

Creemos que el primer error que comete esta postura es considerar que el aparato comunicacional puede funcionar íntegramente, sin fisuras ni contradicciones, como si un solo cerebro determinara su accionar por el único hecho de ser todos ellos medios masivos. No cabe duda de que podrá haber casos en los que la totalidad de los medios responderá a un poder central pero ésta no sería una característica de los medios sino de esa sociedad. Si aceptamos, entonces, que los medios masivos, en una sociedad democrática, no tienen, por su sola naturaleza, la cualidad de no contradecirse, no queda muy claro cómo harían varias opiniones emitidas por distintos medios para determinar una idea uniforme en toda la sociedad.

Por otro lado es importante destacar la relativa, aunque no escasa, independencia del aparato comunicacional del resto de los micropoderes y, sobre todo, de lo que normalmente se considera como poder central. Ya sea que lo analicemos como una institución, al estilo de Foucault, que tiene su propio saber-poder, o que según la óptica de Tomás Bunge lo consideremos como un subsistema o cualquiera de las tantas otras posibilidades (p.ej., como una corporación), de cualquier manera llegaremos a la conclusión de que sus intereses propios se opondrán, al menos en forma parcial, a los de los restantes poderes, razón por la que la imposición de sus puntos de vista no será tan pacífica.

Pero los argumentos arriba enunciados pierden trascendencia frente al que consideramos el más determinante: esta concepción todopoderosa de los medios parte de la suposición de que un mensaje está determinado sólo por su emisión. Sostenemos, por el contrario, que la decodificación es tan importante en un mensaje como su enunciación. Sin hacer un análisis detallado, es importante destacar que, poco a poco, los teóricos de la comunicación comienzan a darle a este proceso de reconocimiento de un mensaje un papel cada vez más protagónico⁴, de forma tal que no pode-

⁴ En un proceso bastante lento que puede tener, tal vez, como antecedente más remoto la teoría de la comunicación intersubjetiva de Wittgenstein, se ha ido abandonando el esquema clásico de Jakobson: emisor-mensaje-receptor, para dar paso a descripciones que interrelacionan mucho más la actividad del emisor y del receptor con el mensaje; un ejemplo es el proceso que describe Stuart Hall (*Encoding and decoding*, en "Culture, Media and Language", Londres, Hutchinson, 1980) y en nuestra región se puede citar a Barbero, Jesús M., *De los medios a las mediaciones*, Bs. As., G. Gill, 1987.

mos considerar un discurso como realizado sólo por el que lo escribió sino también por el que lo leyó.

Si partimos de estos presupuestos, muy poco discutidos en el campo de la comunicación interpersonal, no cabe duda de que un análisis de la influencia de los medios masivos llegará a conclusiones muy diferentes de las de la postura que aquí nos interesa combatir. Somos conscientes de que no se puede deducir de estas teorías que es imposible que se produzca una decodificación similar en toda la sociedad o, al menos, en una gran parte de ella (de cualquier manera sería más difícil defender esta postura si consideráramos que este proceso depende de cada individuo que lo realiza) pero de la misma manera y por las mismas razones se puede sostener que existe la posibilidad de que se produzca una decodificación "aberrante" por amplios sectores de la sociedad ya que, en el momento del reconocimiento del mensaje, nada pueden hacer los medios masivos para que la recepción sea la deseada.

Por otro lado, las teorías que defendemos dejan de considerar a la recepción como una pasividad para convertirla en un comportamiento activo, de modo tal que la manipulación requeriría la colaboración del manipulado, dejando de ser este problema ámbito exclusivo de lo comunicacional. Como se ve, estas teorías permiten un análisis mucho más flexible de la influencia de los mass-media.

Se podrá responder a todos nuestros argumentos, apelando a ejemplos históricos de manipulación de masas por los medios masivos y sería la experiencia nazi la más absoluta de las demostraciones. Lo primero que nos interesa aclarar es que consideramos que "mucho agua ha corrido bajo el puente" desde aquellos años. Ya hemos sostenido que la sociedad no es la misma cuando se siente invadida por las nuevas tecnologías comunicativas que cuando se ha habituado a ellas. No es original sostener que el gran desafío de los medios masivos en un futuro cercano será vencer la desconfianza sobre sí mismos que ellos están creando a pasos agigantados, no obstante, se hacen necesarias algunas otras aclaraciones. Vázquez Montalbán dice, respecto de la descripción más corriente del fenómeno comunicacional alemán durante la segunda guerra: "Su esquema es, pues, válido sobre todo en función de la concreta experiencia nazi, pero a partir de él se ha intentado generalizar sobre el comportamiento instintivo de las masas en detrimento de cualquier posibilidad de un comportamiento 'inteligente'".

perdiendo de vista los factores históricos coyunturales y modificables que pueden dar mayor o menor virtualidad a la manipulación emocional del pueblo"⁹. Entendemos que el análisis que hace este autor es el más apropiado y si bien hay mucho que agregar no es éste el fin de nuestro trabajo. Existen también, muchos ejemplos históricos en los que la manipulación intentada no ha dado resultados positivos¹⁰.

Para ir finalizando este apartado, una verdad de Perogrullo: manipulación de la información no es lo mismo que manipulación de la opinión pública. Muchos teóricos de la manipulación utilizan ambos términos como sinónimos o, al menos, en forma indistinta. Un breve análisis del tema tira por la borda cualquier asimilación. La manipulación de la información puede ser unilateral: es la decisión de quien tiene en su poder la información de sólo hacerla pública parcialmente. No negamos que esta manipulación sea excesivamente sencilla dada la actual estructura de los medios. En este aspecto sí podemos hablar de manipulación, pero tomando en cuenta que lo que se está manejando con arbitrariedad es la información y no al informado. Por el contrario, como ya quedó explicado, la manipulación de la opinión pública no puede ser unilateral y, si resulta posible, dista mucho de ser sencilla. Además, creer que la manipulación de la información es causal directa de la del informado responde a un análisis desde la óptica simplista de la psicología conductista, que dista mucho de ser eficaz para explicar la complejidad de los fenómenos sociales.

Nos hemos detenido en este tema, quizá más específico del campo comunicacional que el anterior, en primer término, porque nuestro punto de vista condicionará todos los estudios que haremos más adelante, y, por otro lado, porque obviamente la postura que se defiende en este tema será esencial en la elección de una determinada política criminal.

⁹ Vázquez Montalbán, *Historia y comunicación social*, Barcelona, Bruguera, 1980, cap. II.

¹⁰ En nuestro país, por ejemplo, estas últimas años parecen ir finalmente demostrando que la manipulación no es tan fácil. Después de algunas experiencias desagradables que, tal vez, deberían ser explicadas por la complejidad del manipulado, podemos contabilizar varias actitudes políticas recientes que no respondieron a las expectativas de los manipuladores de los medios.

4. ¿UN CÍRCULO VICIOSO O UN CÍRCULO VICIADO? (SISTEMA PENAL Y TELEVISIÓN)

El tema de la relación entre los medios masivos y la violencia tiene varias caras diferentes (y por desgracia todas ellas son oscuras y difíciles de comprender), las que deben ser analizadas en forma particularizada, al mismo tiempo que es imposible considerar a cada una de ellas como independiente de las demás. Es por esto que, parafraseando a Jesús Martín Barbero¹¹, hablamos de "círculo vicioso o círculo viciado". Es muy difícil distinguir con exactitud dónde empieza la relación de los medios con la violencia en general o con el sistema penal en particular, descubrir cuándo los medios son los fomentadores de violencia y cuándo son sólo nuestro espejo, asegurar que todos sus mensajes favorecerán a la ideología dominante y que jamás sus intereses particulares chocarán con los de los demás poderes.

Lo que trataremos de describir ahora es cuáles son, desde nuestro punto de vista, las principales relaciones que se plantean entre los medios de comunicación masiva y el sistema penal. Pero nuestro punto de partida será esta ambivalencia que se da en la conexión, de forma tal que no intentaremos saber quién hace girar el círculo ni tampoco en qué dirección.

"Mis films llevan en sí mismos una visión corrosiva de la sociedad. Quisiera quitar todas esas escenas de violencia pero no puedo; eso soy y estoy atrapado con ellas. Soy un cineasta. Debo negociar y mentir para conseguir el dinero con el que hacer mis films. ¿Puedo, entonces, construir un universo moral en mis películas? Sí, ésa es mi única esperanza" (Brian De Palma).

a) Los medios al servicio del sistema

Los favores que día a día la radio, la televisión y los periódicos le hacen al sistema penal en su conjunto son abundantes; describirlos a todos sería, además de imposible, en muchos casos reiterativo. Las razones de esta vieja amistad, son varias. Por un lado no hay duda de que la dependencia que las grandes empresas comunicativas tienen rea-

¹¹ Barbero, Jesús M. *Estos e la investigación en América Latina*, en "Comunicación y cultura", México DF, 1983, n° 2.

pecto de los órganos de gobierno no es despreciable y que esto les dificultaría volcarse a favor de un discurso que deslegitimase a uno de ellos; por otro, los intereses económicos que influyen sobre ambas agencias son normalmente los mismos; además, el sistema penal actúa, en general, devolviendo dichos favores, limitando, por ejemplo, la posibilidad de que la hegemonía de los grandes medios se vea vulnerada. Cualquiera sea la razón, lo cierto es que para el sistema penal sería imposible funcionar, tal como lo hace, si no contara con estas inmensas agencias de propaganda.

De cualquier manera, es necesario aclarar que como el sistema penal no es más que la denominación de un conjunto de instituciones que trabaja en forma dispersa, muchas veces la colaboración prestada a una de las agencias puede ir en detrimento de alguna otra. Esta es una consecuencia de que la relación entre ambos no es siempre el resultado de una planificación sin fisuras (podría darse tal vez una planificación que englobe a todas las agencias y a los medios de comunicación como la que suele darse en nuestro país durante los regímenes de facto, pero de cualquier forma es difícil de imaginar que dicha elaboración sea perfecta) sino de los saberes-poderes que cada institución ha consolidado.

Las relaciones que se pueden plantear, entonces, entre el sistema penal y los medios masivos son muchas y muy variadas. No tendría sentido llevar a cabo una enumeración de cada una de ellas. Nos remitimos a la descripción que hace Zaffaroni, a la que consideramos una buena introducción a la cuestión¹². Nosotros nos detendremos sólo en dos aspectos esenciales de esta vinculación entre la agencia comunicacional y la penal: en los estereotipos y en los procesos de creación de normas, quedando pendiente un análisis más detallado (que creemos imprescindible) de las restantes conexiones aquí esbozadas.

Antes de centrarnos en las dos cuestiones planteadas, es necesario destacar otro elemento. Nos preocupa cómo, en los últimos años, el lenguaje falsamente garantizador que caracteriza el discurso de los mass-media alcanza, cada vez en forma más angustiante, al discurso jurídico. De este modo, se exhiben como grandes logros de la sociedad a nor-

¹² Zaffaroni, Raúl E., *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., Ediar, 1989.

mas que no hacen otra cosa que aumentar la restricción de las libertades individuales... Sobran los ejemplos¹².

b) Superman y el "bolita"

Los medios masivos contribuyen al proceso de criminalización de un individuo de un modo muy especial, a través de los estereotipos. El sistema penal opera siempre selectivamente y la elección se hace conforme a modelos que fabrican los medios masivos. El problema radica en que este tipo de caracterizaciones es casi inherente a las nuevas tecnologías de la comunicación. Los estereotipos no podrán ser extirpados de la comunicación visual, por lo que, si queremos romper esta conexión que hay entre ambas agencias, no cabe duda de que tendremos más éxito si dejamos de lado la imagen social a la hora de la selectividad del sistema penal. No queremos decir con esto que nada puede hacerse al respecto en el ámbito de los medios masivos, pero es cierto que nos hallaremos mucho más limitados por el hecho de que el proceso de creación de estereotipos no es originario de las nuevas tecnologías, ellas sólo lo explotan a través de la industria cultural y otros mecanismos homogeneizadores. Además, la creación de estereotipos es también una cuestión política que jamás desaparecerá y seguirá, por lo tanto, influyendo en los medios masivos. Acompañando esta afirmación se debe tener en cuenta que el sistema penal no se ha manejado con estereotipos sólo desde el surgimiento de los masa-medios, véase, si no, la descripción de Lombroso.

La creación de estereotipos tiene un costado aún más peligroso: facilita el anonimato de los estereotipados. Como bien dice el periodista Bapsi Sidhwa¹³, "el aspecto más aterrador de esta masa anónima es que se convierte en muñecos, y los muñecos son fáciles de destruir. Cuando se despoja a un grupo estereotipado de su humanidad, se ha dado el primer paso hacia la violencia y, finalmente, hacia el genocidio"; éste es un recorrido que los latinoamericanos conocemos muy bien¹⁴.

¹² Relacionado con este tema hay un interesante artículo de Binder, Alberto, *Democracias paganas y paganas*, en "Revista Nueva Tierra", Bs. As., 1989, n° 8, que analiza la ley de defensa de la democracia desde una óptica.

¹³ Sidhwa, Bapsi, *Los seres desprovistos de rostro*, en "World Paper", jul. 1989, II.

¹⁴ Ampliando el marco teórico, podemos decir con Umberto Eco que

El reconocimiento de que el accionar del sistema penal requiere, como elemento constitutivo, la existencia de estereotipos del criminal, ha sido una de las más importantes causas de su deslegitimación. Cuando hablamos de deslegitimación nos referimos, genéricamente, al hecho de que las investigaciones que ha llevado adelante la criminología crítica en las últimas décadas, ha privado al accionar represivo del Estado de cualquier justificación, ya sea ética o pragmática. No es éste el lugar de repetir todos los postulados que constituyen la esencia de esta criminología, pero debe quedar aclarado, desde ya, que esta deslegitimación ha sido uno de los puntos de partida del presente trabajo. Aspiramos, entonces, al retomar la cuestión de los modelos de delinquentes, a que en un ejercicio ético de un sistema penal sin justificación, la agencia judicial enfrente en forma contundente la creación de estereotipos, atento a la gravedad del problema y a la supuesta racionalidad de su accionar.

El otro elemento que incluimos en nuestro título es la creación de superhéroes. Si bien este problema no tiene la trascendencia del anterior, es cierto que los mecanismos de imposición de modelos son los mismos para ambos. Lo que nos interesa de este proceso es la colaboración que presta al ejercicio ilegal de las agencias ejecutivas del sistema penal, relegando, o al menos intentando relegar, al ciudadano común a la pasividad: él no podrá por sus propios medios imponer su dignidad sino que deberá esperar que alguien superior a él acuda en su ayuda. Si nadie pudiera defenderse alegando que no es un superhéroe para enfrentarse a la policía, tal vez más de una práctica ilegal se vería dificultada. Por otro lado ya nadie aspira a encontrar en una persona común y corriente una gran fortaleza moral porque "al fin y al cabo, es un ser humano", legitimándose de esta forma gran cantidad de excesos en las fuerzas de seguridad. No por por nada la heroicidad dejó de ser una cualidad del ser humano para convertirse en una exclusividad del "superhombre"¹⁶.

lo peligroso de las representaciones iconográficas, a través de las cuales se representan los estereotipos, es que si bien se parecen al original representado jamás son lo mismo.

¹⁶ Sabemos que muchas veces este tipo de análisis parece demasiado "rebuacado" como para que a alguien se le hubiera ocurrido semejante objetivo. Como respuesta debemos decir que no nos estamos deteniendo aquí en si hubo intención o no, eso no nos interesa, sino en las consecuencias que esta práctica social pueda tener. Por otro lado, no descalificamos

c) *Los dueños de la moral*

Howard Becker da un ejemplo muy ilustrativo de la acción de los creadores de normas al describir el proceso que culminó en la ley de impuesto a la marihuana en los Estados Unidos de la década del 30¹⁷. Hace un tiempo atrás hubiera sido interesante imaginarse cómo sería una campaña similar en la era de la televisión masiva, hoy en día ya no es necesario, debido a que hemos sufrido dicha campaña con las mismas pretendidas razones. Obviamente no es necesario imaginar aquella vieja campaña en nuestros tiempos para descubrir cómo trabajan los "dueños de la moral" actualmente. Los medios masivos de comunicación tienen una peligrosa capacidad para hacer llegar a todos los hogares la necesidad de una nueva moralización de la sociedad. No estamos renegando con esto de lo dicho anteriormente acerca de la manipulación de masas, ya que entre un caso y otro hay sensibles diferencias. En primer término, hemos dicho que tienen la posibilidad de "hacer llegar", lo que no es lo mismo que imponer; por otro lado, la ausencia absoluta de voces disidentes puede dar una imagen falsa de unanimidad, a la que el individuo aislado difícilmente se oponga si la nueva moral no lo agrede directamente (o que difícilmente se dará con cualquier decisión política que alcanzara a todos por igual); finalmente estas campañas de moralidad (que reclaman normalmente ley y orden) van siempre acompañadas de agregados que hacen a la seguridad del ciudadano común que busca defenderse de la delincuencia. De esta forma no hay, en realidad, una elección libre a favor de la nueva represión, sino sólo un requerimiento de mayor seguridad, cuyo reclamo es contestado por las agencias ejecutivas con una restricción de la libertad individual, imponiendo así una moralidad sin consenso.

Además, la explotación de esta necesidad de mayor seguridad, típica de toda gran urbe, será aprovechada por los medios de comunicación, agudizando la paranoia que todo individuo tiene en mayor o menor grado, desgarrando así,

a los que gustan de las aventuras de los superhéroes por el solo hecho de la aventura, a ellos les decimos además de que compartimos su pasión, que no es su decodificación la que nos preocupa sino otras posibles.

¹⁷ Becker, Howard. Un caso ilustrativo: la ley de impuesto a la marihuana.

aún más, los vínculos comunitarios, cuando la respuesta está justamente en su fortalecimiento. ¿Quién podría salir tranquilo a la calle o permanecer en su casa con una ventana abierta después de haber visto cuatro o cinco episodios seguidos de cualquier serie policial? Los "dueños de la moral", agradecidos.

d) Medios o medios

No obstante lo expuesto, no somos sólo pesimistas respecto del papel de los medios masivos. Ya hemos aclarado que no consideramos al conjunto de medios como el fruto de una organización consciente que tendría como finalidad, entre otras cosas, el sostenimiento de un sistema penal deslegitimado. El accionar de la agencia comunicacional puede ser determinado de antemano en mayor o menor grado (el que dependerá de la ideología del gobierno de turno) pero jamás podrá serlo en su totalidad, por lo que siempre habrá algún espacio para una acción no cómplice.

Además, es necesario repetir que la agencia comunicacional tendrá siempre intereses propios, los que podrán, en determinadas circunstancias, ser opuestos a los del poder central, contradicción ésta que puede ser aprovechada (piénsese en la posibilidad de que la necesidad de mayor audiencia por presiones económicas lleve aparejada la transmisión de elementos agresivos a la moral impuesta). Además, especialmente en gobiernos democráticos, siempre cabe la posibilidad de que los sectores más progresistas de la ideología dominante den lugar a discursos deslegitimantes, aunque más no sea en busca de algún rédito interno.

Finalmente, los medios masivos de comunicación, por su sola estructura, dan la posibilidad de que en el caso de que una voz disidente tenga acceso a ellos, ésta tendrá una difusión que jamás podría obtener de otro modo. El acceso puede tener un origen casual o ser el resultado de la planificación de un grupo para alcanzarlo (las nuevas tecnologías aportan una tercera posibilidad, ya que el acceso puede ser en parte casual por tener los medios a disposición siendo suficiente con una mínima voluntad), pero por cualquiera de las dos vías lo cierto es que un discurso alternativo al que le facilite el genocidio al sistema penal, en el caso de ser transmitido a través de uno de estos dispositivos técnicos podría tener una difusión inimaginable medio siglo atrás para un mensaje opositor.

5. LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA REALIDAD

Esta es la denominación que se le ha dado a un complejo proceso según el cual la realidad dependería de una especie de hermenéutica llevada a cabo por los sujetos de la sociedad para quedar convertida exactamente en eso, en realidad. No nos interesa detenernos especialmente en este tema, sino solamente por el hecho de que muchas veces se ha considerado a los medios masivos como artifices de esta construcción, pero, partiendo del presupuesto de que éstos eran capaces de manipular a las masas, se los consideraba capaces de llevar a cabo esta construcción por sí solos y según su conveniencia.

Desde un punto de vista que consideramos más actual, podemos decir que "los medios de comunicación que en la década del 60 eran estudiados como un emisor omnipotente instaurador irrefutable de la ideología" se han transformado en una pluralidad de mensajes que circulan intertextualmente mediatizándolo todo, que "no existe el discurso hegemónico sino la hegemonía de lo discursivo"¹⁸. Entonces, podremos analizar la construcción social de lo real desde los discursos, dejando de lado el modelo de la fenomenología idealista que se apoya en el subjetivismo del actor¹⁹. Pero esto no implicará que serán los medios masivos los que habrán llevado adelante este proceso de construcción, sino solamente que hemos llegado hasta él a través de los discursos que ellos hacen circular los que, obviamente, estarán muy lejos de ser los únicos discursos sociales.

Sólo un párrafo dedicado al interminable tema de la reificación. Este término se utiliza, tratando de explicarlo brevemente, para designar el proceso por el que se caracteriza como abstracto un ente que no tiene existencia sino en la concreta interrelación de los individuos. Así, la droga reificada es algo diferente de diez gramos de marihuana y del dealer que los vende, así la sociedad no es el conjunto de individuos que conviven sino que es algo más parecido a la

¹⁸ Del trabajo inédito de Arancibia, Patricia, *Modernidad/ultramodernidad*.

¹⁹ Nos referimos obviamente al trabajo de Berger y Luckman del que hemos "robado" el título de este apartado. Para más detalles sobre la construcción social desde lo discursivo ver Verón, Eliseo, *La armazón social*, en "El manifiesto parlante", 1988.

conciencia colectiva de la que hablaba Durkheim. Los ejemplos de reificación pueden ser muchísimos y la mayoría de ellos están relacionados con los medios masivos. Bajo la lupa de este análisis no pueden dejar de caer algunos de estos procesos que son los que dominan la relación *mass-media/violencia* como, por ejemplo, el concepto de seguridad urbana que es algo diferente de la seguridad de cada individuo, o el concepto del crimen o la tan mentada impunidad. Si no les devolvemos a todos estos entes las cualidades que les corresponden de acuerdo con lo que realmente son, será muy difícil atrapar a "un criminal", dar más seguridad a "determinado barrio" o acabar con la "impunidad de tal sujeto o tal comisaría".

De cualquier modo, es necesario hacer otra aclaración. Tampoco el análisis de los medios masivos debe caer en el proceso de reificación que aquí estamos criticando; la generalización no debe ser más que la imprescindible si no se quiere caer en una lucha contra un monstruo que desconocemos qué es. Así será preciso detenernos en un medio, un programa o inclusive un locutor si queremos conocer los comportamientos concretos que es necesario modificar²².

6. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE UNA MASACRE

Si bien es cierto que, tal vez, el título de estas conclusiones puede ser ofensivo para algunos, nos hacemos cargo de él debido a que estamos convencidos de que es necesario apelar a cualquier artificio discursivo para describir la gravedad del estado del sistema penal y las agencias afines. En la introducción de este trabajo hemos tratado de plantear una correlación entre la violencia desatada por el sistema penal y la de las agencias comunicativas; creemos haber demostrado la necesidad de un estudio a fondo de los medios masivos de comunicación desde una óptica criminológica a fin de poder determinar dónde empieza y dónde termina el papel de los *mass-media* en el funcionamiento del sistema represivo.

²² Se aceptan críticas respecto de la reificación que se lleva a cabo en este trabajo. Sin embargo, creemos que la generalización que lo domina (lo que obviamente está muy lejos de representar una virtud) no dejaba demasiado espacio para un tratamiento diferente.

Los medios masivos de comunicación, y especialmente la televisión, son elementos que caracterizan a la sociedad en la que nos toca vivir, razón por la cual es imprescindible no descuidar ninguna de sus conexiones con la violencia —ni su percepción, ni su reproducción, ni su explotación o explicación—, si se quieren comprender las agresiones cotidianas, tanto un crimen, como un criminalizado, como un proceso de criminalización estarán necesariamente influidos por la "mediatización" que nos rodea.

Sin embargo, no son muchos quienes se preocupan por investigar las múltiples conexiones que hemos descrito. Poco se ha dicho sobre la colaboración que los medios masivos prestan al genocidio que el sistema penal lleva a cabo. Hablamos de genocidio, porque, en nuestra región, la represión penal no sólo está deslegitimada (como ocurre en todo el orbe) sino que además dista mucho de ser racional. Las agencias penales en su conjunto cuestan miles de vidas y para ello es necesaria la colaboración de las agencias de propaganda. Es, entonces, imprescindible, encarar un serio y minucioso estudio que tenga como elementos estructurales las características de su funcionamiento en nuestro margen. Este tema, al que tíbiamente nos animamos a presentar como una cuestión de debate, lleva años de estudio en los países centrales. Pero no son estas teorías las que nos sirven (más allá de que deben ser el punto de partida), ya que son las vernáculos las únicas capaces de resolver nuestros particulares problemas. Por mucho tiempo se creyó que el hacer teórico era un lujo que por nuestra calidad de latinoamericanos no nos correspondía, sin embargo la experiencia nos ha demostrado lo contrario²¹. Desde este punto de vista, no tenemos dudas de que un estudio regional de los medios de comunicación como cómplices de violencia o como reconocedores de determinados conflictos sociales, puede ser muy útil para la reducción del nivel de agresión o para el fortalecimiento de los vínculos comunitarios.

En cuanto a las acciones a desarrollar pensamos que, además de la necesidad urgente de definir una política criminal y una política comunicacional acorde con ésta, hay pequeños márgenes de actuación que deben comenzar a ser explotados inmediatamente debido a la gravedad de la situación. Desde este punto de vista, es necesario impulsar

²¹ Barbero, op. cit.

por todos los medios posibles la circulación de un discurso no legitimante del accionar de las distintas agencias penales; además, deben ser promovidas las prácticas sociales que facilitan la decodificación crítica (como, p.ej., las reuniones en organizaciones vecinales para mirar la televisión, etcétera). Acciones a nuestro alcance hay y aunque es cierto que no son todas de gran escala, la urgencia nos obliga a hacer uso de todas ellas.

La situación latinoamericana es crítica. No obstante que la mayoría de sus países ha conseguido en el transcurso de esta década el establecimiento de gobiernos democráticos, éstos no han podido hacerle frente al empobrecimiento y la marginalización que dominan la región. Esto, que se ha dado en llamar "la paradoja latinoamericana", no es otra cosa que la lógica consecuencia de muchos años de frustraciones diversas. La disolución de los vínculos comunitarios llevada a cabo fundamentalmente por el ejercicio genocida del sistema penal y el discurso de los medios masivos de comunicación refuerza la encrucijada. Como se desprende de la descripción parcial que hemos hecho, no es poca la responsabilidad que tienen las agencias que nos hemos decidido a estudiar. Es muy probable, como dice nuestra carátula, que al momento de empezar a solucionar estos problemas se produzcan explosiones de violencia de los sectores hasta ahora más perjudicados, pero estamos persuadidos de que ninguna de estas reacciones podrá alcanzar la magnitud de las agresiones que actualmente se ejercen, y decidimos a enfrentar con políticas criminológicas alternativas las relaciones actuales es la única vía para detener este suicidio colectivo.

En el plano de una política comunicacional acorde con una criminal, reductora de la violencia, tal vez sea útil sentar algunos principios que consideramos esenciales. En primer término es imprescindible no caer en un paternalismo comunicacional donde alguien tenga la facultad de decidir qué es lo que le hará bien al receptor y qué dañará su personalidad. Una adecuada política comunicacional debe dar lugar a que la sociedad se exprese en su conjunto, y si ésta quisiera hacerlo por medios violentos es obvio que será consecuencia de una agresión que está contenida en ella misma y no se verá incrementada por el hecho de su materialización en una pantalla de televisión. La televisión no es una fotocopiadora que duplica lo que ilumina. Habrá, entonces, que fortalecer los vínculos comunitarios por todos los medios a nuestro alcance y no prohibir la transmi-

sión de una pelea callejera cuando realmente la gente se está golpeando en las calles. Que los medios masivos sean representativos de la sociedad en que vivimos es un punto de partida esencial para que la gente se re-conozca.

Por otra parte en cuanto a los excesos que puedan ser cometidos respecto de hechos violentos en los medios masivos, éstos deben ser penados *ex post facto*, si no queremos caer en algún tipo de censura previa. Se podrían dar algunas sugerencias más, pero sería conveniente dejar su estudio a los especialistas de ese campo, y no continuar con las afirmaciones apresuradas.

Las últimas consideraciones corresponderán al controvertido tema de las Nuevas Tecnologías (escritas en mayúscula porque estamos haciendo referencia a ese conjunto de adelantos técnicos que parecería que van a modificar en forma terminante las relaciones existentes). Adelantando desde ya que no pensamos enrolarnos en ninguna de las posturas drásticamente optimistas o pesimistas, lo que nos interesa es dejar abierto un espacio de reflexión sobre un tema que las ciencias jurídicas poco han abordado, acorde a su vieja costumbre de ir siempre detrás de los hechos. Lo cierto es que en lo que respecta a las Nuevas Tecnologías de la información, no podemos esperar a que los hechos se sucedan, pues, probablemente, el descuido de la prevención será en esta oportunidad mucho más grave. No será éste un caso semejante a los que, consecuencia de nuevas tecnologías destructivas, podrían causar un desastre de inimaginables consecuencias, sino que la prevención que para las tecnologías de la comunicación se hace necesaria, es una prevención garantista del ámbito de privacidad y de las libertades individuales de cada uno de los integrantes de la sociedad respecto del poder central.

Nos dice Bobbio: "en una sociedad como la nuestra... los instrumentos técnicos de los que puede disponer quien ostenta el poder para conocer capilarmente todo lo que hacen los ciudadanos, están enormemente aumentados" y son prácticamente ilimitados. Si se han mostrado algunas dudas respecto a que la 'computercracia' pueda ser útil para la democracia gobernada, no tengo la menor duda acerca del servicio que puede prestar a la democracia gobernante... El viejo interrogante que recorre toda la historia del pensamiento político: "¿Quién vigila al vigilante?" puede repetirse hoy con esta otra fórmula: "¿Quién controla a los controladores?" Si no se consigue encontrar una respuesta adecuada a esta pregunta, está perdida la democracia como adveni-

miento del gobierno visible... se trataría de una tendencia no ya hacia el máximo control del poder por parte de los ciudadanos, sino, por el contrario hacia el máximo control de los súbditos por parte del poder"²².

Queda planteada la cuestión.

²² Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*.

FERTILIZACIÓN "IN VITRO": UNA AFIRMACIÓN DE VIDA

GABRIELA LILIANA ALONSO*

A) CONSIDERACIONES GENERALES

1. INTRODUCCIÓN

Una introducción tradicional al tema cuyo estudio aquí proponemos comenzaría invariablemente refiriendo el hito genético que significó, el 20 de julio de 1978, el nacimiento de Louise Brown, la primera "niña de probeta", ocurrido en Gran Bretaña. El primer bebé, pues, fruto de una fertilización *in vitro* (fecundación ectogenética o extracorpórea), feliz resultado de décadas de incansable investigación científica por parte del biólogo Robert Edwards, en colaboración con el ginecólogo Patrick Steptoe. En efecto, en 1969 Edwards lograba la fecundación de un óvulo humano "en probeta", y en 1978 nacía el primer bebé, con lo que se superaba la imposibilidad de procrear por la vía natural del acto sexual de aquella mujer afectada en su fecundidad por la patología de obstrucción tubárica.

Era menester, luego de aquel primer paso gigantesco, tener por cierto que el éxito era reproducible. El mismo equipo reiteró el intento un año después, con idénticos resultados. Poco más tarde, la cadena de logros felices se alcanzaba asimismo en Australia, merced a la labor de Alex

* Secretaria de Redacción de "Lecciones y Ensayos". Becaria investigadora de la Universidad de Buenos Aires (tema: Responsabilidad civil derivada de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida). Ayudante Alumna en la asignatura Derecho de Familia y Sucesiones.

Lopata primero, y luego de Alan Trounson. Actualmente, se suman a aquellos dos Estados pioneros equipos interdisciplinarios de todo el mundo, particularmente de Austria, Estados Unidos de América, Suecia, Alemania, Dinamarca y Francia.

Pero señalamos al comienzo que una tal introducción habría sido de rigor si el propósito se hubiese agotado en el acercamiento al tema por la vía convencional. Nuestro objetivo, sin embargo, no se agotó en esa mira, quizá menos por nuestro propósito que por el tema mismo.

Un tema que nos condujo a una toma de conciencia acerca del conocimiento profundo que el hombre ha adquirido acerca de las raíces de su propia vida y, más aún, de las posibilidades de actuar sobre ellas. Así, y a poco que nos adentráramos en la problemática de la fertilización *in vitro*, y en el más amplio contexto de la fecundación asistida, advertíamos que cualquier estudio meditado de aquellas implicaría navegar "entre asombros y temores". Sin embargo, la circunstancia que con mayor potencia se nos reveló fue el inmenso cúmulo de resistencias que a esas nuevas formas de conocimiento y perfeccionamiento de la naturaleza tantas veces se oponen. Lamentamos comprobar, desde nuestras primeras lecturas de aproximación, cómo el fenómeno resultaba constantemente encarado desde su potencial temida desviación, antes aun del esbozo de un concepto o de una caracterización mínima. Así, y previamente a la definición de la técnica, a la referencia tan siquiera sucinta de las patologías o afecciones que viene a asistir, encontramos en múltiples ocasiones la denuncia de la espeluznante intencionalidad subyacente, del "telón" que ciertamente encubre insospechados propósitos de manipulación de la vida; una denuncia en donde científicos movilizados por su fe profunda en el progreso del conocimiento, tanto como parejas motivadas por un legítimo deseo de paternidad y continuación, resultaban indiscriminadamente desvirtuados en sus legítimas aspiraciones por feroces críticas.

Un contexto tal, pues, justificó nuestra determinación de comenzar este trabajo señalando que él procurará constituir una reivindicación de la procreación asistida como tal, por conducto de una valoración positiva de la fertilización *in vitro*, inesperado objetivo éste que nos impuso una redefinición, si bien no del objeto del trabajo, ciertamente sí de su centro y su periferia.

Siendo así, y aunque el estudio del aspecto procedimental de la técnica no es reputado medular para nuestro pro-

pósito, como presupuesto de conocimiento en el presente trabajo será brevemente encarado en el primero de sus apartados.

Establecida tal herramienta de trabajo, analizaremos en un segundo estadio la problemática inherente al comienzo de la vida desde diversas disciplinas del saber humano (la biología, la teología, el derecho). En esta cuestión, tan fundamental a la fertilización *in vitro* a la hora de determinar su licitud y sus necesarios límites, particularmente nos detendremos, pues nos permitirá transitar por dos de las líneas que consideramos directrices en nuestro trabajo: el imperativo de la interdisciplinariedad, así como la necesidad del traslado de la discusión al plano normativo.

Seguidamente enfrentamos la problemática que impone el estudio de la técnica a la luz de la ética, con las lógicas limitaciones impuestas por la índole de la cuestión.

Por fin, encaramos el análisis de la fertilización *in vitro* y la determinación de la filiación, bajo la óptica de la actual normativa argentina. Preferimos prescindir de la referencia particularizada a los instrumentos normativos que a nivel comparado se ocupan de nuestro tema pues, al efectuar el acotamiento del objeto del trabajo, consideramos que comportaba un aspecto de seguro interés, pero de carácter eminentemente informativo al que puede acudir por otras fuentes.

Como cierre de nuestro estudio, arrojamos un puñado de conclusiones generales.

2. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

Comenzaremos por una breve relación de la técnica en estudio y sus aspectos procedimentales más salientes. El primer paso comprende el estudio de la pareja a la que habrá de asistir para determinar la naturaleza del factor que torna inoperante la fecundación en el interior del tercio externo de las trompas de Falopio, como antecedente necesario de la eventual indicación de la técnica analizada. Se señala como implícito en esta fase el estudio del espermatozoide, como dato de la capacidad fecundante del mismo y sus posibles limitaciones¹.

¹ Gafé, Javier, *Nuevas técnicas de reproducción humana. Bionética, ética y derecho*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1986, p. 28.

El segundo paso corresponde a la fase de inducción de la ovulación, ya que el gameto femenino habrá de extraerse del folículo cuando su maduración haya concluido, momento éste que coincide con el inmediatamente previo a la ovulación².

Con seguimiento monitorizado del crecimiento del folículo, la siguiente etapa corresponde a la inducción de la rotura folicular que precede a la captación del gameto femenino, momento que califica al cuarto estadio de la técnica en estudio. La obtención del óvulo puede tener lugar por uno de estos dos métodos: el de laparoscopia o celioscopia bajo anestesia general o el de la recepción por vía percutánea con control ecográfico³.

La quinta etapa corresponde al control de madurez y fecundabilidad del óvulo, paralelamente al cual se habrá efectuado la obtención, capacitación y selección del espermatozoide. El sexto paso marca propiamente la fecundación del óvulo, etapa que habrá de llevarse a cabo en condiciones de cultivo estrictas, desde que el cigoto, en su ámbito natural, se encuentra inmerso en complejos líquidos biológicos de la trompa o del útero.

