro objetivo principal es asegurar un ambiente libre de drogas en la aviación civil internacional: la sola idea de que la tripulación de un jumbo pudiera estar bajo los efectos de las drogas, es sencillamente horripilante. Y es esencial tomar todas las medidas antes de que un accidente mayor, atribuible a las drogas, ocurra. Debemos adoptar una aproximación realista y considerar que nadie en la sociedad está inmune al abuso de drogas y que ocupaciones muy sensibles como la de los operadores de control de tránsito aéreo, deben permanecer libres de drogas, aun en el caso de que deban tomarse medidas radicales e inusuales. Más aún, la aviación no debe convertirse en vehículo de tráfico ilícito; por otra parte, debemos tomar todas las medidas necesarias para proteger al transportador inocente contra el posible apoderamiento ilícito o contra pesadas multas impuestas por oficiales antidrogas, por demás escrupulosos, de otros Estados. El primer paso urgente que deben dar los Estados es formar parte de la nueva Convención de la UN contra el tráfico de drogas que fuera adoptada por ésta en la Conferencia de Viena de 1988.

La aviación civil internacional crea un vasto espectro de relaciones sociales, que deben ser reguladas por leyes que impliquen una poderosa herramienta de administración. Hay nuevos y desafiantes objetivos en el desarrollo y unificación del derecho internacional referido a la aviación. La ley y los juristas enfrentan un gran desafío hoy para mañana, y todos nosotros debemos contribuir creativamente a

este fin. La OACI es un foro válido donde ciento sesenta y dos Estados pueden servir a la comunidad internacional como un punto focal en el proceso de desarrollo y unificación del derecho internacional en beneficio de las necesidades sociales del mundo.

LA REFORMA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: ¿RESPONSABILIDAD O SEGURO?

JORGE MOSSET ITURRASPE
ATILIO ANÍBAL ALTERINI *

1. PROFESIONES LIBERALES. RESPONSABILIDAD MÉDICA. CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

En la República Argentina las notas más sobresalientes, en el tema de la responsabilidad profesional de los médicos por casos de mala práctica, son las siguientes:

a) La responsabilidad de los prestadores de servicios profesionales –abogados, médicos, ingenieros, escribanos, etc.– no está contemplada expresamente en el Código Civil, cuya data es de 1871, sin reformas en esta materia.

b) Hasta aproximadamente la década del 50 privaba su ubicación como un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana, con base en el art. 1109 del Cód. Civil, que condena a reparar a todo aquel que por su culpa causa un daño a otro.

c) No se consideraba que entre el profesional y el cliente era celebrado un contrato de servicios, del cual nacían derechos y deberes para ambas partes; predominaba la consideración de la actividad profesional como una "función" ajena al consentimiento o acuerdo de partes.

d) Como una consecuencia de esta calificación de "responsabilidad extracontractual" toda la carga de la prueba se

* Profesores titulares de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Esta comunicación fue presentada, como relatores argentinos, al *XIII Congrès de l'Academie Internationale de Droit Comparé*, Montréal (Quebec, Canadá), agosto de 1990.

colocaba sobre las espaldas de la víctima, quien debía probar la autoría del daño, el obrar antijurídico, la imputabilidad y la relación de causalidad.

e) Por lo demás, responsabilizar a los denominados "profesionales liberales", prestadores de servicios con título universitario, figuras rectoras dentro de la sociedad de entonces –últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX–, era algo que se presentaba como anormal, ilógico, excesivo o injusto.

f) De ahí que se hiciera hincapié en la "culpa profesional", como algo diferente de la "culpa común", que debía ser, por una parte, una "culpa grave", y, por lo demás, basarse en errores gruesos, máximos, intolerables y extraños al "quehacer científico".

g) Se predicaba que respecto del actuar de estos profesionales debía emitirse casi exclusivamente un "juicio ético", a cargo de tribunales especiales, formados por sus pares o colegas en la profesión; y que las sanciones, lógicamente, debían tener ese carácter, morales o deontológicas, y consistir en llamados de atención, amonestaciones, suspensiones, etcétera.

h) Se negaba a los "jueces ordinarios" idoneidad para conocer en las cuestiones científicas o técnicas que se originaban en los daños nacidos de una prestación incorrectamente cumplida.

i) Se consideraba, asimismo, que su intromisión en áreas propias de un saber específico, extraño al derecho, podía acarrear frenos o limitaciones en el ejercicio profesional, debido al temor lógico que nace del juzgamiento por un extraño; y de ahí que se anticipaba que el avance de la responsabilidad profesional traería aparejada una "actividad a la defensiva", más preocupada por las sanciones que por el avance del saber.

j) En lo específico de la medicina, se exageraba el carácter experimental, de saber en formación, con grandes zonas grises o desconocidas, que hacían que la prestación del servicio tuviera un carácter aleatorio muy marcado, sometido a vicisitudes desconocidas.

2. Objetivos

El cuadro, expuesto a través de pinceladas gruesas, típicas del siglo XIX, fue cambiando poco a poco, con base en los siguientes logros:

a) La toma de conciencia acerca del acuerdo que está en la base de las prestaciones de servicios profesionales, al menos como regla.

b) Dicho acuerdo lleva a la calificación de la responsabilidad como contractual, a la vez que hace aplicable la regulación sobre las obligaciones de hacer, mostrando al cliente como acreedor de un hacer específico, "del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara", y al profesional como deudor de ese hacer.

c) De donde resulta que la prueba del cumplimiento, hecho positivo, corre por cuenta del profesional-deudor, siendo suficiente para el cliente-acreedor, la demostración de su título a la prestación debida, que no es otro que el contrato celebrado.

d) Y de conformidad con la doctrina clásica, la no prueba del cumplimiento por el profesional-deudor, permitía extraer la presunción de una culpa en el obrar; inferencia cuya destrucción, sólo posible con la prueba del caso fortuito, corría por cuenta del profesional.

e) Por lo demás, el avance de un derecho democrático e igualitario es incompatible con el mantenimiento dentro de la comunidad de personas privilegiadas con la inmunidad o irresponsabilidad en el obrar, por más calificado que sea el servicio a su cargo; nadie escapa en el Estado moderno al principio de responsabilidad por las consecuencias de su obrar dañoso.

f) Se enfatiza acerca del distingo entre los campos de la moral y del derecho; entre los reproches de conciencia y aquellos que se originan en el obrar frente a otro, que es lo típico del ámbito jurídico; como una consecuencia, se marca la diferencia entre los "tribunales de ética" y los de "responsabilidad civil", a cargo de miembros del estamento profesional, los primeros, y a cargo de "jueces naturales", los segundos.

g) Se pone el acento, igualmente, en la situación de la víctima, a la cual no se satisface en sus perjuicios con sanciones éticas, sino por el camino de la indemnización o resarcimiento.

h) Se descarta que pueda aludirse a una "culpa profesional", como distinta de la culpa común; ya sea que la diferenciación pretenda apoyarse en la gravedad, o ya fuere con apoyo en los hechos que se juzgan como equivocados; y no sólo se admiten las culpas graves y las leves, sino que se señala, con razón, que "cuanto mayor es el deber de obrar con

prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor es la responsabilidad que se sigue de las consecuencias posibles de los hechos".

i) Para todas las profesiones, en general, y para la medicina, en especial, se señalan "caminos ya conquistados", saberes afianzados o logrados, cada vez mayores en número e importancia, que hacen que los aspectos experimentales o que "las aventuras" tengan ámbitos muy limitados; y el desconocimiento de esa ciencia o de esa técnica o de ese arte profesional, es inexcusable.

j) Y un juzgamiento semejante no puede escapar a los jueces naturales, autorizados a recurrir a los medios de prueba que estimen conducentes a la averiguación de la verdad; sea cual fuere el tema en debate, con el asesoramiento de peritos o expertos, cuyos dictámenes someterán a la sana crítica.

k) Por lo demás, los hombres de derecho hemos aprendido a valorar argumentos, a juzgar sobre las excusas o pretextos, y así como sabemos de la reacción desfavorable que todo discurso sobre responsabilidad apareja para sus destinatarios, sabemos del "tremendismo" que se sigue como reacción, con amenazas de cierres, abandonos, desinterés, etcétera.

3. Estado de esa responsabilidad en Argentina a partir del distingo entre obligaciones de medio y de resultado

El paso de una "responsabilidad aquiliana" a una "responsabilidad contractual", de una eufemística a otra real, no fue aceptado sin grandes reservas y, a la vez, puso a los abogados defensores de la irresponsabilidad profesional a la búsqueda de argumentos o argucias destinados a borrar o al menos paliar ese avance; en esa línea destacamos:

a) Como un hecho sobresaliente en la doctrina y jurisprudencia argentinas, la recepción casi ex profeso o muy en especial para esta cuestión, de la doctrina de las obligaciones de medio y de resultado, distingo expuesto treinta años antes, en Francia, por Demogue.

b) Se parte de la consideración de la gran mayoría de los servicios profesionales –y muy en particular de los servicios médicos– como meras obligaciones de medio; se afirma que el profesional no está obligado a un "resultado final"

–ganar el pleito, sanar al paciente, etc.–, sino a poner su actividad al servicio de ese objetivo.

c) Se destaca, asimismo, que en múltiples casos el resultado final puede ser negativo, inconveniente o perjudicial, pese a que el profesional "hizo lo que estaba de su parte hacer", por mediar circunstancias extrañas o fortuitas que no está en sus manos controlar.

d) Que calificar al hecho de la muerte del paciente, o de su agravación o incapacidad, o a la pérdida del pleito, como "incumplimientos", resulta a la vez que excesivo, injusto. Y lo mismo ocurre con la consecuencia, que no es otra que presumir la culpa del profesional.

e) Que aunque se ubique la cuestión en el terreno contractual, la carga de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad, entre ellos el incumplimiento, la antijuridicidad, la culpa y la relación causal, debe mantenerse a cargo del cliente, puesto que el profesional sólo se obliga a colocar los medios para conseguir un resultado beneficioso o positivo.

f) Que el profesional cumple demostrando, en el caso del médico, que intervino al paciente, si se trata de un cirujano obligado a un quehacer quirúrgico; o que lo trató, visitó y medicó, en el caso de un médico clínico.

g) Que quien afirma la "culpa" como hecho constitutivo de la situación de responsabilidad, a la vez hecho positivo, debe probarla; que al profesional no le cabe demostrar sino su prestación de hacer, en términos genéricos, porque, reiteramos, ésa es su única obligación nacida del contrato.