Transcurrido un tracto de tiempo razonable que haga prever la penetración del óvulo por el gameto masculino (varias horas, por lo menos), la célula germinal supuesta-

² Aun cuando, principiando la aplicación de esta técnica, se apelaba exclusivamente a ciclos naturales, de inmediato se advirtió que por tal vía la intervención quedaría condicionada al ciclo fisiológico de la mujer. En dirección a tal dificultad, se recurrió, posteriormente, a ciclos inducidos, farmacológicamente por aplicación de citrato de clomifeno (clomid) o gonadotropina menopáusica humana. Testart, Jacques, La fecundación del óvulo humano, en Revista "Mundo Científico", n° 13, p. 357.

³ El procedimiento laparoscópico exige la previa inyección de dos a tres litros de gas en la cavidad abdominal de la mujer. Acto seguido, una larga aguja guiada por un aparato óptico se introduce en la cavidad peritoneal. El uno permite el examen del ovario y la otra, la aspiración del contenido folicular. El diámetro de la aguja (1,4 mm) hace posible el paso de la masa celular del cumulus que rodea al óvulo. En una jeringuilla adosada a la aguja o en un tubo a presión negativa (12 cm de mercurio) se recoge el producto de la aspiración (que asciende en término promedio de 2 a 3 ml de líquido folicular). El segundo método consistente en la punción folicular por medio de una aguja transabdominal guiada hasta el folículo por un examen ultrasonido (ecografía) presentaría la ventaja de evitar la cirugía y consiguiente aplicación de anestesia general a la paciente. Testart, op. cit., p. 361 y Zannoni, Eduardo, Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia (Cáceres), en "Lecciones y Ensayos", n° 49, p. 58.

mente fecundada se traspara a un nuevo tubo de vidrio, con lo que se asegura la eliminación de espermatozoides excedentes.

Mediante controles microscópicos, habrá de comprobarse la fecundación. En primer término se observará la liberación del corpúsculo polar, luego la formación y posterior fusión de los pronúcleos y finalmente la división celular.

La última etapa es la de transferencia embrionaria. Dos o tres días después de la extracción del óvulo, el cigoto cuenta con un número de cuatro a ocho células, momento que indica la necesidad de reimplantación del óvulo fecundado en el útero. Éste, bajo el efecto de la progesterona liberada luego de la ovulación por el ovario, alcanza un estado de óptima preparación para la implantación referida, caracterizada por un importante desarrollo de la mucosa uterina que lo torna particularmente receptivo. Técnicamente, el procedimiento de transferencia embrionaria puede efectuarse por dos vías: transcervical o transcutánea⁴.

Entre el noveno y duodécimo día de la transferencia, principia la determinación de subunidad beta de HGC (B-HGC) en plasma periférico, lo cual constituye el primer criterio cronológico de implantación y progresión del embarazo. El mismo continuará utilizándose como monitorización del proceso de gestación, hasta que, luego de tres a cuatro semanas de efectuada la transferencia, sea posible el recurso a la monitorización ecográfica, ya con criterios morfológicos. Desde entonces, el control del desarrollo del embarazo es idéntico al de cualquier proceso "natural" de gravidez, si bien es recomendable, hasta tanto no se alcancen índices concluyentes de frecuencia de anomalías, efectuar una punción amniótica aproximadamente al cuarto mes, a los efectos de precisar la fórmula cromosómica⁵.

⁴ El procedimiento por vía transcervical tiene lugar cuando el cigoto transportado por un fino catéter no traumático se introduce en el útero por el cuello de éste: por sistema de inyección se deposita sobre la mucosa uterina junto con una cavidad mínima de líquido de cultivo (10 a 20 ml). Por su parte, la vía transcutánea se concreta cuando el transfer se efectúa a través de la pared del útero. Requiere anestesia y sus resultados han sido más bien negativos. Testart, *op. cit.*, p. 313.

⁵ En el trabajo que venimos citando, Jacques Testart relata que, a iniciativa del científico Edwards, un registro internacional de embarazos FIV (fertilización *in vitro*) fue organizado en Cambridge, Gran Bretaña. De esta forma, el análisis comparativo de datos no sólo permitirá cotejar las variantes de las técnicas utilizadas y sus resultados, sino también conocer con certeza la "calidad" de estos embarazos. *Op. cit.*, p. 345.

B) EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA

"Según los mitos de hebreos y griegos, la historia humana se inauguró con un acto de desobediencia. Adán y Eva, cuando vivían en el jardín del Edén, eran parte de la naturaleza: estaban en armonía con ella, pero no la trascendían. Estaban en la naturaleza como el feto en el útero de la madre. Eran humanos, y al mismo tiempo aún no lo eran. Todo esto cambió cuando desobedecieron una orden. Al romper vínculos con la tierra y madre, al cortar el cordón umbilical, el hombre emergió de una armonía prehumana y fue capaz de dar el primer paso hacia la independencia y la libertad. El acto de desobediencia liberó a Adán y a Eva y les abrió los ojos. Se reconocieron uno a otro como extraños y al mundo exterior como extraño e incluso hostil. Su acto de desobediencia rompió el vínculo primario con la naturaleza y los transformó en individuos. El 'pecado original', lejos de corromper al hombre, lo liberó; fue el comienzo de la historia. El hombre tuvo que abandonar el jardín del Edén para aprender a confiar en su propia fuerza y llegar a ser plenamente humano" (Erich Fromm, *Sobre la desobediencia humana*).

3. LA RESPUESTA DESDE EL ÁNGULO BIOLÓGICO

a) El dogma central de la biología molecular

Aunque desde el campo de la biología se asuma la imposibilidad de brindar una respuesta unívoca y definitiva pues, como señala Lacadena, "desde el punto de vista genético, no existe hoy por hoy una respuesta científica cierta"⁴, intentaremos en esta primera visión del problema, sobre el comienzo de la vida humana, un acercamiento a los datos reputados fundamentales por esta disciplina científica.

Nos referiremos en primer término a la mecánica del funcionamiento del ADN (ácido desoxirribonucleico) y del ARN (ácido ribonucleico), la cual aporta un primer criterio científico para relativizar el principio según el cual la vida humana principia con la fecundación del óvulo. En efecto, en el período de desarrollo embrionario extendido desde el

⁴ Lacadena, Juan J., *Aspectos genéticos de la reproducción humana*, en "Fecundación artificial: ciencia y ética", p. 14.

estadio de cigoto hasta el correspondiente a la anidación, atravesando por las etapas de mórula y blastocisto, el embrión tiene su propio ADN –portador de la información genética que para programar su información requerirá el nuevo ser que se hubiese concebido–, pero no ha adquirido aún su propio ARN, conservando el del óvulo materno. Así, cabe concluir que, por ausencia de ARN individual, el embrión, en estadios previos a la anidación o implantación intersticial en el útero, carece de capacidad propia para transmitir aquella información hereditaria.

b) La individualización del nuevo ser

La ciencia biológica afirma sin reservas que, desde la unión de las células germinales masculina y femenina en el instante inicial de la fecundación, comienza propiamente la vida. "Cuando de dos realidades distintas –el óvulo y el espermatozoide– surge una realidad nueva y distinta, con una potencialidad propia y una autonomía genética ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético"⁷. El elemento de la autonomía genética es destacado por quienes afirman, además, que esa vida del ser en gestación es ya humana. Lejeune describe con pristina claridad aquel dato biológico cuando escribe: "Tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos, está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo. Así como la introducción de un minicassette en un magnetófono en marcha permite la reproducción de la sinfonía grabada, la información contenida en los cuarenta y seis cromosomas (los minicassettes de la música de la vida) resultará descifrada por la maquinaria del citoplasma del huevo fecundado (el magnetófono) y el nuevo ser empieza a manifestarse tan pronto como queda concebido"⁸.

Sin embargo, aun cuando se entienda acreditada esa invocada autonomía, subsistiría la más crucial objeción a la doctrina que ubica en la fecundación el principio de la vida humana, y es la objeción que cuestiona la individualización

⁷ Gato, op. cit., p. 41.

⁸ Lejeune, Jerome J., *Non occidere. Questioni di morale della vita fisica*, p. 13, citado por Andruet, Armand, *La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación "in vitro" en particular*, ED, 127-424.

del nuevo ser, fundamentalmente en la fase del desarrollo embrionario correspondiente a los estadios cigoto-mórula-blastocisto-anidación.

Dicha individualización se define por dos propiedades fundamentales: la unicidad —al decir de Ferrater Mora, "algo se llama también único cuando no existe otro exactamente igual en su clase"⁹— y la entidad, realidad positiva de ser uno solo.

En una afirmación trascendente, sostiene Lacadena que "existe una amplia evidencia experimental que demuestra que estas dos propiedades fundamentales no están definitivamente establecidas en el nuevo ser en desarrollo antes de que termine la anidación"¹⁰.

Estudiaremos en primer lugar el problema de la unicidad, tal como ha sido conceptualizada. Esta se ve afectada en la afirmación de su existencia frente al caso de los gemelos monocigóticos, único supuesto posible de identidad genética entre los individuos del género humano¹¹. Aquéllos se forman a partir de la división de un mismo embrión, aproximadamente dentro de los catorce días de la fecundación. Por tanto, y siendo una tal división posible, cabe concluir que durante el desarrollo embrionario que precede a la implantación del embrión, la unicidad del ser gestado no se encuentra aún fijada.

La unidad, segunda propiedad que viene a calificar la individualización, impone la consideración de los fenómenos conocidos como quimerismo y mosaicismo. Simplificando su explicación, el término quimera se aplica en sentido genérico a cualquier organismo cuya constitución reconozca como origen la fusión de dos cigotos o embriones distintos. El mosaico cromosómico es, en cambio, el organismo que posee por lo menos dos series celulares con distinta dotación cromosómica, procedente de un solo cigoto¹².

En cualquiera de las variantes de quimerismo, o de mosaicismo, lo cierto es que el establecimiento de la propiedad

⁹ Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, t. IV, p. 3363.

¹⁰ Lacadena, op. cit., p. 18.

¹¹ Téngase en cuenta que uno de cada ochenta y nueve nacimientos son gemelos, entre los que un 20 a 30 % son monocigóticos, lo cual equivale a una frecuencia global aproximada de gemelos monocigóticos de un 2 %.

¹² Conf. *Diccionario terminológico de las ciencias médicas*, Barcelona, Salvat, 1983, p. 843 y 845.

de unidad no puede predicarse de los cigotos ni de los embriones fusionados, aun cuando tal fusión resulte en la especie humana difícil, aunque no imposible¹².

Los fenómenos de gemelismo, mosaicismo y quimerismo referidos señalan con elocuencia la situación cierta de precariedad en que se encuentra el embrión con anterioridad al hito biológico de la anidación, momento que resulta así decisivo en punto a la individualización del ser en gestación. Acogiendo expresamente esta idea, el Comité Warnock recomienda en su informe que "ningún embrión humano obtenido por fecundación *in vitro* debe conservarse vivo más allá de catorce días, sin incluir en este período de tiempo el correspondiente al que haya sido conservado en congelación" (párr. 12).

c) Argumentaciones científicas en relación con el estadio anidación-feto

Aun cuando es generalizada la admisión de que, establecida la individualización del nuevo ser, el estudio genético prospectivo de su desarrollo no presenta cuestión alguna relativa a una eventual indeterminación, ciertas opiniones aisladas marcan el inicio de la vida biológicamente humana en el momento de final conformación de determinados órganos o de aparición de actividades fisiológicas. Dejamos aquí simplemente enunciados los dos criterios más frecuentemente invocados:

1) La formación —aproximadamente en la segunda semana— de la cresta o surco neural, entendida como el conjunto de formaciones celulares del embrión que constituyen el germen del sistema nervioso central.

2) La presencia de actividad eléctrica cerebral, registrada mediante un electroencefalograma, hecho que se sitúa hacia los cuarenta y tres o cuarenta y cinco días posteriores a la fecundación.

Como se desprende de los criterios científicos enunciados apretadamente en este estadio de nuestro trabajo, puede afirmarse que, desde el estricto terreno de la biología no se reconoce la individualización del ser —y por lo tanto la afirmación de su plena humanidad— antes de la culminación del proceso de anidación en el útero materno. En los pun-

¹² Conc. Leonense, *op. cit.*, p. 26.

tos siguientes, y desde el análisis del controvertido tema a partir de diferentes áreas del saber humano, intentaremos acercarnos a la visión de él desde la profundidad de lo interdisciplinario, con lo que estas primeras afirmaciones habrán de cobrar nuevo sentido.

4. RESPUESTA DESDE LA TEOLOGÍA

"Llenad la Tierra y sometedla" (Génesis, 1-28).

"Los que se atienen a un antiguo concepto estático de la ley natural, que sacraliza virtualmente el proceso biológico, sólo podrán mirar con horror a todos estos fenómenos. La mayor parte de nosotros reacciona, o reaccionó, con sentimientos negativos cuando oímos hablar de estas intervenciones en procesos concernientes al comienzo de la vida humana. Sin embargo, una evaluación moral basada en una visión personalista en relación principalmente con la dignidad y la libertad del hombre, debe considerar cada fenómeno individualmente" (Bernhard Haring, teólogo).

a) Aclaración previa

Destacamos en punto al análisis del tema del comienzo de la existencia humana desde la perspectiva teológica la imperiosa necesidad de sujeción a las fuentes primarias. La razón es clara: un rápido relevamiento de la doctrina sobre nuestro tema revela que el "argumento religioso" resulta de primer orden a la hora de rechazar de plano y sin reservas cualquier acercamiento a la problemática de la procreación asistida. Ello, con un triple efecto: en primer término, la personal doctrina religiosa del autor aparece descripta con un tal grado de generalización que el resultado es su subliminal identificación con la "doctrina oficial", "el orden natural", "la ley de Dios", "el principio supremo de la ley de Cristo". Así, el dogmatismo del autor, o su "apelación a la autoridad" como apoyo pseudológico de su propia postura lleva a la falaz uniformación del pensamiento religioso, que en medida alguna refleja la diversidad y profundidad con que se plantea el análisis de la cuestión aun entre doctrinas teológicas hermanadas por un idéntico tronco. En segundo lugar, la presentación de la personal opinión como "el pensamiento oficial", y dada la naturaleza misma del dogma religioso, verdad reputada inmutable en lo esencial, necesariamente cierra el debate. Por último, las consecuencias son adversas para la misma disciplina teológica, pues la

afirmación de su presunta incontestable uniformidad la empobrece y aleja de las discusiones que nacen del seno mismo de la inquietud o necesidad social¹⁴.

En atención al fenómeno que criticamos, pondremos especial cuidado en atenernos a las fuentes originarias en torno al tema, para lo cual estudiaremos la doctrina del magisterio eclesialístico, sintetizada en su contenido esencial en los documentos a los que habremos de referirnos: la Constitución pastoral *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II y la Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el aborto provocado, del año 1974. Todo ello sin perjuicio de una previa sumaria referencia al pensamiento correspondiente a la que ha dado en llamarse "etapa precientífica", así como al estadio posterior de la teología, en que la discusión se traslada a un plano signado por la disociación de categorías: animación y hominización.

b) La pregunta sobre la condición antropológica del embrión

1) Punto de partida. La discusión de nuestro tema nos traslada como paso primero a la etapa precientífica del pensamiento teológico, cuando los datos aportados por las disciplinas científicas no eran tomados en cuenta. En dicha etapa renacía el planteo acerca de la animación, infusión del alma creada por Dios en el cuerpo humano. "Los Padres de la Iglesia se dividieron en dos corrientes de opinión: los que eran partidarios de la animación inmediata (desde el momento de la concepción) y los que lo eran de la animación mediata o retardada (después de un cierto tiempo)"¹⁵.

Respectivamente, se trataba de las doctrinas del traducianismo y del creacionismo. Esta última afirmaba la directa intervención de Dios en la creación *ex nihilo* de cada alma humana, proceso que requería concurrencia de las condiciones naturales —vitales y fisiológicas— suficientes para ello. La conclusión para nuestro tema surge, pues, clara; si el alma es creada por Dios, y lo es luego de un cierto tracto de tiempo, la infusión del alma será necesariamente posterior a la concepción (animación retardada). Por su

¹⁴ La observación se retomará en nuestra conclusión al presente capítulo.

¹⁵ Vidal, Marciano, El "status" humano del embrión, en "Fecundación artificial: ciencia y ética", p. 63-78.

parte el traducianismo, oponiéndose a tal doctrina, sostenía la transmisión del alma espiritual a los hijos por los padres en el proceso de la generación, con la consecuencia de adhesión a la tesis de la animación inmediata. Sin embargo, en atención a las dificultades de consistencia interna de la última de las referidas doctrinas, se impuso finalmente la creacionista, que asumió carácter oficial, con lo cual adquirió consecuente preeminencia la tesis de la animación retardada¹⁶. Esta opinión habría de mantenerse en forma generalizada durante la época medieval, enriquecida por el aporte de la antropología aristotélica basada en la comprensión filosófica hilemórfica (el hombre como ser compuesto de alma-cuerpo). De ella serían fieles y calificados exponentes los libros penitenciales, el sistema escolástico (Pedro Lombardo, San Alberto Magno, Santo Tomás de Aquino) y el derecho (decreto de Graciano). En pleno período medieval, afirmaciones de signo ideológico, producto directo del desconocimiento científico, vienen a incorporarse a la tesis de la animación mediata: el alma racional se revela en el varón a los cuarenta días y en la mujer a los ochenta.

2) Hacia la tesis de la animación inmediata. Una primera fisura, un primer "tumulto" en la doctrina de la animación retardada marca la tendencia de la teología posttridentina, cuando "de hecho la moral casuista, sin abandonar la teoría de la animación retardada, tendió a solucionar los problemas morales desde la aceptación práctica de la animación inmediata... (que) comienza a abrirse camino desde el siglo XIX. Esta manera de pensar se ha convertido en la actualidad en la tesis oficial"¹⁷.

Adelantamos ya que en estadios anteriores del pensamiento teológico se utilizaron categorías dualistas, espiritualistas en insalvable exceso y por tanto alejadas de "los datos de la realidad". En cuanto al problema de la vida humana, eran ellas:

a) La animación, como la ya referida infusión del alma creada por el Ser Superior en el cuerpo humano, formado por los progenitores (el concepto de fecundación natural como "cooperación" del hombre con la labor creadora de Dios se estudiará más adelante).

¹⁶ Concordantemente, Pio XII afirmó: "la fe católica nos obliga a aceptar que las almas son creadas inmediatamente por Dios", en *Humani Generis*, citado por Vidal, *op. cit.*, p. 68.

¹⁷ Vidal, *op. cit.*, p. 67-68.

Esta noción de "animación" y la "sucesión progresiva de almas" que postuló la tesis aristotélica (sensitiva, animal, racional) se convirtieron en la piedra de toque para la comprensión del status antropológico de la vida intrauterina. Así, la infusión del alma racional se reputó como clave del comienzo de la vida.

b) La formación, esto es, la conformación suficiente del feto para recibir la animación (tener presente la postulada necesidad del concurso de "condiciones requeridas" por la doctrina creacionista). Si bien no se conoció criterio científico alguno que permitiera determinar los factores de desarrollo y temporales para tener por cierta la formación del embrión, prevaleció sin controversia la distinción entre feto formado (*animado*) y no formado (*no animado*). Sólo el atentado contra el primero se reputaba homicidio y como tal se sometía a las penas del derecho canónico. La Constitución Apostólica *Sedís* (Pío IX, 1869) puso fin a la distinción. (Desde la perspectiva de la teología católica actual, ya no se habla de "animación" o de "infusión del alma" para referirse al comienzo de la vida humana. Se prefiere el término y la categoría de "hominización"²².)

3) La ruptura metodológica. Como tercera y última vertiente de información en este breve recorrido por la evolución del pensamiento religioso en torno a nuestro tema, referiremos la etapa conocida como de "ruptura metodológica" en la reflexión teológica. El término "ruptura" hace alusión a la innovación de método que se revela en nuestros días por una doble vía: en primer lugar, se abandonan los planteamientos precientíficos correspondientes a las etapas de las que hemos hecho rápida referencia. Asimismo, se tienen en cuenta los datos aportados por los saberes positivos acerca de la fase inicial de la vida humana, datos que son "asumidos" por la teología. "El resultado de estas opciones metodológicas es un planteamiento más exacto del problema sobre la condición antropológica del embrión"²³. Así, la teología resuelve tal interrogante sin desestimar la necesidad de distinguir al menos cuatro momentos decisivos en la faz del desarrollo embrionario para hablar de vida "específicamente humana": fusión de los gametos-segmentación-implantación en el útero-aparición de la corteza cerebral.

²² Vidal, *op. cit.*, p. 69.

²³ Vidal, *op. cit.*, p. 64.

"Teniendo en cuenta estos datos, es necesario afirmar que existe vida humana desde el momento de la fecundación. Pero, ¿hay que afirmar también la presencia de vida personal desde ese momento?"¹⁸. En el estado actual, pues, el pensamiento teológico intenta la elucidación del interrogante dentro del significado integrador que aportan los datos científicos.

Dentro de estas coordenadas, analizaremos la doctrina del magisterio eclesial. Adelantamos que sostiene sin reservas que la vida humana debe ser respetada con todas las exigencias éticas del ser personal desde el momento de la fecundación.

Ello surge de dos fuentes primarias: una es la manifestación del Concilio Vaticano II en la Constitución pastoral *Gaudium et Spes*: "la vida humana, desde su concepción ha de ser salvaguardada con máximo cuidado" (nº 51); otra, la Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el aborto provocado del año 1974, que pasamos a referir en el fragmento pertinente: "El respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de la generación. Desde el momento de la fecundación del óvulo, se inicia una vida que no es del padre ni de la madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. No llegaría nunca a ser humano si no lo fuese ya en aquel momento" (nº 12).

Esta es, en fin, la doctrina que han asumido en incontables ocasiones los últimos Papas (desde Pío XII hasta Juan Pablo II) así como la totalidad de las Conferencias Episcopales Católicas.

Sin embargo, este estudio del pensamiento teológico sería parcial e incompleto si no diera cuenta de una serie de actuales criterios de teólogos católicos que, no por no integrar el "pensamiento oficial" o "mayoritario" dejan de definir e inyectar sustancia a la reflexión de la Iglesia como institución. A partir de estos criterios llamados relacionales se define el status del embrión desde la relación de alteridad: vida humana es aquella "alterizada", esto es, aceptada por "los otros". En esta postura se ubica un grupo de intelectuales franceses, del que formaba parte un cierto número de teólogos, que publicó en la revista *Études* (1973) un dossier referido al aborto en el que se advierte con toda claridad la

¹⁸ Vidal, op. cit., p. 83.

afirmación de un criterio relacional a partir de la distinción entre "vida humana" (no relacionada) y "vida humanizada" (relacionada). Afirmaban aquéllos que "es posible distinguir entre vida humana y vida humanizada, pues creemos que si realmente el individuo no es humanizado sino mediante su relación con los demás, por y para los demás —si recibe su propio ser de los otros—, la relación de reconocimiento, tal como la hemos esbozado, es reveladora, si no restauradora, del carácter plenamente humano del ser en gestación. En otras palabras, igual que el ser humano no existe sin cuerpo, tampoco es humanizado sin esa relación a los otros"²¹.

Por otra parte, y desde un criterio individual biológico que define el status antropológico de la vida embrionaria por factores internos a ella misma, tomando lógicamente en cuenta datos provistos por las ciencias biológicas, un grupo de calificados teólogos, entre los que se cita a Ch. E. Curran, R. A. Mc Cormick, B. Chiavacci, F. Böckle y J. Fuchs, sólo admite la condición humana de la vida luego de la implantación en el útero²².

c) Nuestra conclusión: anticipación de una propuesta

Como nuestro trabajo no pretende ser un mero relevamiento de opiniones representativas en el marco de cada institución o disciplina referidas, sino un vehículo de aproximación a la complejidad del tema, tanto como a su profundidad —indicativos, por su parte, de la imposibilidad de enunciar una conclusión definitiva y acabada—, consideramos necesario avanzar en una valoración que pretenderá demostrar que la postura actual del magisterio eclesial sobre el tema en análisis, pese al tono categórico con que se enuncian sus declaraciones oficiales, resulta ser, a poco que se profundice la investigación en torno a ella y en términos de Marciano Vidal "más matizada de lo que a simple vista parece".

Es así como nos ubicamos frente a una postura en cierta medida paradójica: por un lado se recurre a datos biológicos de los que se efectúa una lectura positivamente científica

²¹ Pour une réforme de la législation française relative à l'avortement, Études 12, 1973, p. 71; citado por Vidal, Marciano, op. cit., p. 72.

²² Concordantemente Zannoni: "una corriente de teólogos considera que el status plenamente humano no puede predicarse del embrión antes de su anidación en el útero", op. cit., p. 71.

para fundar la doctrina del comienzo de la vida humana desde la fecundación, de lo cual es claro exponente el n° 13 de la ya referida Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe: "La ciencia genética aporta preciosas confirmaciones. Ella ha demostrado que desde el primer instante queda fijado el programa de lo que será este ser viviente, a saber: un hombre y un individuo, provisto ya con todas sus notas propias y características. Con la fecundación ha comenzado la maravillosa aventura de una vida humana, cada una de cuyas grandes capacidades exige tiempo para ponerse a punto y estar en condiciones de actuar".

Por otro lado, las posturas son escépticas en cuanto a la virtualidad de la ciencia para determinar la condición antropológica del ser en gestación: "No es incumbencia de las ciencias biológicas dar un juicio decisivo acerca de cuestiones propiamente filosóficas y morales, como son la del momento en que se constituye la persona humana" (n° 13). Si simultáneamente advertimos, como lo hace Marciano Vidal, el modo como se "desconecta" la afirmación ética sobre el valor de la vida humana desde el encuentro de los gametos, de la cuestión antropológica sobre su status ("se trata de una discusión filosófica de la que nuestra doctrina moral es independiente"; n° 13, nota 19), coincidiremos en señalar la ambigüedad de la doctrina oficial católica sobre el punto en discusión. Y aún más decisivo: "deja la cuestión antropológica abierta, aunque moralmente la cierra siguiendo la orientación tuciorista..." De este modo, leemos "Esta Declaración deja intencionadamente a un lado la cuestión del momento de la infusión del alma espiritual. No hay sobre este punto una tradición unánime, y los autores están todavía divididos" (n° 13, nota 19). "Por otra parte, es suficiente que esta presencia del alma sea probable (y jamás se demostrará lo contrario) para que arrebatarle la vida sea aceptar el riesgo de matar a un hombre, no solamente en expectativa, sino ya provisto de su alma".

De estas últimas consideraciones nos resulta claro, pues, que la doctrina oficial de la Iglesia Católica hace una valoración de hecho en cuanto a que la vida del ser en gestación es ya humana, pero en modo alguno admite cerrar en el plano teórico la discusión sobre el momento de la animación. Esta afirmación nos servirá de base para adelantar lo que constituirá nuestra propuesta en torno al tema del comienzo de la vida personal: dado que desde las principales disciplinas del saber humano parece haber firme concor-

dancia en cuanto a considerar que el embrión no admite su ubicación en el género "cosa" y que, por lo contrario, la vida humana o potencialmente humana merece respeto desde el momento de la fecundación, consideramos que se impone una redefinición del objeto de la discusión y proponemos sobre la base de aquélla un traslado del debate del ámbito científico, religioso, filosófico, sociológico, ético, al normativo.

En efecto, a poco que se analicen las conclusiones que cada área del saber permite extraer con relación a nuestro tema, se advertirá como nota invariable en cada una de ellas la imposibilidad de emisión de un juicio unitario y acabado. En cada disciplina subyace algún rasgo de ambigüedad, una marcada "provisionalidad" de la postura asumida; en algunos casos, hasta un cierto relativismo. Y es que, a menos que la actitud tienda a dogmas o posturas oficiales, el debate en un área cíclicamente renovada por permanentes avances y descubrimientos científicos, un área en donde cada día de nuevos estudios puede representar lo que fuera otrora una época o estadio en la evolución del pensamiento, no puede de ningún modo cerrarse o definirse.

Hecha esta afirmación, sugerimos pues un sinceramiento en cuanto al tema: no se trata de hallar unanimidad respecto del exacto momento en que la vida se personaliza o humaniza, lo que nos obligaría a continuar caminando en círculo, sino de aceptar, por existir concordancia suficiente, que la vida potencialmente humana es merecedora de tutela desde la concepción, que el embrión —persona o no— es cuanto menos "vida atribuible al ser, como sujeto del derecho"²².

Desde este punto podrá organizarse como es debido la adecuada protección legislativa de esa vida que se reputa jurídicamente respetable, legislación que en este estadio de la profundización de los estudios sobre la materia nos parece imperiosa. Lo que presupondrá el abandono de actitudes tabulísticas, temerosas de que un sinceramiento legislativo del tema abra las puertas del caos. Corresponde pues, reiteramos, dar respuesta al tema desde lo normativo, el único campo que podrá cerrar positivamente una discusión que en áreas humanísticas no podrá definirse jamás. Una discusión que, sin un correlato de respuesta a lo que es hoy la necesidad normativa social, tiene ya el innegable sabor de lo bizantino.

²² Zannoni, op. cit., p. 89.

5. PROTECCIÓN DE LA VIDA NACIENTE EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

"Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas" (art. 70, Cód. Civil).

"¿Faltó valentía para decirlo todo?" (Santos Cifuentes. El maritimus).

a) Planteo inicial. Los artículos 63 y 70 del Código Civil argentino

Hasta aquí, hemos estudiado la problemática acerca del comienzo de la vida humana desde ángulos diversos, proyectados por la noción de interdisciplinariedad. Pasamos ahora a la elucidación del tema desde la óptica que consideramos más fundamental: la jurídica. Y así la calificamos, no obstante reconocer su carácter necesitante del aporte de otras disciplinas —prueba de ello pretenden ser los anteriores apartados— por la idea que subyace a nuestro trabajo todo, explicitada ya al concluir el punto anterior: es menester dar respuesta al tema desde lo normativo.

Para ello seguiremos diversos pasos, comenzando por una presentación de la óptica de Vélez Sársfield en nuestro Código Civil, e intentando alcanzar tal acercamiento desde la objetividad de lo positivo. Aquello que la exégesis de la doctrina afirma es la posición del codificador, merecerá estudio inmediato posterior.

Conforme al art. 70 del Cód. Civil: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento quedan adquiridos algunos derechos, como si ya hubiesen nacido". En sentido consecuente, el texto del art. 63 del mismo ordenamiento establece: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno".

Un análisis aislado de tales disposiciones permitiría concluir que, cualesquiera que sean las dudas y ambigüedades en otras áreas del saber humano, nuestro derecho positivo clausura, por conducto del Código Civil, todo debate: aun antes del nacimiento, el ser debe considerarse persona. Principio, por lo demás, notablemente innovador, desde que un examen comparado hace posible advertir que no es éste el criterio adoptado por la generalidad de las legislaciones extranjeras, para las cuales el comienzo de la personalidad humana tiene lugar en el momento del nacimiento, con

sólo una excepción: la ficción de tener al concebido por nacido cuando se trate de alguna adquisición a favor suyo²⁴.

Todo lo cual viene a dar cuerpo al sistema de una doctrina ciertamente mayoritaria que sostiene sin ambages el apartamiento de Vélez Sársfield de la solución romanista para afirmar, en cambio, el sistema consagrado por Freitas.

Sin embargo, afortunadamente hallamos diversas opiniones que contribuyen a formar una visión desmitificadora del criterio de nuestro Código Civil. Una primera solución extrema contraria, precisamente a propósito del tema de la fecundación asistida, es la de Alberto Bueres, para quien "los arts. 63 y 70 son terminantes al otorgar relevancia a la concepción en el seno materno, de donde el acto fecundatorio extracorporal sería insuficiente para que la ley acuerde personalidad al elemento así conformado, por la unión del espermatozoide y del óvulo. En consecuencia, la implantación del embrión en el útero de la mujer marca el momento determinante de la aplicación de la cualidad jurídico formal al soporte óptico"²⁵. Y luego, argumentando con una petición de principios, afirma: "Si la fecundación frustrada extrauterinamente no puede considerarse aborto, mal puede concebirse que la personalidad es proporcionada al ser antes de su implantación en la cavidad materna"²⁶. Bien que ilustrativo a los efectos de una revisión crítica del principio tan absolutamente afirmado, no coincidimos con el criterio de Bueres: nuestro Código Civil, sancionado con anterioridad al surgimiento de la problemática relacionada con la fertilización *in vitro*, no pudo más que aludir a la concepción en el seno materno. En rigor, tal explicitación comportaba, a la sazón, una redundancia, pues la concepción no resultaba imaginable en otro ámbito.

Aún más extrema, por ser genérica, es la postura de Salvat quien, efectuando un estudio crítico del Código Civil, concluye que el sistema de aquél no es conforme a la realidad de los hechos pues, en el orden natural, una persona supone una individualidad distinta de las demás, con vida propia e

²⁴ Arts. 1º, 1933, 2043, ap. 2º, 2141, Secs. 2108 y 2178, Cód. Civil alemán; art. 29, Cód. Civil español; art. 1º, Cód. italiano; arts. 725 y 906, Cód. francés; art. 4º, Cód. brasileño; art. 46, Cód. portugués de 1966. Conf. Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 247.

²⁵ Bueres, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, Bs. As., Abarca, 1979, p. 119-120.

²⁶ Bueres, *ibidem*.

independiente; así, afirma que el concebido orgánicamente no es más que una entraña de su madre, viviendo y nutriéndose a sus expensas, siendo que cualquier alteración del organismo materno repercute sobre él, por lo que —sostiene— ha sido un error reputarlo persona ya existente²⁷.

Pero sin duda la opinión de Orgaz es, en este punto, la afirmada con extremismo mayor. El mencionado autor ha criticado la solución del Código afirmando que ella no está de acuerdo con la noción de persona humana "que alude al hombre sólo después del nacimiento, es decir, cuando ha adquirido vida individual y autónoma". Así, sostiene, el concebido depende y forma parte del cuerpo de la madre: para visceram matris. Por otra parte, no considera concluyentes los argumentos de Freitas recogidos por Vélez Sarsfield al anotar el art. 63 del Código para apartarse de la tradición romanista, y avanza aún más al interpretar que esa solución legislativa obedece al equívoco en que se incurre al asimilar vida humana con persona humana. "Es indudable —dice— que la vida humana comienza con la concepción, pero otra cosa es establecer desde cuándo existe persona humana, concepto éste más estricto y que supone, según dijimos, la vida individual y autónoma: desde la concepción hay vida humana, pero sólo desde el nacimiento hay persona, porque solamente desde este momento se dan aquellas notas características"²⁸.

Subyace, en fin, al sistema de Orgaz, la idea de que la ley brinda amparo a los intereses y a la vida misma del concebido ante la eventualidad que encarna, y no porque admita que constituye persona actual. La vida humana es respetada frente a la potencial futura personalidad, pero sin embargo antes del nacimiento completo no existe sustrato real, lo que Cifuentes denomina "el sustentáculo de la personalidad". Luego, en el estadio más original de su exposición, Orgaz desarrolla su ataque al sistema del Código Civil fundándose en la contradictoria solución del art. 74, incompatible con el criterio que afirma la personalidad del por nacer. En virtud de dicha norma, precisamente recogida del sistema de Freitas, se establece: "Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido".

²⁷ Salvat, Raimundo, Tratado de derecho civil argentino. Parte general, 6ª ed., p. 208-211.

²⁸ Orgaz, Alfredo, Personas individuales, Bs. As., 1946, p. 32-34.

Como se advierte, ello tiene igual significado que afirmar el carácter condicional o imperfecto de la personalidad del "nasciturus".

Orgaz es el primero en advertir la inconsistencia del art. 74, respecto del sistema consagrado a partir del art. 70: "Establecida la inútil ficción de la personalidad del feto, la ley no podía salir de ella naturalmente, sino mediante otra ficción: la de que, naciendo muerto, se considerará como si nunca hubiese existido"²⁸.

Por su parte Cifuentes, que pese a encenderse contra el criterio que niega personalidad al por nacer, flexibiliza con madurez jurídica su propio pensamiento, se une a Orgaz en su aguda crítica a la solución del art. 74 y propone, para tornar más patente la contradicción que denuncia, una particular paráfrasis de la norma: "eres persona porque tienes vida y por ello te doy derechos; los ejerces por representación y te protejo a ti y a tus derechos, física y jurídicamente... Pero, si naces sin vida es como si nunca lo hubieses sido. Eres pero puede que no hayas sido"²⁹.

Ahora bien: este último autor alude a un "trípode" de disposiciones que dan cuerpo a una parcial inconsistencia en el sistema del Código Civil. Así, al art. 74 se suman el art. 64 y la nota al art. 3290. De acuerdo con el primero de los preceptos citados, "tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia".

Siendo el nasciturus, por su condición física, un incapaz de hecho absoluto, equiparado tanto por Freitas como por Vélez al menor impúber, al demente, al sordomudo que no puede darse a entender por escrito y al ausente declarado tal en juicio, correspondía establecer que quien hubiese de representarlo, pudiese realizar en su nombre y por su cuenta, los actos jurídicos convenientes al cuidado de su persona así como de los bienes que hubiese adquirido. Sin embargo, uno y otro, una vez afirmada con énfasis la personalidad del concebido, procedieron a estrecharla de modo ostensible por vía de la limitación en cuanto al reconocimiento de los derechos que le son asequibles. En consecuencia, afirmada la personalidad, se retacea, sin embargo, la normal aplicación del principio de la representación necesaria a todo incapaz de hecho.

²⁸ Citado por Cifuentes, Santos, El "nasciturus", ED, 18-960.

²⁹ Cifuentes, op. cit., p. 941.

Por fin, refiriéndose a la capacidad del concebido para suceder por título universal, manifestó Vélez Sarsfield en la nota al art. 3290 que "el hijo en el seno de la madre, tiene sólo una vida común con ella; el nacimiento puede únicamente darle una vida individual". Es que, entonces, y como era criterio en el derecho romano, al concebido sólo se lo tiene por nacido cuando de su beneficio se trata. ¿Cómo conciliar los tres enunciados del codificador con la categórica afirmación de personalidad del art. 70?