4. Jurisprudencia

Aunque resulta difícil creerlo, puesto que se trata sólo de un distingo doctrinario, sin mayor sustento o apoyo en la letra de la ley, en las últimas décadas, desde el 60 en adelante, los tribunales argentinos se volcaron mayoritariamente a favor del criterio antes expuesto, con las consecuencias siguientes:

a) La responsabilidad profesional palideció o aflojó en su función ejemplarizadora, puesto que los jueces rechazaron la gran mayoría de las pretensiones sometidas a su juzgamiento; de ahí que, sin exageraciones, proliferó en la Argentina la mala práctica profesional, cubierta con un velo de impunidad.

b) Lo apuntado equivale a un "dejar hacer" de parte del ordenamiento jurídico, una impotencia tremenda de parte de los juristas puestos en la defensa de las víctimas, y una sensación de injusticia sin remedio o solución de parte del hombre común, del ciudadano dañado por la mala práctica.

c) La prueba de la culpa se constituyó, en la mayoría de los casos, en una prueba diabólica; en lo que hace a la actividad médica, el quehacer del cirujano quedaba protegido por el "secreto del quirófano", y el del médico clínico, por el cumplimiento en abstracto de actos médicos.

d) A lo dicho se agregó una sobrevaloración de la prueba pericial, a cargo lógicamente de uno o más de los médicos, de la cual, se sostiene, el juez no puede apartarse sin elementos definitivos; e, igualmente, una confusión en los roles, que hizo que los peritos médicos, en casos abundantes, cedieran al "espíritu de cuerpo" o solidaridad con el colega.

e) Los profesionales demandados se colocaban en una actitud negativa o reticente; se "cruzaban de brazos", esperando que el actor demostrara la responsabilidad; ninguna carga probatoria se ponía sobre sus espaldas, toda ella pesaba exclusivamente sobre el cliente dañado.

f) La confusión acerca de la causa productora del daño o la mera invocación de la pluralidad de causas fueron en innumerables casos argumentos suficientes para el rechazo de la pretensión resarcitoria.

g) Se volvió, aunque indirecta y eufemísticamente, a una "culpa profesional" o, en lo médico, se puso el acento en la libertad profesional en aras del avance de la ciencia.

5. El Proyecto de 1987

La reacción contra este estado de cosas, que puede decirse que es el estado actual, en 1990, la encontramos en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, con media sanción legislativa. El Proyecto no consagra una solución caprichosa, sino la que venía reclamando, de tiempo atrás, la mejor doctrina argentina:

a) Se comienza recogiendo la problemática en un texto expreso, el art. 1625, cuyo encabezamiento reza: "Las tareas de los profesionales liberales están sujetas a las siguientes reglas, sin perjuicio de normas especiales imperativas"; se siente la necesidad de pasar de una no regulación a una con-

templación expresa, por la vía correspondiente, o sea la legislativa, restando trascendencia a las especulaciones doctrinarias.

b) Se continúa destacando que la cuestión debe regirse por las normas del Código Civil –y no por una distinción teórica, como la propuesta por Demogue–, siendo las reglas aplicables las expuestas con motivo de las obligaciones de hacer, arts. 625 y 626, que refieren a cómo debe cumplirse el hecho prometido: "del modo que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara".

c) Se sienta una regla general para "caso de controversia", en las disputas entre profesionales y clientes, y se contemplan, a renglón seguido, dos situaciones excepcionales. La regla es: "queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado 'sin culpa', en los términos del art. 514".

d) De esta regla, de máxima importancia, se sigue que, probado por el paciente su derecho a la prestación y el daño padecido, se presume el incumplimiento: el médico debe demostrar, para liberarse de responsabilidad, que empleó en el caso la diligencia exigible, de acuerdo con la índole de la obligación.

e) De donde resulta que la carga de la prueba se reparte entre actor y demandado, paciente y médico: cada uno debe "demostrar lo suyo", aquello para cuya presentación se encuentra en situación más favorable, que le resulta más fácil traer a juicio.

f) En rigor de verdad el médico debe probar que hizo "lo que debía hacer en el caso", de acuerdo con el estado de la ciencia y la dedicación que le es exigible a quien tiene en sus manos la salud de un paciente; nadie sino él puede aportar esta demostración, de hechos que son, a la vez, positivos y eximentes.

g) Las excepciones están dadas por las hipótesis en que el profesional promete, por estar en condiciones para ello, un "resultado determinado"; y también por los servicios que emplean técnicas en "estado de experimentación".

h) Para el primer supuesto –que no implica volver al distingo entre "obligaciones de medio y de resultado"– se establece que la liberación del profesional sólo se logrará "demostrando la incidencia de una causa ajena"; ello equivale a sostener que asumiendo el profesional los riesgos de su gestión, sólo se exime con la demostración del caso fortuito, o sea de un hecho exterior a él, que ha desencadenado las consecuencias perjudiciales, imprevisibles e irresistibles.

i) Y respecto al uso de técnicas en estado de experimentación, se decide que debe ir precedido de una información tal que permita un asentimiento ilustrado, formándose así un verdadero y libre "consentimiento" de partes.

6. Críticas al Proyecto

El art. 1625 del Proyecto de Unificación Legislativa, que hemos comentado, ha sido, sin lugar a dudas, uno de los textos más combatidos de la iniciativa reformadora:

a) Las organizaciones que agrupan a los profesionales de la salud –a diferencia de otros nucleamientos de profesionales– han creído ver en ese texto una auténtica "declaración de guerra" por parte de un sector de operadores jurídicos.

b) Juzgan al artículo como sumamente inconveniente para la actividad profesional médica, al obligar a tales profesionales a probar su no culpa, frente a todo caso de no curación del paciente: muerte, agravamiento, sobreviniencia de lesiones, limitaciones, etcétera.

c) Afirman que prohijará la "industria de los pleitos", una especie de "caza de brujas", de la cual serán ellos, los médicos, las únicas víctimas.

d) Que se innova sobre el sistema tradicional del derecho argentino, al dejar de lado las "obligaciones de medio", no obstante admitir las de resultado, y al contemplar esa tercera especie –*tertius genus*– que constituye la "no culpa".

e) Que se libera a los actores en los juicios de responsabilidad médica de toda carga probatoria, haciendo fácil y sencilla su tarea, con base en esta "injusta" inversión probatoria; en fin, que no es verdad que al médico le resulte más simple probar.

7. El futuro: la reforma y la realidad

Tal es el actual estado de la cuestión. El tema está muy vivo en la sociedad argentina y las fuerzas de presión, los grupos, pugnan en uno u otro sentido: el endurecimiento o el ablandamiento de la responsabilidad profesional. El panorama se complica por la presencia de otros ingredientes, que aunque parezcan extraños tienen su incidencia gravitante:

a) El sistema de salud de la Argentina, sobre la base, casi exclusiva, de la prestación de servicios por "obras sociales", en su mayoría dependientes de asociaciones de empleados u obreros –sindicatos– se encuentra en grave crisis de decadencia, francamente quebrado.

b) Los profesionales de la salud reciben una compensación vil por sus servicios, un honorario mínimo y demorado en el tiempo, o sea, en moneda también depreciada por la inflación.

c) Ello es consecuencia de la imposibilidad, por parte de las obras sociales, de atender, con los fondos que recaudan, al pago de los medicamentos, cuyo costo es elevado en relación con sueldos y salarios, y de honorarios compensatorios.

d) A lo expuesto se suma, como factor de importancia, el estado deficiente de los institutos prestadores de servicios: hospitales, sanatorios, clínicas, etc., tanto públicos como privados, desprovistos del instrumental necesario para hacer una "buena medicina" o bien en estado de obsolescencia.

e) Aunque pueden señalarse matices, según las ciudades o regiones del país, el panorama apuntado es muy generalizado, siendo lo común u ordinario; la excepción está dada por la "medicina privada", en particular en las ciudades grandes, destinada a la clase alta o de mejores recursos económicos.

f) La profesión de médico ha dejado de ser, también en términos generales, una actividad de buena renta o provechosa; el médico ha pasado a ser un asalariado de las obras sociales, forzado a atender a muchos clientes en poco tiempo, y sin la apoyatura necesaria.

g) Todo lo expuesto concluye en un descenso del nivel de la medicina argentina, en una proliferación de los errores o de los casos de mala práctica; de ahí el temor a la responsabilidad profesional.

h) En cuanto a las víctimas, los pacientes, ellas se han multiplicado y de ahí la proliferación de los juicios en los últimos cinco años.

i) La condición de médico o la índole del instituto de salud –sanatorio, clínica, etc.– no es ya garantía suficiente de solvencia para las víctimas de la mala práctica; es bastante común que no puedan hacer frente a una condena resarcitoria.

j) Por ello se piensa en una reforma integral del sistema. El nivel al cual llegó la previsión social de la salud, en la Argentina, con una cobertura que alcanza a la gran mayoría de la población, no hace prever una vuelta a la medicina privada.

k) Se impone una jerarquización del servicio de salud, del rol de los médicos y demás profesionales vinculados al tema; resta decidir si el auge de la responsabilidad, como el del seguro, son ingredientes positivos o negativos en esa deseada jerarquización.

l) No olvidando la realidad, las soluciones posibles hoy y aquí: el nivel medio de los salarios no se adecua a una medicina cara o costosa; pero, a la vez, la toma de conciencia de los ciudadanos, acerca del nivel de servicios a que una persona tiene derecho, por su condición de persona, no admite que haya distintas medicinas, para pobres y para ricos, con medios y resultados diferentes.

8. Responsabilidad objetiva

El esquema de situación de la responsabilidad civil en general denota que los viejos odres son insuficientes para contener las soluciones apropiadas a los tiempos actuales. En un importante fallo del año 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio impulso a las nuevas ideas al señalar dos pautas de significación fundamental: que el principio *alterum non laedere* tiene raíz constitucional, y que las soluciones jurídicas deben adecuarse al sentido de justicia de la sociedad. En cuanto a la primera expresión, se colige fácilmente que, cuando menos en la literalidad, es aún más amplia que la conclusión de la sentencia del Consejo Constitucional francés de 1982, pues no incluye el requisito de la culpa. Y en cuanto a la segunda, que el hombre contemporáneo tiene la expectativa de que cualquier daño le sea resarcido, puesto que dejó de inclinarse con resignación "ante el azar nefasto" (Mazeaud); en ese sentido, las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1989 declararon, por unanimidad, que uno de los "mecanismos desmasificadores" es "la moderna concepción del derecho de daños, que centra su óptica en la víctima".

El consiguiente replanteo del sistema de responsabilidad civil condujo, por una parte, a ensanchar el campo de aplicación de la atribución objetiva, que si bien tuvo consa-

graciones legales puntuales ya en el siglo pasado, recién adquirió protagonismo luego de la reforma del Código Civil producida en el año 1968. A fines del año 1989, las Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguros, organizadas por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad Nacional de Mar del Plata, propiciaron ensanchar el factor objetivo de responsabilidad, excluyendo a la mera culpa de la víctima como causal de liberación: propusieron que sólo se admita "como causal de liberación el dolo de la víctima y el caso fortuito externo a la actividad y/o a la cosa". Se trata de un ajuste del régimen vigente, al que el profesor Tunc ha calificado como *paradojal*: si el causante del daño está asegurado, no responde personalmente por su culpa, pero la culpa más leve de la víctima recae sobre ella con el efecto de reducir, o aun excluir, su derecho a la indemnización. El criterio de responsabilidad objetiva, sin embargo, es inaplicable como regla a la responsabilidad de los profesionales denominados *liberales*: las Jornadas de Derecho Civil realizadas en la provincia de San Juan en 1989 estimaron unánimemente que "la tendencia del derecho moderno a fundar la responsabilidad profesional *(lato sensu)* en factores objetivos no puede ser trasvasada indiscriminadamente al caso de los profesionales denominados liberales"; lo cual no obsta a que su responsabilidad sea objetiva en hipótesis singulares, como cuando el daño proviene del riesgo o vicio de cosas empleadas en el ejercicio de la actividad.

Pero, además, fueron asumidos diversos mecanismos alternativos de la responsabilidad civil, que son corrientes en el derecho comparado. En lo que interesa al tema, tales son el seguro individual, con acción de la víctima contra el causante del daño; el seguro forzoso, articulado con fondos de garantía; la seguridad social.

9. Seguro individual

En la legislación vigente en la Argentina el seguro de responsabilidad civil obliga al asegurador "a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato". Asimismo hay una suerte de acción directa de la víctima contra el asegurador del causante del daño, que le permite citarlo en garantía en el proceso judicial, prevalerse de la cosa juzgada, ejecutarlo, y gozar de privilegio. Ante la acción del damnificado,

el asegurador no tiene derecho a oponer las defensas nacidas con posterioridad al hecho dañoso.

10. Seguro forzoso y fondos de garantía

El seguro forzoso sólo es de aplicación en algunos limitados sectores de actividad, como el laboral; pero, por ejemplo, no rige para los accidentes de tránsito. Diversos Congresos de juristas han expresado la insatisfacción por el régimen vigente, y han propiciado su extensión. En el año 1965 las Jornadas Nacionales de Derecho Civil comenzaron a reclamarlo para ese tipo de accidentes, y a partir del año 1986 otros Congresos y Jornadas iniciaron una firme embestida doctrinaria tendiente a su instauración para cosas o actividades riesgosas, en particular productos elaborados –incluidos los farmacéuticos– y contaminación ambiental; un proyecto de ley del consumidor del año 1985 (que sólo tuvo sanción del Senado) lo previó para los servicios médicos prepagos.

Tampoco se pasa por alto que los fondos de garantía constituyen el remedio apropiado para los casos de autor desconocido o insolvente, de carencia de seguro, o de infraseguro. Desde el año 1965, y con mayor énfasis desde el año 1986, se propicia ampliar el limitado catálogo de fondos de garantía existente (en materia laboral, en accidentes nucleares), incluyendo a las cosas y actividades generadoras de riesgo, como complemento de la implantación del seguro forzoso.

11. Estado actual de la cuestión

El estado actual del pensamiento jurídico argentino sobre esos aspectos resulta de las conclusiones unánimes de las ya citadas Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguros del año 1989. En ellas se reclamó "una reforma legislativa en materia de responsabilidad acorde con la realidad económica, social y cultural de nuestro tiempo", que imponga "seguros obligatorios, complementados con fondos de garantía", para "las actividades de gran siniestralidad", con una cobertura que configure "una indemnización cuantitativamente razonable, privilegiando los daños a la persona". Se sostuvo también que "los aportes con que se formen los fondos de garantía deben provenir principalmente de los

sectores potencialmente generadores de riesgo, sin perjuicio de consideraciones que atañen al interés social", y que "los seguros obligatorios y los fondos de garantía deben instrumentarse de forma tal que alienten la prevención del daño, a cuyo fin ha de existir una relación inversa entre la adopción de medidas de seguridad, por una parte, y el valor de las primas y la contribución en los fondos de garantía, por la otra". Asimismo, fueron requeridos "límites máximos indemnizatorios".

La línea de pensamiento resultante de esas recientes Jornadas condice con los puntos de vista más modernos del derecho comparado. Seguramente, para el observador extranjero, la doctrina argentina luce en niveles de excelencia cuando menos aceptables, pero ello no significa que el legislador atienda sus reclamos: "América latina –ha dicho el profesor Tunc– es quizá más importante por la riqueza y la calidad de su doctrina que por sus realizaciones legislativas"; y, todavía, aunque las leyes adopten los criterios técnicamente adecuados, muchas veces quedan en la declamación y no son aplicadas, o en la práctica resultan deficientes.

De dicha línea de pensamiento pueden ser extraídas cuatro directivas fundamentales:

a) Se reclaman seguros forzosos para actividades con alto índice de siniestralidad porque, obviamente, no se realiza la justicia cuando una sentencia se limita a condenar a alguien a resarcir el daño, sino cuando la víctima es efectivamente resarcida. El ya mencionado Proyecto de 1987 concibió un mecanismo para instar al aseguramiento: en caso de daños provenientes de cosas o actividades riesgosas, el responsable está sujeto a la reparación plena, pero se favorece con un tope indemnizatorio (del orden de los 200.000 dólares norteamericanos) si tomó un seguro. La solución puede ser explicada con las enseñanzas de la profesora Viney: la indemnización debería ser soportada por quien "antes del daño estaba en mejor situación para contratar el seguro destinado a garantizar el riesgo".

b) Se proponen límites indemnizatorios, considerados imprescindibles para los cálculos actuariales del asegurador tendientes a la fijación de la prima. Como decía la Exposición de motivos de la ley modelo uniforme norteamericana para daños al consumidor del año 1979, la incertidumbre acerca de los montos resarcitorios suele ser alegada por los aseguradores "para justificar el establecimiento de tasas que, en realidad, pueden no reflejar el riesgo objetivo".

c) Se privilegia la prevención del daño, procurando una solución *ex ante* en vez de una solución *ex post*. El objetivo básico es suprimir o disminuir la dañosidad de cierta actividad, y el incentivo económico suele ser eficaz para ese propósito. Se trata de una cuestión de *costo*, que comprende las indemnizaciones por daños que la actividad cause a terceros o, en su caso, las primas de seguro para cubrirlas.

d) Se acentúa la resarcibilidad de los daños *a la persona*, que vienen siendo colocados relevantemente en el sistema de responsabilidad civil. En el mismo año 1989, las Jornadas Nacionales de Derecho Civil entendieron que "la personalización del hombre debe estar en el centro de la atención jurídica", y las Jornadas Argentino-Uruguayas consideraron inválidas las cláusulas limitativas de responsabilidad cuando se refieren a la vida o a la integridad corporal.

12. Seguridad social

La seguridad social ha tenido, tradicionalmente, su mayor manifestación en la esfera laboral. En la Argentina, la ley promulgada a principios de 1989 establece el seguro nacional de salud, con el propósito de "procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país". A tal fin, organiza un servicio de asistencia social de interés público, con "alcances de seguro social", basado en criterios de justicia distributiva, y que se financia, fundamentalmente, con aportes de las obras sociales y del Estado.