Transcribimos en este punto a Cifuentes: "Luego de un análisis meditado de las disposiciones que me preocupan, he llegado a la conclusión de que, tanto Freitas como Vélez consagraron su criterio pero sin absoluta convicción, y no lo aplicaron ampliamente, en profundidad, abarcando de lleno y en especie todas las consecuencias jurídicas posibles... se ha retaceado el principio, digno de mayor suerte y extensión. Paradójicamente, después de afirmarse con énfasis la personalidad, caso único en la proyección de las personas de existencia visible, se la puso en tela de juicio al asentarla sobre la inestable base de una condicio iuris resolutoria".

Y, por fin: "¿Faltó valentía para decirlo todo?"²¹.

b) La solución del tema en el ordenamiento argentino como *plazo normativo integral*

De lo expuesto hasta aquí puede extrapolarse como principio uniformemente admitido, el que propende a la protección de la vida humana desde la concepción (conf. criterio de las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, agosto de 1989, párr. 4.1: "El embrión debe ser protegido desde la concepción *in vivo* o *in vitro*". Pero todavía tropezamos con las dificultades que el sistema del Código Civil comporta.

Sin embargo, a poco que advirtamos la necesidad de buscar soluciones en el ámbito integrador del ordenamiento jurídico como conjunto normativo armónico, concluiremos que la solución viene explícitamente dada por otro dispositivo legal más preciso y contundente que el del Código Civil, y que forma parte de nuestro derecho positivo: la Convención celebrada en San José de Costa Rica en 1989, en cuyo Preambulo los Estados americanos signatarios afirmaron su compromiso en el sentido de consolidar en el continente sistemas democráticos, y un régimen de libertad personal y

²¹ Cifuentes, *op. cit.*, p. 938, 939 y 944.

de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, los que "no nacen del hecho de ser miembros de determinado Estado Nacional, sino que tienen como fundamento los atributos de la personalidad humana".

Como proyección de tal principio, el art. 4º, inc. 1º, establece que: "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción". Se sostiene que, de este modo, encuentra solución el inconveniente presentado por aquellas codificaciones —como la argentina— sancionadas con carácter previo al desarrollo de la técnica de fertilización *in vitro*, y en un tiempo en que resultaba suficiente brindar protección a la persona por nacer "desde la concepción en el seno materno". El Pacto de San José de Costa Rica, en cambio, consagra la protección del derecho a la vida, sin aludir al "status legal" del nasciturus, simplemente a partir de la concepción.

Siguiendo este razonamiento, concluimos que puede afirmarse ya sin vacilaciones que el derecho positivo argentino protege la vida generada a partir de la fusión de las células germinales, tratándose, incluso, de una fecundación extracorporal. Por lo que se enfatiza —en concordancia con uno de los criterios básicos de nuestro trabajo— la necesidad de dar cumplimiento a la pertinente adecuación legislativa por los Estados parte, como la Argentina, que aprobó la Convención por ley 23.054 (B.O., 27 de marzo de 1985). En palabras de Pedro Hooft: "Implica un deber inexcusable de los Estados americanos... so pena de quedar marginados —desde una perspectiva ética— de la comunidad continental"²².

La solución, sin embargo, dista en grado considerable de revestir la sencillez pretendida por una postura como la reseñada, como observa agudamente Bossert²³. Este autor opone una doble objeción a la admisión incondicionada de que la Convención protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción. En primer lugar, dicho instrumento internacional, bien que temporalmente mucho más próximo al desarrollo de las técnicas —y particularmente a la fertilización *in vitro*— que las codificaciones civiles, no llega a prever las más trascendentes hipótesis que presupone actualmente la manipulación embrionaria (como la criocón-

²² Hooft, Pedro, *Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica. La protección de la vida humana naciente*, ED, 134-687 y 688.

²³ Bossert, Gustavo A., *Fecundación asistida*, JA, 1988-IV-881 y 882.

servación de embriones, a la que específicamente refiere su reflexión Bossert), con lo que no llega a erigirse en un posteriús respecto de aquellos supuestos, científicamente desarrollados en años siguientes a su cristalización como cuerpo normativo internacional.

En segundo término, la Convención incorpora una fórmula de clara elasticidad —“y en general, a partir del momento de la concepción”— que responde al propósito de evitar la posible incompatibilidad o incongruencia respecto de soluciones plasmadas por los respectivos derechos internos de los países signatarios en torno, por ejemplo, a la eventual admisión del aborto por razones terapéuticas, económicas o de otra índole y, precisamente, a la posibilidad de manipulación y aun descarte embrionario.

Con lo que, a nuestro juicio y por conducto del razonamiento precedente, que consideramos incontestable, tenemos por subsistente el vacío normativo en punto al momento desde el que se tutela el derecho a la vida en nuestro ordenamiento positivo, no obstante la palmaria colisión de este vacío o laguna con el criterio mayoritariamente sostenido de *lege ferenda*.

C) FERTILIZACIÓN “IN VITRO”: EL JUICIO ÉTICO

“No es la ciencia la que va a determinar el uso de la ciencia. La ciencia en sí no puede infundirnos una ética. Nos puede mostrar el modo de lograr un fin dado, y nos puede demostrar que hay fines que no pueden lograrse. Pero entre los fines que pueden lograrse, nuestra elección tiene que estar dictada por algo más que consideraciones puramente científicas” (Bertrand Russell, *Diccionario del hombre contemporáneo*).

6. CONSIDERACIONES GENERALES

“Los criterios de discernimiento han de ser señalados en relación con cada práctica biomédica concreta”. La frase de Javier Gago resume con exactitud el principio que consideramos de primer orden para el abordaje del juicio ético aplicado a la fertilización *in vitro*: subrayar la necesidad de evitar un rechazo apriorístico y global de la técnica, así como denunciar el carácter falaz de las argumentaciones que, partiendo de juicios éticos conteniendo un disfavor

respecto de algunos de los aspectos de aquélla, encubren la cierta intencionalidad de descalificarla en su conjunto. Animados por esa meta, comenzaremos por discriminar aquellos juicios éticos que son —explícita o implícitamente— contrarios a la fertilización *in vitro* y, aun, a la fecundación asistida como tal, para detenernos luego en cada una de las objeciones que, en particular, se efectúan a la técnica en estudio en sus diversas variantes (la fertilización *in vitro* dentro del matrimonio estéril, la fertilización *in vitro* con donación de gametos, la fertilización *in vitro* fuera del matrimonio).

7. LA OBJECCIÓN GENÉRICA A LA FERTILIZACIÓN "EN VITRO"

El presente apartado podría en rigor llamarse "la objeción genérica a la fecundación asistida", bien que, dado el acotamiento temático que nos impusimos, preferimos presentarlo del modo indicado.

No obstante, quede claro que la objeción es, pues, mucho más profunda: no parte de una valoración ética desfavorable respecto de lo que la técnica es, del uso que de ella se hace, de los fines a los cuales se la aplica, ni siquiera de las consecuencias que su utilización comporta. La objeción, en cambio, lanza su ataque contra lo que la técnica significa.

Así, la "filosofía subyacente" a la fertilización *in vitro* es, en sí misma, fustigada desde dos diversos órdenes de argumentación, bien que conectados entre sí.

El primer orden de objeciones es de carácter religioso, y resulta un natural corolario de la concepción teológica de la procreación como cooperación con la obra de Dios: la transmisión de la vida humana, en definitiva, queda en manos de los hombres para un ejercicio que se espera libre y responsable, pero, señalan, en el sustrato más profundo de su realidad, no es sino una participación en el don de la procreación. Siguiendo esta orientación se ubica el actual magisterio eclesialístico, y se lee así, en el Concilio Vaticano II, que "los hijos son el don más excelente del matrimonio", siendo que los esposos en la transmisión de esa vida humana tienen "una participación especial en la propia obra creadora de Dios" como "cooperadores del amor de Dios Creador y como sus intérpretes" (Constitución *Gaudium et Spes*, n° 50). Concordantemente, según Juan Pablo II, "no se agota (el amor conyugal) dentro de la pareja, ya que los hace capaces

de la máxima donación posible, por la cual se convierten en cooperadores de Dios en el don de la vida a una nueva persona humana" (*Familiaris Consortio*, n° 14).

Para esta gratuita entrega, Dios llama a los cónyuges "a una especial participación en su amor y al mismo tiempo en su poder de Creador y de Padre, mediante su cooperación libre y responsable en la transmisión del don de la vida humana" (*Familiaris Consortio*, n° 28).

El segundo orden de argumentaciones contrarias viene dado por la apelación al orden natural, bien que con grados diversos de profundidad y aun de sinceridad en el acercamiento al tema.

Entre nuestros doctrinarios, Mazzinghi es uno de los que apela prácticamente con exclusividad al juicio sobre el orden natural para fundar su incondicional repudio a la técnica estudiada. Así, leemos: "Como tantos otros casos, la satisfacción de una aspiración individual, aunque sea legítima, no justifica que el orden natural sea violado"²⁴. En este punto, no podemos dejar de señalar que el argumento en estudio no se agota en el rechazo de la fecundación asistida, sino que, del modo más falaz, es utilizado en ocasiones para derivar, de esa supuesta vulneración a la secuencia de hechos naturales, una crítica absolutamente indiscriminada en donde hipótesis de la más diversa naturaleza son deliberadamente confundidas para su idéntico repudio por vía de una objeción común. Leamos nuevamente a Mazzinghi: "Analizaremos algunas de las interrupciones posibles:

a) La primera es la anticoncepción. La ciencia aparece a menudo como servidora sumisa de los caprichos humanos más egoístas. En el caso que nos ocupa se muestra como agente eficaz de la fecundidad, pero paralelamente ofrece medios sencillos y al alcance de cualquiera para evitar que del acto sexual resulte la concepción del nuevo ser.

b) La segunda posibilidad consiste en la interrupción de la gestación y se llama aborto, crimen felizmente individualizado como tal por la ley argentina, aunque presentado como una conquista de la libertad femenina por leyes francesas e italianas de reciente sanción.

* Las bastardillas, correspondientes a expresiones del doctor Mazzinghi, son nuestras.

²⁴ Mazzinghi, Jorge, *Breve reflexión sobre la fecundación "in vitro"*, L.L., 1978-C-934.

c) Una vez nacido el niño, el proceso se interrumpe cuando a raíz del divorcio vincular el hijo queda imposibilitado de recibir el aporte formativo de uno de sus padres... La inseminación artificial, y especialmente la FIV, constituyen otros modos de fracturar el proceso que sumariamente hemos descrito²⁵. Y una advertencia: "la violación del orden natural raramente es gratuita: suele traducirse en efectos que parecen una revancha de la naturaleza ofendida"²⁶.

Creemos que una tal línea discursiva habla por sí sola y revela palmariamente las gigantescas resistencias que deben afrontar quienes consagran sus esfuerzos y su fe al progreso de una naturaleza perfectible. Por nuestra parte, no podemos sino confesar una absoluta disconformidad con los argumentos invocados para el rechazo sin reservas de la fertilización *in vitro*. Argumentos que en su dimensión y significación religiosa respetamos, pero que hipertrofiados en su dogmatismo consideramos ciertamente grotescos. Como señala Zannoni, la llana sumisión del hombre a la naturaleza sin el coraje de asumirla, facilitarla y perfeccionarla en sus diversos procesos, tornaría impensable toda actividad quirúrgica, cualquier ingestión de fármacos sintéticos o antibióticos, y con mayor énfasis los trasplantes de órganos y materiales anatómicos o la extirpación de tumores²⁷.

Consideramos, en fin, que el desarrollo integral del hombre fue y es posible porque hubo quienes se atrevieron y aún se atreven a decir "no" al orden de la naturaleza en nombre de su fe en la evolución y el progreso, lo cual dependió —y como podemos apreciar, todavía depende— de su capacidad de resistir y oponerse a los perimidos argumentos de aquellos otros empeñados en silenciar los pensamientos nuevos por su firme creencia en la insensatez de cualquier cambio.

3. OBJECIONES ESPECÍFICAS A LA FERTILIZACIÓN "IN VITRO"

a) El "caso simple"

1) Superación de dos objeciones iniciales. Teniendo en cuenta nuestro objetivo de evitar a todo trance cualquier

²⁵ Mazzinghi, *ibidem*.

²⁶ Mazzinghi, *op. cit.*, p. 224-225.

²⁷ Zannoni, *op. cit.*, p. 71, nota 35.

orden de generalización ("los criterios de discernimiento han de ser señalados en relación con cada práctica biomédica concreta") proponemos, desde el presupuesto de aceptar la legitimidad de la técnica en sí, la consideración particularizada de las diferentes aristas conflictivas que presentan sus diversas variantes, comenzando por el estudio de la fertilización "in vitro" dentro del matrimonio estéril (lo que ha dado en llamarse "caso simple"). Siguiendo a Gafo³⁵, establecemos en primer término que el ámbito del "caso simple" queda circunscripto por los parámetros que siguen: a) recurso a la técnica como solución terapéutica; b) por parte de una pareja casada infértil; c) utilizando gametos de los propios esposos; d) implantando todos los embriones en el útero de la esposa.

Este acotamiento del "caso" comporta la implícita superación de dos objeciones por considerarlas desprovistas de toda entidad. La primera de ellas parte de una actitud de eterna acechanza de quienes intuyen, tras el "telón" de la fertilización in vitro, invariables y espeluznantes prácticas: "que la FIVET sea sólo un telón que se utilice para realizar con mediana legitimación otro tipo de técnicas"³⁶. Y aun, "al examinar la bibliografía sobre el tema, se tiene la impresión de que el verdadero objetivo internacional es precisamente éste: la experimentación; la curación de la infertilidad es quizás un pretexto o un momento de la voluntad de experimentar con el embrión humano sin remordimientos jurídicos"³⁷.

La segunda de dichas objeciones va referida a uno de los presupuestos procedimentales de la técnica: el método para la obtención del esperma, esto es, la masturbación. Así, leemos en Mazzinghi: "Nuestros reparos comienzan porque, como se ha dicho a propósito del tema, la obtención del esperma supone la masturbación del hombre abocado a proveerlo, o sea que el medio utilizado en su procura es antinatural e inmoral"³⁸.

El argumento es calificado como "sorprendente" por Zannoni, para quien (además de que el método no es de rigor, pues el esperma puede obtenerse por masajes y medios

³⁵ Gafo, *op. cit.*, p. 71.

³⁶ Andruet, *op. cit.*, p. 817.

³⁷ Sagnepcia, E., *Piccolo, infinitesimo*, como, citado por Andruet, *ibidem*.

³⁸ Mazzinghi, *op. cit.*, p. 993. Cita como apoyo de su objeción a Pio XII en el "Discurso al II Congreso Mundial de la Fertilidad y la Estereidad".

eléctricos, como la electroeyaculación —aunque existirían indicios acerca del menor poder fecundante del material genético así obtenido— resulta francamente absurdo predicar la supuesta inmoralidad de un acto terapéutico necesario cuya finalidad no es, como afirma Di Ció, "procurar solitariamente goce sensual". "Del mismo modo —señala Zannoni— debería predicarse la inmoralidad de los espermogramas"⁴¹.

2) El respeto a la calidad humana del embrión. Este punto, el más fundamental quizá por su significado en el conjunto de nuestro trabajo, retoma el ya estudiado tema del "comienzo de la vida humana" desde sus diversas vertientes. E importa un insoslayable objeto de análisis en todo estudio serio y meditado de la técnica.

Si bien las consideraciones a efectuar son de índole diversa, subyace en ellas un principio común: el respeto del derecho a la vida, conclusión del capítulo sobre el inicio de la existencia humana.

Este principio constituye un *prius* invariable para prácticamente todos los autores, un punto de partida en el que se unifican sus criterios cualesquiera sean sus posteriores diferencias en cuanto a las objeciones en particular. Pero, contestes en este principio, las opiniones difieren cuando de objeciones procedimentales a la fertilización *in vitro* se trata.

Sostiene Armando Andruet que al menos tres momentos sucesivos importan comprometer o exponer con intensidad mayor o menor la vida humana⁴². A su juicio, son ellos:

a) La fase de experimentación con anterioridad al éxito del procedimiento de fertilización *in vitro*. Concordantemente, sostiene Roberto Andorno que la puesta a punto de la técnica ha requerido experimentos —cultivo de embriones, etc.— que implican la manipulación y pérdida intencional de embriones humanos⁴³.

b) El descarte embrionario, en casos de fertilizaciones múltiples, con anterioridad al transfer propiamente dicho; o la alternativa señalada por Andorno, relativa al eventual

⁴¹ Zannoni, *ibidem*.

⁴² Andruet, *op. cit.*, p. 609.

⁴³ Andorno, Roberto, *Fecundación humana "in vitro" y el valor de la vida humana*, ED, 120-64.

congelamiento para su posterior utilización luego de lo que considera un seguro estado de experimentación.

c) La cierta posibilidad de abortos una vez efectuada la transferencia. "La técnica del transfer múltiple aumenta las posibilidades de éxito (implantación de un embrión) pero también implica, intencional y realmente, la pérdida de un mayor número de embriones. El solo hecho de que se implanten varios embriones está mostrando un porcentaje previsto de abortos"⁴⁹.

Andorno agrega un cuarto "momento de riesgo".

d) El supuesto "control de calidad de la producción", que lleva a provocar intencionalmente el aborto en caso de advertirse malformaciones en el desarrollo embrionario.

Se advierte la diversidad de naturaleza de cada uno de los mencionados supuestos, en razón de lo cual constituirán el objeto de reflexiones particularizadas.

Comenzaremos por señalar que tanto el primero como el último de los referidos momentos no revisten importancia calificante para la configuración de la técnica en estudio: El iter constitutivo de la fertilización *in vitro*, tal como se desprende de los pasos descriptos en el primer apartado de este trabajo, no incluye con carácter necesario ni la fase experimental ni el descarte de embriones malformados. Bastará, pues, el ya afirmado límite del respeto a la vida humana como oposición a la eventualidad de esa práctica⁵⁰.

Efectuadas las precedentes aclaraciones, nuestro tema queda pues re-limitado, nuevamente acotado a tan sólo dos órdenes de objeciones. En primer lugar, la referida al elevado porcentaje de abortos luego del transfer. Sabemos que, normalmente, la técnica impone, previa superovulación provocada en la mujer asistida, la extracción de varios óvulos para su posterior fertilización. El paso siguiente es la transferencia no sólo de un embrión, sino de dos, tres y

⁴⁹ Andorno, *op. cit.*, p. 949.

⁵⁰ Con relación al segundo de los mencionados supuestos, sin embargo, resulta de insoslayable referencia la posición de algunos autores que sostienen con similar argumentación la solución precisamente contraria, en la inteligencia de que lo inmoral es la implantación misma de embriones en tales condiciones deficitarias. En esta línea, y sorprendentemente desde su óptica religiosa, sostiene Gafo: "No a la implantación de los embriones anómalo. No parece éticamente admisible implantar aquellos embriones cuyos defectos morfológicos aparentes hacen prever un anormal desarrollo intrauterino". Gafo, *op. cit.*, p. 75.

hasta cuatro (más de ese número amplía el riesgo de embarazos múltiples y menos de tres disminuye las posibilidades de embarazo). Y en cuanto a este aspecto, la ciencia trabaja sobre la estadística de abortos espontáneos que siguen al múltiple transfer. En este punto observa Andruet que, transfiriéndose tres o cuatro embriones, el porcentual óptimo será igual a un 40 % de posibilidades de lograr un nacimiento, y un 1 % de obtener con una cuádruple transferencia embrionaria, un triple nacimiento. Dato por el cual concluye del modo siguiente: "la constatación numérica permite determinar la cantidad de homicidios que se realizan por transferencia, pues hay que recordar que si la cuestión hubiese sido naturalmente... habría sólo un embrión con posibilidades de sufrir un aborto por razones propiamente imputables al mismo genotipo"⁴⁷. Por nuestra parte, aun cuando no desestimamos el carácter eminentemente voluntario de ésta y las otras técnicas (pues, como advierte Zannoni, no cabe perder de vista que la fertilización ha tenido lugar intencionalmente, interviniendo la voluntad humana en miras a un resultado)⁴⁸ concluimos, luego de estudiar los argumentos de uno y otro lado, que los abortos producidos con posterioridad al transfer no son provocados. Lo intencional es el recurso a la técnica en sí, en tanto aquéllos son resultado de una selección natural⁴⁹.

3) *El descarte de embriones: planteo y solución jurídica.* Dejamos para el final, y en un apartado específico, la controversia sobre esta etapa de la fertilización *in vitro*, cuyo carácter no necesario afirmamos como apertura del análisis y al que dedicamos esta consideración particular por reputarla la más conflictiva del procedimiento. Los detractores de la técnica a los que hasta aquí venimos haciendo referencia, como Andruet, estiman que esta fase obedece a lo que llaman la "dialéctica matemática" (nata en la fertilización *in vitro*, y que el referido autor explicita así: "por una parte se anima extrínsecamente a la naturaleza para que produzca una proporción mayor de lo que naturalmente produce,

⁴⁷ Andruet, *op. cit.*, p. 829.

⁴⁸ Zannoni, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁹ Conf. Zannoni, *op. cit.*, p. 82: "En la actualidad se calcula una pérdida del 30% al 50% de embriones implantados por abortos espontáneos. Esto, dicho sea de paso, no basta para invalidar la técnica, porque obviamente tales abortos no son intencionales ni provocados".

como son los óvulos, para luego proceder a su desecho, ...lo cual compromete seriamente la deontología médica".²⁰

En este punto, haremos dos reflexiones. La primera de ellas se refiere a nuestra postura decididamente contraria al "descarte de embriones", fase —como señaláramos— no necesaria ni inherente a la técnica, por compartir la opinión que califica como arbitraria, a más de anticientífica, cualquier "tortificación" del derecho a la vida de acuerdo con la edad del ser que se protege.²¹

La segunda abre el debate sobre un aspecto complejísimo de la cuestión: afirmado el rechazo a la prescindencia de embriones, ¿cómo se organiza jurídicamente su adecuada protección? Y, más específicamente, ¿tal protección ya debe reputarse dada por vía de la incriminación del delito de aborto?

Para dar respuesta a este interrogante, Belluscio propone el examen del concepto de aborto (conducta tipificada como delito mas no definida en el art. 85, Cód. Penal) desde la doble óptica de lo gramatical y lo jurídico a los efectos de determinar si la destrucción o descarte embrionario debe estimarse comprendida en el reproche de la citada disposición legal.

Desde lo gramatical, ámbito eminentemente convencional que revela sin embargo concordancia en el sentido de definir al aborto como la acción de "parir antes del tiempo en que el feto puede vivir", concluye que la conducta de destrucción de embriones aún no implantados en el claustro materno no se corresponde con la acción aludida.

A idéntica conclusión arriba desde la óptica de lo jurídico, donde doctrina y jurisprudencia coinciden en la conceptualización del aborto como el acto que determina la interrupción del embarazo con muerte del feto, o la brusca expulsión del feto, o el quebrantamiento del proceso fisiológico de la preñez. A estar a estos conceptos, el delito de aborto exigiría la preexistencia de embarazo y consecuente frustración de una vida latente en el claustro materno, razón por la cual, desde esta perspectiva, es evidente que la fertili-

²⁰ Andruet, *op. cit.*, p. 828-830.

²¹ En este sentido Andruet, quien señala el carácter continuativo y permanente del proceso de ontogénesis y descalifica la actitud que deriva en la arbitraria fijación de "puntos" en la línea del desarrollo subjetivo indicativos de grados diversos de humanidad. *Ibidem*.

zación *in vitro* no resultaría subsumible en la tipificación de la figura delictiva que nos ocupa²¹.

Pese a la existencia de opiniones contrarias (Andorno, Cocco), destacamos la coincidencia de Bueres con el criterio establecido por Belluscio²² y la inesperada concordancia de Mazzinghi, como hemos visto, férreo detractor de la técnica. Así, leemos en este último que: "Coincidimos con Belluscio en que esto no es aborto, porque para serlo debería consistir en la interrupción del embarazo, y no hay embarazo cuando el embrión no está alojado en el claustro materno"²³.

¿Cuál será la protección deparada al embrión, pues, si consentimos que, desde la puridad de lo técnico-jurídico, no puede reputarse aborto —tal como hasta hoy esta figura se entiende— la conducta de destrucción o descarte embrionario? Nuestra respuesta, una vez más, recogerá un firme postulado de nuestro trabajo: la necesaria, insoslayable necesidad de la adecuación legislativa, tuitiva de los principios y derechos subjetivos que en doctrina se reconocen. Así, y coincidiendo por segunda vez con Mazzinghi: "Parece indispensable que el derecho positivo recoja la norma de moral social conforme a la cual es un delito contra la vida humana destruir los embriones vivos, que se desechan en el trabajo de laboratorio"²⁴.

En igual sentido, Bueres señala que motivos de certeza y seguridad jurídica exigirían un pronunciamiento positivo del legislador sobre el punto, e igualmente Zannoni, de *lege ferendo*, estima que debería tipificarse como delito —que lleve consigo la inhabilitación para el médico, biólogo o profesional afín— la experimentación con embriones humanos que, respondiendo a fines eugenésicos o de otra índole, alteren o modifiquen los componentes genéticos originales que los formaron o impliquen una selección de caracteres genéticos²⁵.

²¹ Belluscio, Augusto C., *Aspectos jurídicos de la fecundación extra-corporal*, LL, 1978-C-82 y siguientes.

²² Bueres, op. cit., p. 114. No obstante, este autor señala que, en atención a razones de certeza y seguridad jurídica, sería conveniente un pronunciamiento expreso del legislador sobre tan fundamental cuestión, debido a las diversas interpretaciones y consecuente controversia que ella puede suscitar.

²³ Mazzinghi, op. cit., p. 886.

²⁴ Mazzinghi, *ibidem*.

²⁵ Zannoni, Eduardo A., *Inseminación artificial y fecundación extracorporal*, Bz. As., Atrvea, 1978, p. 123.

4) *Reflexión final.* Para concluir el análisis de los aspectos éticos en la variante del "caso simple" en la fertilización *in vitro*, tal como quedara encuadrada, coincidimos con la valoración de Gafó en cuanto a que él ofrece las condiciones apropiadas para mantener en el terreno de lo éticamente aceptable la teleología de la técnica, siempre que se asegure la eliminación o neutralización de riesgos para el por nacer, la razonable proporción entre éxitos y fracasos así como el esperable equilibrio entre el llamado "derecho al hijo" y otros bienes individuales, familiares y sociales.

b) Otras variantes de la fertilización "in vitro"

Más allá del "caso simple" sobre cuyos puntos conflictivos hemos intentado arrojar luz, encontramos al menos dos casos en los que nos detendremos brevemente.

El primero de ellos es la fertilización "in vitro" con donación de gametos. En el juicio ético de este supuesto, coincidimos con quienes, en oposición a la postura que reivindica para sí una suerte de "perfeccionismo ético", sostienen que la personal decisión de la pareja infecundada orienta al recurso a esta variante para el logro de la concepción comporta una opción libre que, siendo responsablemente asumida por ambos miembros de la pareja, pertenece al ámbito de sus "acciones privadas" (art. 19, Const. Nacional).

En tal sentido, razona lúcidamente Gafó: "El juicio que demos sobre esto depende de la importancia que atribuyamos a cada elemento de la paternidad y maternidad humanas. ¿Es la paternidad genética un elemento tan central y constitutivo que, de no poder darse, no debe ser suplido con la donación de otro?... Ser padre es dar la vida, y la vida se da en un sentido más amplio que el de la mera aportación genética"⁴⁷.

El segundo supuesto que consideraremos es el de la fertilización "in vitro" fuera del matrimonio, comprensiva a su vez de tres casos diversos: 1) el caso de mujeres solas (solteras, separadas, divorciadas o viudas); 2) el de parejas homosexuales, y 3) el de parejas heterosexuales no casadas.

Luego de un "análisis comparado" de opiniones doctrinarias vertidas en torno a este tema, debemos señalar como clara orientación mayoritaria la postura ética contraria a tales variantes de la fertilización *in vitro*. El argumento de-

⁴⁷ Gafó, *op. cit.*, p. 66.

cisivo es siempre el mismo: la protección de la filiación, fruto a su vez de la consideración del hijo como un valor en sí y no como un bien útil. Expondremos dos de las opiniones que más autorizadas juzgamos en este campo: Gafó, para quien postular como exigencia el ámbito matrimonial resulta un verdadero imperativo ético, y ello porque "aunque el matrimonio no garantiza totalmente la calidad del ambiente al que el hijo tiene derecho, no existe otro tipo de relación que se pueda reconocer como capaz de reemplazar convenientemente el ambiente que un buen matrimonio proporciona seguramente al niño"¹⁸.

Por su parte, Zannoni, para quien "la procreación no es una pura función biológica que pueda ser objeto de consideración independientemente de la función institucional que ella cumple socialmente", juicio que lo lleva a rechazar sin reservas la técnica tanto en mujeres solteras como en viudas que conservan su estado de viudez. Aun confesándose dubitativo en torno al caso de la pareja no matrimonial, se inclina al fin por un criterio restrictivo, en la inteligencia de que no debe privarse al hijo, siendo tal cosa posible, "de los beneficios de una familia completa"¹⁹.

Sin embargo, creemos que la discusión que rodea a este último supuesto no puede desatender la trascendente solución de la ley 23.264 que, acelerando la evolución del derecho de familia y adecuándolo a un tiempo que ciertamente presenció la socialización de las relaciones jurídicas²⁰ culminó el proceso tendiente a lograr la igualdad absoluta de filiaciones. Así, el art. 240 del Cód. Civil establece en su párr. 2º: "La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código". Consideramos que, frente a un tan contundente principio, no es posible mantener aquel trípode de casos (mujeres solas, parejas homosexuales y parejas no matrimoniales) para derivar de él una

¹⁸ Gafó, op. cit., p. 74.

¹⁹ Zannoni, Comunicación, en "Lecciones y Ensayos", n.º 46, p. 74-75.

²⁰ Bossert y Zannoni vinculan la referida socialización con la reacción y el repudio que generara el voluntarismo racionalista del individualismo liberal. En el estado actual de una evolución ciertamente recogida por la ley 23.264, "los hijos no son formados ni educados para preservar una estructura autoritaria, sino para incorporarse armoniosamente a la sociedad y asumir con responsabilidad su actividad laboral y productiva futuras" (Zannoni, Eduardo A. - Bossert, Gustavo A., Régimen legal de la filiación y patria potestad, Bs. As., Astrea, 1997, p. 6-8).

genérica descalificación con referencia al fenómeno de procreación asistida, desde que en la última hipótesis el derecho a la filiación del nuevo ser se encuentra expresamente resguardado. Ello, sea que el compañero de la mujer que convive maritalmente de hecho reconozca o no al hijo, antes o después de practicada la técnica, puesto que, por la prescripción del art. 257 del Cód. Civil, "el concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario". Señalamos, por fin, que éste es el criterio por el que claramente se inclinan tanto las recomendaciones de la Comisión Warnock como el Proyecto preliminar del Consejo de Europa, desde que ambos aluden al matrimonio o "pareja".

D) FERTILIZACIÓN "IN VITRO" Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

9. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

El art. 242 del Cód. Civil en su redacción actual, consagra —en norma común a la maternidad matrimonial y extra-matrimonial— que: "La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado de médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido".

En nuestro estudio relativo a la fertilización *in vitro*, ninguna duda cabrá en cuanto a la aplicación lisa y llana de tal precepto (art. 242) cuando exista identidad entre la mujer cuyo óvulo es fecundado y aquella que lleva adelante el embarazo y el parto. Sin embargo, ¿cuál será la solución tratándose de una fecundación extracorporal en que la mujer que aporta la célula germinal no es la misma a la que luego se implanta el embrión? A título de ejemplo, cuando la esposa es estéril por carencia de ovulación, lesiones ováricas, etc., aunque no medie impedimento para la recepción en su útero de un embrión producto de la fecundación del óvulo de una donante o dadora y el subsiguiente desarrollo

del embarazo⁶¹. Ante todo, corresponde señalar que, no obstante los potenciales conflictos que en punto a la determinación de la filiación —materna y paterna— se intuyen a poco de aproximarse tan sólo al supuesto, operará la tradicional máxima según la cual *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre) y en razón de ello, como solución apriorística, deberá reputarse determinada la maternidad por el parto de la mujer que dio a luz al niño (art. 242). Por otra parte, siendo la mujer casada, el nacimiento determina la operatividad de la presunción de paternidad del marido de aquélla (art. 243), por lo que, en principio, el nacido quedará emplazado como hijo matrimonial de ambos.

10. IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD

La impugnación de la maternidad es la acción que ataca el vínculo entre el hijo y la mujer que aparece como su madre, y está contemplada en el art. 261 del Cód. Civil (texto según ley 23.264) en los siguientes términos: "La maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo". Vigente el art. 261 anterior, la doctrina nacional interpretaba que resultaban comprendidos en la norma dos diferentes supuestos: suposición de parto y sustitución del verdadero hijo. Como señalan Zannoni y Bossert, la hipótesis de fertilización *in vitro* mediante óvulo de donante e implantación del embrión en el útero de la mujer integrante de la pareja asistida, dan actualidad —cuanto menos desde lo estrictamente biológico— a un supuesto ni siquiera sospechado por nuestro codificador ni por la doctrina, hasta un tiempo relativamente reciente.

Así expuesto el tema, se advierte, por parte de la doctrina, la ubicación en una de las siguientes posturas:

a) Considerar que, dado el texto expreso del art. 242, no cabe discusión alguna en torno a la determinación de la maternidad, aun cuando la fertilización *in vitro* se verifique con óvulo de dadora. En esta línea se ubican Belluscio y Vidal Martínez. Conforme al primero (analizando la acción de impugnación de la maternidad del art. 261), además de las hipótesis de suposición de parto y sustitución de hijo, "pudo concebirse también que se desconociese la materni-

⁶¹ Bossert - Zannoni, *op. cit.*, p. 230.

dad en los casos de fecundación extracorporal de óvulo de otra mujer o de trasplante de embrión; esa posibilidad habría desaparecido si se admite que actualmente la maternidad está determinada por el parto y no por la ovulación"⁸¹.

b) La segunda postura es compartida por quienes, ante la elocuencia del texto del art. 261 y la legitimación activa a que autoriza el art. 262 ("La maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo"), no se contentan con la invocación del art. 242, ante la evidencia de aquellas otras dos normas cuya claridad no pueden soslayar.

En esta línea se ubican, entre otros, Zannoni y Bessert. Dichos autores, cuya propuesta de bifurcación de la hipótesis inicial aceptaremos, plantean una doble posibilidad:

1) Fertilización *in vitro* con óvulo ajeno, mediando consentimiento del marido de la mujer que da a luz al nacido. Ante todo, corresponde señalar que en el proyecto de ley sobre cuya base la Comisión del Senado redactara el texto discutido y aprobado el 26 de septiembre de 1984, se contemplaba expresamente el supuesto en estudio. Era el propuesto art. 260, según el cual: "El marido no podrá ejercer la acción alegando que su esposa no es la madre por haber mediado fecundación extracorporal con un óvulo que no es el de ella si medió consentimiento de ambos cónyuges para su implantación luego de su fecundación".

Lamentablemente, tal precepto no fue incluido en el texto finalmente aprobado; el argumento esgrimido resultó ser que la aún escasa práctica de la fertilización *in vitro* en nuestro país "puede hacer que una reforma en este aspecto precipite consecuencias no queridas que desvirtúen el fin que se haya tenido para implantarlas"⁸². Sin embargo, pese a lo que juzgamos una censurable actitud legislativa, la solución correspondiente a esta hipótesis debería elaborarse por vía interpretativa de principios generales del derecho.

Por tanto, en el caso estudiado y respecto del eventual ejercicio de la acción de impugnación de la maternidad por el marido, entendemos que correspondería hacer aplicación de la doctrina que impide "venire contra factum proprium"

⁸¹ Belluscio, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, Bs. As., Depalma, 1987, t. II, p. 224.

⁸² Diario de sesiones del Senado de la Nación, 26/9/84, p. 2237.

pues si el marido, luego de consentir la implantación en el útero de su esposa de un óvulo fecundado no provisto por aquélla, planteara la impugnación de la maternidad, actuaría en forma inculcablemente desleal, en franca oposición a su conducta anterior. Con referencia a la señalada doctrina, sostiene Díez Picazo que el deber de obrar de buena fe impone la necesidad de un comportamiento coherente, de tal suerte que "cuando una persona dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella"²⁴. En la doctrina nacional, y acogiendo el principio que impide venir contra los propios actos, sostienen Biscaro y Ghigliino que él reconoce su fundamento normativo en nuestro derecho en los arts. 16, 1071 y 1198 del Cód. Civil, y señalan como elementos estructurales para la procedencia de su invocación los siguientes: a) que una persona haya observado una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz como respuesta a una determinada situación jurídica; b) que con posterioridad dicha persona o sus sucesores pretendan ejercer jurídicamente un derecho subjetivo o una facultad jurídica incompatible o abiertamente contradictoria con el sentido que la buena fe le asigna a su accionar anterior.

Como puede apreciarse de la descripción sumaria de la doctrina, la justicia de su aplicación al caso estudiado es evidente: marido y mujer han decidido por voluntad conjunta y concordante el recurso a un componente genético ajeno a la pareja para suplir la imposibilidad de procrear en condiciones enteramente naturales. La confianza de la esposa resultaría evidentemente defraudada de admitirse la posterior pretensión contradictoria de su esposo, quien intenta una impugnación palmariamente desleal.