13. El seguro médico. Viabilidad

En cuanto al seguro de responsabilidad médica, la Superintendencia de Seguros –autoridad de aplicación en la Argentina– aprobó la póliza respectiva a principios del año 1980, a propuesta de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros. Conforme a sus condiciones generales para el riesgo cubierto, "el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado a título personal por cuanto deba a un paciente o derechohabiente del mismo en razón de las responsabilidad civil contractual o extracontractual en que incurra como consecuencia del ejercicio de su profesión de médico, según consta en la habilitación correspondiente otorgada por la autoridad competente, y actuando habitualmente en

la especialidad o especialidades que se detallan en las condiciones particulares".

La póliza contiene una franquicia absoluta, pues el asegurador sólo asume sus obligaciones a partir de cierto monto; asimismo excluye el aseguramiento de algunos riesgos, como los daños provenientes de hechos de terceros, los sufridos por terceros que actúen por cuenta del asegurado, los provenientes de operaciones de trasplante, o los genéticos. Únicamente mediante una cobertura específica, con el consiguiente recargo en la prima, se incluye al director o jefe de equipo.

14. El seguro médico en la actual situación argentina

¿Responsabilidad o seguro? La pregunta concierne no sólo al aspecto singular de la responsabilidad médica, sino a todo el sistema del derecho de daños. La regulación clásica, propia de la legislación decimonónica, que asoció el deber jurídico de reparar al reproche de conducta está en crisis: la responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización (Lambert-Faivre); hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora (López Olaciregui), porque los ojos de la justicia se han puesto del lado de la víctima (Ripert). De tal modo el damnificado está en situación favorable para obtener una sentencia de condena; pero ello no significa necesariamente que se encuentre en posibilidad de obtener el cobro de la indemnización.

Para esta finalidad es relevante el seguro. Se trata del instrumento que se halla más a mano, y satisface elementales reclamos de solidaridad al distribuir el daño entre un número elevado de aportantes. El seguro forzoso, su articulación con fondos de garantía, el arbitrio de mecanismos de pronto pago (a la manera de la ley francesa de tránsito de 1985), a la vez que cubren eventuales insolvencias, dan a la víctima la respuesta más rápida posible, teniendo en cuenta que la justicia tardía no es justicia.

Todavía, en algún momento del futuro de la evolución del sistema, es posible que sea establecida generalmente la seguridad social, que –nuevamente con palabras del profesor Tunc– constituye la respuesta más moderna, más radical, más racional y más práctica frente a los modernos problemas del derecho de daños.

Entre tanto, el seguro debería extenderse incluyendo a la responsabilidad médica. Pero esto no parece posible en la Argentina actual. Padecemos una situación económica dramática, hemos soportado tres manifestaciones hiperinflacionarias en un año, los ingresos han caído a niveles ínfimos. En ese marco, los costos del seguro difícilmente podrían ser soportados por los profesionales, o por quienes responden por hechos de ellos (clínicas, servicios prepagos, obras sociales). En la práctica son escasos los médicos que aseguran su responsabilidad por daños, y sólo algunas veces, en intervenciones quirúrgicas del alto riesgo, exigen que sus pacientes particulares tomen una póliza. No es de esperar, pues, que en los tiempos inmediatos se generalice el seguro individual voluntario y, menos aún, que se imponga el seguro forzoso.

Tampoco alientan el aseguramiento, de alguna manera, la reticencia a reconocer la resarcibilidad de ciertos daños, y la exigüidad de los montos indemnizatorios de los causados a la vida o la salud. La Corte Suprema de Justicia de la Nación debió anular una sentencia que retaceó el derecho de los padres a la reparación del daño moral derivado de la muerte de sus hijos, argumentando la riqueza de aquéllos. Poco tiempo atrás un tribunal valuó el daño resultante de la pérdida de una mano de un boxeador de nivel internacional en el equivalente a 5000 dólares norteamericanos, suma que es sólo una proporción mínima del costo de la prótesis necesaria para reemplazarla. A la luz de las nuevas ideas, muy probablemente los tribunales argentinos acentuarán la tendencia de condenar a la indemnización de daños sufridos por los pacientes. Pero el azar seguirá jugando un papel primordial, aunque con perfil distinto.

Antes, se solía atribuir el daño sufrido a la desgracia, frente a la cual había que postrarse. Hoy se busca un responsable, y se lo condena a indemnizar; yendo más lejos, la sentencia suele incluir a varios, porque la nómina de los legitimados pasivos para la pretensión de daños ha sido ampliada considerablemente. Sin embargo, el azar, el acaso, la causalidad, aun ahora es determinante: el cobro es posible, o no lo es, según el condenado a resarcir, o los condenados a hacerlo, sean solventes o no; y esa capacidad de pago depende de contingencias ajenas al derecho de la víctima a obtener una reparación pecuniaria, por más que éste le sea reconocido en muchos casos en los que le era negado en los viejos tiempos.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LAS DESAPARICIONES FORZOSAS DE PERSONAS SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

RAÚL EMILIO VINUESA

1. INTRODUCCIÓN

El 29 de julio de 1988 la Corte Interamericana de Derechos Humanos produjo sentencia en el primer caso contencioso que fuera sometido a su jurisdicción. A través de esta sentencia la Corte tuvo oportunidad de expedirse sobre la responsabilidad de un Estado parte en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, frente a situaciones derivadas de la desaparición forzosa de una persona.

El caso llega a la Corte a través de una demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, contra el Estado de Honduras[1].

En el año 1986, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos remite a la Corte el asunto referente a la desaparición del señor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, en razón de que de todos los elementos de juicio que obran en el caso se deduce que la persona afectada continúa desaparecida sin que el gobierno de Honduras haya ofrecido pruebas concluyentes que permitan establecer que no son verdaderos los hechos denunciados[2].

El caso Velásquez Rodríguez presenta una serie de aspectos relevantes en cuanto a cómo la Corte entendió que debía

[1] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Velásquez Rodríguez"; sentencia del 29/7/88.

[2] Ver Resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 22/86 del 18 de abril de 1986; conf. sentencia CIDH del 29/7/88, § 12.

cumplir su cometido. En líneas generales es posible detectar una gran prudencia por parte de la Corte en cuanto al tratamiento debido, desde un punto de vista esencialmente jurídico, de un tema con alto contenido político.

Otra característica destacable de cómo la Corte elaboró sus considerandos y conclusiones está relacionada con su condición de órgano jurisdiccional internacional y por lo tanto a su constante referencia a normas, principios y tendencias del derecho internacional general.

El presente trabajo está orientado a destacar la influencia de las instituciones básicas del derecho internacional en la definición, por parte de la Corte, de las situaciones jurídicas vinculadas a la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos.

Dentro de este contexto se hará entonces referencia a: *a*) el agotamiento de los recursos internos; *b*) la carga de la prueba del hecho ilícito; *c*) los hechos probados; *d*) el hecho internacionalmente ilícito; *e*) la imputación del hecho internacionalmente ilícito; *f*) la reparación del hecho internacionalmente ilícito. Finalmente se esbozarán algunas reflexiones generales.

2. El agotamiento de los recursos internos

El gobierno de Honduras presentó a la Corte varias excepciones preliminares que fueron resueltas por sentencia del 26 de junio de 1987[3]. En cuanto a la excepción preliminar relativa al no agotamiento de los recursos internos, la Corte ordenó unirla a la cuestión de fondo, dando al Gobierno y a la Comisión una nueva oportunidad para sustanciar plenamente sus puntos de vista[4].

Sobre este tema el art. 46.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Convención) establece que para que una petición o comunicación presentada a la Comisión conforme a los arts. 44 o 45 resulte admisible, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos[5].

[3] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Velásquez Rodríguez". Excepciones Preliminares, sentencia del 26/6/87.

[4] Ibíd., § 90.

[5] Convención Interamericana de Derechos Humanos, art. 46.1, inc. *a*.

Este requisito no se aplicará cuando: *a*) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o de los derechos que se alega han sido violados; *b*) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y *c*) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos[6].

La Corte estableció que el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y a la vez determinar su potencial efectividad[7]. Una vez que ese Estado prueba la existencia de recursos internos que deberían haberse utilizado, corresponderá a la otra parte demostrar que los recursos fueron agotados o que el caso cae dentro de las excepciones del art. 46.2. La Corte entendió que no debe presumirse con ligereza que un Estado parte en la Convención ha incumplido con su obligación de proporcionar recursos internos eficaces[8].

Según la Corte, los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, mencionados en el art. 46.1.*a*, no sólo se refieren a la existencia formal de recursos internos que aseguren la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Convención, sino también a que éstos sean adecuados y efectivos[9].

El hecho de que los recursos sean adecuados implica que la función de esos recursos sea idónea para proteger el derecho conculcado. Mientras que la eficacia del recurso se medirá por la capacidad de éste en producir el resultado apropiado para el cual ha sido creado.

En cuanto al recurso de exhibición personal, la Corte sostiene que "puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si de hecho carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados intentarlo o no se aplica imparcialmente"[10].

Por otra parte la Corte considera que el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable

[6] Ibíd., art. 46.2.

[7] Caso "Velásquez Rodríguez", Excepciones Preliminares, sentencia del 26/6/87, § 88.

[8] Caso "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29/7/88, § 60.

[9] Ibíd., § 63.

[10] Ibíd., § 66.

al reclamante, no demuestra, por sí solo, la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces [11].

La Corte finalmente concluyó, basándose en los testimonios y en las demás pruebas aportadas y no desvirtuadas, que si bien existían en Honduras recursos legales que hubieran permitido hallar a una persona detenida por las autoridades, "tales recursos eran ineficaces, tanto porque la detención era clandestina como porque, en la práctica, tropezaban con formalismos que los hacían inaplicables o porque las autoridades contra las cuales se dictaban llanamente los ignoraban o porque abogados y jueces ejecutores eran amenazados e intimidados por aquéllas" [12].

La Corte fundamenta su conclusión en el hecho de que la Comisión había demostrado que aunque se intentaron recursos de exhibición personal y acciones penales, estos recursos resultaron meramente formales e ineficaces para lograr el objetivo perseguido. Aún más, la Corte, al señalar que las pruebas aportadas por la Comisión no fueron desvirtuadas por el gobierno de Honduras, las encuentra suficientes para rechazar la excepción preliminar sobre la inadmisibilidad de la demanda por el no agotamiento de los recursos internos [13].

3. Carga de la prueba del hecho ilícito

La Corte parte de la idea de que siendo la Comisión quien demanda al gobierno de Honduras, a ella le corresponde el probar los hechos sobre los que se fundamenta su demanda [14].

La Corte acepta el argumento esgrimido por la Comisión en cuanto a que una política de desapariciones tanto auspiciada como tolerada por el gobierno, tiene por finalidad el encubrimiento y la destrucción de las pruebas vinculadas a esa política de desapariciones. En tal sentido expresa que "cuando la existencia de tal práctica o política haya sido probada, es posible, ya sea mediante prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, demostrar la desaparición de un individuo con-

[11] Ibíd., § 67.
[12] Ibíd., § 80.
[13] Ibíd., § 81.
[14] Ibíd., § 123.

creto, que de otro modo sería imposible, por la vinculación que esta última tenga con la práctica general"[15].

Por lo tanto la Corte deberá valorar la prueba producida a efectos de determinar si existió o no tal práctica gubernamental y si la desaparición de Manfredo Velásquez está o no vinculada a esa práctica.

La Corte considera que es ella la que deberá determinar cuáles son los criterios de valoración de las pruebas aportadas al presente caso. Reconociendo que ni la Convención, ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento definen pautas sobre este tema, la Corte basa su determinación en el hecho de que la jurisprudencia internacional ha sostenido que los tribunales poseen potestad para evaluar libremente las pruebas, "aunque evitando siempre suministrar una rígida determinación del *quantum* de prueba necesario para fundar el fallo (cfr. Corfu Channel, Merits, Judgement, ICJ, Reports 1949; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, ICJ, Reports 1986, § 20-30 y 59-60)"[16].

La Corte sostiene que para un tribunal internacional, los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos y que aun tanto en uno como en otro sistema la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes con los hechos. En este contexto la Corte concluye que "la prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas"[17].

Con el objeto de justificar el ejercicio de un amplio poder discrecional en cuanto a la apreciación de las pruebas aportadas, la Corte claramente distingue entre las exigencias de un procedimiento penal interno y las del procedimiento internacional tendiente a la protección debida de los derechos humanos.

En tal sentido expresa que "la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justi-

[15] Ibíd., § 124.
[16] Ibíd., § 127.
[17] Ibíd., § 131.

cia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones" [18].

Respecto al tratamiento del tema de la reparación de daños, encontramos que existiría una cierta similitud en cuanto a los efectos enunciados por la Corte en la implementación de un sistema de protección internacional y el esquema de protección establecido jurisprudencialmente en los Estados Unidos de América respecto a violaciones de los derechos humanos de extranjeros en aplicación de la Sección 1350 del Título 28 del United States Code.

Cabe recordar que la Sección 1350 del Título 28 del USC establece que "las Cortes Federales de Distrito tendrán jurisdicción originaria sobre toda acción civil interpuesta por un extranjero por ilícitos solamente cometidos en violación del derecho internacional o de un tratado de los Estados Unidos".

Volviendo al tema de la prueba y sobre la presunción de que es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio, la Corte lamenta la falta de colaboración por parte de Honduras en la producción de ésta y sostiene que la forma en que la defensa ha sido conducida habría podido bastar para que muchos de los hechos alegados por la Comisión se tuvieran por probados. Sin embargo, la Corte aclara que trató de suplir estas deficiencias admitiendo todas las pruebas propuestas, y ordenando de oficio otras, sin renunciar a sus potestades discrecionales para apreciar el silencio o la inercia de Honduras [19].

Por resolución del 6 de octubre de 1987 la Corte, al rechazar la recusación de testigos formulada por Honduras, sostuvo que son los hechos apreciados por ella y no los medios utilizados para probarlos dentro de un proceso, los que la pueden llevar a establecer si hay una violación de los derechos humanos contenidos en la Convención [20]. De esta

[18] Ibíd., § 134.
[19] Ibíd., § 138.
[20] Ibíd., § 141.

forma la Corte preanunció el ejercicio de un amplio poder discrecional en la determinación de la existencia de actos ilícitos internacionales.

En cuanto a los recortes de noticias periodísticas reproducidos y aportados por la Comisión al presente caso, la Corte sostuvo que no puede otorgárseles el carácter de prueba documental propiamente dicha. Sin embargo, expresó que esos recortes de prensa tienen valor testimonial al reproducir textualmente declaraciones públicas de altos funcionarios de las Fuerzas Armadas, del gobierno y aun de la Corte Suprema. Al respecto, citó nuevamente la sentencia de la ICJ en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua[21]. Aseguró asimismo la importancia que esos recortes tienen en su conjunto en la medida en que coinciden con los testimonios recibidos respecto de las desapariciones y de la atribución de esos hechos a las autoridades militares o policiales del Estado de Honduras.

4. Los hechos probados

A los fines de demostrar la existencia de una práctica de desapariciones cumplida o tolerada por las autoridades hondureñas, la Corte determinó los hechos relevantes que consideró como probados, enunciando entre ellos: *a*) que en la República de Honduras durante los años 1981 y 1984, un número de personas, entre cien y ciento cincuenta, desapareció sin que de muchas de ellas se haya vuelto a tener noticia alguna; *b*) que tales desapariciones seguían un patrón común (secuestros violentos); *c*) que la población consideraba como un hecho público y notorio que los secuestros se perpetraban por agentes militares o por policías o por personal bajo su dirección; *d*) que las desapariciones se realizaban siguiendo una práctica sistemática. Las víctimas eran por lo general consideradas como peligrosas para la seguridad del Estado, las armas empleadas eran de uso reservado a las autoridades militares y de policía, las personas secuestradas eran sometidas a vejámenes y torturas, y algunas de ellas fueron finalmente asesinadas. Las autoridades negaban sistemáticamente el hecho de la detención, todas las autoridades –militares, gubernamentales y judiciales– se nega-

[21] Ibíd., § 146; conf. ICJ, Reports 1986, § 62-64.

ban o eran incapaces de prevenir, investigar y sancionar esos hechos[22].

A los efectos de demostrar que la desaparición de Manfredo Velásquez fue por obra o con la tolerancia de las autoridades hondureñas dentro del marco de una práctica gubernamental sistemática, la Corte consideró como probados los siguientes hechos: *a*) que Manfredo Velásquez desapareció el 12 de septiembre de 1981; *b*) que ese secuestro fue llevado a cabo por personas vinculadas con las Fuerzas Armadas o bajo su dirección; *c*) que su secuestro y desaparición encuadraban dentro de la práctica de desapariciones seguidas por el gobierno de Honduras[23].

La Corte concluye que ha quedado asimismo probada en el proceso, la omisión del gobierno de Honduras en cuanto a su obligación de garantizar los derechos humanos por esa práctica sistemática de desapariciones[24].

5. El hecho internacionalmente ilícito

Una vez probados los hechos alegados por la Comisión, la Corte se abocó a la definición y calificación de esos hechos como ilícitos internacionales.

La Corte parte del presupuesto de que el fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada en forma integral[25].

La Corte es consciente de que las facetas novedosas que presenta la práctica sistemática de desapariciones, especialmente en Latinoamérica, no han sido aún objetivo de regulación internacional que aseguren su definición con un contenido y alcances fácilmente identificables. En tal sentido la Corte expresa que si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados parte en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad[26].

[22] Ibíd., § 147.
[23] Ibíd.
[24] Ibíd., § 148.
[25] Ibíd., § 150.
[26] Ibíd., § 153, 151-152.

Si bien la Corte habla de una "práctica internacional", no hace sino mencionar a la doctrina expresada en instrumentos y proyectos de organizaciones tanto internacionales como regionales, carentes de poder vinculante. No analiza los efectos de esos intrumentos como potenciales manifestaciones concretas de una *opinio iuris* en evolución, ni hace referencia al comportamiento de los Estados tendiente a la creación de una norma consuetudinaria de alcance general. Sobre este mismo tema, la jurisprudencia de los Estados Unidos de América ha sostenido que no fue posible probar que la desaparición forzada de personas constituya un delito internacional autónomo del abuso del poder o de la detención ilegal o del asesinato[27].

La Corte finalmente parte de la base de que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos a los que los Estados parte están obligados a respetar y garantizar.

De esta forma la Corte define y tipifica a la desaparición forzada como una sumatoria de violaciones al derecho a la libertad personal (art. 7°, Convención), al derecho a la integridad personal y física (art. 5°) y al derecho a la vida (art. 4°).

Al respecto sostuvo la Corte: "El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto"[28]. Asimismo, la Corte consideró que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se somete a un desaparecido son "formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"[29]. Finalmente la Corte infiere de la práctica de desapariciones una brutal violación del derecho a la vida puesto que esa práctica "ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda

[27] Conf. caso "Forti", US District Court Northern District of California, case n° C-87-2058 DIJ, Memorandum Decision and Order, 6th October 1987, y caso "Martínez Baca", US District Court Northern District of California, case n° C-87-2057 SC, April 22, 1988.