Por último, cabe subrayar que la solución que proponemos resultaría aplicable tanto en el supuesto de que la fertilización *in vitro* se hubiese concretado con espermia del marido o de donante (siempre, en este último caso, que haya mediado consentimiento de aquél también a este respecto).

²⁴ Díez Picazo y Ponce de León, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, citado por Biscaro, Beatriz - Ghigliino, Silvia, *Desconocimiento e impugnación de la paternidad en los casos de inseminación artificial heteróloga*, LL, 1987-3-607.

Ahora bien: la salida hasta aquí descripta soluciona el problema de la eventual impugnación intentada por el marido, pero deja latente la cuestión cuando terceros legalmente legitimados para el ejercicio de la acción pretenden el desconocimiento (p.e.), otros hijos de la mujer interesados en la exclusión del pretendido hermano, otros parientes de la mujer o del marido, incluso, claro está, el propio hijo –art. 262–). Como señala en el punto Zannoni: “respecto de terceros, la conducta vinculante entre los cónyuges carece de oponibilidad”⁸².

Pues bien, aquí estimamos que hemos llegado a la situación en que ni norma expresa ni principio general alguno pueden erigirse en soluciones para el problema planteado, por lo que sólo nos resta invocar una vez más el imperativo social que exige al derecho de familia consagrar límites expresos al ejercicio de las acciones de estado impugnatorias de la filiación.

Coincidimos, además, con la propuesta de Zannoni, en cuanto a erigir como fundamento institucional de la filiación el consentimiento de ambos esposos. En la hipótesis ahora estudiada, el citado autor asimismo propone la organización legislativa de un mecanismo innovador, la adopción prenatal, que partiendo de aquel consentimiento-fundamento institucional, hiciera posible consolidar el emplazamiento del nacido como hijo matrimonial de marido y mujer cuando ha sido concebido mediante fertilización *in vitro* con óvulos donados.

“Este arbitrio –señala Zannoni– permitiría concordar con la determinación legal de la maternidad por el parto sin más prueba que la del consentimiento prestado para la fertilización *in vitro*”⁸³.

2) Fertilización *in vitro* con óvulo ajeno, sin el consentimiento del marido. Frente a una tal hipótesis, se advierte coincidencia doctrinaria en que, al menos en principio, podría el marido impugnar esa maternidad. Sin embargo,

⁸² Zannoni, *Inseminación artificial*, p. 109. El autor agrega: “dichos terceros, estarían siempre legitimados para promover el desconocimiento de la maternidad con sustento en el art. 261 del Cód. Civil, probando que el hijo fue dado a luz por la mujer mediante fecundación con un óvulo ajeno sin interesar si medió o no consentimiento del marido” (Comunicación, en “Lecciones y Ensayos”, n.º 49, p. 160, nota 96).

⁸³ Zannoni, Comunicación, en “Lecciones y Ensayos”, n.º 49, p. 161-162.

Zannoni y Bossert, bien que partiendo de la afirmación de esa regla, llegan a una conclusión diferente.

En primer término, cabría reconocer que la hipótesis ahora estudiada nos coloca ante una situación en que, si bien existe el elemento de un tercer sujeto representado por el óvulo ajeno, el aporte femenino a la fecundación comienza pero no se agota en aquél: el proceso prosigue en el seno materno y culmina con el nacimiento. Siguiendo este razonamiento, los citados autores estiman que no sería aventurado considerar que, en la elaboración jurídica de los próximos años, la doctrina llegue a concluir que, en atención a aquellos procesos que tienen lugar en el cuerpo de la esposa, el marido no podrá impugnar la paternidad del hijo gestado en el vientre de aquélla.

Por nuestra parte, consideramos que de *lege ferenda*, sería proponible la recepción legislativa de tal solución, lo cual significaría sustancialmente no reconocer legitimación al marido para impugnar la maternidad de su esposa, aunque eventualmente podría reputar injuriosa su conducta. Con respecto a la paternidad, se sigue el corolario de que sólo podría impugnarse en caso de no haber proporcionado su propio espermia, y que a contrario, el hijo le sería atribuido por la operatividad de los principios generales. De no aceptarse esta salida —controvertida, lo admitimos—, el marido y cualquier tercero con legítimo interés podrían impugnar la maternidad y el éxito de dicha acción dejaría al hijo sin filiación cierta de haberse fecundado el óvulo de donante con espermia asimismo ajeno.

Esta última sería la peor situación para el hijo, y es por ello que, en atención a su exclusivo interés, admitimos aquella otra salida.

Como reflexiona Zannoni, "resultará siempre preferible admitir esta suerte de adopción prenatal unilateral que salvaguarde para el hijo una maternidad cierta, aunque pueda caer la presunción de paternidad y reputarse hijo extramatrimonial de la mujer. Reconocemos que la situación imaginada es verdaderamente patológica, conducente en los hechos al desquicio del matrimonio mismo, pero... para el hijo será preferible a la de quedar en situación de hijo de padres desconocidos"⁴⁷.

⁴⁷ Zannoni, *op. cit.*, p. 103.

11. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

a) Principios generales

Conforme al art. 243 en su actual redacción: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario".

Ahora bien, el art. 258 contempla la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, cuyo ejercicio por el marido le permitirá desvirtuar, mediante prueba en contrario, la presunción *uris tantum* de paternidad de los hijos que da a luz la mujer casada en el referido plazo. Y ello "alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen" (art. 258, párr. 1º, parte 1ª).

Por lo demás, y de acuerdo con lo prescripto por la norma del art. 259, el hijo estará legitimado para impugnar en todo tiempo y, por su parte, los herederos del marido podrán deducir la acción si el deceso se produjo antes de transcurrir el plazo de caducidad que él establece.

Podremos preguntarnos entonces, por la procedencia de la acción de impugnación de la paternidad en los siguientes casos:

1) Fertilización *in vitro* con espermia del marido, invocando éste la imposibilidad de acceso o cohabitación en el periodo legal de la concepción.

2) Fertilización *in vitro* con espermia de donante, hipótesis que se bifurca para considerar el supuesto en que mediara consentimiento del marido y aquél en que no lo hubiera.

Consideramos las diversas situaciones particularmente.

b) Fertilización "in vitro" con espermia del marido, invocando éste la imposibilidad de cohabitación en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento

¿En qué circunstancias quedaría este caso configurado? La doctrina señala la posibilidad de remisión a distancia de

su propio espermia por parte del marido o la hipótesis de impotencia coarandi de carácter accidental y sobreviviente a la celebración de las nupcias, mas donde no existiera un problema de esterilidad. Allí, pues, podría el marido invocar y acreditar la imposibilidad de acceso por cualquiera de esas vías configurada en el período señalado y fundar en tal acreditación su planteo de desconocimiento riguroso de la paternidad.

La doctrina suele encarar el estudio del caso tratándose, específicamente, de la inseminación artificial con espermia de donante (IAD), pero, considerando la analogía de situaciones y para no cerrar nuestro tema marcando simplemente la ausencia de conclusión de doctrina en cuanto al punto, señalamos que la tendencia dominante es concluir que, ante el desconocimiento marital, la mujer podría oponer como verdadero hecho impeditivo de la impugnación la prueba de la fertilización "in vitro" con espermia de aquel. En tal sentido, acotan Bossert y Zannoni: "la prueba de tal inseminación (en nuestro caso, recuérdese, fertilización in vitro), siendo fehaciente, implicará afianzar, no por vía presuncional sino por prueba biológica, el hecho constitutivo de la procreación"¹⁸.

c) Fertilización "in vitro" con espermia de donante

1) Con consentimiento del marido. Eventualmente el marido, luego de prestar su consentimiento a la fertilización con material genético masculino ajeno, podría pretender desconocer su paternidad. Limitándonos a los resultados de las pruebas biológicas, y privilegiando virtualmente el valor del aporte genético, sencillo resultaría admitir la procedencia de una tal impugnación: el hijo no es genéticamente del impugnante. En este sentido se manifiesta un sector de la doctrina comparada¹⁹ y aun alguna decisión jurisprudencial aislada²⁰, basándose en la pretendida operatividad del prin-

¹⁸ Bossert - Zannoni, *op. cit.*, p. 175, quienes asimismo vinculan una tal actitud del marido con el principio que veda venir contra los propios actos y desconocer el origen biológico que viene a fundar la filiación. De esta forma, concluyen: "Aun cuando hubiere mediado imposibilidad material de cohabitación en el período legal de la concepción, la prueba de tal inseminación, siendo fehaciente, implicará afianzar, no por vía presuncional sino por prueba biológica, el hecho constitutivo de la procreación".

¹⁹ Barri y Cornacci, citados por Bossert - Zannoni, *op. cit.*, p. 177.

²⁰ "Un tribunal italiano considera viable la estudiada acción por atender primario y exclusivamente al "fundamento biológico" de la relación de

cipio de la indisponibilidad de los derechos de familia. Contrariamente otro sector, hoy mayoritario, entiende que el presupuesto del que debe partirse es que la fertilización *in vitro* (así como la inseminación artificial) con espermia de donante determina imperativamente la existencia de un sistema de filiación que, respecto del marido de la madre, no encuentra apoyatura exclusiva en el nexo biológico. "Es su voluntad de asumir el rol paterno, exteriorizada a través de su consentimiento para que la inseminación sea llevada a cabo, la que determina la paternidad"¹¹.

Estaríamos, pues, ante una hipótesis en que la voluntad procreacional existe con independencia del presupuesto de carácter biológico, del mismo modo como sucede cuando un hombre contrae matrimonio con una mujer embarazada por obra de otro, conociendo el estado de gravidez así como el hecho de no ser el padre genético.

Como lógico corolario, luego de haber decidido conjunta y concordantemente los cónyuges el recurso a una tal técnica —con lo que el fundamento puramente biológico de la filiación paterna fue descartado *ab initio*— no cabría reconocer al marido legitimación para entablar la acción de impugnación de la paternidad. Se estaría nuevamente, frente al caso, ante un supuesto claro de imposibilidad de venir contra los propios actos o, desde otra perspectiva¹², ante la prohibición de invocar la propia torpeza. En aquellos países que han hecho recepción legislativa expresa de la IAD con consentimiento del marido, ésta es la postura que predomina de *lege lata*¹³.

2) *Sin o contra el consentimiento del marido.* En el supuesto ahora analizado, a la ausencia de presupuesto biológico se suma la falta de voluntad procreacional: no existe

filiación, "que no puede ser desvinculada de una correspondiente relación biológica o de sangre": sentencia del 30/4/56, referida por Rivera Hernández, citado por Bossert - Zannoni, *ibidem*.

¹¹ Biscaro - Ghiglinò, *op. cit.*, p. 204. Las autoras transcriben el criterio de Díaz de Gujardo en este punto, para quien "cuando el semen es proporcionado por un extraño, el dador, también encontramos la voluntad procreacional, porque el marido que consente semejante procedimiento asume las consecuencias jurídicas del mismo, y por eso la calidad jurídica de padre".

¹² Belluocci, Augusto C., Acción de desconocimiento de la paternidad establecida por el propio hijo, L.A. 1979-B-436.

¹³ Para un análisis de antecedentes jurisprudenciales en torno al tema, ver Bossert - Zannoni, *op. cit.*, p. 171-178.

elemento genético ni volitivo. En atención a ello es que la doctrina, de manera prácticamente unánime, juzga que el nacido no puede reputarse legítimo ni legitimado, ya que la descendencia de una pareja matrimonial no puede ser unilateralmente decidida. En consecuencia, habría admitir la procedencia de la acción de impugnación de la paternidad que la ley presume, conforme a los arts. 258 y 259 del Cód. Civil.

12. CONCLUSIONES

En la ponencia presentada al III Congreso de Derecho Civil, sostuvieron Díaz de Guisjarro, López del Carril y Simonet: "Que las posiciones religiosas, filosóficas o morales con que se valore la inseminación artificial (por obvia analogía, consideraremos el razonamiento extensivo a la fertilización *in vitro*) no obstan a su regulación legal, por cuanto la realidad humana debe ser recogida normativamente para fijar los principios que la regirán, sin que esto implique fomentar determinadas prácticas, sino responder a los fenómenos sociales que se producen"¹⁴.

Hacemos nuestras las afirmaciones de los citados juristas, cuyo alegato en favor de una regulación tan siquiera mínima de las técnicas estudiadas no ha encontrado aún respuesta después de casi treinta años de que se manifestara.

Insistimos, pues, en la necesidad de que esa recepción legislativa se disponga cuanto antes, y destacamos como líneas directrices que marquen el sentido de esa esperada legislación lo que consideramos dos verdaderos hallazgos de Eduardo Zannoni para una definitiva orientación de las soluciones que vayan a proponerse. El primero de ellos es la ponderación de la voluntad procreacional como elemento para decidir el *emplazamiento* en caso de aporte de material genético ajeno a la pareja asistida, lo que permite hallar cabal respuesta a situaciones que se esbozan como pasajes sin salida posible. Y el segundo es el consentimiento de los miembros de la pareja como fundamento institucional de la filiación.

¹⁴ III Congreso de Derecho Civil, Córdoba, 1981. Comisión n.º 20. Tema: "Las pruebas de filiación y las conclusiones de la biología".

Ambos elementos (la voluntad procreacional normalmente ausente en el "donante" o dador de gametos, cuyo anonimato será habitual; y el consentimiento-fundamento institucional del vínculo filial, oponible erga omnes, con el efecto fundamental de impedir la impugnación de la paternidad y maternidad matrimoniales por el hijo, actualmente legitimado—conf. arts. 259 y 262, Cód. Civil—, deteniendo así un accionar no querido por la ley), constituirán herramientas orientativas de primer orden a la hora de organizar la insoslayable normativa en torno de la fecundación asistida¹⁵.

13. REFLEXIÓN FINAL

Señalaba el doctor Zannoni, al introducirnos en su estudio del tema en la comunicación que presentara al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia (Cáceres) que: "En lo personal, estamos persuadidos de que es menester no sólo analizar cabalmente las múltiples implicancias éticas y jurídicas que derivan de las técnicas de procreación artificial en seres humanos, sino, también, propender a que el derecho positivo recoja su realidad y proponga directivas básicas al respecto. Para ello, claro está, es menester la buena conciencia jurídica, no de aquella que, con escrúpulos pusilánimes, teme que cualquier alusión legal al tema implique favorecer la práctica de estas técnicas".

Haciendo nuestras sus conclusiones, en cuanto a que el silencio del legislador—sea que revele indiferencia o encubra sospecha—no hace sino favorecer los excesos, cerramos simplemente nuestro trabajo con una renovada reflexión sobre la necesidad de establecer una serie de mínimos legales que vengán a contemplar una problemática que, por partir de los orígenes mismos de la vida, nos alcanza a todos.

Y es asimismo nuestra esperanza, si no nuestra creencia, que a aquella esperada recepción normativa seguirá—por ser el derecho, como observa Zannoni, orientador de conductas—un correlativo cambio de actitud general hacia la fecundación asistida misma, y a su filosofía subyacente.

Se tratará, en definitiva, de un modo de asumir el Hombre sus propias posibilidades, de trascenderse con su potencial. Y para todos, una manera de sentirnos involucrados. Lo estamos.

¹⁵ Para una profundización de ambos conceptos, se recomienda la lectura completa del punto V de la Comunicación presentada por el doctor Zannoni en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia (Cáceres).

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***

**EDUARDO A. BAISTROCCHI
JAVIER RODRIGUEZ GALLI**

PRÓLOGO

Eduardo Baistrocchi y Javier Rodríguez Galli fueron dos destacados alumnos del curso sobre "Responsabilidad civil contractual y extracontractual", del Ciclo Profesional Orientado. Luego se desempeñaron como ayudantes en la Cátedra a mi cargo, demostrando sus condiciones para la investigación y para la docencia.

Este trabajo aborda un tema de punta al cual, en la Argentina, todavía no le ha sido asignado el protagonismo que le corresponde. Hace casi treinta años, cuando se impulsó definitivamente la concientización de su relevancia, el Presidente de los EE.UU. John Fitzgerald Kennedy, en un recordado mensaje al Congreso,

* El proyecto de ley de defensa del consumidor de los doctores Atilio A. Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz fue presentado por los autores como ponencia al Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños, en homenaje al doctor Jorge Mossé Humeau (B. A., abril de 1969) y recibió el respaldo explícito de la Comisión n° 4 quien recomendó su sanción al Congreso Nacional. También fue propiciada su sanción por la Comisión n° 5 de las IV Jornadas Saqueaninas de Derecho Civil (San Juan, agosto de 1969). Este proyecto tiene estado parlamentario, siendo girado por la Cámara de Diputados a sus Comisiones de Comercio, Legislación General, Industria y Educación el 24 de julio de 1969. Ver Alterini, Atilio - López Cabana, Roberto - Stiglitz, Gabriel. La protección del consumidor en el marco de un Proyecto de ley, LL, 1969-B-1092 (el texto completo del Proyecto se publica como Apéndice de este artículo).

señaló que, en un cierto sentido, todos somos consumidores. Ante esa evidencia, proliferaron en el mundo los estudios y las normas jurídicas concernientes a lo que se ha dado en designar como "derecho del consumo". De algún modo indirecto la noción de consumidor había aparecido en el Tratado de Roma de 1957, luego tomó lugar en Constituciones como las de España, Portugal, Perú y Brasil y, entre nosotros, ya en 1938 la contempló la Constitución del Chaco, y fue reasumida por varias de las reformas de las Constituciones provinciales producidas en el último quinquenio.

Prospectivamente, se advierte en el derecho comparado un reflujo de las disposiciones atinentes al consumidor hacia el sistema común. El derecho del consumo, esencialmente estatutario, está transitando, de tal modo, hacia la regulación propia del hombre como tal, contenida en los Códigos de derecho privado, y ello es evidente —por ejemplo— en la proyectada modificación del Código Civil de Québec.

Con ese marco, los autores incursionan en el tema desde el ángulo de la responsabilidad por productos. Traen lo que, seguramente, es el primer análisis del Proyecto de ley del consumidor que, en septiembre pasado, sancionó en revisión la Cámara de Diputados —y que se halla en trámite ante el Senado—, porque se ocupan de algunos aspectos de lo que constituyó antecedente de esa sanción. Incursionan en el área —también poco explorada hasta ahora— de los denominados intereses difusos. Y acuden a una bibliografía de primera calidad.

Con estas líneas doy, pues, la bienvenida a nuestros autores al quehacer de los publicistas jurídicos. Y les auguro —porque los árboles se conocen por los frutos— un promisorio porvenir.

ARTURO ANIBAL ALTERESI

1. EL PROBLEMA

Era muy temprano. Recuerdo como si fuera hoy cuando salí a hacer las compras para el orfanato.

Ese día había decidido comprar 20 kilos de dulce de leche en el almacén de don Prudencio; claro, él solía hacerme buenos descuentos. Seguramente —pensé— esa mañana los chicos se pondrían contentos con mi dulce adquisición.

Fue un gran error.

Aun hoy no lo puedo creer. Nunca hubiera imaginado que pocos minutos después, la mayoría de los niños estarían internados en terapia intensiva por una intoxicación aguda en razón de la ingestión de dulce de leche en mal estado.

Seguramente el protagonista de nuestra historia no aceptará el silencio; no justificará la intoxicación de sus chicos como un hecho de la fatalidad, como una prueba sobrenatural. Buscará, en cambio, al responsable¹. Seguramente no sabrá si demandar a don Prudencio —el gentil almacenero—, o al proveedor mayorista, o al fabricante del dulce de leche, o a todos juntos.

La actitud reacia de nuestro protagonista a aceptar el daño como obra de la fatalidad no es casual. Pone en evidencia la punta de un enorme iceberg: las nuevas tendencias² del derecho privado en materia de daños.

En este sentido, podemos notar que las siguientes son las tendencias³ más notables del derecho de daños⁴:

¹ Probablemente el fin principal del derecho de daños sea la búsqueda del responsable de todo hecho dañoso. De esta forma se busca proteger eficazmente a la víctima. Conf. Lambert Favre, Ivonne, L'abolition de la responsabilité civile d'une dette responsabilité une créance d'indemnisation, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", jan.-mar. 1987, n° 1, p. 1. Esta autora sostiene que el moderno derecho de daños no debe enfocarse ya desde la obligación de reparar del responsable sino desde el derecho de la víctima a ser indemnizada; vale decir, que la responsabilidad civil ha de evolucionar de una deuda de responsabilidad hacia un crédito de reparación. Una postura semejante ha sido definida en nuestro derecho por López Olaciregui, José M., RDCO. 1978-941; quien sostiene que un daño civil puede ser injusto tanto por el hecho de haber sido injustamente causado como por el hecho de haber sido injustamente sufrido, es decir, que allí donde el daño no aparece injustamente causado también debe atenderse primordialmente al interés de la víctima. En el mismo sentido más recientemente Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, La responsabilidad civil en la era tecnológica, 1ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989, p. 208.

² La existencia de "tendencias" es consustancial al derecho; de lo contrario estaríamos estudiando a un muerto. Conf. Carboneir, Jean, Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho, tr. Díez Picazo, Luis, Madrid, Tecnos, 1974. Este profesor expresa que "el derecho es demasiado humano para pretender lo absoluto de la línea recta... derecho flexible, para amarlo hay que ponerlo al desnudo. Su rigor no es más que una afectación o una impostura".

³ Conf. Messina de Estrella Gutiérrez, op. cit., p. 16; Stiglitz, Gabriel, La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas, Bs. As., La Ley, 1984.

⁴ En nuestra opinión el "derecho de daños" es una redefinición del rol del derecho frente al daño, cuyo principal fin es el de proteger a la víctima. Conf. Díez Picazo, Luis, Derecho y manifestación social. Tecnología y derecho privado (Dos esbozos), en "Cuadernos Civitas", Madrid, 1975, p. 118. Este destacado profesor indica que "es en el año 1963 cuando Willburg habla ya de un derecho de daños como centro nervioso del derecho privado, es así en buena medida porque cada vez se hace más necesario montar algún sistema o mecanismo de protección de personas, frente al cúmulo cada vez más incesantemente multiplicado de calamidades catastróficas".

- a) La ampliación de los daños reparables.
- b) El aumento de la nómina de factores de atribución.
- c) La prevención y la evitación de los daños.
- d) El aligeramiento a la víctima de la carga de la prueba.
- e) Un proceso gradual de socialización de los riesgos mediante el seguro obligatorio y la seguridad social.
- f) El ensanchamiento de la posibilidad de reclamar los daños judicialmente.

Nos detendremos ahora en el estudio de esta última tendencia².

Una de las características principales del nuevo derecho de daños está dada por la ampliación de las posibilidades de la víctima de reclamar la reparación de sus daños. Esto se debe, en buena medida, a un aumento de los legitimados pasivos —a quienes se les puede reclamar el resarcimiento del daño— como de los legitimados activos. Este mayor acceso de la víctima a la justicia se debe, en parte, al reconocimiento de la existencia de los "intereses difusos, colectivos o supraindividuales"³.

Estos intereses buscan salvaguardar la calidad de vida

² Respecto de las restantes tendencias puede consultarse con provecho las obras citadas en la nota 3.

³ Morello, Mario A., *Discurso de recepción del académico Lino Enrique Palacio*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2ª Época, año XXXII, n° 25, p. 110. Este distinguido catedrático sostiene que "la tutela de los intereses difusos se erige como una bandera sobre la que gira el cambio hacia un derecho procesal con dimensión social. Reflejo de las transformaciones y ajustes en las clásicas e insuficientes explicaciones técnicas, sin las cuales no se podría superar el descontento creciente por el funcionamiento del servicio de justicia". En el mismo sentido se expresan Morello, Augusto - Hitecs, Juan C. - Herzoncos, Roberto, *La defensa de los intereses difusos*, JA, 1982-IV-700. Allí sostiene que "la problemática de los intereses difusos ha implicado un cambio epistemológico copernicano, ya que los nuevos derechos que están en juego no pueden protegerse a través del sistema clásico tradicional de proceso de dos partes, donde cada una de ellas busca solucionar su problema particular". Esta doctrina se ve consagrada por el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata, octubre de 1981), JA, 1982-IV-711. En las conclusiones se sostuvo que "debem acogerse sistemas adecuados y flexibles para una efectiva defensa de los denominados intereses difusos". Para analizar con mayor detenimiento esta temática: Falcoff, Enrique, *Los fenómenos sociológicos y el derecho procesal*, DJBA, 1989-I-141 y ss.; Andorno, Luis, *La responsabilidad por productos elaborados y los intereses difusos. Ley 10.800 de la Provincia de Santa Fe*, en "Lecciones y Ensayos", 1989, n° 83, p. 21 y siguientes.

social y encuentran sustento en los arts. 14, 28 y 33 de la Const. Nacional⁷.

Pero, ¿qué se entiende por tal concepto?

Nos proponemos explicar la idea de intereses difusos a partir del concepto de "daño resarcible".

Si tuviéramos que clasificar el universo de daños posibles, podríamos afirmar que existen dos tipos básicos: el daño individual, por un lado, y el daño colectivo o difuso⁸, por el otro. El daño individual es aquel que afecta a un sujeto perfectamente individualizado, por ejemplo, la víctima de un accidente automovilístico. Por el contrario, el daño colectivo o difuso es aquel que afecta a un grupo no individualizado o indeterminado de personas —piénsese, p.ej., en todos los eventuales consumidores de dulce de leche en mal estado—.

A pesar de lo expuesto, nuestro sistema resarcitorio clásico sólo reconoce al daño individual como jurídicamente relevante para dar sustento al reclamo indemnizatorio. De esa forma se hace prevalecer el valor "seguridad jurídica" sobre el de "equidad". En efecto, nuestro régimen establece que el daño, para que sea legalmente reconocido —vale decir, para que sea un daño resarcible— requiere la concurrencia de los siguientes cuatro elementos: a) ser un daño cierto, b) subsistente, c) personal del reclamante y d) afectar un interés legítimo⁹.

Como se puede observar, el daño colectivo no cumple con estos requisitos: no es personal del reclamante ni afecta un interés legítimo¹⁰. Muy por el contrario, es impersonal

⁷ Completan este esquema normativo el art. 2818 y conec. del Cód. Civil, y diversas leyes: entre ellas, n.º 2.797, 22.128, 22.190 y 22.421. Conf. Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños - Homenaje al doctor Jorge Messet Ibarraze, Comisión n.º 4 (La protección de los intereses difusos, el seguro y el acceso a la justicia).

⁸ Stiglitz, *op. cit.*, p. 28. Este joven profesor platense sostiene que "los daños colectivos son aquellos que inciden sobre una colectividad propiamente dicha y cuyos miembros, sin recibir el menoscabo personalmente, lo soportan en forma indirecta por constituir parte integrante del grupo. Ninguno de esos miembros tiene facultades para proceder aisladamente y en nombre propio, ya que las reclamaciones puede interponerlas sólo la colectividad misma".

⁹ Conf. Bustamante Alhina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8.º ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988, p. 145.

¹⁰ Ver Palacios, Lino E., La protección jurisdiccional de los intereses difusos, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, "Anales".

—en el sentido de que involucre a una pluralidad indefinida de sujetos— y afecta a un interés difuso. En rigor, el concepto de “intereses difusos” tiene por lo menos dos características principales; desde un punto de vista subjetivo —como vimos— pertenece a un grupo indeterminado o de muy difícil determinación de personas. Y desde un punto de vista objetivo, se refiere a un bien indivisible, en el sentido de que son inasusceptibles de división en cuotas o fracciones adjudicables a cada uno de los interesados —p.ej., el bienestar de los consumidores de dulce de leche—.

La tendencia de la doctrina más moderna busca la flexibilización del hoy estricto concepto de daño resarcible —ya reseñado— con el objeto de lograr la tan ansiada protección jurisdiccional de los intereses difusos¹¹. Por ello, en el futuro, probablemente baste la sola certeza del daño para poner en funcionamiento el dispositivo resarcitorio¹².

El dictado de una legislación tuitiva de los intereses difusos ampara al protagonista de nuestra historia, a los niños intoxicados, a sus padres y familiares y aun a todos aquellos clientes de don Prudencio que pudieron o no haber ingerido el dulce de leche en mal estado.

En definitiva, el derecho procura defender al sujeto más débil de las relaciones comerciales que acontecen en la vida de todos los días. La clara diferencia de poderes entre el consumidor y la empresa coloca al individuo en un “estado de debilidad”¹³ que lo somete a la discreción del proveedor de productos elaborados.

¹¹ Época, año XXXII, n° 25, p. 117. Este profesor indica que el “interés legítimo constituye una potestad concebida a un conjunto diferenciado de personas para exigir el cumplimiento de ciertas obligaciones que se hallan a cargo de la Administración Pública (p.ej., la consistente en respetar las reglas de la adjudicación de una licitación pública, cuya observancia puede ser requerida por todos los que participaron en ésta)”.

¹² XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata, octubre de 1981), citado en nota 6.

¹³ Esta afirmación corre por nuestra cuenta. Ella surge de observar cómo gradualmente son exigidos menos requisitos para considerar a un daño como jurídicamente relevante. Compárese, por ejemplo, las conclusiones de las Jornadas sobre temas de Responsabilidad Civil (Rosario, 1981) con las Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1984). En estas últimas Jornadas, la postura mayoritaria sostenía que, “para que el daño cierto sea reparable basta la lesión a un simple interés siempre que no sea ilegítimo, violatorio de la moral o del orden público” (sic).

¹³ Stiglitz, Gabriel, *La protección jurídica del consumidor*, Bs. As., Depalma, 1985.

Nuestro problema ha quedado planteado: la "protección jurídica del consumidor" no es más que la respuesta que da el derecho en procura de equilibrar la desigualdad existente entre la empresa y el consumidor.

Nos proponemos en este trabajo introducir al lector en la temática de los derechos del consumidor, para detenernos en la responsabilidad por daños derivada de productos mal elaborados. Analizaremos, en especial, el valioso aporte que realiza en este campo el Proyecto de ley de defensa del consumidor de los doctores Atilio A. Alterini, Roberto M. López Cabana y Gabriel Stiglitz¹⁴.

2. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

La desigualdad económica entre empresarios y consumidores mencionada, se presenta en múltiples situaciones cotidianas. Esta variedad responde a la dinámica de la actividad comercial actual y a la incorporación de nuevos fenómenos negociales vinculados con la revolución tecnológica¹⁵.

Por ello, la tarea del derecho apunta a proteger al débil¹⁶ en aquellos supuestos en que el desequilibrio económico es manifiesto. Quizás ésta pueda parecer una labor dispersa e inorgánica. Sin embargo, sabemos que tal actitud protectora del ordenamiento jurídico se traduce en una institución cuyo origen es reciente pero cuya sombra se proyecta necesariamente al derecho del siglo xx: la protección jurídica por daños al consumidor.

Esto nos lleva a preguntarnos si estamos frente a un nuevo sujeto de estudio de la ciencia jurídica: el consumidor. No temamos responder afirmativamente. La lectura de la legislación comparada¹⁷ nos permite inferir un conjun-

¹⁴ Se recomienda la lectura de las notas explicativas del Proyecto publicadas bajo la forma de artículo en: Alterini, Atilio - López Cabana, Roberto - Stiglitz, Gabriel, *La protección del consumidor en el marco de un Proyecto de ley*, L., 1988-B-1002.

¹⁵ Quien ha desarrollado largamente este concepto ha sido uno de los más lúcidos "predictores" con que cuenta la "sociología del futuro" moderna, nos referimos a Alvin Toffler. Recomendamos la lectura de: Toffler, Alvin, *El shock del futuro*, Madrid, Plaza y Janés, 1984.

¹⁶ Ver Alterini - López Cabana - Stiglitz, *op. cit.*, p. 1994.

¹⁷ Carta europea de Protección de los Consumidores (Consejo de Europa, 1973), "Programa preliminar para una política de protección e infor-

to de derechos subjetivos inherentes a un status jurídico particular. Tal calidad legal viene dada por el carácter de "consumidores" que ostentan los sujetos cuando contratan bienes y servicios para satisfacer necesidades personales, familiares o domésticas¹⁸.

Veamos, pues, cuáles son esos derechos y cuál es su origen.

Como ya lo señaláramos, las modernas legislaciones de los países desarrollados regulan "situaciones determinantes de un estado de debilidad"¹⁹ en procura de otorgar a la parte menos favorecida (consumidor) los remedios legales que resguarden su integridad física y patrimonial.

Así legislan sobre responsabilidad por productos defectuosos, responsabilidad por publicidad maliciosa e identificación incorrecta de mercaderías. También abordan la temática contractual, regulando los abusos en los contratos por adhesión y en las ventas a crédito y a plazos.

Muchas de ellas impulsan la constitución de asociaciones de consumidores en el ámbito privado, y legislan la creación de organismos públicos de asistencia y control. En el aspecto procesal, conceden una amplia legitimación activa y procuran la abreviación de los procedimientos así como también la extensión de los efectos de la cosa juzgada. Finalmente, también se encargan de regular la estabilidad de la oferta en el mercado de bienes y servicios de primera necesidad a través de las llamadas leyes de abastecimiento.

La protección jurídica que se brinda en los casos señalados en el párrafo anterior, nos permite ensayar la siguiente clasificación de los derechos del consumidor²⁰:

- a) Derecho a la seguridad y a la adecuada protección de la salud de los consumidores (responsabilidad por daños al consumidor).
- b) Derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores frente a la empresa (nulidad de cláusulas abusivas en contratos por adhesión).

mación de los consumidores" (CEE, 1975), y las "Directrices para la protección del consumidor" (ONU, 1985). Los textos completos de estos documentos pueden consultarse en Stiglitz, *La protección*.

¹⁸ Conf. Alberini - López Cabana - Suglitz, *op. cit.*, p. 1094.

¹⁹ Stiglitz, *La protección*, p. 8.

²⁰ La clasificación es ensayada por los autores a partir del análisis de los textos legales citados en nota 17.

e) Derecho a la información (responsabilidad por publicidad engañosa e incorrecta identificación de mercaderías).

d) Derecho a la organización (fomento y legitimación de las asociaciones de consumidores).

e) Derecho a la asistencia y asesoramiento de organismos públicos destinados a la protección de los consumidores.

f) Derecho a la estabilidad de la oferta en el mercado de bienes y servicios de primera necesidad (leyes de abastecimiento).

g) Derecho de acceder a una justicia rápida y eficiente que asegure la efectiva protección de los consumidores (legitimación activa amplia y efectos expansivos de la cosa juzgada).

3. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR EN EL PROYECTO

El Proyecto de ley de defensa del consumidor guarda semejanza estructural con las modernas legislaciones ya comentadas. Así, no pretende realizar una mera enumeración de los derechos de los consumidores sino que regula operativamente distintas figuras legales en donde éstos pueden resultar afectados. Sin embargo, no pretende abarcar la totalidad de estas figuras, por cuanto ya existen normas en nuestro ordenamiento legal que protegen ciertas situaciones de hecho disvaliosas para los consumidores. Tales los casos de las leyes de defensa de la competencia²¹, de lealtad comercial²² y de abastecimiento²³. Todo lo cual nos lleva a afirmar que, en un acierto de política legislativa, los autores del Proyecto lo han concebido como parte de un sistema legal integrado, legislando sólo aquellos aspectos no previstos en las normas citadas.

²¹ Ley 22.382. La ley de defensa de la competencia tiene por objeto la protección del interés económico general a través de la sanción de todas aquellas conductas que traben el funcionamiento del mercado. *Conf. Padilla, Miguel, La protección al consumidor en la ley argentina, JA, 1976-III-756.*

²² Ley 22.892. La ley de lealtad comercial regula concretamente la correcta identificación de mercaderías así como también la prohibición de la publicidad engañosa o irregular.

²³ Ley 20.682. La ley de abastecimiento procura la estabilidad de la oferta de bienes y servicios destinados a la satisfacción de necesidades corrientes de la población.

El Proyecto en cuestión comprende un total de tres capítulos: en el primero de ellos se concentra la legislación de fondo conforme las particularidades que luego analizaremos; el segundo trata de los aspectos procesales, y el tercero se ocupa de las obligaciones del Estado Nacional en la materia.

El primero de los capítulos referidos ocupa veinte artículos que se encargan de regular distintas figuras jurídicas vinculadas con la defensa de los derechos de los consumidores. Así, se prevén las obligaciones nacidas de la oferta al público (arts. 3° y 4°); las modalidades que debe observar la oferta formulada fuera del negocio (art. 5°); la oferta por correo (art. 6°) y las prestaciones en serie (art. 7°); el deber de información que incumbe al empresario (art. 8°); la regulación, de todo lo referente a los contratos por adhesión, sea que se trate de su redacción (art. 9°), interpretación (arts. 10 y 11), ineficacia de cláusulas abusivas (art. 12) o nulidad de ellos (art. 13); y la inclusión implícita de garantías cuando se trate de cosas no consumibles (art. 15).

Esta regulación específica y puntual no obsta a que el Proyecto contenga algunas normas genéricas que se vinculan con los principios generales del derecho civil. Así, los arts. 1° y 2° establecen cuáles relaciones jurídicas han de estar comprendidas por las disposiciones del Proyecto de ley. El mismo art. 1° consagra el principio de interpretación más favorable al consumidor y define el concepto de "consumidor", excluyendo a las personas jurídicas. Esta exclusión —a nuestro entender no justificada— merecerá nuestro análisis en el apartado 7 de este trabajo.