[28] Caso "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29/7/88, § 155.

[29] Ibíd., § 156.

huella material del crimen y procurar la impunidad de quienes lo cometieron"[30].

Por otra parte, la práctica sistemática de desapariciones presupone, en el razonamiento de la Corte, el ignorar el deber de organizar al Estado de modo que sus instituciones garanticen los derechos reconocidos en la Convención[31]. El Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, pero la Corte no puede admitir que ese poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda prevalerse de procedimientos que no se subordinen al derecho o a la moral. "Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana"[32].

6. La imputación del hecho internacionalmente ilícito

Una vez que la Corte consideró como relevantes los hechos probados, y después de definir –de conformidad con la Convención– a esos hechos como ilícitos internacionales, pasó a ocuparse de la imputación de esos hechos a un Estado parte a los efectos de determinar la responsabilidad internacional de éste. La Corte sostuvo que "el problema planteado exige a la Corte un examen sobre las condiciones en las cuales un determinado acto, que lesione alguno de los derechos reconocidos en la Convención, puede ser atribuido a un Estado parte y comprometer, en consecuencia, su responsabilidad internacional"[33].

La Corte resalta la importancia del art. 1.1 de la Convención en cuanto a que su contenido expresa una obligación genérica contraída por los Estados parte, respecto de cada uno de los derechos protegidos. Así es que cualquier lesión a alguno de los derechos de la Convención, implica necesariamente la lesión del art. 1.1.

El art. 1.1 de la Convención establece: "Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color,

[30] Ibíd., § 157.
[31] Ibíd., § 158.
[32] Ibíd., § 154.
[33] Ibíd., § 160.

sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Si bien la Comisión no se refirió expresamente a la aplicación del contenido de este artículo de la Convención, la Corte considera que no está inhibida de aplicarlo en razón de que éste constituye el fundamento genérico de la protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención. A su vez la Corte expresa que de acuerdo con una reiterada jurisprudencia internacional "el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente ('Lotus', CPJI, 1927, series A, nº 10, p. 31 y Eur. Court H. R., Handyside Case Judgement of 7 December 1976, § 41)"[34].

El contenido del art. 1.1 expresa las obligaciones fundamentales de respeto y de garantía de los derechos humanos que el Estado asume convencionalmente. Así es que para la Corte "todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la misma Convención"[35].

La Corte distingue entre la obligación de respetar los derechos y libertades y la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de esos derechos humanos.

En cuanto a la primera de estas obligaciones asumidas por los Estados parte, la Corte expresa que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. En su Opinión Consultiva sobre la expresión "Leyes" en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte sotuvo que "en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal"[36].

En cuanto a la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos, la Corte entendió que esa obligación implica no sólo el asegurar jurídicamente su

[34] Ibíd., § 163.

[35] Ibíd., § 164.

[36] Conf. Opinión Consultiva de la Corte IDH, del 9/5/86 (OC-6/89), § 21.

observancia sino que incluía: el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar toda violación; el procurar el restablecimiento del derecho conculcado; y de ser pertinente, la reparación de los daños ocasionados.

Al respecto la Corte sostuvo que "la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"[37].

La Corte parte de la base de que toda acción u omisión del poder público estatal que viole los derechos humanos reconocidos por la Convención es, de acuerdo con el art. 1.1 un ilícito internacional. A los efectos de hacer operativo este principio, la Corte esboza un esquema de responsabilidad objetiva del Estado frente a toda circunstancia por la cual un órgano o funcionario de ese Estado, lesione indebidamente uno de los derechos reconocidos por la Convención.

La Corte fundamenta este esquema objetivo en un principio del derecho internacional por el cual el Estado es responsable por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de esos agentes, aun si éstos actuaron fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno. Es decir que, para la Corte, es irrelevante a los efectos de determinar la responsabilidad del Estado, el hecho de que el agente u órgano estatal hayan realizado actos u omisiones bajo una mera apariencia de autoridad pública, sobrepasando los límites de sus propias funciones, o que hayan actuado en contravención del derecho interno[38].

Pero el Estado, alega la Corte, será también internacionalmente responsable frente a la violación de derechos humanos reconocidos en la Convención no directamente imputables a éste, cuando, por la falta de una debida diligencia no cumpliera con su obligación de garantizar el libre y pleno goce de esos derechos.

La Corte enuncia como causales generadoras de la responsabilidad objetiva del Estado tanto al hecho del apoyo o tolerancia del poder público frente a la violación de dere-

[37] "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29/7/88, § 167.

[38] Ibíd., § 170.

chos humanos no directamente imputables a éste, cuanto a las situaciones en las que esas violaciones se hayan realizado en defecto de toda prevención estatal o impunemente. La Corte fundamenta su posición expresando que "en definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el art. 1.1 de la Convención"[39].

La Corte distingue como causales autónomas de la responsabilidad objetiva del Estado, entre la obligación de respetar y la obligación de garantizar los derechos reconocidos en la Convención. En cuanto a los deberes del Estado de prevenir, investigar y sancionar esas violaciones, la Corte los considera como obligaciones derivadas de aquellas causales. De esta forma la debida diligencia, en cuanto consecuencia de una obligación de actuar, involucra como fundamento convencional implícito a ambas causales de responsabilidad.

Siendo la obligación de prevenir una obligación de medio y no de resultado, no queda automáticamente comprometida la responsabilidad del Estado por el mero hecho de que un derecho protegido haya sido violado. Al respecto la Corte encuentra que "es obvio... que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto"[40].

La obligación de investigar, es como la de prevenir, una obligación de medio o de comportamiento. La Corte exige a los efectos de deslindar la responsabilidad del Estado, que la investigación se emprenda con seriedad y debiendo ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio. La Corte encuentra que en el presente caso hubo una completa inhibición de los mecanismos teóricamente adecuados del Estado hondureño para atender a la investigación de la desaparición de Manfredo Velásquez, así como al cumplimiento de deberes como la reparación de los daños causados y la sanción de los responsables[41].

[39] Ibíd., § 173.
[40] Ibíd., § 175.
[41] Ibíd., § 178.

De la evaluación general de las pruebas aportadas al presente caso la Corte concluye que "las autoridades hondureñas no actuaron de conformidad con lo requerido por el art. 1.1 de la Convención en cuanto a garantizar efectivamente la vigencia de los derechos humanos dentro de la jurisdicción de ese Estado"[42]. De esta forma la Corte parecería estar aplicando, dentro del contexto de ese artículo, una obligación que fue violentada por una negligencia, no claramente distinguible de una complicidad estatal.

En este sentido la Corte expresó que "tiene la convicción, y así lo ha dado por probado, de que la desaparición de Manfredo Velásquez fue consumada por agentes que actuaron bajo la cobertura de la función pública. Pero, aunque no hubiera podido demostrarse tal cosa, la circunstancia de que el aparato del Estado se haya abstenido de actuar, lo que está plenamente comprobado, representa un incumplimiento imputable a Honduras de los deberes contraídos en virtud del art. 1.1 de la Convención, según el cual estaba obligada a garantizar a Manfredo Velásquez el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos"[43].

Para la Corte es irrelevante la circunstancia de que dentro del derecho hondureño las prácticas violatorias a los derechos humanos que se le imputan, no estuvieran autorizadas o constituyeran delitos tipificados dentro de su derecho interno. Es también irrelevante el hecho de que no todos los niveles del poder público estaban en conocimiento de las acciones u omisiones que se le imputan al Estado. Por otra parte, el principio del derecho internacional de la identidad del Estado es invocado por la Corte para asegurar la subsistencia de la responsabilidad del Estado con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo.

La Corte concluye que de los hechos probados en el proceso ante ella, resulta que Honduras es responsable de la desaparición involuntaria de Velásquez Rodríguez. En consecuencia dice la Corte que son imputables a Honduras violaciones a los arts. 7°, 5°, y 4° de la Convención.

En cuanto al hecho de que no ha sido demostrado de modo directo que Velásquez fue torturado físicamente, la mera circunstancia de que su secuestro y cautiverio hayan

[42] Ibíd., § 180.

[43] Ibíd., § 182.

quedado a cargo de autoridades que comprobadamente sometían a los detenidos a esas prácticas, representa la inobservancia del deber que impone a los Estados el art. 1.1, en relación con los párrs. 1° y 2° del art. 5° de la Convención. Este razonamiento es también aplicado por la Corte respecto al derecho a la vida consagrado en el art. 4° de la Convención. Dentro de este esquema de presunciones no necesariamente probadas por la Corte para el caso concreto de Velásquez Rodríguez, ésta sostiene que "el contexto en que se produjo la desaparición y la circunstancia de que siete años después continúe ignorándose qué ha sido de él, son de por sí suficientes para concluir razonablemente que Manfredo Velásquez fue privado de su vida"[44]. Por lo tanto Honduras ha violado el art. 1.1 en relación con el 4.1 de la Convención en cuanto a su incumplimiento de la obligación de garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción el derecho a la vida.

La Corte finalmente decidió por unanimidad declarar que Honduras ha violado en perjuicio de Velásquez Rodríguez los deberes de respeto y garantía del derecho a la libertad personal reconocido en el art. 7° y del derecho a la integridad personal reconocido en el art. 5°, en ambas situaciones, en conexión con el art. 1.1 de la Convención.

Es relevante hacer notar que, también por unanimidad, la Corte declaró que Honduras había violado solamente el deber de garantía –y no el de respeto– del derecho a la vida reconocido en el art. 4° en conexión con el art. 1.1 de la Convención.