En los arts. 16 a 20 se prevén, acertadamente a nuestro juicio, los principios generales del derecho civil que rigen la materia, con las particularidades que impone una legislación que se pretende protectora de intereses amenazados. Así, el Proyecto legisla un régimen atemperado en materia de vicios redhibitorios (art. 16); la legitimación pasiva amplia (productor, fabricante, importador y quien haya puesto su marca en el producto o servicio) en caso de incumplimiento contractual (art. 17); la responsabilidad concurrente de ellos (además del vendedor y proveedor) en materia de daños resultantes del producto o servicio (art. 18); y finalmente un régimen de prescripción y extensión del resarcimiento análogo para todos los supuestos mencionados (arts. 19 y 20). Todo lo cual será materia de análisis en los próximos apartados en cuanto se vincule con la reformulación de

la responsabilidad por daños al consumidor en nuestra legislación civil.

El capítulo II atiende la cuestión procesal que en la materia no debe relegarse a un plano secundario. Ello es así por cuanto el acceso a una administración de justicia rápida y eficiente se constituye en complemento necesario de todo sistema integral de protección al consumidor.

Creemos que el Proyecto acierta en la materia al prever acciones judiciales con carácter preventivo (art. 21), una legitimación activa amplia que habilita la actuación de las asociaciones de consumidores y de los organismos públicos en la defensa de los intereses de los consumidores (art. 22), procesos de conocimiento sumarísimos (art. 23), y la extensión de los efectos de la cosa juzgada.

Finalmente, el capítulo III se ocupa de las cuestiones vinculadas a las obligaciones del Estado en materia de educación y defensa del consumidor (art. 25) y de la creación de una comisión de control de contratos-tipo en el ámbito del Ministerio de Economía (art. 26).

En síntesis, el Proyecto de ley no pretende agotar la regulación de la materia y busca su integración con otras normas ya existentes. Puede parecer de una lectura superficial, que el Proyecto no da soluciones categóricas frente a determinados hechos disvaliosos para los consumidores. Ello resulta aun muy difícil en virtud de la diversidad de intereses en juego.

Estamos frente a la punta de lanza de un derecho del consumo²⁴ que necesariamente ha de terminar imponiéndose en nuestra legislación en los tiempos venideros. Ello no obsta a que matengamos ciertas diferencias de criterio con relación a la responsabilidad por daños, que señalaremos en el apartado 7. Por todo lo dicho reputamos al Proyecto de gran valor para nuestro derecho positivo y de notable interés para el conjunto de la sociedad.

4. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AL CONSUMIDOR

Desde comienzos de la Revolución Industrial, a fines del siglo XVIII, hasta nuestros días, el proceso económico se

²⁴ Este concepto nos fue sugerido por Cas. Gérard - Ferrier, D., *Traité de droit de la consommation*, Paris, 1988 (Bibl. CSJ n° 1-567).

ha visto caracterizado en forma determinante por la producción en serie de mercaderías, extensas cadenas de distribución y una comercialización múltiple de ellas a través de numerosos puestos de venta. Es lo que se ha llamado el fenómeno de la "masificación de la producción"²¹. Esto ha significado un considerable aumento cualitativo en el nivel de vida de las sociedades desarrolladas. La contrapartida ha sido un crecimiento directamente proporcional entre el consumo del producto elaborado y el riesgo para la salud y la seguridad de los consumidores.

Frente a este riesgo, entendido como probabilidad de daño, y el daño efectivamente acaecido, los ordenamientos jurídicos han respondido al sentimiento de justicia de la sociedad haciendo uso de una vieja institución del derecho privado: el sistema de la responsabilidad civil. Así surge lo que la doctrina ha bautizado como "responsabilidad civil por productos elaborados"²², "responsabilidad civil por productos defectuosos"²³, "responsabilidad civil del fabricante

²¹ Ver Díez Picazo, Luis, *Cambio social y evolución jurídica en la sociedad de la información*, en "Revista de Derecho Industrial", año IV, nº 22, p. 39. Este ilustre profesor español realiza una clasificación de la historia social del hombre que vale la pena conocer. Sostiene que "la sociedad pre-industrial se basa inicialmente en las materias primas y en un juego contra la naturaleza, en la cual los rendimientos son decrecientes; la sociedad industrial está organizada principalmente en torno a la energía y su empleo para la producción de bienes; y la sociedad posindustrial está organizada en torno de la información (también llamada sociedad de la información). En esta sociedad, más interesante que la pregunta '¿quién tiene', es la pregunta '¿quién sabe?'. Dentro de este esquema, podemos decir que la "masificación de la producción" se inicia en la era industrial y empieza a decaer con el advenimiento de la sociedad posindustrial. En este sentido, se expresa la ponencia presentada por el doctor Atilio Alierini a las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariolche, 1989), sobre el tema *Impacto tecnológico y masificación social en el derecho privado*.

²² Así lo hacen: Bustamante Albina, Jorge, *Responsabilidad civil por productos elaborados en el derecho civil argentino*, LL, 143-870; Liambias, Jorge, *Dados causados por productos elaborados*, LL, 1978-B-1039; Goldenberg, Isidoro, *La responsabilidad civil por productos elaborados*, JA, 1982-1-746; Casallo, Juan, *Responsabilidad civil por productos elaborados*, LL, 1981-D-1182; Salerno, Marcelo, *Responsabilidad del fabricante por productos elaborados*, ED, 95-779; Zannoni, Eduardo A., *Responsabilidad por productos elaborados*, en "Seguros y responsabilidad civil", Bo. An. Astrea, 1984; Dextra, César H., *La responsabilidad civil por los productos elaborados en la industria farmacéutica*, LL, 1984-C-820; Stiglitz, Gabriel, *El deber de seguridad en los productos elaborados*, LL, 1985-D-13.

²³ Conf. Allanak, Cynthia, *Responsabilidad del fabricante por productos defectuosos*, LL, 1988-A-867; Andorno, Luis, *Responsabilidad por productos defectuosos*, LL, 1988-E-945.

o del industrial"²⁰ o más recientemente, "responsabilidad civil por daños al consumidor"²¹. De todos ellos preferimos este último ya que, en términos estrictamente jurídicos, precisa con mayor claridad el ámbito de aplicación de la responsabilidad de juego.²²

Debe dejarse en claro que no son los daños que sufre la propia mercadería y que la hacen impropia para su destino, aquellos que comprende esta materia, "sino los irrogados por ella al adquirente o a terceros"²³. Los daños intrínsecos del producto son regulados por las normas propias de la responsabilidad común o, en su caso, aquella derivada de los vicios redhibitorios. Los daños comprendidos en la "responsabilidad por daños al consumidor" son todos aquellos que violentan el derecho a la seguridad y a la adecuada protección de la salud de los consumidores.

En síntesis, "la responsabilidad derivada de los daños causados por productos elaborados" constituye un capítulo de los derechos del consumidor, que se inserta dentro de los derechos esenciales del individuo tales como la vida y la integridad psicofísica"²⁴.

Por otra parte, digamos que para completar el análisis

²⁰ Conf. López Cabana, Roberto - Lloveras, Néstor, *Responsabilidad civil del industrial*, ED. 64-548, Trigo Represas, Félix, *La responsabilidad civil del fabricante en las VII Jornadas Montevideanas de Derecho Civil*, LL, 1983-B-463.

²¹ Este es el concepto que utilizan y desarrollan Alterini, Atílio - Lopez Cabana, Roberto, *Responsabilidad civil por daños al consumidor*, LL, 1987-A-1040.

²² Faltase, por ejemplo, que conceptualmente el incumplimiento de una obligación convencional en un contrato de compraventa de productos elaborados genera responsabilidad. De la misma manera, un producto que adolece de un vicio que haciéndolo impropio para su destino lleva a la rescisión del contrato, genera para el transmitente una responsabilidad por productos defectuosos. Sin embargo, en ninguno de los dos casos se discute un supuesto de productos que hayan producido daños a la seguridad o a la salud del consumidor. Todavía más imprecisos resultan los conceptos "responsabilidad del fabricante" o "responsabilidad del industrial" ya que ni siquiera refieren a la temática de los productos elaborados ni defectuosos, y podrían aludir a la infinidad de supuestos normativos en que se coloca en cabeza del industrial o del fabricante de mercaderías el deber de reparar un perjuicio.

²³ López Cabana - Lloveras, op. cit., p. 551.

²⁴ Así lo sostiene el despacho unánime de la Comisión Responsabilidad por productos elaborados de las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil que se celebraron en Punta del Este (ROU) del 13 al 15 de noviembre de 1988.

de la materia en estudio es importante precisar los conceptos de "producto elaborado" y "defectuosidad".

Debemos entender por "producto elaborado" a "toda aquella cosa mueble que resulta de una actividad artesanal o industrial de transformación económica que habitualmente se realiza en serie"²¹. Este concepto excluye los inmuebles (generalmente sometidos a un régimen especial de responsabilidad), las materias primas y los productos de caza²².

Por su parte el concepto de "defectuosidad" puede ser caracterizado como la ausencia de seguridad del producto mayor, a aquella legítimamente esperable y que, por lo tanto, el consumidor no está en condiciones de prever. Ésta es la idea precisada por la jurisprudencia y doctrina norteamericanas a través de la figura legal del *unexpected dangers*²³ y receptada en la definición de "defectuosidad" que hace la directiva del Consejo de Europa²⁴. Agreguemos que debe excluirse del concepto de defectuosidad aquella ausencia de seguridad en el producto que sea consecuencia del uso irracional o abusivo por parte del consumidor. Unánimemente se sostiene que la culpa exclusiva de la víctima rompe el nexo causal que liga al proveedor con el daño producido por el producto defectuoso²⁵.

No sucede lo mismo con el supuesto del "riesgo del desarrollo", el que para un sector de la doctrina²⁶ rompe el

²¹ Compagnucci de Cass. Rubén, citado por Trigo Represas, *Félix*, op. cit., p. 684.

²² Así lo establece el art. 2° de la Carta Europea de Protección de los Consumidores (Consejo de Europa, 1973) que define el concepto de producto como "toda cosa mueble, con excepción de las materias primas y los productos de la caza, aunque estuviera incorporado a un inmueble o a otro mueble". Ver Stiglitz, *La protección*.

²³ Conf. Andorno, op. cit., p. 945; Trigo Represas, op. cit., p. 663.

²⁴ Dice el art. 6° de la citada Directiva que un producto es defectuoso: "a) cuando el mismo no ofrece la seguridad a la cual puede legítimamente esperarse, teniendo en cuenta todas las circunstancias y principalmente la presentación del producto, el uso del producto que razonablemente puede esperarse y el momento de puesta en circulación del producto; b) un producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que un producto más perfeccionado haya sido posteriormente puesto en circulación". Ver Stiglitz, *La protección*.

²⁵ Conf. Andorno, op. cit., p. 945; Trigo Represas, op. cit., p. 663.

²⁶ Así lo entendieron los despachos minoritarios de las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil -Punta del Este, 1968- ("el elaborador no asume el riesgo del progreso científico posterior al lanzamiento del producto") y de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil -La Plata,

nexo causal, en tanto para otro³⁸, constituye un factor de atribución objetiva de responsabilidad del productor-fabricante.

El "riesgo del desarrollo" engloba a aquellos "daños que no pudieron ser previstos por el responsable al tiempo que la cosa riesgosa o viciosa fue puesta en circulación o la actividad ejercida, porque los conocimientos técnicos del momento impedían advertir su peligrosidad"³⁹.

Por nuestra parte y sin pretender agotar el tema que excede el marco de este trabajo, creemos que el mencionado riesgo es resarcible por cuanto se trata de un daño cierto —ya que aunque desconocida la nocividad, existía al tiempo de su lanzamiento—, y además se encuentra en relación de causalidad adecuada.

Para redondear la noción de "defectuosidad" que hemos analizado, resulta sumamente esclarecedora la clasificación en "defectos de fabricación", de "construcción" y de "instrucción" que hace la doctrina⁴⁰. Los defectos de fabricación son aquellos producidos por la falla de algún operario o de una máquina que representan el reducido porcentaje de productos fallados que existe en todo proceso de fabricación. Son de naturaleza excepcional y su prueba resulta harto difícil.

Los "defectos de construcción" responden a fallas estructurales en la fabricación y afectan a una serie de productos elaborados bajo el mismo diseño. Por último, los "defectos de instrucción" son aquellas deficiencias de información al consumidor acerca de cómo usar el producto y su

1981— ("la existencia del defecto de fabricación deberá juzgarse según las normas científicas y técnicas corrientes a la época de puesta en el comercio y no según los avances científicos desarrollados al tiempo del juzgamiento"). Es también la postura adoptada por el nuevo Proyecto de Unificación del Derecho Privado (art. 1113).

³⁸ Esta es la postura mayoritaria de las mencionadas IV Jornadas Rioplatenses de Derecho ("el elaborador responde aunque sea desconocida la nocividad potencial del producto al momento de lanzarlo al mercado") y en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ("el fabricante no queda exonerado cuando conocimientos científicos posteriores prueban la defectuosidad del producto"). En el mismo sentido se expidió la Comisión I^a de las I Jornadas sobre Responsabilidad por Productos Farmacéuticos y Medicinales (Morón, 1987). Para un análisis detallado de posturas doctrinarias en nuestro derecho: Mexina de Estrella Gutiérrez, op. cit., p. 182.

³⁹ Mexina de Estrella Gutiérrez, *Opacitela*, Aplicación del sistema de "actividad riesgosa" a los daños modernos, LL, 1989-C-945.

⁴⁰ Trigo Represas, op. cit., p. 463.

grado de peligrosidad⁴². Estos dos últimos supuestos son de más fácil prueba en razón de su generalidad.

Una vez precisados los "conceptos jurídicos que conforman la responsabilidad civil por daños al consumidor nos proponemos averiguar quién es el responsable y la índole de la responsabilidad en juego"⁴³. En otras palabras, sabemos que cuando el producto elaborado resulta defectuoso —en razón de una falla en su fabricación, construcción o instrucción— produce un daño en la salud de quien lo consume, generándose así el deber de reparar el perjuicio. Debemos precisar en esta etapa de nuestro ensayo, a quién debe atribuirse la responsabilidad de tal evento dañoso y cuáles serán los fundamentos normativos en que se apoyará la acción del consumidor-víctima.

Respecto de la primera cuestión, convengamos que ante la multiplicidad de sujetos que intervienen en el proceso de fabricación, comercialización y distribución de un producto (fabricante, importador, proveedor, intermediario, mayorista, minorista) se plantea el difícil interrogante de individualizar cuál de todos ellos es el sujeto imputable. Todos ellos concurren a la introducción de un riesgo en el mercado que resulta la contrapartida del beneficio que su fabricación, distribución o comercialización les reporta. Sin embargo es el fabricante quien, en virtud de su aptitud (*know how*) para entender los procesos de fabricación, puede conocer mejor la nocividad de un producto. Él es también, quien introduce el riesgo, generando un provecho que luego los demás comparten. Por ello, la imputación de responsabilidad se dirige en primera instancia al fabricante, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente de los otros eslabones del proceso productivo, conforme su grado de participación en el perjuicio.

Pasemos ahora a resolver el segundo interrogante: ¿cuál es la base normativa sobre la que se apoyará la acción del consumidor-víctima? El próximo apartado busca responder esto.

⁴² Así lo entendió la jurisprudencia en el celebrado fallo de la CNCiv. Sala A, 17/970. "Estancias del Oeste SA c/ Bayer Argentina SA", LL, 1978-C-616.

⁴³ Liambias, *op. cit.*, p. 1493.

5. EL ESQUEMA ACTUAL EN NUESTRO DERECHO

Comencemos diciendo que nuestro Código Civil carece de una regulación sistemática del tema que nos ocupa. Por ello se le aplican las normas de la teoría general de la responsabilidad civil.

Nuestro codificador legisló en función de los modos de producción contemporáneos a su obra, "basados en el fruto del obrar humano y distanciadas de la actual producción en serie, caracterizada por lo anónimo y lo mecánico"⁴⁴. Ello nos convence de la necesidad de la existencia de un especial dispositivo legal en la materia que adecue el moderno derecho de daños a las actuales formas de producción.

A la luz de la legislación vigente y considerando los supuestos posibles que se presentan en las relaciones comerciales, podemos sistematizar la responsabilidad por daños al consumidor de la siguiente manera⁴⁵:

a) Supuesto del fabricante-vendedor: quien enajena la cosa directamente al consumidor.

b) Supuesto del fabricante-no vendedor: quien sólo constituye el eslabón inicial de la cadena de comercialización del producto.

c) Supuesto del vendedor-no fabricante: quien vende el producto al consumidor luego de recibirlo del fabricante o de cualquier otro intermediario.

En el primer caso, la responsabilidad del productor-fabricante es, a todas luces, contractual. La doctrina mayoritaria⁴⁶ ha entendido que el daño en la persona del consumidor constituye violación de la obligación técnica de seguridad. Esta obligación, de creación doctrinaria⁴⁷, supone que la ejecución del contrato no debe resultar dañosa en la persona de ninguna de las partes. Como la obligación de segu-

⁴⁴ Stiglitz, *El deber de seguridad*, p. 13.

⁴⁵ Conf. Altarini - López Cabana, *op. cit.*; López Cabana - Lloveras, *op. cit.*; Bustamante Alsina, *op. cit.*; Liambias, *op. cit.*; Salerno, *op. cit.*

⁴⁶ Conf. Trigo Represas, *op. cit.*; Bustamante Alsina, *op. cit.*; Liambias, *op. cit.*; Salerno, *op. cit.*; Goldenberg, *op. cit.*

⁴⁷ Recopilada del derecho francés, donde desempeña un papel importantísimo, sobre todo en el contrato de transporte, fue introducida en nuestra doctrina civilista por Jorge Bustamante Alsina en un artículo que abrió el camino a toda la temática de los daños al consumidor. Bustamante Alsina, *Jorge, op. cit.*

riedad es una obligación de resultado, una vez acreditado el daño, corresponde al productor-fabricante establecer la ruptura del nexo causal para exonerarse. Conforme a este esquema, la acción del consumidor-víctima se fundará en los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales.

También se acepta pacíficamente la acción de responsabilidad por vicios redhibitorios, pero con un alcance mucho menor y en los términos del art. 2176 del Cód. Civil. Por lo tanto, se exigirá para su procedencia que el fabricante-productor conozca los vicios de la cosa vendida, que no los haya manifestado al consumidor, y además, que éste opte por la rescisión del contrato, en lugar de demandar una acción *quanti minoris*.

Frente a este esquema resultó novedoso e innovador el aporte realizado por los doctores López Cabana y Lloveras en un recordado artículo sobre el tema en cuestión⁴⁸. Estos autores planteaban responder al problema analizado, sin recurrir a la ficción de la obligación tácita de seguridad, a través de una interpretación amplia de los arts. 520 y 521 de nuestro Cód. Civil.

A su criterio, debían entenderse comprendidos los daños al consumidor por productos defectuosos dentro del concepto de daños intrínsecos en cuanto "el daño sufrido por el comprador deviene interno a la trama del contrato" ya que "ningún otro fin verosímil cabría asignar a la compra de un producto que no sea el de consumirlo"⁴⁹.

En el segundo supuesto -fabricante-no vendedor- la responsabilidad es extracontractual, a pesar de debiles esfuerzos doctrinarios por reputarla contractual⁵⁰.

Sin embargo, se ha generado un interesante debate sobre cuál ha de ser el fundamento de esta responsabilidad extracontractual.

Cierto sector de la doctrina⁵¹ sostiene que el productor-

⁴⁸ López Cabana - Lloveras, *op. cit.*, p. 548.

⁴⁹ López Cabana - Lloveras, *op. cit.*, p. 553.

⁵⁰ Se han esbozado distintas tesis al respecto, que se encuentran sistematizadas en el nombrado estudio de López Cabana - Lloveras. Ellas son: la tesis del negocio fiduciario, de la cesión de derechos, de la relación contractual clásica, la tesis de la acción directa, la tesis de la acción subrogatoria, y la tesis del contrato a favor de terceros. Ver López Cabana - Lloveras, *op. cit.*, p. 553.

⁵¹ Conf. Llamblas, *op. cit.*; Salerno, *op. cit.*; Bustamante Alsina, *op.*

fabricante debe responder en virtud de la violación del principio genérico del *naminem laedere* consignado en el art. 1109 del Cód. Civil. Otro sector²², hace descansar el fundamento de la responsabilidad en una interpretación extensiva del párr. 2º del art. 1113 del Cód. Civil. Así, redefine el concepto de "dueño" o "guardián" que establece la letra del citado artículo e introduce la teoría del riesgo provecho. Se sostiene que debe responder quien es el dueño o guardián del producto al tiempo de su lanzamiento al mercado, es decir, en el momento en que se introduce el riesgo²³.

Finalmente, en el último caso se discute en doctrina²⁴ si debe extenderse o no la obligación de seguridad al vendedor no fabricante. Las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981), sin llegar a resolver la cuestión, establecieron causales de exoneración²⁵ para el comerciante minorista, que, a nuestro juicio como luego lo veremos, aumentan el principio de seguridad jurídica en las transacciones comerciales.

Éste es el esquema actual en que se desenvuelve la temática de los daños al consumidor en la legislación vigente. En el próximo apartado estudiaremos la nueva base normativa que intenta el Proyecto de ley que estamos analizando, y que según sus propios autores busca tomar "las necesarias precauciones legislativas... en función de la tutela del débil jurídico"²⁶.

6. SOLUCIONES APORTADAS POR EL PROYECTO

El tema que nos ocupa, es regulado por el art. 18 del Proyecto. Éste establece: "Si del producto o del servicio

cit. También ha sido la postura mayoritaria de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981).

²² Conf. López Cabana - Lloveras, op. cit.; Trigo Represas, op. cit.; y la posición minoritaria de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981).

²³ Ver López Cabana - Lloveras, op. cit.

²⁴ A favor se expresan Bustamante Alaina, op. cit.; Millner, Maurice. La responsabilidad civil por productos elaborados, LL, 143-160. En contra: Llambías, op. cit.; Trigo Represas, op. cit.

²⁵ Ellas son: a) que el vicio sea de fabricación, b) que el vendedor no tenga ni deba tener conocimiento del defecto en razón de su arte o profesión, c) que le sea imposible controlar la calidad del producto, y d) que no asuma personalmente esa garantía.

²⁶ Alierini - López Cabana - Stigitz, op. cit., p. 1004.

resulta daño, responderán el productor, el fabricante, el importador, el vendedor, el proveedor, y quien haya puesto su marca en el producto o servicio. La responsabilidad será concurrente, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que ha sido ajeno a la causación del daño²⁷. El esquema se complementa con los arts. 19 y 20 que regulan el plazo de prescripción, y la extensión del resarcimiento respectivamente. A propósito del art. 18 digamos que aunque no prevea expresamente la responsabilidad por daños al consumidor²⁸, ello surge implícitamente de la fórmula que emplean los autores ("si del producto o servicio resulta daño"). Este artículo establece la responsabilidad objetiva y concurrente de todos aquellos vinculados no sólo al proceso productivo (productor y fabricante) sino de aquellos relacionados con la distribución y comercialización de un producto o servicio (importador, proveedor, vendedor y quien haya puesto su marca en ellos).

La responsabilidad es objetiva en virtud de la aplicación del art. 1113 del Cód. Civil con un criterio amplio y pragmático que pone fin a las discusiones doctrinarias comentadas. Ello es así en razón de que se responsabiliza a "todo aquel que se sirve" (conforme los términos estrictos de la fórmula original del art. 1113) de una cosa riesgosa. Por ello los autores del Proyecto prevén la imputación de responsabilidad aun de "quien haya puesto su marca" (art. 18) en el producto o servicio.

La responsabilidad es concurrente en razón de la coexistencia de distintas obligaciones —una por cada uno de los sindicados por el artículo como responsables—, cuyo objeto —la reparación del daño causado por el producto defectuoso— y el sujeto activo —el consumidor-víctima— son idénticos²⁹. La concurrencia de los obligados a reparar el perjuicio es en proporción a su grado de participación en él. Según los mismos autores³⁰ el artículo en cuestión recepta las recomendaciones efectuadas por las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981) y las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil (Punta del Este, 1986), así como

²⁷ Así lo hace el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial que cuenta con media sanción del Congreso Nacional.

²⁸ Conf. Liambias, Jorge, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, t. II.

²⁹ Conf. Alterini - López Cabana - Stiglitz, op. cit.

también coincide con la solución adoptada por el art. 2176 del Proyecto de Unificación²⁰.

Finalmente, digamos que el art. 19 del Proyecto establece un plazo de prescripción para la acción por daños y perjuicios de cinco años, conforme a la solución arribada en el art. 3933 del Proyecto de Unificación, tomada del Código Civil italiano de 1942²¹.

En cuanto a la extensión del resarcimiento se comprenden las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, con expresa inclusión del daño moral resultante (art. 20).

Antes de pasar al siguiente apartado, dedicado al análisis de las soluciones aquí reseñadas, queremos destacar que el Proyecto legisla saludablemente un solo régimen de responsabilidad en consonancia con la moderna doctrina y el Proyecto de Unificación del derecho privado.

7. ALGUNOS INTERROGANTES QUE NOS SUGIERE EL PROYECTO

Como ya lo señalamos, creemos que el Proyecto en cuestión constituye la punta de lanza del derecho del consumo. No obstante mantenemos algunas diferencias que se centran —en nuestro criterio— en un impreciso acotamiento de ciertas figuras legales que, por el carácter puntual del Proyecto, sería aconsejable establecer.

Nuestras críticas se centran en los siguientes temas:

- a) Ámbito de aplicación del régimen propuesto (art. 1°).
- b) El concepto de consumidor (art. 1°).
- c) La responsabilidad concurrente e indiscriminada de todos los eslabones de la cadena de comercialización (art. 18).
- d) La ausencia de límite monetario en la reparación del daño (art. 20).
- e) La no regulación del instituto del seguro.

El primer interrogante se plantea en el art. 1° cuando establece el ámbito de aplicación de este régimen. En efecto, dicha norma sostiene que "las disposiciones de esta ley se aplican a las relaciones jurídicas establecidas entre quienes

²⁰ Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 118.

²¹ Ver las notas explicativas del Proyecto de Unificación.

que ocasionalmente, producen o comercializan cosas, o proveen servicios, y los consumidores". Este artículo regula, por lo tanto, las relaciones jurídicas establecidas entre el consumidor-victima y quien le provee un producto o un servicio defectuoso.

Nos permitimos sostener que consideramos disvalioso que dicho artículo incluya a aquellas vinculaciones celebradas por proveedores ocasionales. Creemos que la profesionalidad debería ser el elemento determinante para atribuir responsabilidad por daños al consumidor.

Entendemos que esta disposición introduce un factor de grave perturbación en las pequeñas relaciones negociales que se dan accidental y cotidianamente, por ejemplo, entre vecinos⁴². Piénsese en aquel vecino que ante nuestro requerimiento nos "regala" la lata de palmitos que "nos saca de apuro". Si tal producto enlatado generara daños en nuestra salud, ¿sería justo que respondiera nuestro amable y ocasional proveedor? Creemos que no: su falta de profesionalidad lo inhabilita para conocer cuándo un producto es defectuoso. Además, como se trata de un producto envasado, la imposibilidad de verificar su inocuidad se convierte en un elemento relevante⁴³.

Nuestra posición encuentra apoyatura en el art. 403, a, del *American Restatement of Torts*⁴⁴ que establece que "la responsabilidad especial del vendedor de un producto por

⁴² Sostiene Maurice Milner, refiriéndose a la *strict liability*, que "no es aplicable al vendedor ocasional de mercaderías que no ejerce la actividad como parte de su comercio; por ejemplo, el ama de casa que en una ocasión vende a la vecina un frasco de dulce o un kilo de azúcar, o el particular que vende su automóvil. La razón de ello es que estos casos carecen del fundamento inicial de la responsabilidad estricta aplicable al comercio de la venta de alimentos, esto es, que su cliente se ve obligado a depender de él en cuanto a la calidad de dichos alimentos". Ver Milner, *op. cit.*, p. 864.

⁴³ A mayor abundamiento, consideramos que de ser aprobada esta norma, se vería gravemente afectado el principio que hemos llamado "la normal solidaridad entre vecinos"; en este caso, la desconfianza y la inseguridad imperarían entre ellos.

⁴⁴ El *American Restatement of Torts* es un texto preparado por el American Law Institute que refleja la opinión de los más destacados juristas norteamericanos en cuestiones reguladas por jurisprudencia contradictoria o confusa. No tratándose de una compilación de fallos judiciales ni de un Código con sanción legal, el *Restatement* tiene por objeto sistematizar el derecho vigente para facilitar la labor del intérprete. Ver Bustamante Alcina, *op. cit.*

daño físico al usuario o consumidor" se da cuando "ha vendido un producto en condiciones defectuosas que resulten más peligrosas que lo razonable... Será responsable por el daño físico que sea causado... si a) el vendedor habitualmente vende productos semejantes"⁶².

El segundo interrogante que planteamos también surge del art. 1º. Precisamente cuando se define el término "consumidor". Allí se sostiene que "se consideran consumidores a las personas físicas que contratan con relación a 'cosas o servicios', para satisfacer necesidades personales, familiares o domésticas". Creemos que es desaconsejable limitar el concepto de "consumidor" sólo a las personas físicas. En efecto, consideramos que el derecho debería buscar proteger al débil jurídico⁶³, sea cual fuere la naturaleza de ese sujeto —persona física o persona jurídica—. Creemos que esto es así en razón de que pueden estar en una situación de debilidad tanto una persona de carne y hueso como el humilde orfanato de nuestra historia inicial.

En este sentido, se orienta el Proyecto de ley elaborado por el senador Luis León⁶⁴ que parte de un concepto amplio de consumidor⁶⁵. También podemos citar la Carta del Consejo de Europa de 1973 que sostiene que "un consumidor es una persona física o jurídica a la cual le son vendidos o suministrados bienes y servicios para su uso privado"⁶⁶.

El tercer interrogante se nos presenta en el acápite del art. 18 del Proyecto; éste establece que "si del producto o del servicio resulta daño responderán el productor, el fabricante, el importador, el vendedor, el proveedor y quien haya puesto su marca en el producto o servicio", fijando luego la responsabilidad concurrente de todos ellos.

Como se ve, la responsabilidad establecida por este artículo comprende —entre otros sujetos— al vendedor no fabricante⁶⁷. Creemos que tal inclusión es disvaliosa en el

⁶² Millner, *op. cit.*, p. 221.

⁶³ Las recientes XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariolche, 1988) sostuvieron, refiriéndose a los criterios del Proyecto de unificación Legislativa, que "el de protección debería atender a la debilidad antes bien que a la calidad de personas físicas".

⁶⁴ Fue aprobado por la Honorable Cámara de Senadores el 30 de octubre de 1988 y, desde esa fecha cuenta con media sanción legislativa.

⁶⁵ Ver Messina de Estrella Gutiérrez, *op. cit.*, p. 80.

⁶⁶ Ver el citado texto en Stigitz, *La protección*.

⁶⁷ Respecto de él, digamos que "al masificarse las mercancías fue de-

supuesto de productos envasados. En efecto, al vendedor no fabricante le resulta virtualmente imposible verificar la inocuidad de ellos. A veces, aunque quisiera hacerlo, no estaría capacitado para entender en la materia debido a los complejos procesos de industrialización. En otros términos el comerciante es un mero intermediario o "correo" de la oferta emitida por el fabricante al estampar su marca en el producto⁷¹. Debemos agregar a este hecho, que la mayoría de las veces los vicios de que adolecen los productos envasados son defectos de fabricación, y, por lo tanto, imprevisibles e inevitables. Es por ello que —como dijimos— al comerciante le resulta materialmente imposible ejercer un control de calidad sobre el producto. Además, consignemos que el pequeño y mediano comerciante no se encuentra en la posición de las grandes empresas fabricantes para "absorber o distribuir el incremento en el costo del producto que significa la contratación de seguros de responsabilidad"⁷².

Por todo ello, concluimos que el vendedor no fabricante no debería, por regla, ser responsabilizado en los términos del art. 18 cuando se tratara de productos envasados y correctamente identificados, que adolecieran de vicios de fabricación de imposible verificación material por el comerciante. No obstante ello, debe exigírsele, en virtud de su profesionalidad, el control de la autenticidad del origen y la fecha de vencimiento del producto⁷³. Esta postura fue sostenida en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en La Plata en 1981, por la Comisión encargada de la Responsabilidad por productos elaborados⁷⁴.

Esta solución no exime la responsabilidad genérica que le asigna el mencionado art. 18 al vendedor-no fabricante,

jando de ser un intermediario activo y, por lo general, imprescindible entre la producción y el consumo, para devenir en un eslabón más, ya no necesario, en el proceso de venta". Trigo Represas, *op. cit.*, p. 668.

⁷¹ La moderna doctrina norteamericana sostiene que entre el fabricante de productos envasados y el consumidor existe una relación a todas luces contractual cuya naturaleza no se ve afectada por la mera intermediación del comerciante. El mencionado fabricante emite su oferta al rotular su producto y lanzarlo al mercado. La oferta se perfecciona con efecto diferido cuando el consumidor adquiere el producto. Ver Allanak, *op. cit.*

⁷² Allanak, *op. cit.*, p. 349.

⁷³ Ver C^{IV}CivCom, La Plata, Sala III, 27/10/83, "Capresella de Hernández Bardi c/Bocabela, José y otro", LL, 1985-D-28.

⁷⁴ Ver nota 55. Allí se enumeran las causales de exoneración del vendedor no fabricante, contempladas en las citadas Jornadas.

simplemente acota el ámbito de la responsabilidad de quien, en las actuales condiciones del mercado, no resulta sino "un profano de las mercaderías que le toca revender"⁷¹.

El último interrogante que nos plantea el Proyecto se centra en el art. 20. Este sostiene que "la indemnización comprenderá las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, e incluirá el daño moral". Ante el silencio de esta norma y en consonancia con la atribución de responsabilidad objetiva que hace el art. 18 ya citada, inferimos que los autores no han considerado oportuna la limitación monetaria de la extensión del resarcimiento.

Creemos que dicha falta de limitación desalienta la iniciativa privada e impide el establecimiento de mecanismos aseguradores que garanticen el cobro de la indemnización por parte de la víctima. Fundaremos esta observación analizando especialmente los dos problemas que ella plantea:

- a) La limitación indemnizatoria.
- b) El instituto del seguro.

Como se sabe, la mayor parte de las leyes modernas que crean hipótesis de responsabilidad objetiva, establecen como contrapartida la limitación⁷² de la responsabilidad a través de topes monetarios máximos y no por medio de la distinción entre las consecuencias inmediatas y mediatas del hecho dañoso. Un claro ejemplo de ello lo establece el art. 1113 del Proyecto de Unificación⁷³.

La utilidad de este "techo indemnizatorio" es doble. Por una parte, este régimen limitativo promueve la iniciativa privada al hacer posible cuantificar con anterioridad el costo del riesgo empresario a asumir⁷⁴. Por otra parte, esta limitación es necesaria para que sea posible la actividad

⁷¹ Trigo Represas, op. cit., p. 569.

⁷² Se sostuvo en el I Congreso Internacional del Derecho de Daños (Buenos Aires, 1939) que "cabe distinguir conceptualmente la tarificación de la limitación de la responsabilidad. La primera presume el daño y lo cuantifica. La segunda exige la prueba del perjuicio y opera como tope máximo". (Despacho de la Comisión n° 3: Límites del resarcimiento en la responsabilidad objetiva).

⁷³ En el mismo sentido se orientan el Código portugués y la ley de Quebec sobre seguro de automóviles, entre otros. Ver López Cabana, Roberto, La atribución objetiva de responsabilidad con limitación indemnizatoria en la unificación del derecho privado, LL, 1958-C-826.

⁷⁴ Es muy importante destacar que este sistema de ninguna manera busca eliminar el riesgo empresario; por el contrario, pretende hacer posible la determinación del capital arriesgado.

aseguradora por dos razones: como negocio rentable para el empresario asegurador y como medida de protección accesible para un mayor número de asegurados. La inexistencia de un límite indemnizatorio eleva irrazonablemente el monto de las primas, tornando al negocio del seguro de azarosa rentabilidad, que se agrava especialmente en las actuales condiciones económicas⁷⁹.

En razón de lo expuesto, somos partidarios de la limitación indemnizatoria. Sin embargo, creemos que tal tope no debería funcionar⁸⁰ cuando se diera alguna de las siguientes causales:

a) Cuando del hecho dañoso deriva la muerte de la víctima.

b) Cuando el demandado debió —en razón del riesgo de la actividad emprendida— razonablemente asegurarse⁸¹.

Fundamos la primera causal en nuestra convicción de que el valor vida siempre es superior a cualquier valor de naturaleza económica.

La segunda causal es utilizada por el art. 1113 del Proyecto de Unificación. Destacamos que la decisión de asegurarse o no está asentada en un criterio de razonabilidad en función de la magnitud del riesgo generado por la actividad emprendida.

En síntesis, nos permitimos afirmar que si el art. 20 analizado estableciera una limitación indemnizatoria se lograrían armonizar los dos valores en juego: el interés de la parte empresaria de que su riesgo no sea limitado y el del consumidor-víctima de que el daño producido le sea reparado.

⁷⁹ Confirma esta aseveración la reciente suspensión del aseguramiento de los accidentes de trabajo dispuesta por la Cámara de empresas que agrupa a las compañías aseguradoras.

⁸⁰ En estos supuestos regira el principio de reparación plena.

⁸¹ El tema del seguro es conflictivo. Sobre él existen dos posturas extremas que reputamos igualmente disvaliosas: por un lado, el "seguro obligatorio", el cual no se adecua a la actual coyuntura económica; y por el otro, la prescindencia total del seguro, lo cual aborta la posibilidad cierta de socializar el daño. Por ello, consideramos acertada una posición intermedia como la adoptada por el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial.

8. CONCLUSIONES

a) El fenómeno de la masificación de la producción a la par de mejorar las condiciones de vida, ha acrecentado sustancialmente los riesgos del consumo.

b) La clara diferencia de poderes entre el proveedor de bienes y servicios (empresario) y quien los adquiere (consumidor) coloca a este último en un estado de debilidad.

c) La función del derecho consiste en equilibrar esta desigualdad a través de la protección del débil jurídico. Esta se materializa en el instituto de la protección jurídica del consumidor.

d) Esta protección será ilusoria sin la garantía de un acceso amplio y rápido a la justicia. Por ello el reconocimiento de los intereses difusos se vuelve imperativo.

e) Dentro de los derechos reconocidos a los consumidores, adquiere especial relevancia el derecho a la seguridad y adecuada protección de su salud.

f) Los productos en mal estado que afectan la salud o la seguridad de quien los consume generan "responsabilidad por daños al consumidor".

g) La imputación de responsabilidad debe dirigirse —en principio— al fabricante ya que él es quien introduce el riesgo generando un provecho que luego los demás eslabones de la cadena de comercialización comparten.

A) No obstante ello debe admitirse la responsabilidad concurrente de estos últimos, aunque debe ser limitada en los casos de productos envasados.

i) La atribución de responsabilidad al fabricante por daños al consumidor, es objetiva en los términos del art. 1113 del Cód. Civil.

j) El oportuno Proyecto Alterini - López Cabana - Stiglitz establece la responsabilidad objetiva y concurrente de todos los eslabones de la cadena de comercialización.

k) Frente a este esquema es necesario señalar nuestras diferencias de criterio respecto del ámbito de aplicación de la ley, del concepto de consumidor, de la extensión indiscriminada de la responsabilidad, de la falta de limitación monetaria del resarcimiento y de la ausencia de regulación sobre el seguro.

4) Sin embargo, estas observaciones no invalidan la trascendencia del Proyecto y su contribución al crecimiento y desarrollo del derecho de consumo que se proyecta necesariamente al siglo XXI.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA ¿MÁS ALLÁ DEL BIEN Y DEL MAL?*

MARY ANA BELOFF

1. INTRODUCCIÓN. PLANTEO DEL PROBLEMA

La problemática de la determinación de la pena ha sido durante años dejada de lado en los abordajes de la dogmática jurídico-penal tanto a nivel nacional como extranjero, en cuanto aspecto que mereciera particular interés de ella, tal como lo ha constituido, por ejemplo, la teoría del delito, en sus interminables debates acerca del disvalor de resultado o del disvalor de acción.

Sin embargo, en los últimos años se ha comenzado a desarrollar lo que podríamos llamar una perspectiva dogmática en esta materia, y creemos que la discusión al respecto debe incrementarse y enriquecerse con los aportes que en este sentido pueden proporcionar otras ramas de las ciencias sociales, en nuestra creencia de que la ciencia penal, si existe como tal, y no es ésta la oportunidad de abrir el debate en este aspecto, integra el conjunto de las ciencias sociales y está muy lejos de verse reducida a una ciencia lógico-formal.

En el presente abordaje nos proponemos analizar los diferentes encuadres que en materia de determinación de la pena se han elaborado en la doctrina, comparar los enfoques de los teóricos nacionales y extranjeros y, por último, poner en evidencia sus falencias en tanto análisis que con-

* Este proyecto fue presentado en el II Congreso Nacional y I Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología que tuvo lugar en General Roca (Universidad Nacional del Comahue) en el mes de noviembre de 1985.

tribuyen a una mejor, más igualitaria y justa administración de justicia, en la medida en que es evidente la arbitrariedad en la que incurrirían los agentes que ejercen el poder jurisdiccional del Estado, al imponer condenas cuyas cantidades y calidades no aparecen justificadas en las sentencias que ellos mismos, casi automáticamente, elaboran.

2. UN PROCESO COMPLEJO

Haremos una recorrida por los antecedentes históricos, el derecho comparado y las posiciones doctrinarias, construyendo un marco teórico.

La determinación de la sanción que se le deberá imponer a quien ha cometido un delito no se reduce a un solo acto, a un solo momento, la sentencia, sino que, por el contrario, consiste en un no siempre claro y racional proceso que nace en la norma y que se extingue con la efectiva concreción de la pena impuesta al condenado.

Si bien se considera como más importante a la etapa a la que se ha convenido en llamar de "individualización judicial" —y es precisamente ésta la que nos ocupa principalmente en este trabajo—, no menos importantes son las otras dos individualizaciones: la legal, que la precede y que se hace manifiesta en la ley penal que establece de un modo general y abstracto la pena que corresponde a cada una de las infracciones taxativamente allí enunciadas; y la penitenciaria, que la continúa, y que está representada por el régimen que se considere en teoría más adecuado al cual debe ser sometido el condenado con la finalidad de lograr su "reinserción social"¹. De todas formas, la mayor o menor importancia relativa que se le otorgue a cada una de las tres fases mencionadas variará según las concepciones doctrinales que a este respecto se pongan en juego, y las diferentes legislaciones.

No obstante ello, algunos autores, entre ellos Zaffaroni, consideran que en realidad las actividades judicial y peni-

¹ La noción de "reinserción social", fuertemente relacionada con la teoría de la defensa social, ha sido ampliamente desestimada en los últimos años por la criminología crítica. En tal sentido ver Pavarini, Massimo, *La crisi della prevenzione speciale tra intese garantiste e ideologie secolitarie*, en Cotroneo - Ramat (a cura di), "Quali garanzie", Bari, Ed. Donato, 1983, p. 279-309.

tenciaria —o administrativa, en sus términos—, se combinan para realizar la voluntad de la ley². Sin embargo, creemos que tal postura deriva de considerar sólo el deber ser de la norma, y de ignorar lo que en realidad ocurre al ponerse en funcionamiento el circuito infracción-sanción. Por algún factor que esperamos dilucidar a lo largo de la presente exposición, tal combinación no se lleva a cabo, aunque sería deseable que así ocurriese, y cada una de las individualizaciones corre por sendas separadas, las que muy pocas veces convergen en realizar los propósitos perseguidos por el legislador.

El problema que nos ocupa, esto es el de la determinación de la especie y del quantum de la pena, puede ser tratado desde tres enfoques teórico-metodológicos diferentes y complementarios entre sí: el de la política criminal, el de la psicología judicial y el de la defensa social (con los reparos que nos merece esta expresión a la luz de una postura no funcionalista-sistémica del derecho penal)³.

El de la política criminal, en la medida en que ciertas decisiones judiciales pueden ser tan eficaces, o inocuas, en la labor que se desarrolla para disminuir los índices de delincuencia en una sociedad dada, tanto como las medidas legislativas o las sociales. En este sentido se parte de la idea de que la política criminal es aquella ciencia encargada de hacer comprensible al derecho penal como una totalidad —parte del extenso control social— en cuanto unidad funcional, desde la creación hasta la aplicación del derecho, y como la encargada de desarrollar una concepción limitadora de la lucha contra el delito en nuestras sociedades, en la zona de conflicto entre la ciencia jurídico-penal normativa y la investigación criminológica empírica.

Desde la psicología judicial, en la medida en que el juez, como hombre, con una historia, una escala de valores y una personalidad dadas, y sometido a un sinnúmero de presiones, es el principal agente de individualización de la pena.

Y, finalmente, desde el plano de la "defensa social", en la medida en que la sentencia no sólo importa la apreciación y valoración de una infracción a la luz de un Código Penal, sino también la consideración de la personalidad de su au-

² Zaffaroni no sostiene en la actualidad la postura preventiva en ninguno de sus aspectos. En tal sentido ver *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., Ediar, 1988.

³ Ver nota 1.

tor, sobre todo si tenemos en cuenta el aspecto "resocializador" de la sanción a imponer (en su momento se analizará la inconstitucionalidad del principio de culpabilidad en este sentido)⁴.

Desde los orígenes de la aplicación de una sanción al infractor de alguna norma legal o consuetudinaria, hasta fines del siglo xviii, la característica dominante en materia de determinación de la pena fue la arbitrariedad, consecuencia lógica del poder omnicompreensivo de los gobernantes de la antigüedad hasta el Iluminismo, y de la idea de que la falta, o bien atentaba contra el orden natural, o divino, de las cosas, o bien lo hacía contra el soberano, quien como vicario del dios en el primer caso, o por sí mismo, en el segundo, debía reparar la ofensa perpetrada en su jurisdicción. Con el advenimiento de la Ilustración se estableció un sistema de penas fijas, con el que se quería eliminar el arbitrio judicial, en nombre del principio de legalidad, en el que se vio tanto una garantía de igualdad como de sujeción del juez a la voluntad popular (Código Penal francés de 1791); pero que dio lugar a una rigidez excesiva. Hacia el siglo xix este régimen de tarifas legales se fue haciendo más flexible, al introducirse máximos y mínimos de la pena junto con circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad, y con medidas especiales para menores, enajenados y reincidentes.

Con Saleilles se comenzó a hablar de individualización de la pena, y de ahí en más se generalizó el uso de la trílogía planteada al inicio, la que constituye la tendencia prevalente en las legislaciones contemporáneas, a punto tal que actualmente se considera que el proceso de determinación de la pena en la sentencia no constituye únicamente un acto judicial formal sino también un acto humano y social.

Pese a ello, y como bien señala Mir Puig, la individualización no incluye todos los aspectos de la determinación de la pena. La individualización apunta a la adaptación al caso concreto. Así, regulada en parte tal adaptación por la propia ley penal, ella provoca el nacimiento del concepto de individualización legal; pero la propia determinación de la

⁴ Estamos refiriéndonos al principio de culpabilidad no como presupuesto dogmático de la imposición de una pena, en el marco de la teoría del delito, sino en el sentido en el que queda caracterizado en el texto, vinculado a la justificación de la sanción —y por extensión de su medida— a través de su contenido y finalidad resocializadoras.

pena exige un pronunciamiento anterior a dicha individualización, esto es, la propia fijación del "marco penal típico".

Prosiguiendo con el análisis histórico, agregaremos que el compromiso entre legalismo y arbitrio judicial que se alcanzó en el siglo pasado partió de la determinación legal como límite fundamental de garantía. Algunas escuelas, la positivista en especial y bajo los diversos nombres con los que se desarrolló en los diferentes países europeos y americanos, propiciaron una ampliación del ámbito de la determinación judicial y penitenciaria, como forma de atender a las necesidades de prevención especial relacionadas con la personalidad de cada delincuente, hasta extremos de postular la llamada "sentencia absolutamente indeterminada", a concretar por el juez o por las autoridades penitenciarias, a la vista de los resultados del tratamiento del recluso. En cambio otros, la mayoría, han abogado por la llamada "sentencia relativamente indeterminada", que sólo fija un límite máximo, y a veces también un límite mínimo. Sin embargo, la mayoría de los países han mantenido una determinación legal y judicial de la pena más estricta; y actualmente se advierte una reacción en contra del tratamiento indeterminado del delincuente —en realidad, por tiempo indeterminado—, incluso en aquellos países como EE.UU. y Suecia, donde más lejos se llevó el programa preventivo especial.

La mayor preocupación que provoca el tratamiento indeterminado es, ante todo, la inseguridad jurídica que implica para el condenado. Así, para evitar tal efecto, la ley y la sentencia judicial deben fijar la cuantía de la pena. Por el contrario, no despierta recelos la concesión hecha al juzgador, en delitos de poca gravedad, de suspender la pena, de sustituirla por otra menos grave o por medidas menos lesivas, o incluso, de prescindir de toda consecuencia jurídico-penal, como ocurre en algunas legislaciones. Asimismo, las necesidades de prevención general son tenidas en cuenta al restringir las mencionadas facultades judiciales a delitos poco graves. Sirvan como ejemplo las últimas reformas que en materia penitenciaria se han realizado en España, las cuales están dirigidas en la actualidad a ampliar el ámbito del arbitrio judicial sólo en la medida en que se trate de decisiones más favorables para el condenado y no entrañen, por lo tanto, un peligro para sus derechos.

De todo lo expuesto se concluye que la elaboración de sentencias en las cuales se determinan las penas —en cantidad y en especie— a imponer a los condenados, consiste en

un complejo proceso que en función de la teoría de la pena que fundamenta el análisis (en la medida en que cualquier teoría de la pena implica un criterio de legitimación del sistema penal), está destinado a alcanzar diferentes objetivos.....

Un claro ejemplo de ello lo representa el Coloquio de Bellagio de 1968, que reúne con regularidad a los representantes de las cuatro principales asociaciones internacionales interesadas por los problemas criminológicos (Asociación Internacional de Derecho Penal, Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, Sociedad Internacional de Criminología y Sociedad Internacional de Defensa Social), oportunidad en la que se hicieron manifiestas tres grandes orientaciones en lo que respecta al fin de la pena. La primera atribula a la sanción objetivos de intimidación y retribución, requisitos exigidos todavía por algún sector de la conciencia colectiva. La segunda le otorgaba finalidades de resocialización del delincuente, razón por la cual hacía hincapié en la importancia, durante el proceso de individualización de la pena, de la comunicación entre el acusado y el juez. La tercera, por último, enfatizaba la relación dialéctica que una sentencia establece entre los cuerpos judicial y social. Pese a las dificultades que las precedentemente citadas concepciones implicaban para la formulación de una única definición del proceso en cuestión, los participantes se pusieron de acuerdo en los siguientes términos: un acto que supone un enfoque que sobrepasa ampliamente las normas jurídicas de fondo y forma; un punto de encuentro entre las ciencias antropológicas y sociales; el resultado de numerosas decisiones preparatorias y el comienzo de diversas decisiones referentes a la ejecución de la pena; en suma, un acto humano que comprende numerosas interacciones entre el delincuente, el juez y la colectividad.

3. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Como se ha señalado, esta etapa consiste en que el agente juzgador establezca, dentro del marco que tiene para moverse en ejercicio de su arbitrio, cuál es la pena concreta a aplicar en un caso determinado, si cabe hacerlo, o la suspensión condicional de ella, o su sustitución por otra consecuencia jurídica. Sin embargo, este arbitrio no debe ser confundido con arbitrariedad, conforme lo señala Jescheck, al hablar de "discrecionalidad jurídicamente vinculada".

sino que tal arbitrio debe ser ejercido conforme a algunos principios que deben extraerse tanto de las formulaciones expresas de la ley penal como de los fines que se le atribuyan al derecho penal.

Conforme con tres criterios se ha planteado este problema en la doctrina, a saber: el de la prevención especial, el de la prevención general y el de la culpabilidad (en sentido amplio), incluyendo este último, aspectos tales como el de la proporcionalidad con la gravedad del hecho, y el de la culpabilidad *strictu sensu*. Así, el nudo de la cuestión se encuentra en determinar en qué medida el juez debe atender a cada uno de los criterios mencionados.

Una primera posibilidad es la sostenida por la llamada teoría de la pena exacta o puntual (*Punktstrafe*), la que entiende que el juez debe hallar la pena que resulte exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto, en un sentido amplio. Esta es una postura claramente retribucionista, la cual considera posible determinar el punto exacto de la pena que corresponde a la infracción cometida por el delincuente.

En la vereda opuesta a la teoría precedentemente citada se encuentra aquella que concibe a la culpabilidad, en un sentido amplio, únicamente como límite máximo de la pena, no como límite mínimo, de tal suerte que la pena no necesaria desde el punto de vista preventivo debería dejar de imponerse aunque fuese adecuada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor.

La primera teoría no contempla los fines de prevención en forma independiente. La segunda les concede, por el contrario, un margen ilimitado. En la actualidad, sin embargo, tienen mayor acogida otros planteamientos que pueden ubicarse en un lugar intermedio, como teorías eclécticas que buscan un equilibrio entre la función preventiva de la pena y la necesidad de ponerle un límite sobre la base de una proporcionalidad con la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor. Se trata de las teorías conocidas por el nombre de teoría del espacio de juego (*Spielraumtheorie*) y teoría del valor posicional (*Stellungswerttheorie*).

Según la teoría del espacio de juego, elaborada por la jurisprudencia alemana, la pena adecuada a la culpabilidad, en sentido amplio, no es una pena exacta, sino que abarca un marco determinado entre un máximo y un mínimo. Tal marco constituiría para el juzgador un "espacio de juego" dentro del cual podría moverse para graduar la pena en fun-

ción de las necesidades preventivas. Tal postura es defendible tanto desde una perspectiva que considere que la culpabilidad es la base de la pena exigida por la retribución, como lo sostiene Jescheck en su Tratado, como por aquellos que consideren la proporcionalidad como un límite de la pena exigido por la prevención general, tal como lo afirma Roxin en Culpabilidad y prevención en derecho penal. Asimismo, se discute también si dentro del marco que permite la culpabilidad sólo deben considerarse las necesidades de prevención general junto con las de prevención especial, o sólo las segundas.

En relación con la teoría del valor posicional cabe agregar que resuelve el problema entre culpabilidad en sentido amplio y prevención, otorgando a la primera la función de disponer por sí sola el quantum de la pena, y a la segunda, la de servir de guía, por sí sola también, a la decisión acerca de si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida (prevención especial).

Existen también otros factores a tener en cuenta en el análisis de la determinación judicial de la pena, mencionados tanto por la doctrina española como por la alemana, relacionados con específicas consideraciones y disposiciones que aparecen enunciadas en los Códigos Penales de los respectivos países, las que, asimismo, no son óbice para que el juzgador pueda y deba atender, además, a la totalidad de los principios que han de limitar el *ius puniendi* en un Estado social y democrático de derecho, a saber: principios de utilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, de resocialización, de humanidad, de legalidad, de culpabilidad y de proporcionalidad. Especialmente ponen de manifiesto la necesidad de que la determinación no ignore un principio constitucional básico: el de la igualdad, el que deberá servir para evitar que por razones coyunturales se apele a la prevención general para elevar la pena de algunos sujetos más que la de otros, así como para lograr que la prevención especial sea administrada de manera equitativa por los tribunales en sus sentencias.

Hasta aquí han sido analizados los aspectos concernientes a la relación que existe entre determinación de la pena y el fin de ella. Ahora es menester considerar los factores que inciden sobre la individualización, para observar si es posible encontrar criterios uniformes en esta materia o si, por el contrario, se trata de cuestiones que dependen estrictamente del tribunal encargado del juzgamiento, y que devie-

nen, por lo tanto, no susceptibles de ser sistematizados con miras a un mejor conocimiento del proceso que nos ocupa.

En este sentido se han realizado algunos estudios de campo, especialmente en Estados Unidos, Inglaterra, Canadá e Israel, que son particularmente esclarecedores del problema que estamos interesados en estudiar. Así, se ha examinado la incidencia de los factores legales y extralegales en las decisiones emanadas de los tribunales, llegándose a la conclusión de que los primeros, por ejemplo, el número de hechos, de condenas anteriores, el tipo de delito, los informes judiciales, etc., explican en gran medida la disparidad aparente entre las decisiones dictadas; y que para el caso de delitos de poca gravedad, pero no excesivamente leves, las normas jurídicas revelan una tendencia a hacerse menos explícitas y la individualización, un margen mucho mayor de discrecionalidad judicial. Otros estudios evidencian, por otro lado, la influencia de la manera de ponderar y de recibir información por parte de los tribunales, la forma en que la utilizan, la ideología, el sexo, la religión o la profesión anterior del juzgador. Como estudios empíricos, sólo dan cuenta de aspectos muy específicos y parciales de la realidad, debido a que para efectuarlos es necesario realizar recortes del objeto de estudio. Pese a ello creemos que son orientadores para concretar estudios de esta naturaleza en nuestro país, donde sintomáticamente no se han llevado a cabo, con la finalidad de encontrar, inductivamente, algunos elementos relacionados con los factores que inciden de manera esencial en la fijación de la pena por los agentes encargados de determinarla.

Sobre la base de las investigaciones recién señaladas, es posible afirmar que existen tres clases de factores típicamente judiciales: algunos de carácter estrictamente técnico, como la colegialidad o la unipersonalidad del tribunal, el tipo de procedimiento, la existencia o no de etapas independientes de instrucción y de sentencia, el carácter profesional o no del personal que debe decidir, la formación jurídica o criminológica del magistrado, etc.; otros de índole psicológica como el estado físico y mental del juez, su reacción ante la criminalidad en general y ante el delito que debe juzgar, su percepción de la política criminal, etc.; y finalmente determinados factores sociales, como la reacción de la opinión pública.

Los elementos hasta ahora reseñados sirven para tener un panorama de las diferentes formas de abordar la proble-

mática de la determinación de la pena desde diferentes perspectivas metodológicas, el que, obviamente, no se agota con los elementos mencionados. Nos resta, finalmente, explicar por qué creemos que todas las hipótesis indirectamente formuladas nos parecen insatisfactorias, a la luz de nuestro derecho positivo y a la sombra de nuestros magistrados, para dar una acabada solución al tema³.

4. EL DERECHO POSITIVO Y LOS PRONUNCIAMIENTOS NEGATIVOS. REFORMULACIÓN DEL PROBLEMA

A nuestro juicio, el principal problema que se presenta en esta materia es el de esclarecer cuáles son las razones que conducen a que en las sentencias penales el apartado concerniente a la determinación de la pena constituya un cliché que se reproduce casi sin diferencias a lo largo de los años y de los tribunales, a través de diferentes magistrados y justiciables. No se trata aquí de considerar el funcionamiento de la corporación judicial, aunque creemos que él no es ajeno a todo lo expuesto hasta el momento. Se trata más precisamente, de discutir por qué razón se violan constantemente garantías constitucionales —principios de legalidad y de igualdad ante la ley— en las sentencias de nuestros tribunales como algo natural, inconsciente y, por lo tanto, no cuestionable.

Salvo escasísimas excepciones, los jueces no otorgan mayor importancia a la graduación de la pena y a la determinación de la especie, con relación a los fundamentos que la justifican. Suele leerse: "para graduar la sanción que habré de imponer al justiciable, habré de tener en cuenta su edad, la recuperación, o no, del bien sustraído (en el caso de que se trate de un robo o hurto), la presencia, o no, de antecedentes condenatorios, la impresión personal que de él me formé en la audiencia consignada a fs. XX, así como las restantes pautas de dosimetría punitiva previstas en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal". Es difícil entender si estas pautas de mensuración punitiva actúan a favor o en contra del condenado, si se consideran en todos los casos o sólo en algunos, si se relacionan con la gravedad del injusto o con la culpabi-

³ Creemos que no existen respuestas definitivas a ningún problema científico, precisamente porque por su provisividad se lo define así, como científico.

lidad del autor, etcétera. Tales lagunas son, a mi juicio, violatorias de los principios establecidos en los arts. 18 y 19 de la Const. Nacional, a saber: del principio de legalidad y del de reserva, así como del principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la Const. Nacional.

Siguiendo a Zaffaroni, creemos que en nuestro Código Penal el criterio general en materia de cuantificación de la pena es que ella debe guardar cierto grado de relación con la magnitud del injusto y de la culpabilidad, sin perjuicio de admitir el llamado "correctivo de la peligrosidad", en cada caso concreto.

El sistema de cuantificación de las escalas penales contenido en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal pone en evidencia la inexistencia de penas rígidas en él, y aun más, permite al tribunal optar, hasta en las penas de duración perpetuas, entre reclusión o prisión, y para el caso del art. 80 del Cód. Penal, la reclusión accesoria del art. 52, o no (si bien en los hechos las diferencias entre reclusión y prisión son casi imperceptibles).

El art. 40 remite al 41: "en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condena-ción de acuerdo con las circunstancias atenuantes y agravantes particulares a cada caso, y de conformidad a las reglas del artículo siguiente". El art. 41 determina, en su inc. 1º, que se tendrá en cuenta a los efectos del artículo anterior, "la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados"; y en el inc. 2º señala criterios generales, pero no clasifica "agravantes" ni "atenuantes", como lo hacen otras legislaciones.

Las dificultades aparecen a la hora de interpretar los alcances de los artículos precedentemente citados, debido a que en este punto se ponen en funcionamiento las concepciones que se hayan adoptado del derecho penal y del delito, sintetizándose así todos los aspectos problemáticos de la teoría del derecho penal.

Hemos dicho que parte de la doctrina considera que la individualización judicial no constituye una etapa posterior e independiente de la individualización legal, sino que la continúa para precisar la pena que corresponde a un caso concreto cuya especificidad escapa al legislador. Pero si nos mantuviéramos en esa postura no podríamos explicar las discrepancias abismales que aparecen entre sentencias que resuelven sobre una misma clase de delitos y con autores

que revisten un grado similar de culpabilidad (si es posible formular generalizaciones tales). Por ello creemos que en la individualización judicial se ponen en juego un sinnúmero de factores que se le escapan al legislador y que no se relacionan solamente con la especificidad del delito.

Leemos en el Manual: "la pena tiene por objetivo proveer a la seguridad jurídica mediante la prevención de futuros ataques a la misma, lo que se obtiene o procura obtener con la acción preventiva especial"⁴. Por tanto, el disvalor del delito no debe ser desproporcionado con la lesión que inevitablemente trae aparejada la pena preventiva a los bienes del condenado por razones de seguridad jurídica que se hallan socioculturalmente condicionados. Ahora bien, puede ocurrir que por la personalidad del penado no quepa aplicársele todo el equivalente a la cuantificación que hubiera resultado de los criterios del injusto y de la culpabilidad. En este caso es admisible el correctivo de la peligrosidad "que no afecta la imagen del hombre como persona" ni implica un derecho penal de autor, en virtud de que no crea una punición sino que descende una cuantificación basada en el injusto y en la culpabilidad.

Por todo lo expuesto queda claro que no es posible sostener que en el art. 41 sólo se encuentran indicios de peligrosidad, como lo afirma parte de la doctrina nacional, porque en nuestro Código Penal el correctivo de la peligrosidad sólo puede obrar a favor del condenado.

El art. 41, inc. 1^o, hace referencia a la cuantía del injusto, es decir, al grado de contradicción de la conducta con el derecho. La "naturaleza de la acción" es una expresión redundante porque ella surge del resto del enunciado del inc. 1^o. Asimismo, las referencias al injusto no se agotan en el inc. 1^o sino que en el inc. 2^o se manda computar "la participación que haya tomado en el hecho", lato sensu, es decir, abarcando la coautoría. Existen también casos especiales de mayor contenido del injusto del hecho, como la pena del concurso ideal o la del delito continuado.

En relación a la culpabilidad de autor como criterio cuantificador (violatorio del principio de legalidad ya que reprocha conductas anteriores al delito y a las que la ley no declara delito -art. 18, Const. Nacional-; de cualquier ámbito de lo privado y del principio de reserva -art. 19, Const.

⁴ Ver nota 2.

Nacional— al reprochar lo no prohibido) aparece en las siguientes citas del art. 41: "la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos", siempre que la miseria no alcance un grado tal que determine un estado de necesidad justificante; "los demás antecedentes y condiciones personales", general referencia a la personalidad del sujeto como condicionante de su ámbito de determinación; "los vínculos personales" y "la calidad de las personas", como relaciones que unen al autor con la víctima y que le hacen más exigible la conducta conforme a derecho.

Por último el art. 41 establece una garantía de jurisdiccionalidad, en la medida en que demanda al juez "tomar conocimiento directo y de viva del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida en cada caso". Se trata de una disposición de naturaleza procesal pero de rango constitucional, razón por la que, como acertadamente señala Zaffaroni, los tribunales de alzada deberían cumplimentarla regularmente, tal como lo estipula el Código Penal.

A lo expuesto se le suma la prohibición de la doble desvaloración, por ejemplo, de la condición de hijo, lo que no obsta a que se gradúe la responsabilidad en algunos supuestos, por ejemplo, en el caso del funcionario público (no es igual la responsabilidad de un barrendero que la de un ministro).

Por otro lado, las escalas penales se alteran por el contenido del injusto derivado de la afectación del aspecto objetivo de la seguridad jurídica, en el caso de la escala penal de la tentativa y de la complicidad; y se agrava en base a un mayor contenido del injusto derivado de un mayor peligro de alarma social por la reincidencia, el cual es a todas luces inconstitucional, puesto que toda pretensión de agravar la pena de un delito posterior en razón de un delito anterior ya juzgado, importa una violación del principio *non bis in idem*.

Por último, cabe agregar que en la parte especial se fijan escalas penales para delitos en particular teniendo en cuenta tanto la cuantía del injusto como la culpabilidad (es el caso del art. 81, inc. 1°, la emoción violenta, y las motivaciones del art. 80, inc. 3°, por precio o promesa remuneratoria, inc. 4°, por placer, codicia, odio racial o religioso e inc. 7°, por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito).

La condena condicional implica el reconocimiento de la conveniencia de evitar las penas cortas, privativas de la libertad, admitiendo su carácter perjudicial y criminógeno, y

su nulo valor preventivo. Creemos que la aplicación de esta última por los tribunales también se hace de manera automática, sin tener en cuenta todos los factores anteriormente considerados.

5. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS Y CONCEPTUALIZACIÓN

"Cada sociedad tiene su régimen de verdad, su política general de la verdad: es decir, los tipos de discurso que ella admite y hace funcionar como verdaderos; los mecanismos y las instancias que permiten distinguir los enunciados verdaderos o falsos, la manera en que se sancionan los unos y los otros; las técnicas y los procedimientos que son valorizados para la obtención de la verdad; el status de aquellos que tienen a su cargo decir lo que funciona como verdadero"³.

Hemos visto, a muy grandes rasgos, en qué consiste la problemática de la determinación de la pena. Hemos tratado de formular los alcances de las teorías que se han elaborado para explicarla mejor. Hemos visto qué dice nuestro Código Penal al respecto. Hemos tratado de entenderlo. Pero no hemos podido responder con claridad al interrogante planteado al inicio: por qué razón en las sentencias penales prácticamente se ignoran las razones por las que se impone una especie de pena y una cantidad determinada o no de ella, por qué los jueces no se ven en la necesidad de justificar las sanciones que imponen (violando gravemente garantías constitucionales) y por qué, tal vez como consecuencia o concomitantemente con ello, la doctrina nacional prácticamente no se ocupa de este tema.

Creemos que la respuesta se encuentra probablemente al nivel del discurso jurídico, en la convicción de que se trata del discurso del poder por antonomasia. La verdad, en el discurso jurídico, no está fuera del poder ni actúa sin poder. Cuando el juez falla, dice el derecho, crea derecho y verdad jurídica. Puesto a analizar los elementos que integran el injusto que tiene frente a sí, y la culpabilidad del sujeto sometido a proceso, no se siente con demasiado lugar para la innovación. Tampoco es necesario. Acomoda los hechos a algún esquema de teoría del delito que considere

³ Foucault, Michel, en "L'Arc, Revue Trimestrielle", Aix en Provence, n° 70, La crise dans la tête. Entretien avec M. Fontana, p. 25.

conveniente y, si no encajan, por esa molesta manía que tiene la realidad de sustraerse al cómodo cepto que le impone la teoría, los mete a presión, como en lecho de Procusto, para que el teorema resuelva.

En el acápite de individualización de la pena, por el contrario, no encuentra elementos precisos, contundentes, que le permitan seguir adelante. El Código Penal es demasiado ambiguo; doctrina y jurisprudencia parecen escapar al tema.

Sin embargo, la pena debe ser impuesta, para que el sistema resuelva.

Creemos que en este aspecto entran en juego tanto el pensamiento mágico de los magistrados como el de la opinión pública, que clama venganza. ¿Cómo puede ser similar el proceso de individualización de la pena para un homicidio calificado y para un robo de autoestéreo en grado de tentativa?

Sólo en la medida en que lo que se requiere es castigo, retribución.

En este estado del análisis, podemos formular la siguiente hipótesis: En el proceso de individualización de la pena se pone en funcionamiento el pensamiento mágico de los magistrados y el de la opinión pública que, como parte del inconsciente colectivo, no se cuestiona ni necesita justificarse.

En lo que concierne al proceso de individualización de la pena, creemos que ha quedado claramente conceptualizado a lo largo de la exposición. Entendemos por pensamiento mágico aquel sistema de referencia, alejado del significativo y del significado, en cuyo seno pueden integrarse datos contradictorios². Magistrados son todos los agentes de la corporación judicial encargados de dictar sentencias; opinión pública, aquel objeto y producto de las manipulaciones "informativas" de los mas-media. Llamamos inconsciente colectivo, a las imágenes primordiales (pensamiento y sentimientos más antiguos, generales y profundos de la humanidad), posibilidades de humana representación, heredadas en la estructura del cerebro y que producen remotísimos modos de ver³. Por último, entendemos por cuestionarse a aquella actividad que consiste en reflexionar sobre las propias formas de actuar y de pensar, y por justifi-

² Conf. Lévi-Strauss, Claude, *Antropología estructural*.

³ Conf. Jung, Carl G., *Lo inconsciente*.

corres, a aquella consistente en otorgar sentidos a estas mismas formas.

6. DEMOSTRACIÓN. MOTIVOS DE ESTA INVESTIGACIÓN

No hemos podido implementar la tarea concerniente a la recolección de pruebas que permitan verificar la hipótesis planteada en el apartado anterior.

No obstante ello creemos conveniente mencionar que consistiría nuestra actividad, a saber: encuestas a magistrados, presidiarios y ciudadanos; relevamiento de sentencias, desde la implementación de la actual justicia penal hasta la fecha; confección de estadísticas buscando constantes en algunos de los sentidos en los que se ha orientado la investigación en otros países, y en otros sentidos originales, que se vayan descubriendo; además de todos los elementos que se hagan presentes a lo largo de la investigación, para poder contrastar y falsar con la mayor amplitud posible (proporcionada por la mayor cantidad de elementos de juicio que se pueden reunir) nuestra hipótesis.

En otro sentido, consideramos imperioso explicitar las razones que nos motivaron a llevar a cabo la presente investigación (o al menos comenzarla con este proyecto). Creemos necesario realizar reformas al Código Penal que tiendan a precisar con claridad reglas de individualización y de determinación de la especie y del quantum de la pena, como garantía de control al arbitrio judicial. Pero también creemos necesario desarrollar sistemáticamente principios que se encuentran presentes en algún rincón de nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo ha venido haciendo la doctrina extranjera en los últimos años.

Estamos convencidos de la necesidad de desmitificar el sentido de la aplicación de sanciones por parte de un tribunal, como paso inicial de un largo pero imprescindible camino que permita abolir este siniestro andamiaje punitivo, con miras a lograr una administración de justicia más igualitaria, más justa, donde los discursos de poder no sean unidireccionales sino que se integren a un entramado de relaciones sociales que sirva para eliminar de las mentes de los hombres la difundida idea de que el derecho penal es una herramienta legítima y eficaz para resolver conflictos que son creados, precisamente, por un mismo y perverso sistema de control social institucionalizado, y no tanto.

BIBLIOGRAFÍA

- Cuello Calón, Eugenio. *La moderna penología*. Barcelona, Bosch, 1958.
- Eco, Humberto. *¿Cómo hacer una tesis?*. Bs. As., Gedisa, 1978.
- Jaschbeck, Hans H., *Tratado de derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1966.
- Jung, Carl G., *Lo inconsciente*. Bs. As., Lonada, 1975.
- Levi-Strauss, Claude, *Antropología estructural*. Bs. As., Eudeba 1984.
- Mari, Enrique E., *La problemática del castigo*. Bs. As., Nachebe, 1943.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal*. Barcelona, Publicaciones Universitarias, 1988.
- Rico, José M., *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*. México, Siglo XXI, 1987.
- Rosin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1972.
- *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid, Reus, 1981.
- Walzel, Hans, *Derecho penal alemán*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983.
- Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*. Bs. As., Ediar, 1987.
- Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*. Jaén, Edersa, 1979.

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL- DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL, UNA MISMA DISCIPLINA

ROSARÍA CORREA

1. INTRODUCCIÓN

Después de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) se produce un cambio en el derecho constitucional al constitucionalizarse ciertas instituciones de garantías procesales y de derechos sociales, con el fin de proteger al individuo de gobiernos dictatoriales o arbitrarios.

Surge la jurisdicción constitucional y, por ende, los Tribunales Constitucionales cuyo antecedente es el Tribunal austríaco de 1920, concebido por Kelsen¹.

Sin embargo, recién después de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) es cuando se desarrolla lo que había sido iniciado casi tres décadas antes.

Este desarrollo y preocupación acerca de la constitucionalización de garantías y de un proceso para hacerlas valer trajo como consecuencia la creación de Tribunales Constitucionales como el italiano (1947) y el francés (1946-1958).

Cabe advertir que antes de la Segunda Guerra Mundial, en 1931, fue creado un Tribunal de Garantías Constitucionales en España. En Hispanoamérica se instituye un control constitucional en las Constituciones de Cuba (1940), Panamá (1941) y Costa Rica (1943)².

¹ González, Nicolás - Deleito, Domingo, *Tribunales constitucionales: organización y funciones*, p. 15.

² *Ibidem*, p. 15.

En 1978, al establecerse la democracia en España, después de cuarenta años de dictadura, se ha vuelto a crear en ese país un Tribunal Constitucional.

Así pues, el problema de la justicia constitucional trae como consecuencia "un estudio de las normas que regulan el proceso constitucional³ y las garantías procesales elevadas a rango constitucional". De esta manera se origina una nueva disciplina⁴, llamada por algunos derecho procesal constitucional y por otros derecho constitucional procesal, pero que es una misma.

Esta discrepancia en cuanto a la terminología no es más que un reflejo de los problemas que afronta esta nueva disciplina. Es importante señalar que ella todavía está en estado evolutivo, pues su contenido y aún más los límites de su autonomía no están definidos.

Muchos son los estudiosos que se han inclinado por uno de los dos términos.