Esta diferencia de tratamiento de los hechos que integran la tipificación de la desaparición como un delito internacional autónomo, pero a la vez integrado por otros ilícitos convencionalmente reconocidos, responde probablemente a cierto grado de prudencia con el que la Corte se manejó dentro de un contexto de situaciones, inferidas de pruebas indirectas y circunstanciales.

7. Reparación del hecho internacionalmente ilícito

Una vez que la Corte determinó la existencia de un hecho ilícito imputable a Honduras, estableció las consecuen-

[44] Ibíd., § 188.

cias que ese hecho provocó respecto al individuo directamente afectado.

El sistema de la Convención Interamericana en materia de responsabilidad por violación de alguna de sus normas prevé, siguiendo las pautas generales del derecho internacional, la necesidad de restablecer y garantizar al lesionado el goce de sus derechos o libertades conculcados[45].

Asimismo establece la posibilidad de exigir, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que dio origen a la violación de un derecho protegido por la Convención. También corresponde el satisfacer el pago de una indemnización justa a la parte lesionada[46].

Ante la imposibilidad fáctica de exigir el cumplimiento de la obligación de garantizar el goce de los derechos y libertades violentados, en el presente caso solamente es posible el exigir que el Estado repare las consecuencias provocadas por la violación de la Convención a través de una justa indemnización.

Si bien la Comisión durante el proceso reclamó el pago de una indemnización, la Corte encuentra que no habiendo aportado elementos para determinar el monto y la forma de pago, considera que estos aspectos pueden bien ser convenidos entre las partes. Para el caso en que no se llegara a un acuerdo, recién entonces la Corte fijará la indemnización, por lo tanto decide mantener abierto, a ese solo efecto, el presente caso. La Corte hace a su vez expresa reserva de su derecho de homologar el acuerdo así como de su derecho de fijar el monto y la forma, si éste no fuere determinado por las partes[47].

Las partes, entiende la Corte, son la Comisión y el Estado de Honduras. Sobre este punto, el juez Pisa Escalante anexó al fallo un voto disidente por considerar que la víctima o sus causahabientes son una parte activa en un sentido sustancial del proceso[48].

Al establecer la mayoría de la Corte que el acuerdo sobre el monto y la forma de la indemnización sea fijado entre la Comisión y el gobierno de Honduras, aclara que los destinatarios directos de la indemnización son los familiares de

[45] Art. 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

[46] Ibíd.

[47] Caso "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29/7/88, § 131.

[48] Ibíd., voto disidente del juez Pisa Escalante, § 3.

la víctima, "sin que ello implique un pronunciamiento sobre el significado de la palabra 'partes' en otro contexto del sistema normativo de la Convención"[49].

La Corte sigue las tendencias generales de una constante jurisprudencia internacional en materia de protección diplomática de individuos en cuanto a quién es el directamente interesado en definir el reclamo de una justa indemnización. En principio, una vez determinada la responsabilidad de un Estado que ha cometido en perjuicio de particulares un ilícito internacional, el Estado que ejerce la protección diplomática de éstos, es quien controlará el reclamo.

Por nuestra parte consideramos que si bien el efecto provocado en cuanto a la fijación de la indemnización en el presente caso es asimilable a los efectos del ejercicio de una protección diplomática, los fundamentos en una y otra situación son, en alguna medida, diferentes. En este contexto entendemos que la Comisión no es, al igual que el Estado que ejerce una protección diplomática, el sujeto internacionalmente lesionado por la violación de una norma del derecho internacional, sino que es quien ejerce, por mandato convecional, una función de contralor y protección de los derechos reconocidos en un acuerdo internacional a favor de individuos.

8. Reflexiones finales

El caso Velásquez Rodríguez representa un importante precedente en cuanto al tratamiento desde el punto de vista normativo del fenómeno de las desapariciones forzadas.

Frente a la falta de tipificación adecuada en la Convención Interamericana, la Corte elaboró un mecanismo apto para determinar la responsabilidad del Estado, integrando la noción jurídica de la desaparición forzosa de personas a través de la sumatoria de violaciones de un grupo determinado de derechos reconocidos y protegidos convencionalmente.

Frente a las características propias de esas prácticas sistemáticas de violaciones de derechos humanos, la Corte consolidó un esquema de evaluación de pruebas tendiente a corroborar la inclusión de casos individuales dentro de esas prácticas generales.

[49] Ibíd., § 192.

Tanto la elaboración de los criterios para definir a las desapariciones forzadas, como el esquema previsto para la apreciación de las pruebas, fueron utilizados por la Corte en dos casos posteriores al de Velásquez Rodríguez.

Así es que en el caso Godínez Cruz[50] la Corte llegó a igual decisión que en el caso Velásquez Rodríguez, exigiendo al Estado de Honduras una reparación adecuada a través de un justa indemnización. Mientras que en el caso Farien Garbi y Solís Corrales[51] la Corte declaró que no ha sido probado que los individuos presuntamente afectados hayan desaparecido por causa imputable a Honduras, cuya responsabilidad, por consiguiente, no ha quedado establecida.

En otro orden de cosas, llama la atención que la Corte claramente expresara que no se trataba en el caso Velásquez Rodríguez de un proceso penal. Esto no significa que el factor "culpabilidad" le sea indiferente o irrelevante, sino que en alguna medida, reconoce un potencial peligro en cuanto a la politización de sus conclusiones. En este contexto la Corte parecería interesada en asegurar que el objetivo fundamental perseguido a través de la implementación de los mecanismos previstos por la Convención Interamericana, no es el de "condenar" sino el de "proteger" los derechos humanos reconocidos en ese instrumento.

Cabe preguntarse en qué medida se cumple ese objetivo si la responsabilidad del Estado violador de un derecho reconocido en la Convención simplemente trae por consecuencia la obligación de reparar, a través de una justa indemnización, los daños ocasionados.

Es posible argumentar que la sentencia de la Corte en el caso Velásquez Rodríguez cumple un objetivo no explicitado en los considerandos o en su parte dispositiva al "declarar" que un Estado ha violado en perjuicio de un individuo sus deberes de garantizar y respetar ciertos y determinados derechos humanos.

En este sentido, el mero reconocimiento por parte de la Corte de la existencia de actos internacionalmente ilícitos imputables a un Estado, independientemente de una definición de los efectos de esa culpabilidad, constituye una

[50] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Godínez Cruz", sentencia del 29/1/89.

[51] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Fairen Garbi y Solís Corrales", sentencia del 15/3/89.

sanción ejemplificadora dentro del esquema actual de implementación internacional de los derechos humanos.

Cabe recordar que al igual que en el caso del Estrecho de Corfú[52] la constatación de una violación del derecho internacional por parte de una Corte internacional, puede constituir en sí misma, una satisfacción apropiada.

Sin embargo, el simple hecho de que un Estado pueda ser internacionalmente identificado como responsable de violaciones a los derechos humanos, genera apenas una discreta expectativa respecto a qué actitudes futuras tomará ese Estado, frente a sus obligaciones convencionales de respetar y garantizar esos derechos.

Finalmente, es de interés el destacar que la Corte, en el presente caso, no ha calificado los hechos ilícitos imputados a Honduras ni como delitos ni como crímenes internacionales, de conformidad con las exigencias de una novedosa práctica internacional[53].

Esta omisión adquiere relevancia en cuanto a que en el contexto de las tendencias actuales del derecho internacional de los derechos humanos, las violaciones a ciertos y determinados derechos han adquirido el carácter de crímenes internacionales[54].

Sin desestimar el valor de toda justa indemnización como método apropiado para la reparación de los daños ocasionados por violaciones a los derechos humanos, consideramos que al consolidarse tanto interna como internacionalmente el efecto persuasivo –y en alguna medida condenatorio– de una sentencia que "declara" la responsabilidad de un Estado determinado, se tenderá, a través de factores y circunstancias ajenas a un aspecto meramente normativo, a afianzar el objetivo de la debida protección.

[52] ICJ, Reports, 1949, § 36.

[53] Ver sobre el particular el Proyecto Ago sobre la Responsabilidad de los Estados, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1980, vol. II, segunda parte, p. 29-32; el art. 19.2 de ese proyecto expresa: que "Constituye un crimen internacional el hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional, que su violación está reconocida como un crimen por esa comunidad en su conjunto".

[54] Ver, por ejemplo, la Convención contra la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes, aprobada por consenso en la Asamblea General de la ONU, Res. 39/46 del 10/12/84 y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, suscripta en Cartagena de Indias, Colombia, el 19/12/85.

ENSAYOS

EL CRIMEN TELEVISIVO

De la violencia en la comunicación y de la comunicación de la violencia

MARTÍN ABREGÚ

"Una de las primeras cosas es pedirle a la clase media, que tiene tanto miedo a la violencia, que sin duda va a haber pequeños abusos, los va a haber, pero que no denigren a la gente más humilde, la que no tiene trabajo, incluso a los que pueden tener reacciones violentas, porque todos esos son los que primero han padecido una violencia terrible donde no está en juego una casetera, sino que está en juego la vida, donde no está en juego una lastimadura, o lo que sea, sino que está en juego la integridad de la familia, la capacidad intelectual de los chicos. Con esto no quiero decir que están bien las reacciones violentas, pero para analizar esas reacciones que pueden darse, los abusos, la prepotencia, los robos, lo que sea, para ser justos, primero analicemos lo que desde hace tanto tiempo están padeciendo las clases, los grupos, las familias más desamparadas, que es mucho más grave, porque está en juego algo mucho más importante, más que algo material, que algún susto, que alguna humillación, que algo pasajero".