Entre los autores que se inclinan por la expresión derecho procesal constitucional tenemos a Couture, Sagüés, González Pérez, Hitter, y otros; mientras que para Fix Zamudio y Jorge Fábrega debe ser derecho constitucional procesal.

En cuanto a los estudios que se han hecho acerca de ella tenemos:

- a) La conferencia realizada en Florencia (Italia) en 1971, en donde participó Fix Zamudio.
- b) El I Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en México (1975) en donde se plantea la necesidad de integrar el derecho constitucional con el procesal para un estudio de mayor profundidad.
- c) El VII Congreso Internacional de Derecho Procesal en Alemania Federal en 1983⁵.

Son muchos los autores que se han preocupado por estudiar el origen, contenido y naturaleza de esta nueva disci-

³ González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, p. 48.

⁴ Alcalá Zamora plantea que es a Kelsen a quien se le atribuye la paternidad del derecho procesal constitucional. Citado por Torres, Secundino, *Examen panorámico de la Constitución: en 1972 y en las reformas de 1983. Defensa procesal de los derechos fundamentales*, en Fábrega, Jorge, "Estudios de derecho constitucional", p. 187.

⁵ Hitter, Juan, *El derecho procesal constitucional*, en Fábrega, "Estudios de derecho constitucional", p. 869.

plina jurídica. Ésta es la mejor forma de tener una idea del fin que se busca y de inclinarnos por uno de los dos términos.

2. Concepto

Esta rama jurídica, como dijimos anteriormente, es un conjunto de normas que regulan el proceso constitucional y las garantías procesales elevadas a rango constitucional.

Para González y Deleito "el derecho procesal constitucional es la rama del derecho procesal que estudia y regula las cuestiones derivadas de la inconstitucionalidad de las leyes, de las violaciones de derechos y libertades proclamadas en los textos constitucionales y de los conflictos propiamente constitucionales entre altos poderes del Estado, entre éste y las comunidades autónomas o de éstos entre sí"⁴.

Por otro lado Fábrega plantea que: "El derecho constitucional procesal examina cuestiones como el proceso constitucional, sus tipos, su naturaleza, presupuestos, objeto litigioso, actos procesales, desarrollo y terminación del proceso, efectos del proceso, principios procesales al igual que las garantías constitucionales que deben dársele a las partes con otros procesos tales como el derecho a la acción, el debido proceso, etcétera"⁵.

Si comparamos ambos conceptos veremos que tienen similitud en cuanto a que establecen que esta materia regula el proceso constitucional cuyo objeto es la materia constitucional.

Sin embargo, vemos que en el primer concepto se habla de una rama del derecho procesal, mientras que en el segundo, no.

Este es un problema de naturaleza jurídica el cual estudiaremos posteriormente.

Vemos que se habla de un proceso constitucional con sus elementos, principios, efectos, etcétera.

Para Quiroga Cubilla el proceso constitucional es: "La relación jurídica de tipo complejo que busca la satisfacción de pretensiones basadas en normas constitucionales"⁶.

⁴ González - Deleito, op. cit., p. 11.

⁵ Fábrega, Jorge, *Derecho constitucional procesal panameño*, en Fábrega, "Estudios de derecho constitucional", p. 889.

⁶ Quiroga Cubilla, Héctor, *El proceso constitucional*, p. 1.

Al referirse a la relación jurídica de tipo complejo nos quiere significar que el proceso constitucional es especial, pues tiene un procedimiento especial. En nuestro ámbito jurídico [Bogotá] este proceso está regulado en el Código Judicial, Libro IV, bajo el título: "Instituciones de garantías".

Es a través de este conjunto de normas, tanto constitucionales como legales, que se llega a un restablecimiento del ordenamiento jurídico alterado para lograr el bienestar común y la paz social.

3. Contenido

La referencia al contenido de una disciplina alude a lo que encierra su estudio, lo que éste implica. De ahí que al estudiar el concepto podamos deducir dos grandes divisiones: el proceso constitucional y todo lo que éste implica y las garantías procesales contenidas en la Constitución.

Por otro lado, su campo de acción es muy relativo, pues va a depender de la jurisdicción constitucional de cada Estado⁹.

Es importante estudiar las divisiones que hacen algunos de los estudiosos de esta disciplina:

Hitter establece cuatro grandes vertientes:

- a) El derecho procesal legal.
- b) Las garantías de las partes.
- c) Las categorías de la jurisdicción.
- d) Las garantías judiciales.

Incluye además, la protección de los derechos humanos dentro de esta disciplina¹⁰.

Por su parte, Fix Zamudio la divide en dos grandes sectores:

- a) Normas constitucionales que regulan la organización y funcionamiento de los tribunales a las que podemos denominar "garantías judiciales".

⁹ Hitter, *op. cit.*, p. 872.

¹⁰ *Ibidem*, p. 889.

b) Los instrumentos relativos a la eficacia del proceso, que contienen los derechos de las partes y el debido proceso¹¹.

El procesalista panameño Jorge Fábrega sostiene que el contenido abarca dos subdivisiones:

a) Los procesos constitucionales.

b) Garantías elevadas a rango constitucional que ofrecen todos los procesos reconocidos en la Carta y desarrollados en los ordenamientos procesales¹².

Para ampliar un poco más, en la primera subdivisión se encuentran: el proceso de inconstitucionalidad, de hábeas corpus y el amparo de garantías.

Estas instituciones están consagradas en la Constitución, pero el proceso para lograr que se cumpla está contenido en la ley formal.

4. NATURALEZA JURÍDICA

Una de las grandes polémicas que se dan en el desarrollo de esta disciplina es la de ubicarla en el ámbito jurídico, es decir, establecer si es parte del derecho procesal o del derecho constitucional.

Por otro lado, muchos se inclinan por una solución ecléctica, pues plantean que es un tema que interesa a ambas ramas y que no puede ser estudiado aisladamente por una de ellas a espaldas de la otra. Fix Zamudio considera que su investigación debe ser objeto de un estudio interdisciplinario¹³.

Sin embargo, los que propugnan el planteamiento de que es parte del derecho constitucional establecen que lo novedoso es que garantías procesales hayan sido elevadas a rango constitucional.

Los que establecen que es parte del derecho procesal argumentan que la nueva disciplina estudia el proceso constitucional, que tiene los mismos principios procesales que todos, con la única diferencia de que el objeto materia del proceso son las normas constitucionales.

¹¹ Fábrega, *op. cit.*, p. 335.

¹² *Ibidem*, p. 338.

¹³ Ritter, *op. cit.*, p. 371.

Esta disciplina, como rama del derecho procesal, tendrá al igual que éste un carácter público, instrumental e imperativo.

Público, pues es el Estado el que realiza la función jurisdiccional a través del proceso, el cual es estudiado por el derecho procesal.

Se realiza, pues, una función publicista.

Señala González Pérez: "No puede negarse el carácter publicista del derecho procesal y que el derecho procesal constitucional al ser una rama del derecho procesal tiene el mismo carácter"¹⁴.

Es instrumental pues a través de este proceso constitucional se logra la justicia constitucional. Su papel es la defensa de la Constitución. Es el instrumento para hacer efectivas las pretensiones fundadas en la Constitución.

Es imperativo, pues como toda norma jurídica tiene dicho carácter, este conjunto de normas procesales lógicamente también lo tendrá.

Ubicar esta disciplina en un ámbito u otro es tratar de resolver el problema de la terminología, ya que ambos problemas están íntimamente vinculados.

El análisis de dichas posiciones nos lleva a pensar que el mejor término es derecho procesal constitucional y, por ende, que es parte del derecho procesal.

El término derecho constitucional procesal parece ser, a nuestro juicio, un estudio de las normas procesales contenidas exclusivamente en la Constitución, marginando así las normas que rigen el mismo proceso constitucional.

Vemos, entonces, que las normas procesales legales son importantes dentro del proceso constitucional y que hay una relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional. Es más, el derecho procesal tiene como fuente principal las normas procesales de rango constitucional que sirven de base para el nacimiento y desarrollo de normas procesales legales.

En conclusión tenemos que, así como el Estado ejerce su función jurisdiccional ("administrar justicia") por medio de un proceso, y las normas que lo regulan constituyen el derecho procesal, así también el Estado ejercerá la jurisdicción constitucional para lograr la justicia constitucional a

¹⁴ González Pérez, op. cit., p. 53.

través de un proceso constitucional que es regulado por un conjunto de normas que constituyen el derecho procesal constitucional.

Para fundamentar mejor lo anterior tomamos en consideración la opinión de Calamandrei y de Couture de que "el consignar libertades en las Cartas Fundamentales es vano si no pueden ser reivindicadas en juicio"¹⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- Fábrega, Jorge. *Derecho constitucional procesal panameño*, en Fábrega, Jorge (comp.), "Estudios de derecho constitucional". San José, Costa Rica, Texto Ltda., 1987.
- González Pérez, Jesús. *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.
- González, Nicolás - Deleita, Domingo. *Tribunales Constitucionales: organización y funciones*, Madrid, Tecnos, 1980.
- Hitter, Juan. *El derecho procesal constitucional*, en Fábrega, Jorge (comp.), "Estudios de derecho constitucional", San José, Costa Rica, Texto Ltda, 1987.
- Quiroga Cubella, Héctor. *El proceso constitucional*, Bogotá, Librería del Profesional, 1983.
- Torres, Secundino. *Examen panorámico de la Constitución: en 1972 y en las reformas de 1982. Defensa procesal de los derechos fundamentales*, en Fábrega, Jorge (comp.), "Estudios de derecho constitucional", San José, Costa Rica, Texto Ltda, 1987.

¹⁸ Hitter, *op. cit.*, p. 268.

CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

18. **LECCIONES Y EXAMEN.**

EN NOMBRE DEL JUEGO

CHRISTIAN COURTIS

Intentaremos en este comentario tratar con elementos de juicio poco usuales en el ámbito de la reflexión jurídica, el material que nos proporciona un fallo judicial. La elección del fallo, más allá de su contenido risueño, es absolutamente intencionada, ya que su simple lectura permite abarcar totalmente los diferentes segmentos con que se integra la decisión. Utilizar puntos de vista similares a los que aquí expondremos sobre sentencias más convencionales supondría la revisión de cada período procesal, especialmente el juego de peticiones, proveídos y contestaciones y la etapa probatoria, y tal examen excedería abultadamente el espacio con el que contamos.

Los supuestos del caso son sencillamente aislables. Se deniega en el Registro Civil la inscripción del nombre que los padres han elegido para su hijo; la denegatoria se recurre judicialmente y por apelación se llega a la Cámara. El precepto legal aplicable también está claramente identificado: el artículo pertinente de la ley del nombre (art. 3º, ley 18.248).

Pues bien, podemos partir de entender la decisión como el resultado final de un juego. Desde ya, nuestra proposición no tiene ninguna carga despectiva. Hablamos de juego tomando en consideración la existencia de ciertas reglas determinadas, ciertas posibilidades combinatorias, cierto desarrollo estratégico y cierta posición final. Por cierto esta definición es excesivamente laxa, pero, en principio, nos resulta conveniente para trabajar metafóricamente dentro del marco que deja delineado. En este caso nos interesa el rol de jugador llevado a cabo por la Cámara, exclusivamente.

El ejercicio de penetrar en la metáfora del juego nos permite describir los caracteres del proceso metafórico en los términos del referente metafórico. De la fertilidad de

los resultados de dicha descripción depende la conveniencia o inconveniencia de este recurso teórico, que será especialmente útil cuando nos ayude a esclarecer lugares que permanecen oscuros en la explicación de los discursos teóricos tradicionales. Si la metáfora nos conduce a resultados atractivos, podemos conjeturar la posibilidad de transitar el sutil hilo que vincula la metáfora con la analogía, en la búsqueda de constitución de un nuevo modelo interpretativo.

Pues bien, ¿cómo podríamos reconstruir las reglas del juego cuyo resultado final constituye una sentencia como la que tenemos en vista? Parece partir de una situación originaria conflictiva, un dilema. La resolución de este dilema debe seguir ciertas reglas, fundamentalmente encaminadas a delimitar el material al que el jugador-juez puede acudir, y la forma en que puede disponer de dichas piezas. Y en nuestro caso, una de las particularidades del juego está dada por la textura abierta, no taxativa, *a priori*, del material al que el jugador puede recurrir. Las piezas no están concluyentemente determinadas, se puede elegir con cierta libertad los elementos que van a conformar la posición final: diferentes normas legales, precedentes legislativos, analogía, jurisprudencia, doctrina, distintas interpretaciones de estas variantes, sentido común, reflexiones personales, referencias históricas o sociológicas, criterio personal para considerar probados los hechos, etcétera. Con alguna cautela, y esto también es peculiar, podemos decir lo mismo de la forma, ya que si bien el ordenamiento procesal establece ciertas líneas, las directivas dirigidas al juez son las más blandas, las más modelables.

Tenemos entonces un dilema que inicia el juego, un relativo ámbito de discrecionalidad en la elección de las piezas a usar, y en grado menor, de la forma de disponer dichas piezas.

Pero ¿en qué consiste este juego? Ante la pregunta trataremos de definir dos líneas distintas en búsqueda de respuesta. Una primera tendencia podría contestar enumerando las reglas que describen los tipos de material al que puede acudir el jugador y las formas dentro de las cuales puede moverse. Se trataría de una descripción normativa, estática, referida fundamentalmente al marco dentro del cual debe desarrollarse el juego. Esta perspectiva nos habla de lo que puede o no puede hacerse en el juego. Digamos que en este sentido el ludo sería un juego en el que cada jugador

cuenta con tantas piezas que pueden moverse en concordancia con las cifras que se obtienen tirando los dados, avanzando en cierto sentido, etc.; la rayuela se describiría como un juego en el cual se participa con los pies, pudiéndose avanzar según el trazado de un mapa de cierta forma, sobre el que se prosigue si los pasos anteriores fueron válidos, entendiéndose por esto el no pisar las líneas, caer parado, etc.; el truco, un juego en el que se reciben tantas cartas, que tienen tal valor para el envío y tal para el truco, que dan tantos puntos en tal oportunidad, etcétera. Me refiero a juegos simples para que la ejemplificación sea corta y suficientemente ilustrativa. Según la otra línea, más que saber cuáles son las reglas, el sentido del juego quedaría definido respondiendo a la pregunta de qué hay que hacer para jugarlo, cuestión vinculada al problema de cómo se gana. Esta visión, a diferencia de la normativa, alude al desarrollo del juego; por ende es básicamente dinámica: la descripción cabal del juego es aquella que ilustra la dirección en que se encamina la estrategia de los jugadores. Ejemplificando: no describiríamos al ajedrez contando que los caballos se mueven en ele y los alfiles en línea oblicua, sino que nos referiríamos a él como el juego en el que se intenta inmovilizar al rey rival mediante el movimiento de las piezas propias; el fútbol sería el juego en el que gana el equipo que mete más goles; la batalla naval aquel que consiste en hundir lo antes posible los barcos del adversario; el ta-te-ti el que tiene como objetivo colocar tres símbolos análogos en línea, etcétera.

Ambas posiciones son complementarias, y ello nos ayuda a individualizar varios niveles en el juego. En nuestro caso, si definimos el juego en el primer sentido, deberíamos poder establecer el campo de selección del material y los límites formales que le dan marco. En cuanto al material a utilizar no solamente nos referimos a la base legal, que nos remitiría al sempiterno problema de las fuentes del derecho, sino también, y esto es fundamental ya que nos coloca definitivamente en el ámbito de la decisión específica de cada partida, a la base fáctica, que se incorpora al juego a través del ofrecimiento y valoración de la prueba. En este análisis trataremos de leer el resultado del juego no a través de lo que pudo haberse elegido para decidir sino por medio de lo que efectivamente se utilizó para decidir.

El problema de los límites dentro de los cuales se puede jugar, guarda directa vinculación con la normativa procesal, pero nos interesa señalar la existencia de lo que denomina-

mos materia blanda o modelable en este ordenamiento: por ejemplo, amplias facultades ordenatorias e instructorias del art. 34 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, carácter irrecurrible de cierto tipo de medidas, discrecionalidad en la valoración de la prueba, etcétera. Lamentablemente, una lectura provechosa de estos límites no es posible contando únicamente con el texto de la sentencia. Para un análisis más fértil sería necesario revisar un expediente entero y describir la evolución del proceso en cada etapa, es decir ir evaluando cada jugada. Como dijimos al comienzo esta tarea excede la sumaria intención del presente trabajo.

Con respecto a la segunda posición, la que calificamos de dinámica, tentativamente podemos decir que el juego consiste en lograr una posición final o sentencia que resuelva el dilema original mediante el empleo del material a disposición. En cuanto a quién gana, y aceptando que la pregunta puede generar susceptibilidades varias, diremos que se nos ocurre una respuesta provisoria y quizás irreverente: este juego es de aquellos en los que no se gana sino que alguien pierde, como en el juego de la silla o en el chancho o en la ruleta rusa. ¿Y quién es el que pierde? Aquel cuya decisión es ulteriormente considerada errónea y revocada en una instancia posterior. O sea que no pierde aquel que logra que la sentencia quede firme. Se podría objetar a esto el hecho de que haya jueces que fallan deliberadamente en contra de la opinión de la instancia superior, a sabiendas de que la sentencia será revocada, de acuerdo con su conciencia, su propia interpretación o un sentimiento superior de justicia. Diremos que en este caso estos jueces juegan deliberadamente para perder, y ello no tiene nada de extraño ya que se explica justamente por la adhesión del juez a ciertos valores más allá del resultado, como sucede en el fútbol o en el póker, con la profesión por parte del equipo o del jugador de cierta filosofía de juego, más allá de que se gane o se pierda. Por otro lado resulta útil para explicar la especial carga psicológica que caracteriza a estos jueces que saben que sus decisiones van a ser desechadas desde el mismo momento de su formulación. Es común encontrar en los fallos de estos jueces que sostienen criterios opuestos a los de Cámara largas peroratas en las que se insiste sobre lo razonable de su propia posición, dirigidas a justificar su proceder ante la instancia revisora.

Otra objeción posible es la referida a los tribunales cuyas sentencias son irrevisables. Con esta perspectiva, el juego a nivel de Corte Suprema, o de Cámara o tribunal de

instancia única en causas en las cuales no se debatan cuestiones federales, no tiene sentido, ya que no se puede perder. Esto es cierto, pero podemos restringir nuestra metáfora de modo tal que siga resultando fértil. Una respuesta a esta objeción diría que en instancias cuyas sentencias son irrevocables, efectivamente no hay perdedor, pero que este hecho es común a algunos juegos en los que el participante es uno solo, como en una carrera de un solo corredor o los juegos electrónicos en que uno maneja una nave que mata marcianos o un bicho que come manzanitas, en los cuales el objetivo es conseguir la mayor cantidad posible de puntos, o en algunos tipos de solitario. Cuando el fallo es revisable, no existe un jugador único porque está habilitada la instancia para que participe otro a continuación. Esto puede explicar, aunque requiere una investigación pormenorizada, cierta arrogancia de los tribunales con sentencias irrevocables que se expresa a través de creaciones pretorianas, obiter dicta inatinentes, desinterés por la fundamentación acabada de una decisión, etc.: los juegos de un solo jugador suelen ser bastante aburridos.

Otra respuesta menos comprometedora consiste en limitar esta noción de juego a la actividad de tribunales cuyas sentencias sean revisables.

En busca de una respuesta definitiva mantendremos la idea que convinimos acerca del contenido del juego como la resolución de un dilema cristalizado en una sentencia.

Ya hemos sondeado el alcance de nuestra metáfora para dar una idea de cuáles son los elementos con los que pretendemos trabajar. Vayamos ahora a nuestro fallo y veamos cómo puede leerse a través de estos elementos.

Dijimos que la sentencia es la posición final del juego, la situación de las cartas, los dados o las piezas al terminar la partida. Intentemos, pues, describir el material al que acudió la Cámara para llegar a esta posición.

Lo primero que hace es sentar una definición general del derecho en cuestión (derecho a imponer nombre a los hijos). El orden en que van colocados los distintos componentes del fallo habla del orden de prioridades que establece el jugador. Sigue a la referencia al derecho, la salvedad que señala las exclusiones que sufre ese derecho. Para sustentar estas afirmaciones acude a citas doctrinarias hacia las cuales colectiviza la verdad de lo dicho. Mayor importancia tiene aun el hecho de aludir en forma conjunta a doctrinarios prestigiosos (Llambías, Borda) que habitualmente

sostenían opiniones divergentes. El acuerdo en este tema crea un efecto: "sobre esto no se discute".

Para ilustrar lo verdadero de estos principios, se muestra justamente que la ley los consagra positivamente. La secuencia de "derecho en forma genérica-excepciones-consagración legal" denota el orden de prelación al que hacemos referencia líneas atrás.

Ahora toca invocar los hechos del caso. Se transcribe así el nombre en cuestión y se remarca que es extranjero. Sabemos que el dato del nombre proviene de la apelación de los padres.

Después de aludir al nombre problemático, es el turno de jugar una carta fuerte: prácticamente se repite el art. 3º de la ley del nombre, en dos sentidos. Por un lado se dice que por ser extranjero, el nombre cae en la prohibición de dicho artículo. Pero como éste prevé excepciones, se dice expresamente que no encuadra en ninguna de ellas, lo que en términos estrictos es inútil, pero en términos funcionales crea el efecto "agoté toda salida posible".

Sin embargo, el concepto central de la denegatoria es el de extranjero. Como su discusión concita alguna ambigüedad y en el juego lo importante es resolver el dilema de forma convincente, se acude a material que podemos calificar de "técnico", proveniente de un informe de "expertos". Se trata de un informe de la Academia Argentina de Letras que confirma el origen griego del nombre problemático, y aun va más allá, consignando su significado, su etimología y la trascendencia de su uso histórico-sacramental. No cuesta imaginar esta información sobreabundante como un dato que agrega la Academia para presentar el informe con mayor prolijidad, con la intención de no agotarlo en la sola mención de la raíz lingüística del nombre examinado. La cita de un informe "técnico" refuerza esta opinión de encuadramiento del nombre como extranjero, extendiendo la responsabilidad de la afirmación a los "expertos". En el caso creo que es perfectamente indiferente cuál es el organismo consultado, bastando la apariencia de "erudición" acerca del tema. Podría haberse tratado de la Agregaduría Cultural de la Embajada griega o de la Sociedad de Filántropos Helenistas.

Pero parece que los datos que completan el informe entusiasman a los miembros de la Cámara para completar el juego. El uso religioso del nombre presta la llave para introducir material ritual que por su carácter dogmático se

hace indiscutible. Al mismo tiempo, mediante la mención de la tradición onomástica argentina como parámetro de decisión, se interconecta la profesión de fe con el peso de la tradición, de modo que el par religión-tradición constituye el bloque que cierra el juego, decidiéndose en contra de la imposición del nombre.

Las razones rituales no parecen tener demasiada relación con la posibilidad de elegir tal o cual nombre, pero sin duda tienen un fuerte valor heurístico. Crean la impresión de que aquello que se opone directamente a ellas trae aparejado un tufillo sacrilego inconveniente. Algo similar sucede con la tradición onomástica argentina, que tampoco parece tener entidad absoluta para determinar la posibilidad de elegir un nombre.

Nos preguntamos por qué no juegan argumentos de esta especie cuando se inscribe a alguien con el nombre de "Jesús", o qué ocurriría si pretendieran inscribirse los nombres "Mahoma" o "Buda". Frente a estas dudas creemos que la posición final alcanzada es fundamentalmente estratégica: lo extraño del dilema originario incide en la elección de material exótico para configurar la posición final que intenta solucionarlo.

En síntesis, la disposición final de las piezas contribuye en esta partida del juego a disipar cualquier sospecha que pudiera girar en torno al carácter subjetivo de la evaluación de nombres poco frecuentes. El material seleccionado por el tribunal, presentado en la secuencia definitiva "delimitación del derecho con apoyo doctrinario-coincidencia de la prevención normativa-encuadramiento del nombre en una prohibición fundada en un informe técnico-proyección del informe hacia razones religiosas tradicionales", intenta dar cuenta del dilema planteado originariamente en una pluralidad de frentes. La estrategia que ha guiado el juego fue la de escalonar los argumentos de modo de presentar un abanico de razones convergentes que desde distintos niveles mostrara la imagen de "respuesta 'completa' o 'acabada'" al asunto en cuestión. Por lo visto esta vez el tribunal ha ganado el juego, aun habiendo acudido a fuentes notoriamente extrañas como los argumentos religiosos sobre el nombre de Cristo o la alusión a la tradición onomástica.

No se trata aquí de criticar el sentido del fallo, que en última instancia salvó al pobre cristo de que le encajaran el nombre de Christos, sino el de experimentar con el uso de algunas metáforas en búsqueda de nuevas vertientes que pue-

dan ayudar a comprender el fenómeno jurídico. La aplicación de la teoría del juego, como espejo para desentrañar determinadas estrategias, ha caracterizado las ciencias sociales de los últimos veinte años, en especial la sociología y la antropología. La teoría jurídica siempre queda un paso atrás con respecto a la búsqueda especulativa contemporánea, básicamente en razón del aislamiento provocado por su dudoso status epistemológico. Lo que particulariza esta búsqueda es el tomar conciencia de las ventajas que puede ofrecer la variación del punto de vista, la ubicación deliberada del ojo en rincones que hasta ahora no imaginábamos que podían iluminar de algún modo la opacidad de ciertos problemas, recurso que es perfectamente aplicable a múltiples campos del derecho. Esta perspectiva permite reevaluar los logros de enfoques anteriores, y a fuer de ser hereje diré que aun los de las posturas iusnaturalistas más recalcitrantes. En efecto, enfrentarse al derecho preguntando cuál es el orden justo o cómo se nos revela el orden natural, determina el acomodamiento de un arsenal conceptual que se esforzará por dar cuenta de estos interrogantes, y que nos permitirá releer los alcances y limitaciones de esa posición, del mismo modo que la pregunta por la ubicación anatómica del alma o por la fórmula que resumiera la física social nos ha revelado la insolubilidad de esos cuestionamientos y la insuficiencia de dichos puntos de partida.

El planteo de temas como el del juego suele generar suspicacias o acusaciones de banalidad o de poca cientificidad. El tejido de rechazos a priori de algunos lugares de pensamiento conforma un sistema que reproduce moldes nada ingenuos. La elusión del juego, el teatro, la ficción, la palabra de los niños, la irrupción de la risa, la locura, la violencia institucional, el deseo, las malas palabras, el sexo, como objetos de análisis o puntos de vista muestra a las claras el mapa del "buen pensar" y del "mal pensar", cómo se revelan determinadas formas "puras" de pensamiento y se ocultan simultáneamente otras formas posibles pero inconvenientes, porque tienen vinculación directa con lo otro, con lo que no se vive racionalmente, con lo que excede la posibilidad de reducción lógica. Es el simple y cotidiano operar de la censura, de la autoridad que dibuja los bordes que excluyen lo poco serio, lo cómico, lo infantil, lo patológico, lo obscuro.

En notas posteriores intentaremos presentar otras metáforas que aspiran a develar sugestivamente aspectos pro-

blemáticos del derecho. En definitiva lo que pretendemos es desarrollar los sentidos del término *inteligencia*, tanto en su vertiente etimológica, es decir, *intus legere*, leer en, como en su versión contemporánea, apócrifa pero ben trocata: *inteligente* como aquel que interliga, interligante. Leer en, interligar fenómenos humanos permitirá a la teoría jurídica recibir una bocanada de oxígeno que la ayude a disminuir la brecha abismal que la separa de las demás ciencias sociales.

CNCiv, Sala E, 8/888,
"Oliveto, Luis H. y otra"

Segunda instancia

Buenos Aires, septiembre 8 de 1988.

El derecho a imponer nombre propio a los hijos corresponde a los padres, por ser una consecuencia natural de la patria potestad. Sin embargo, tal facultad tiene sus límites, pues no puede hacerse un uso arbitrario de ella, violando así los motivos de interés general que han determinado al legislador a establecer prohibiciones o limitaciones en tal sentido (Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 1, p. 300 y 55, 402; Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 6ª ed., t. 1, p. 325; Belluscio - Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias*, t. 1, p. 364, § 2).

Desde esta perspectiva se ha dictado la ley 18.248, reglamentaria de lo concerniente al nombre de las personas individuales, cuya aplicación al caso, como bien lo destaca el fiscal de Cámara, resulta insoslayable.

El prenombre, cuya imposición se requiere, es "Christos", voz de origen griego.

Al respecto, debe señalarse, en primer término que, como nombre extranjero, encuadra en la prohibición que contiene el art. 3º de la referida ley máxime cuando no se trata de ninguno de los nombres de los países.

Por otra parte, según surge del informe brindado por la Academia Argentina de Letras, el griego "Christos" significa "ungido", que a su vez deriva de la voz hebrea "Mestas" y se añadió al nombre de Jesús, pasando a convertirse en otro nombre propio de éste.

En consecuencia, dado que es su origen etimológico y su uso ha sido reservado para designar al "Hijo de Dios", a la par que su utilización como nombre no pertenece a la tradición onomástica argentina, se impone negar la inscripción pretendida.

En su mérito y fundamentos del fiscal de Cámara, se resuelve: Confirmar la disposición A y D. a 110 del Registro Civil y Capacidad de las Personas obrantes fs. 1. Osvaldo D. Mirás - Juan C. G. Dupuis - Mario P. Calatzayud (h.) (Secr.: María E. Geraudy).

HOMENAJES

RECORDANDO A IGNACIO WINIZKI

HORACIO SANCONE

La promoción que hace treinta y cinco años estaba en la Facultad, fue llamada –un tanto sorpresivamente–, a vivir una inolvidable aventura intelectual. La Universidad autónoma, de alto nivel científico y estatura ética, que resultó entre 1955 y 1966, por una serie de afortunadas circunstancias, un paradigma: la mejor Universidad argentina.

En aquella gran Facultad, cuyas autoridades solían ser opositoras al rector Risieri Frondizi, pero que participaba del ambiente creador y luminoso de toda la Universidad, los jóvenes conocimos una serie de prácticas pedagógicas y cívicas absolutamente novedosas.

Recibíamos el ejemplo de maestros sustanciales, y sentíamos muy fehacientemente que participábamos en ideas y circunstancias fermentales y renovadoras.

Llamados a cogobernar, según la concepción republicana de 1918, en el Consejo Directivo –verdadera escuela política, según el mejor sentido del término–, con cierta insolencia, proponíamos proyectos no siempre descabellados y debatíamos a fondo –y dignamente–, con las primeras espaldas de nuestra ciencia. Aprendíamos y colaborábamos ofreciendo experiencias insustituibles, desde un ángulo de observación estrictamente nuestro.

El cogobierno estudiantil, ejercido con seriedad y mesura, nos fortalecía, completando la tradicional información librea, y también a la Casa con iniciativas útiles.

Al Departamento de Extensión Universitaria, que dirigía Sabsay, convocábamos –como si fuera nuestro hogar–, a escritores, sabios, políticos o artistas con quienes nos habituamos a tratar casi de igual a igual: por ejemplo, José Luis Romero, Miguel Ángel Asturias, Raúl Prebisch, Rafael Alber-

ti, Alfredo Palacios, Adolfo Morpurgo, Aron Kaschaturian, Jean-Louis Barrault, Jaime Dávalos, Ezequiel Martínez Estrada o... el torero Mario Cabré.

Todos ellos nos enseñaban más que los volúmenes y monsergas que por décadas habían agobiado a los iniciados.

Éramos, por supuesto, principiantes, catécúmenos, teknones como llamó César a Bruto*. No teníamos dudas de nada, e íbamos a transformar al país y al mundo en lugares dignos de ser vividos.

En el Centro estudiantil —que podían presidir Jorge Sáenz o Moisés Ikonikoff— y en los comicios oficiales del Consejo, dirimíamos nuestros encuentros y desencuentros; asistidos a veces, como en la proclamación de la fórmula para el período 1959-1960, por el propio rector de la Universidad de la República Oriental, el eminente Mario Cassinoni, el joven dirigente cordobés Francisco J. Delich y un cubano que presidía la Federación de su patria, en pleno fervor revolucionario (el tal cubano, según rumores, concluyó pagando fuerte tributo personal cuando ciertas obvias perplejidades lo llevaron después a la disidencia). Más tarde, nuestras divergencias y solidaridades, fueron y vinieron en la vida. Elección hubo donde, en listas opuestas, me enfrenté limpiamente con varios amigos —como Vanossi o Botana—, que el trajín existencial me asignaría, al final, entre los mejores. Inclusive allí estaba ese “amigo y medio”, que según el conde Lucanor, es lo máximo que podemos pretender los mortales.

Desde el Centro, por ejemplo, Carlos Strasser convocó a un debate abierto sobre las “Tres revoluciones”, y aunque la discusión acerca de la de 1955 motivó una pelotera regular, fue una de las primeras veces —si no la primera—, que en la Facultad se trató de la historia reciente.

Y cuando el Teatro Colón no pudo organizar su temporada lírica, el Centro suplió(?) esa defeción, presentando en el Astral una ópera de Menotti y una cantata de Bach. Fue un desastre financiero pero un triunfo artístico razonable.

Pues en el aspecto cultural, el Centro de Derecho y Ciencias Sociales (FUBA) andaba activo; y por entonces publicó

* Según Suetonio, la frase dicha (en griego) por César apuñalado, habría sido “Kai sí, teknon”. Algo así como “Tú también, pibe”, síntesis admirable de reproche afectuoso, formulada por un hombre maduro a un presumido chiquillo.

solicitamente, los últimos números de su Revista Jurídica. La dirigieron José Nün, Alberto Ciria y Pedro Böhmer, entre otros; y no faltó un Suplemento Literario que regía Manuel Antín. Por esa actividad editorial aprendimos qué es una prueba de galeras, nos carteamos con los grandes —yo conservo correspondencia, p.ej., de Vicente Alexandre, Hermann Heise, Thornton Wilder y Armand Salacrou—, y tratamos a Álvaro Yunque, Carmen Gándara, Alejandro Casson, Leónidas Barletta, Alberto Hidalgo, Atilio J. Castellpoggi, Adolfo Mitre, Nicolás Cócara, Samuel Eichelbaum o Fernando Guibert, entre muchos pares.

Pero esta incitación intelectual —un tanto irregular, pues la Revista galgueaba, como corresponde a tales casos— halló muy pronto un nuevo teatro: el Departamento de Publicaciones de la Facultad.

Ignacio Winiski asumió su dirección en 1956, creo que durante la breve intervención de Luis Baudizzone. Era un joven profesor de Derecho Comercial, ya eminente y en breve muy temido. Integrando un elenco no muy nutrido de titulares reformistas —Gioja, Díez, Ahumada, Sánchez Viámonte, Díaz de Guíjarro, Bielsa—, poseía un saber inmenso. Había revelado públicamente la utilidad del cheque de viajero. Y a veces se solazaba escandalizando con una severidad algo teatral. Lo recuerdo mientras consignaba prolijamente ciertos disgustos que ocasionaba a algunos graduados, a quienes con toda naturalidad, aplazaba; ¡en el examen de tesis!

Junto a esa exigencia implacable era, sin embargo, capaz de lucir una airosa cordialidad y una profunda aptitud para las sales del humor y de la amistad sin sombra.

No resultaba difícil admirar y querer muy pronto a Winiski. Trabajador a destajo, poseía el raro don de hacer discípulos. Transmitía su entusiasmo y obraba como un revulsivo constante que atacaba nuestra pereza y nuestro conformismo.

Nadie podía resistir comprometerse con su estilo de labor, y asumiendo el compromiso, uno estaba perdido si no cumplía puntualmente. Winiski se encargaba de avergonzar al moroso, en público y en privado, enrostrándole sus traiciones, destacando el desprestigio que afectaba a la ciencia jurídica nacional por su desidia culposa.

También constituía un ejemplo ético, en lo cívico y en lo íntimo. Padeció la triste honra de recurrentes cesantías y persecuciones arbitrarias, e integró muchos, demasiados años, esa provincia de los exiliados en su propia tierra, que

ti, Alfredo Palacios, Adolfo Mörpurgo, Aron Kaschaturian, Jean-Louis Barrault, Jaime Dávalos, Ezequiel Martínez Estrada o... el torero Mario Cabré.

Todos ellos nos enseñaban más que los volúmenes y monsergas que por décadas habían agobiado a los iniciados.

Eramos, por supuesto, principiantes, catecúmenos, teknonos como llamó César a Bruto*. No teníamos dudas de nada, e íbamos a transformar al país y al mundo en lugares dignos de ser vividos.

En el Centro estudiantil —que podían presidir Jorge Sáenz o Moisés Ikonnikoff— y en los comicios oficiales del Consejo, dirimíamos nuestros encuentros y desencuentros; asistidos a veces, como en la proclamación de la fórmula para el período 1959-1960, por el propio rector de la Universidad de la República Oriental, el eminente Mario Cassinoni, el joven dirigente cordobés Francisco J. Delich y un cubano que presidía la Federación de su patria, en pleno fervor revolucionario (el tal cubano, según rumores, concluyó pagando fuerte tributo personal cuando ciertas obvias perplejidades lo llevaron después a la disidencia). Más tarde, nuestras divergencias y solidaridades, fueron y vinieron en la vida. Elección hubo donde, en listas opuestas, me enfrenté limpiamente con varios amigos —como Vanossi o Botana—, que el trajín existencial me asignaría, al final, entre los mejores. Inclusive allí estaba ese “amigo y medio”, que según el conde Lucanor, es lo máximo que podemos pretender los mortales.

Desde el Centro, por ejemplo, Carlos Strasser convocó a un debate abierto sobre las “Tres revoluciones”, y aunque la discusión acerca de la de 1955 motivó una pelotera regular, fue una de las primeras veces —si no la primera—, que en la Facultad se trató de la historia reciente.