Padre ANIBAL FILIPPINI
Párroco Bajo Boulogne

1. INTRODUCCIÓN

La televisión mata cientos de personas por día. Es algo semejante al gran asesino de nuestro tiempo. Todos los días frente a nosotros destrozan a balazos a inocentes, aprehenden ilegalmente a delincuentes, desconsolados se suicidan y los "peces gordos" pasean su impunidad (ya sea vestidos de latinoamericanos en una serie importada o haciendo de columnistas en los noticieros locales). Sin embargo, nadie parece dispuesto a iniciar un proceso penal contra este asesino a sueldo de la publicidad.

No se trata acá de confundir la realidad con la ficción, nada más lejos de nuestro propósito, pero no nos cabe ninguna duda de que "el crimen televisivo" (nombre que hemos decidido darle a esa unión tan frecuente entre violencia y medios masivos[1]) tiene consecuencias reales tanto en el plano individual como en el colectivo, tanto en la ética de cada individuo como en las normas que regirán nuestras sociedades y hasta en cómo deberán regirlas.

El tema de la violencia en los *mass-media* se nos plantea desde varias perspectivas; por un lado no se puede negar su caracterización como un problema, como un elemento que hay que tratar de solucionar o, al menos, limitar; por el otro no corresponde "desgarrarse las vestiduras" por un hecho que no es más, en gran parte, que la consecuencia lógica de nuestra sociedad. No nos estamos haciendo eco de esa frase que sentencia que "cada sociedad tiene los medios masivos que se merece", lo que nos interesa destacar es que, aun en los casos en que se desconozcan los intereses de la comunidad, la violencia en la televisión no es solamente un agregado con fines ideológicos. A nadie se le ocurriría hoy obviar toda forma de violencia en el momento de escribir un guión, a menos que quiera contarnos la más irreal de las historias.

Este análisis no intentará decir nada novedoso[2]. Lo que trataremos de hacer es "recopilar" muchas ideas frecuentemente tratadas pero estudiándolas esta vez desde otra óptica que, desde nuestro punto de vista, las aglutina. Creemos que una sistematización de estos temas es esencial en un estudio a fondo de la criminalidad de los "tiempos modernos".

[1] Tal vez hubiera sido más apropiado usar la expresión *mass-media*, técnicamente más adecuada ya que no nos detendremos a analizar la violencia en todos los medios masivos, sino solamente en algunos de ellos, excluyendo a los que difícilmente se conectan con el sistema penal, como es el caso de la arquitectura. Además, este término es un tanto vago y no está muy claro qué dispositivos técnicos abarca y cuáles no; sin embargo, en este trabajo será utilizado como sinónimo de *mass-media* y usaremos ambos términos indistintamente para definir el conjunto formado por el cine, la radio, la televisión y los periódicos, aunque ésta sea una limitación al significado genérico.

[2] Rogamos no interpretar esta declaración como una aceptación tácita del pensamiento que gusta en autodenominarse posmoderno sino sólo como un reconocimiento de las limitaciones de este trabajo. De cualquier forma, tampoco es del todo cierto que cualquier adherente al posestructuralismo se animara a hacer una afirmación tan simplista como la que da lugar a esta llamada.

"El hecho de que precisamente el mundo pase a ser imagen, caracteriza la esencia de la edad moderna"[3]; sin embargo, muchos estudiosos de la violencia parecen no haberse percatado de este hecho; demasiado ha cambiado el hombre desde la irrupción de las nuevas tecnologías de la comunicación como para que la criminología se mantenga al margen de estas modificaciones. Es por esto que empezaremos por analizar dos elementos esenciales, algo así como dos presupuestos para el posterior estudio de la reproducción "mass-mediática" de la violencia. Nos detendremos, primero, en la modificación de la percepción del mundo real que los medios masivos han producido y, seguidamente, analizaremos la capacidad o no de dichos medios para manipular a las masas, anticipando, desde ya, que nos expresaremos por la negativa.

2. La pantalla del mundo nuevo

"Los efectos de la tecnología no son visibles en el nivel de las opiniones y de los conceptos, pero alteran las relaciones sensibles y los modelos de percepción continua e inconscientemente"... "El mensaje de la televisión no son las imágenes que transmite, son los nuevos modos de relación y de percepción que impone"[4]. Éstas son reflexiones que Marshall McLuhan hacía por la década del 60 y más allá de las discusiones que provocó con su optimismo a ultranza acerca del futuro de la sociedad tecnológica, no hay duda de que sus análisis respecto de la percepción "mass-mediática" no han sido del todo errados. La obsesión de este autor serán los cambios que los adelantos técnicos provocarán en el interior de cada individuo: cómo su vida ya no será la misma, cómo su sociedad jamás podrá volver a ver el mundo como lo vieron sus antepasados.

No hace falta detenernos demasiado en la importancia que estos estudios tienen para cualquiera que quiera investigar las razones de la violencia de la que somos testigos (McLuhan hace inclusive una asociación entre el sufrimiento que provoca la aparición de cada nuevo medio de comunicación y un tipo de música que sería la consecuencia de dicho dolor; sería interesante analizar la posibilidad de am-

[3] Heidegger, Martín, *Sendas perdidas*, en "Revista Fierro", nº 62.

[4] McLuhan reproducido por Baudrillard, *Understanding media*.

pliar esta teoría de forma tal de asociar a cada nuevo medio, un cierto tipo de violencia) o los elementos esenciales a considerar en el proceso de criminalización. Los medios masivos se han instalado definitivamente entre nosotros para modificar todas las relaciones existentes, y, fundamentalmente, la de cada ser humano con el mundo que lo rodea. Nueva construcción social de la realidad, dicen algunos; trataremos de dejar sentado nuestro punto de vista. Mediatizada la violencia tal vez sea interesante mediatizar la mediatización.

Si bien puede pensarse que es un tanto descabellado, creemos inclusive que el hombre contemporáneo es incapaz de tomar la debida conciencia de la magnitud de los cambios que en él mismo producen sus avances en el campo de lo comunicacional. No obstante no desconocer la revalorización que en los últimos años ha sufrido este campo (no es casual que uno de los filósofos más importantes sea actualmente Habermas, un filósofo de la comunicación[5]), entendemos que por hallarnos inmersos en estas modificaciones nos es imposible describirlas en profundidad; si creemos con Bataille, que "subordinar no es solamente modificar el elemento subordinado, sino ser uno mismo modificado"[6], que "la herramienta cambia juntamente a la naturaleza y al hombre", no tenemos otra posibilidad que reconocer la incapacidad del hombre contemporáneo para comprenderse en relación con sus ancestros.

Hemos insistido con esta disquisición teórica que parece tan alejada de la criminología porque creemos lo contrario (además, cualquier repetición es válida en una sociedad mass-mediatizada). En los últimos años todos hemos experimentado, al menos visualmente, una multiplicidad de sensaciones relacionadas con lo violento, que medio siglo atrás

[5] No ignoramos aquí cuál es la comunicación que preocupa a este autor; sin embargo, creemos que sería necio suponer este interés como desligado de la explosión comunicativa de este siglo.

[6] Bataille, George, *Teoría de la religión*, en "El aleluya", Alianza, 1981, cap. II. Es esta una buena oportunidad para pedir disculpas a todos los autores que han sido y serán citados en este trabajo por haber sido descontextualizadas sus frases de forma tal que nos sean útiles a nuestros propósitos; no obstante, es importante aclarar que se ha tratado de respetar las ideas pero no así los fines con los que fueron expuestas originariamente. De cualquier modo valga como defensa teórica la opinión de Deleuze quien sostiene que un texto reproducido deja de pertenecer a su autor para pasar a formar parte de la creación del transcriptor (Deleuze es otro de los que debe perdonarnos).

nos hubieran costado más de una muerte; todos hemos visto el placer que produce ahorcar a quien nos ha estado molestando en los últimos ciento veinte minutos (sesenta si lo que hemos estado mirando fue una serie); hemos aprendido a pulir nuestros crímenes, nos hemos acostumbrado a ver cuerpos destrozados y a disparar "a quemarropa"; todos los días tenemos la muerte ante nuestros ojos, etc.; en síntesis, todos somos más vulnerables a identificarnos con el papel que la sociedad requiere de nosotros a través de estereotipos que llegan hasta cualquier punto del planeta gracias a la industria cultural[7].

En el párrafo anterior sólo hemos enunciado algunos ejemplos de esta "revolución perceptiva" que consideramos importante tener en cuenta en el campo de la criminología. De cualquier modo, no intentamos agotar con esa mínima enumeración sus alcances; es tiempo de que este saber comience a prestar atención a la abundante bibliografía que hay sobre el tema, aunque es necesario aclarar que debe detenerse especialmente en la que se refiere a la permanencia de los medios masivos y no sólo a su irrupción (por desgracia en nuestro país la segunda es más abundante que la que nos interesa). Es necesario estudiar cómo se desarrolla el proceso de criminalización en una sociedad habituada a los medios; no creemos que la cuestión sea simple pero es imprescindible si no queremos seguir trabajando con un paradigma ya superado por la aparición de los *mass-media*.

3. El gran dictador

El otro punto de partida, que consideramos necesario especificar, es que nos opondremos a la postura que le otorga a los medios masivos de comunicación una capacidad de manipulación de las masas poco menos que absoluta. Los medios masivos son, para esta opinión, algo así como los dueños de las opiniones de toda la sociedad, o, al menos, de su parte "no pensante". Fundamentaremos nuestra posición desde aspectos muy diferentes pero es necesario aclarar que este tema está muy relacionado con el de la construcción social de la realidad que estudiaremos en forma particularizada más adelante.

[7] Industria cultural se utiliza aquí en el sentido clásico que le dieron Morin y Adorno.