Y cuando el Teatro Colón no pudo organizar su temporada lírica, el Centro suplió(?) esa defeción, presentando en el Astral una ópera de Menotti y una cantata de Bach. Fue un desastre financiero pero un triunfo artístico razonable.

Pues en el aspecto cultural, el Centro de Derecho y Ciencias Sociales (FUBA) andaba activo; y por entonces publicó

* Según Suetonio, la frase dicha en griego por César apuñalado, habría sido “Kai es, teknon”. Algo así como “Tú también, pibe”, síntesis admirable de reproche afectuoso, formulada por un hombre maduro a un presumido chiquillo.

solicitamente, los últimos números de su Revista Jurídica. La dirigieron José Nun, Alberto Ciria y Pedro Böhmmer, entre otros; y no faltó un Suplemento Literario que regia Manuel Antín. Por esa actividad editorial aprendimos qué es una prueba de galeras, nos carteamos con los grandes —yo conservo correspondencia, p.ej., de Vicente Aleixandre, Hermann Hesse, Thornton Wilder y Armand Salacrou—, y tratamos a Álvaro Yunque, Carmen Gándara, Alejandro Casona, Leónidas Barletta, Alberto Hidalgo, Atilio J. Castellpoggi, Adolfo Mitre, Nicolás Cócara, Samuel Eichelbaum o Fernando Guibert, entre muchos pares.

Pero esta incitación intelectual —un tanto irregular, pues la facultad pagaba, como correspondía a tales casos— nació muy pronto a un nuevo teatro: el Departamento de Publicaciones de la Facultad.

Ignacio Winiski asumió su dirección en 1956, creo que durante la breve intervención de Luis Baudizzone. Era un joven profesor de Derecho Comercial, ya eminente y en breve muy temido. Integrando un elenco no muy nutrido de titulares reformistas —Gioja, Díez, Ahumada, Sánchez Viámonte, Díez de Guizarro, Bielsa—, posea un saber inmenso. Había revelado públicamente la utilidad del cheque de viajero. Y a veces se solazaba escandalizando con una severidad algo teatral. Lo recuerdo mientras consignaba prolijamente ciertos disgustos que ocasionaba a algunos graduados, a quienes con toda naturalidad, aplazaba: ¡en el examen de tesis!

Junto a esa exigencia implacable era, sin embargo, capaz de lucir una airosa cordialidad y una profunda aptitud para las sales del humor y de la amistad sin sombra.

No resultaba difícil admirar y querer muy pronto a Winiski. Trabajador a destajo, poseía el raro don de hacer discípulos. Transmitía su entusiasmo y obraba como un revulsivo constante que atacaba nuestra pereza y nuestro conformismo.

Nadie podía resistir comprometerse con su estilo de labor, y asumiendo el compromiso, uno estaba perdido si no cumplía puntualmente. Winiski se encargaba de avergonzar al moroso, en público y en privado, enrostrándole sus traiciones, destacando el desprestigio que afectaba a la ciencia jurídica nacional por su desidia culposa.

También constituía un ejemplo ético, en lo cívico y en lo íntimo. Padeció la triste honra de recurrentes cesantías y persecuciones arbitrarias, e integró muchos, demasiados años, esa provincia de los exiliados en su propia tierra, que

Alberdi denunciaba como un factor paralizante de nuestras mejores energías.

Pero además, en lo particular, resistió con ejemplar gallardía los embates de una enfermedad gravísima y la venció; como se venció a sí mismo soportando, junto con su estoica mujer, el inaudito dolor de perder en sazón sucesivamente, a sus dos hijas: el mayor sufrimiento reservado a la condición humana.

¿Cómo habría de encarar, semejante personalidad, la tarea del Departamento? Era previsible: abandonando el fatigado carril de los usos estratificados, infecundados, concibió un plan imaginativo que comprendía —amén de la edición de varias Guías y Boletines que resultaron útiles—, dos publicaciones periódicas de aliento: primero, la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, manejada por profesores y graduados, de alto nivel científico, con abundante doctrina internacional en su original extranjero más la traducción, y sumarios en inglés, francés, italiano y alemán. El más alto saber. Y además, *Lecciones y Ensayos*. Comprendía la lección del profesor, destinada primordialmente a dilucidar un punto programático oscuro, ilustrar un enfoque novedoso o cubrir una laguna bibliográfica; y ensayos de alumnos primerizos, azorados por ver ¡al fin!, su nombre en letras de molde; alumnos que producían la nota bibliográfica como echando el resto, con el cuidado y la pulcritud de una tesis. Aquellas notas bibliográficas de enorme aptitud docente, donde tantos hicimos nuestras primeras armas, que el propio Winiski no desdeñaba redactar y cuya trascendencia señalaba una y otra vez.

En verdad, él registraba como una de sus primordiales inquietudes "la intercomunicación entre profesores y alumnos". Y entregó "la efectiva dirección" de *Lecciones a los alumnos* —"entiéndase bien, a todos los alumnos"—, que tuvimos entonces contacto fluido con los docentes y tribuna propia de incalculable eficacia formativa. Un comité integrado por estudiantes de promedio distinguido, discutía, evaluaba y por fin autorizaba o no la publicación de *Estudios*, *Crónica legislativa*, *Jurisprudencia en broma y en serio*, *Revista de revistas*, *Escritos judiciales* y hasta poesía y cuento.

Un consejo profesoral por donde transitaron Dassen, Boffi Boggero, Allende, Jiménez de Asúa, Soler, Malagarri-ga, Linares Quintana, Risolía, Argúas, Gioja, Aztiria, supervisaba el conjunto.

Entre los alumnos o graduados jóvenes estaban Rodríguez Galán, Fargosi, Barrancos, Carrió, Vivet, Vera Villalobos, Pigretti, Alterini, Vanossi, Laquis, Petracchi, Bacqué, Suárez Anzorena, Buljgin, Siperman, Balestra, Gastón Dassen...

¿Cómo evocarlos a todos?

Fue un vivero fantástico, donde sazocaban los juristas de la generación, los futuros jueces, políticos, hombres de consejo.

¡Y qué reuniones aquéllas! Como la hora era el mediodía y las necesidades epicúreas más elementales no podían descuidarse, acometíamos una torre de sandwiches sin descuidar la ironía ni la mayéutica.

Las viandas se evaporaban al conjuro de ideas, opiniones y propuestas. Allí aprendimos a valorar el ingenio agudísimo de inolvidables *coarseurs*—recuerdo, muy particularmente, a Julio Dassen, y al propio anfitrión—. Allí vimos, en suma, operar a la inteligencia viva y supimos una vez más, que no necesariamente lo mejor proviene de los libros.

Por otra parte, Winiski organizó dos memorables Congresos de revistas jurídicas.

Al de Córdoba viajamos, con Mario de Marco Naón. Los tres nos alojamos en Únquillo y allí Winiski pronto distribuyó tareas y responsabilidades. Tocaba diana muy temprano, y tras bañarse con agua helada, ya en viaje a la ciudad iniciaba una jornada fecunda de razones y proyectos. Estaba proponiendo una nueva publicación, a la que parafraseando el fascinante nombre de ciertas viejas ediciones que acababa de descubrir, llamaría *Teatro jurídico argentino*. Nada de eso, que estuvo en avanzado estado de gravedad, finalmente resultó posible.

Llegó 1966, un final abrupto e inexplicable. Nunca entendí por qué y nunca he de cesar de protestar por aquel daño sin reparación posible.

El Departamento se diluyó y las revistas dejaron de aparecer, salvo algún parche o remedo circunstancial.

Sin embargo, a partir de 1964, Ignacio —tuve por fin el honor de llamarlo así y darle el tuteo— volvió a dirigir "su" Departamento con el mismo ímpetu de los viejos tiempos. Volvieron a aparecer *Lecciones* y la *Jurídica*. Volvieron a reunirse los elencos juveniles y devoramos algunos empareados más.

Y todo hace pensar que la siembra no será en vano, aunque Ignacio ya no nos acompañe.

Murió un fin de semana, subrepticia y discretamente, como si quisiera decirnos: "Amigos, yo me retiro del teatro -jurídico o lo que sea-, porque es mi tiempo de hacerlo. No se molesten por mí".

Pero al irse así, yo estoy seguro, seguro, que contaba con dos cosas: que habrá nueva cosecha y que ninguno de nosotros lo olvidará.

MISCELÁNEA

CUENTOS

LA PALABRA OLVIDADA *

Esa mañana me desperté con una sensación de vacío, como si parte de mi cuerpo se hubiera quedado olvidado en algún rincón del sueño sin ganas de salir a la superficie. En realidad, no era demasiado extraño, hacía varios días que me ocurría lo mismo. Durante unos segundos me quedaba quieto, petrificado en la blanda calidez de la cama sin sentir nada pero sabiendo que, al mismo tiempo, todo estaba ahí, hasta que el hueso se resquebrajaba e iba dejando paso a las formas cotidianas de mi habitación. Hay veces que trato de imaginar qué ocurriría si me quedara para siempre atrapado en ese limbo donde no existe tiempo ni espacio. En ese preciso momento no se me ocurrió una respuesta, o sea que, lo único que hice, fue levantarme, preparar el desayuno y levantar las persianas. Recuerdo claramente que me llamó la atención, al mirar por la ventana, ver una niebla espesa que envolvía la ciudad, y tal vez fuese el sentido de oscuridad o confusión, lo que me hizo pensar en un libro sobre laberintos que había leído hacía unos años. En todo caso sé que no le di mayor importancia, aunque en verdad, debo reconocer que la imagen me acompañó durante toda la mañana, mientras realizaba algunos trámites relacionados con la venta de la casa de la calle Bogotá. El resto del día se evaporó fácilmente entre los intrincados pasillos de Tribunales y alguna que otra consulta en el estudio.

El día siguiente fue igual, salvo por la llamada de Vicky que me recordaba la cena de esa noche con Jorge y Mónica que habían regresado hacia tan sólo una semana de Espa-

* José Luis López Galés.

ña. Nos encontramos a eso de las nueve de la noche en un restaurante del centro, al que solíamos ir, frecuentemente, en otro tiempo. Era un lugar pequeño y tranquilo. A esa hora muy pocas personas habitaban el local, lo que nos permitió elegir mesa. Nos decidimos por una que estaba del lado opuesto a la entrada, cuestión de resguardarnos bien del frío y conversar más tranquilos.

Curiosamente, durante toda la cena, hablamos muy poco del viaje de Jorge y Mónica. Casi toda nuestra charla giró en torno a la vieja casa que yo estaba por vender y los días en que era tan fácil quedarnos por horas discutiendo acerca de un libro que nos entusiasmaba, los días de la facultad, de los amores fugaces, de las reuniones multitudinarias que tenían como excusa el estudio y que terminaban casi siempre en fervientes discusiones sobre un tema musical, alguna película o simplemente nuestras vidas, como en verdad debe ser toda reunión de amigos que se precien de tales. Creo que, entonces, era inevitable que esos recuerdos nos llevaran a pensar en Claudia y su prolongada ausencia.

La última noticia que había tenido, era una carta suya que había recibido dos semanas atrás, proveniente de un lejano pueblo del sur, cerca de la cordillera. Entre la cantidad de acontecimientos que me contaba, lo más rescatable parecía ser el hallazgo de un manuscrito que le llamaba poderosamente la atención, más por su autor que por sus dichos. La descripción de cada uno de los pasos que había dado hasta encontrarlo ocupaba casi dos hojas, y sólo al final de la carta me expresaba su deseo de verme en forma urgente. Agregaba además, lo cual me parecía bastante misterioso, que debía guardar el secreto de su descubrimiento hasta que nos viéramos. No había vuelto a tener noticias de Claudia en todo ese tiempo. Al terminar el relato, tanto Vicky como mis amigos, coincidieron en que les parecía una de las tantas locuras de Claudia, sin nada en especial. Para mí, en cambio, la lectura de la carta había sido como recibir un golpe desde muy atrás, con la certeza de que algo que no alcanzaba a precisar había cambiado definitivamente.

Del resto de la reunión no cabe destacar nada más. Cerca de las dos de la madrugada pagamos la cuenta y salimos del restaurante. Afuera nos recibió un frío húmedo, por lo que nos despedimos rápidamente de Jorge y Mónica, y fuimos en busca del auto, estacionado a dos cuadras del

lugar. Ya estábamos instalados dentro del coche cuando le dije a Vicky que, antes de llevarla a su departamento, debía pasar por la casa de la calle Bogotá a buscar unos documentos que necesitaba. Ella no se opuso, aunque supongo que le pareció un tanto raro mi deseo. Creo que presentía que nuestra conversación de esa noche escondía algo más profundo, quizás la secreta razón que me unía a Claudia, el invisible lazo que ella nunca había podido cortar. Probablemente por eso, no hablamos demasiado durante el viaje, sólo alguno que otro comentario acerca de la niebla que dificultaba la visión y hacía aún más largo el trayecto.

Habremos llegado cerca de las tres de la mañana. La cuadra se encontraba tal como yo la recordaba, como si el tiempo se hubiera detenido, especialmente, para regocijo de nuestra memoria. Una sola luz, en lo alto, la alumbraba, un poco difusa a causa de la niebla y, tal vez por eso mismo, tardé en reconocer a la persona que estaba junto a la puerta, el espanto al saber que era Claudia la que yacía ahí, con sus manos aferradas a la reja, temblando de frío por una fiebre altísima que le ganaba el cuerpo. Tardé unos segundos en reaccionar y un poco más en sacarla de esa posición y llevarla hasta el coche. La recosté en el asiento trasero, cubierta por mi abrigo para que tuviera un poco de calor, pero cuando quise salir me detuvo su mano que, aferrada a mi brazo, parecía implorarme que no me fuera. Balbuceaba algunas palabras incomprensibles, producto sin duda del estado febril y su dificultad para respirar, pero que, a juzgar por el esfuerzo que realizaba para decirlos, debían ser importantes. Lamentablemente no llegué a saberlo en ese momento, porque casi enseguida perdió el conocimiento. No cabía otra cosa, ante la gravedad de su estado, que llevarla a un hospital. Vicky se acordó de uno que no quedaba muy lejos y, dada la urgencia de la situación, hacia ese lugar nos dirigimos.

Unos quince minutos tardamos en llegar e internarla. Al rato vino un médico de guardia que, luego de revisarla, nos dijo que debía esperar que la fiebre bajara para poder realizar los análisis y medicarla. Momentáneamente, lo mejor que podía hacerse era aplicar el suero y esperar. Nos preguntó después si era factible encontrar algún pariente de Claudia para avisarle lo que pasaba, a lo cual respondí que era imposible, ya que sus padres habían muerto cuando ella era muy chica y su única familia era una tía octogenaria que se hallaba postrada en un asilo. Sólo quedaba yo, que si bien no pertenecía a la familia, era su mejor amigo. Le

aseguré, además, que me haría cargo de todos los gastos que ocasionara su internación y posterior tratamiento.

Cuando hube terminado mi charla con el médico, me volví hacia Vicky que, curiosamente, se había mantenido en silencio, sumida en sus propios pensamientos, y viendo su cansancio le rogué que tomara un taxi y se fuera a su departamento a descansar. Yo me quedaría esa noche y los días que hiciesen falta hasta que Claudia se recuperara. No se resistió demasiado, a pesar de que no le gustaba dejarme ahí solo, pero ante mi súplica entendió que ésa era la solución más conveniente. Por lo tanto, la acompañé hasta la salida del hospital y se fue, no sin antes prometerme que volvería al otro día para saber cómo estaba mi amiga. Ahora, viendo todo a la distancia, no me parece tan extraño que Vicky no haya vuelto en los días que siguieron, o que yo me fuera alejando paulatinamente de su lado. Todo era parte de un mismo juego, un juego que ninguno de los dos podía entender conscientemente, como si te cantasen jaque mate sin haber comenzado la partida.

De esa forma se fue una semana, esperando despertar de esa feroz pesadilla. Muy de vez en cuando volvía a mi departamento, y siempre por una o dos horas. Todo el resto del tiempo lo pasaba dentro del hospital, en su cuarto, sentado cerca de su cama, observando cómo la fiebre la devoraba sin poder hacer nada más que tomarla de la mano y darle un poco de agua fresca. A veces, si me concentraba un poco, podía sentir cómo corría la sangre por sus venas, igual que si yo estuviera dentro de su cuerpo, entendía su infinito horror al saber que era imposible despertar, que la fiebre la perseguía incansablemente por los miles de pasadizos de su mente. En esos momentos, sus manos se aferraban fuertemente a las mías buscando a tientas el otro lado, el pasaje de fuga que la comunicara a la otra Claudia, con la que yo había crecido imaginando fantásticos castillos en los cuales esconder nuestros tesoros. La misma Claudia que, ya adulto, podía encontrarme, como por casualidad, en una calle cualquiera o al doblar una esquina, buscando siempre un objeto mágico, una clave que descifrara el sentido de nuestra existencia. Cómo no sentir entonces un inmenso dolor al verla en esa cama, aguardando un rescate que no llegaba.

Sin embargo, una tarde se produjo el cambio. Había ido hasta el departamento a bañarme y cambiarme de ropa. Cuando volví al hospital, al entrar en su habitación sentí el

olor profundo, penetrante, de un perfume que no pude reconocer, y vi a Claudia despierta. Estaba esperándome y me pidió que me acercara. La fiebre parecía haber amainado, aunque sus ojos brillaban intensamente en la penumbra del cuarto. Su voz sonaba lejana cuando me dijo que debía buscar un libro en mi vieja casa. Me explicó que el libro contenía una palabra que ella necesitaba desesperadamente conocer, y, aunque pareciese una locura, la única persona que podría verla y decirse la era yo. Ante eso, lo primero que atiné a decirle fue que no sabía cómo buscarla, pero ella ya no me escuchaba, unas lágrimas corrían por sus mejillas, hasta que de pronto comenzó a gritar mientras se revolvió frenéticamente en su cama. Llamé de inmediato a la enfermera que vino rápidamente, y le dio un sedante, el cual hizo efecto casi de inmediato.

Durante unos minutos me quedé paralizado, ahí, al borde de su cama, sin saber qué hacer. Estaba demasiado asustado, aturdido por un torbellino de imágenes confusas. Sentía que estaba yendo detrás de algo que aún no alcanzaba a comprender, como si un dios misterioso hubiera decidido los movimientos de antemano. Di vueltas varias veces a la misma idea sin ningún resultado positivo hasta que, finalmente, me decidí a ir en busca del libro.

Al salir del hospital ya era de noche. A lo lejos se escuchaba la sirena de un barco. La niebla seguía estacionada en la ciudad y un frío intenso se hundía en mi carne. La gente había desaparecido de las calles, refugiándose seguramente en el calor de sus casas. A pesar de una tenue llovizna que comenzaba a mojar me el rostro, decidí ir caminando hasta la casa, tratando de ordenar mis emociones, de encontrar una explicación a aquello que me parecía irreal. Tuve, entonces, la sensación de que me alejaba a cada paso de los valores conocidos para entrar en un terreno fangoso, como si caminara por un túnel rumbo al pasado, entre telarañas y moho.

Todavía pensaba en eso cuando llegué a la casa. Cruzé el pequeño jardín y abrí rápidamente la puerta principal. Me detuve en la sala y encendí las luces. Recorrí muy despacio cada una de las habitaciones vacías, respirando los silencios, las voces de los fantasmas que la habían habitado. Supongo que aún temblaba cuando entré en la biblioteca y sentí el olor profundo de un perfume que inundaba el cuarto. Sobre el escritorio estaba un libro abierto, como si alguien, recientemente, hubiera estado leyéndolo. Pensé en

Claudia, pero era imposible, ella no tenía las llaves de la casa y, además, la habíamos encontrado fuera de allí. Comencé a revisar el libro y no tardé mucho en darme cuenta de que se trataba del libro sobre laberintos en el que había pensado hasta sólo unos días, al ver la niebla por la ventana. Fui pasando cada una de las páginas, cada frase, con una extraordinaria voracidad, dejándome envolver suavemente por la trama. Es muy probable que en ese momento tuviese fiebre muy alta, porque los ojos se me iban cerrando y las letras se esfumaban ante mí. Después sólo sé que me dormí y tuve un sueño. El sueño era una habitación vacía, cuatro paredes y una sola puerta. Del otro lado venían las voces de unos chicos que, a juzgar por el tono, daban la impresión de estar jugando. La curiosidad me llevaba a abrirla, para no encontrar nada más que la oscuridad y una sola voz que pronunciaba una palabra, casi un aullido, el anuncio que daba paso a una boca gigantesca que me tragaba. Me desperté sobresaltado. El reloj marcaba las doce del mediodía, y en la habitación algo había cambiado, el libro ya no estaba en la mesa.

De lo que pasó después sólo me quedan imágenes fragmentadas: mi salida apresurada de la casa, un taxi y el rostro de una enfermera tratando de hacerme comprender que nunca había visto a una mujer llamada Claudia internada en ese hospital, que todo era un sueño, una locura pasajera y que lo que debía hacer era irme a mi casa. No sé bien si, más tarde, vomité en un baño o simplemente estuve llorando. Lo último que recuerdo es que anduve vagando días enteros por las calles, como un poseído, buscando algún dato que me condujese a ella, recorriendo los sitios más lúgubres de la ciudad. A consecuencia de eso enfermé durante varios días, y cuando finalmente me repuse, vendí la casa.

No he vuelto a buscar a Claudia desde entonces. Algunas veces me pregunto por ella, qué caminos recorrerá, y siento pena. Otras, me imagino que está ahí nomás, del otro lado de la puerta, que bastaría abrirla para verla nuevamente, esperándome como siempre. O como el otro día, cuando salía de un bar y la vi en la vereda opuesta, y sin poder contenerme le grité y corrí tras ella. No respondió a mi llamado. La seguí algunas cuadras, pero cada vez estaba más lejos de ella. Quizá me equivoqué en ese instante, aunque, al darse vuelta (tan sólo una ráfaga) estoy seguro de que eran sus ojos los que brillaban afebrados en la oscuridad, buscando la salida, la clave oculta que ha de sacarla al-

gún día de allí, donde sólo existe la niebla que yo miro por la ventana y que me hace pensar, extrañamente, en un libro sobre laberintos que he leído y ya no recuerdo.

SEGUNDO VIAJE A LUGARES COMUNES *

Nunca segundas partes fueron buenas, pero tanto va el cántaro a la fuente que al fin se rompe, y como a la ocasión la pintan calva le puse una peluca, empaqué mis bártulos y me lancé a la aventura por los caminos de Dios.

Todos los caminos conducen a Roma, así que no necesité conductor. Arribé a la Ciudad Eterna, me tuvieron de la Ceca a la Meca y al caer la tarde estaba muerto de cansancio, o sea que no estaba muerto. Los pies me dolían horrores. Jugué varios partidos infiltrado (en el equipo contrario), por amor a los colores del club y al de los dólares que me pagaban. Hasta que me hice atender por un verdadero mago de la medicina, y el dolor desapareció como por arte de magia.

Tan feliz suceso retempló mi espíritu, y me fui a París donde no pude encontrar a las famosas cigüeñas que traen bebés a la Argentina. Viví un tiempo en la Ciudad Luz, y ¡no quiero contarles lo que fue la cuenta de electricidad!

En menos que canta un gallo me decidí: tomé las de Villadiego, que eran bonitas pero un poco tontas, puse pies en polvorosa y me largué con viento fresco. Ya estaba lejos cuando el gallo cantó: alguien le había quitado la mordaza.

Muchas familias dieron abrigo al peregrino, quien al final instaló una tienda de venta de abrigos. Muchas señoras dieron de comer al hambriento, y siempre le dieron habas cocidas, porque en todas partes se cuecen habas.

Quise conocer el ombligo del mundo, pero el mundo se negó a sacarse la camiseta de frisa invocando el intenso frío reinante, que estaba sentado en su magnífico trono de oro y diamantes, mandoneando como se pueden imaginar.

Para ir a ninguna parte pero rápido, elegí la vía aérea. Compré un pasaje abierto y lo hice cerrar. Los rieles estaban tan oxidados que al instante comprendí que se trataba

* Fermín P. Ubereano.

de una vía muerta. Vino el forense, le extendió el certificado de defunción, y la enterraron con todos los honores, y hasta con un ataúd de bronce.

Persistiendo en mi propósito, me dirigí hacia la zona bancaria, entré raudamente en una institución, saqué número y conseguí butaca en un cheque volador, que en un abrir y cerrar de ojos me hizo un significativo guiño. Caí en el más profundo de los sueños, pero la caída fue una desgracia con suerte: no se me rompió ningún hueso ni el amuleto de plástico irrompible.

Me sacaron del pozo. Salí de la sartén para caer en el fuego. Un negro presentimiento se apoderó de mí, pero me liberé, le di un puntapié en la espinilla y el moreno se quedó blanco como el papel blanco. Llamé a los bomberos, llegaron en un santiamén y me echaron un balde de agua fría. Ellos no se andan con paños tibios...

Esperé quince minutos y pasó mi cuarto de hora. Le hice dedo, me dio la mano y yo me tomé hasta el codo. La borrachera fue de las bravas, por culpa del vino, que era malo, y además era mucho.

De todos modos ascendí al vehículo, y para no pagar me cubrí la cabeza y viajé de gorra. Hasta la próxima estación, que era la primavera. Allí descendí y me planté con siete y medio pero el gorgojo arruinó la cosecha.

Yo me sentía realizado, mi alegría no tenía parangón porque no lo necesitaba. Finalmente yo había alcanzado el mayor lauro, había llegado a la cátedra en una alta casa de estudios (tres pisos), cuya fama era la admiración de los países limítrofes y Perú.

Dicté clases. ¡Cómo dictaba! Fue una experiencia maravillosa ver a los copistas (disfrazados de alumnos) escribir desesperadamente cuanta imbecilidad yo decía, para después oír a las máquinas repetidoras (disfrazadas de alumnos) repetir maquinalmente mis enseñanzas: ubi lex non distinguit..., quien puede lo más..., al que nace barrigón..., y no recuerdo que sigue porque la memoria me fue infiel y tuve que pedir el divorcio, por el qué dirán, usted sabe, vecina. Y por los cuernos.

Fui a Sevilla y perdí mi silla. La perdí jugando al truco. Con trampas. Ellos. Ellos mejor que yo. Fuese la otra mejilla, me dieron otra cachetada.

Poco después un golpe de suerte cambió mi vida. Aquel chichón me acompañó durante años y años.

Mucho después la fortuna me sonrió, y yo le devolví la sonrisa para no quedarme con nada ajeno. Encontré una aguja en un pajar, y con ella pude zurcir mis destrozadas ilusiones. Vendí la aguja por chaucha y palitos, pero estaban tan gastados que no servían para nada. No me quedaba otra: se los regalé a los pobres, a quienes tampoco le servían para nada. Estaban bien educados y me agradecieron de un modo conmovedor, asegurándome que jamás olvidarían mi gesto, y que yo era "flor de gaúcho". O algo parecido, no entendí del todo bien, porque se me llenaron los ojos de lágrimas. De cocodrilo, claro.

Tantas emociones habían minado mi salud. Recordé a quien fuera como un padre para mí: mi padre. Empecé el regreso.

Aplastado por el peso de los años, volví al hogar y entré por la rendija debajo de la puerta. Los años no habían pasado en vano: habían pasado en ciclomotor.

Y colorín colorado este cuento se ha acabado. El príncipe y la princesa se casaron, vivieron felices y comieron perdices. Ellos preferían otras comidas, pero era su obligación: en el final de los cuentos, los príncipes y las princesas siempre comen perdices a rajacíncha.

Sin otro motivo, saludo atentamente al infatigable viajero doctor Jair: abogado, profesor universitario y periodista, desde su Brasil natal hizo —deliberadamente— la primera excursión intensiva por los lugares comunes. Muchos lo hacemos todos los días sin darnos cuenta.

(Estruco)

El viaje se compuso con variaciones castellanas sobre una idea de Jair Francisco Hamma, Viagem a lugares comuns, publicado originalmente en el diario "O Estado" de Florianópolis, y recopilado junto con otros artículos del mismo autor en el libro *O detetive de Florianópolis*, Editora de la Universidad Federal de Santa Catarina en coedición con "O Estado", Florianópolis, 1983, p. 104-106.

Por el honor *

Temblaba. Con su vista empañada escrutaba los gestos del profanador.

* Ignacio Adrián Lerer.

No podía explicarse su parsimonia, su indiferencia. No entendía cómo había ocurrido.

Mancillar el honor, ultrajar su honra; infamia tras infamia cometida, hasta la última; estocada certera y final.

Los ojos le resultaban demasiado pequeños como para retener —dentro de sí— tanta impotencia bañada en lágrimas de sangre. Se imaginaba el castigo merecido, el rayo con que la Divinidad debía fulminar al pusilánime violador.

Mas su cobardía, su inveterado temor, su extremo instinto de autoconservación le hacían callar. El calvario, atroz, volvía a su memoria una y otra vez. Sin embargo, de su boca no saldrían nunca las palabras que una tras otra, a borbotones, sangraban desde su corazón.

¿Cómo aceptar la humillación? ¿Por qué resignarse, con el desdén de los demás, ante tanta injusticia e iniquidad?

Le preocupaba, también, la inevitable aparición del dedo acusador: los demás lo señalarían, reconocerían en él, de inmediato, al objeto defenestrado impunemente. Y él, indefenso, no podría explicar nada.

Por eso se justifica una y otra vez al relatar su actitud; no hay quién lo convenza de la innegable cobardía, de lo despreciable de su reacción.

No durmió por unos días, con sed de venganza. Caminó incansablemente, recorrió calles y casas, hasta encontrarlo.

Sabía que esa tarde todo se conjugaba para lanzar el ataque final.

Decidido, se dirigió hasta el primer piso de ese edificio demasiado grande como para creerse helénico, demasiado conocido como para quitarle confianza.

Lo encontró de espaldas, leyendo un libro apoltronado en el verde sillón.

Sus manos se crisparon. Su pulso se aceleró hasta dejarlo sin respiración; sentía el corazón obturándole la garganta, sus sienes se ensanchaban, desacompañadas.

Tomó fuerzas —en estos casos no puede hablarse de valor— y, con una tranquilidad insaudita, pero previsible, sus labios esbozaron un obsecuente saludo, para luego casi sin hesitar, pedirle al profesor que, en vez de un ocho, le pusiera un diez.

FICCION JURÍDICA

VOLVAMOS A HACER LAS COSAS CON LAS MANOS*

Hemos leído números atrás una propuesta de privatización de la pena de muerte. Sin perjuicio de coincidir con dichos postulados, creemos firmemente en la necesidad de combatir el crimen no sólo a través del perfeccionamiento de la ejecución penal, sino fundamentalmente mejorando la prevención del delito. Seguridad ciudadana y prevención forman un dúo siamés, imposible de viviseccionar. Si el Estado mata caro y mal, pues también previene el delito caro y mal: sus funcionarios se corrompen, brindan protección desigual e incluso aseguran la impunidad de los delincuentes que se contubernian con la autoridad empleando el canto de sirena del rédito económico. Es la misma ineficiencia del Estado la que quiebra la igualdad de los ciudadanos sobreprotegiendo a algunos, desprotegiendo a otros y soslayando la acción de la justicia frente a otros.

Contra este esquema de corruptela, nada mejor que cortar por lo sano. ¿Quién es el que va a poner mayor celo en resguardar su propia seguridad, la de sus hijos y la de sus bienes? Pues el ciudadano. Luego, restituyamos la prevención al ciudadano.

Hemos pensado algunas soluciones que han tenido sus primeras manifestaciones en países más desarrollados, pero humildemente creemos haber encontrado bases jurídico-políticas más sólidas que las desplegadas en aquellas naciones, en las que lamentablemente se ha interrumpido la profundización de la idea de bien común. Así, creemos que constituye una obligación del Estado entregar a cada ciudadano contribuyente un arma de fuego corta, un arma de fuego larga por grupo familiar y una caja de cartuchos mensual por cada uno de los componentes del grupo familiar. De este modo la distribución materializa el principio de igualdad y consolida el espíritu republicano y democrático. La prevención y cristalización de la seguridad pasan a manos de los propios beneficiarios y se constituyen a la vez en

* Christian Courtis.

derecho y carga pública; el principio de subsidiariedad cobra cuerpo una vez más asegurando la propia actividad privada, la tarea que el Estado ha demostrado ser incapaz de cumplir.

Este avance nos obligaría a flexibilizar ciertas normas: presumir *turis et de iure* que la muerte o las lesiones producidas contra extraños por el uso de estas armas en el ámbito del recinto hogareño ocurren en ocasión de legítima defensa; prevenir el uso indebido de estas armas imponiendo cadena perpetua a quien se valga de ellas para delinquir fuera del perímetro de su propiedad, y en especial reglamentar minuciosamente la actuación de la policía estatal. La intromisión de esta fuerza sólo podrá legitimarse cuando las víctimas de la agresión sean menores o incapaces, cuando se denuncie la inferioridad de condiciones de los defensores respecto de los atacantes, o por pedido expreso, que deberá ser grabado en la seccional correspondiente. En los últimos dos casos, si se comprueba la innecesariedad del auxilio policial, y en el primero, si del caso surge la negligencia de los encargados al abandonar a los representados, los contribuyentes responsables deberán solventar económicamente la tarea efectuada por la fuerza de seguridad y pagar una multa que castigue el incumplimiento de su carga. El monto del servicio incluye los gastos funerarios de las eventuales víctimas policíacas.

Por último, creemos que después de una primera etapa de asentamiento del sistema, debemos licitar el servicio policial, persiguiendo su privatización y desmonopolización, de modo tal que la competencia incremente la calidad de la prestación.

NOTAS ACERCA DE LA IMPUTABILIDAD PENAL DE LOS ANIMALES *

Eminentes iusfilósofos contemporáneos entienden que, actualmente, fuera de los entes colectivos o supraindividuales, llamados "personas jurídicas" (en sentido estricto), sólo los hombres pueden ser sujetos de derecho (v.gr., así, Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch,

* Luis Guillermo Blanco.

1974, p. 401-403), opinión de la que, en consecuencia, se sigue que los animales (no humanos) no son ni podrían ser sujetos tales, y de ahí que estos últimos seres no podrían ser pasibles de incriminación penal ni, por ende, de sanción punitiva alguna —en este orden de ideas, al referirse a la "acción" como uno de los elementos de la definición de delito ("delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal"), entiende Sebastián Soler (Derecho penal argentino, Bs. As., Tea, 1973, t. I, p. 208) que aquélla existe "toda vez que un comportamiento corporal es jurídicamente referible a alguna forma de la voluntad humana", excluyendo así, pues, a toda forma de voluntad animal (no humana), y con ello, a la imputabilidad penal de los animales—.

Sin embargo, es de recordar (con Gregory Zilboorg —Tendencias primitivas en la justicia civilizada, en "Revista de Psicoanálisis", Bs. As., APA, 1945, año II, n.º 4, p. 532—) que "hasta el siglo XVIII fueron formalmente condenados a muerte toda clase de animales. Se dictaron sentencias contra toros, vacas, cerdos, asnos, cebras, caballos, ovejas, perros, gallos, tortugas, ratas, ratones y hasta contra lombrices, langostas y orugas", es decir, contra toda suerte de animales que habían delinquido, ya individualmente, ya en banda —v.gr., en forma de plagas—, dictándose las sentencias del caso luego del debido proceso (judicial), aspectos todos los aquí apuntados acerca de los que muy bien trata Paul Tabori (Historia de la estupidez humana, Bs. As., Siglo Veinti, 1965, p. 177-187), quien, entre otros casos dignos de ser mencionados, alude al homicidio intencional causado por un irascible toro en la aldea francesa de Moisy —había cornado a un hombre—, crimen acaecido en el año 1314 y por el que esa bestia fue procesada, condenada a muerte y ahorcada, esto último en el patíbulo de dicha aldea —igual pena se infligió en 1462 a un malvado gato que había asesinado a un niño en su cuna—, y, también, al de un agresivo carnero ruso —delincuente habitual, como que acostumbraba atropellar premeditadamente a la gente— que fue condenado al exilio en Siberia.

Ahora bien, este sano criterio incriminatorio fue, paulatina y universalmente, dejado de lado, admitiéndose la imputabilidad de los animales, y así, es de ver que, en nuestro ordenamiento jurídico, aquéllos no son pasibles de sanción penal (vale acotar que, en materia civil, los animales no son legalmente responsables por los daños que causaren, sino que lo son sus dueños o guardianes, o bien, el

tercero que hubiere excitado a los primeros, tal como lo indican los arts. 1124 y 1125, Cód. Civil), solución la aquí apuntada que no nos parece acertada.

En efecto, si la Liga Internacional de los Derechos de los Animales, en cierta oportunidad, propuso la sanción de una cierta "Declaración Universal de los Derechos del Animal", cuyo art. 1º establece: "Todos los animales nacen iguales y tienen el mismo derecho a existir" (cfr., Montejano, Bernardino, Curso de derecho natural, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978, p. 270, nota 424), norma que, evidentemente, reconoce y recepta a otra tal declarada como su antecedente inmediato: "Todos los animales son iguales" —"pero algunos animales son más iguales que otros", se agregaría luego— (cfr. Orwell, George, *Rebelión en la granja*, Bs. As., Delmar, 1984, p. 21 y 95), y si, particularizando, en los hechos, nada ha obstado para que un acudalado súbdito británico llegara siete millones de libras esterlinas (alrededor de u\$s 13.000.000) a organizaciones dedicadas al cuidado de gatos ("Clarín", 24/5/88, p. 31), ni, más concretamente, para que una gata siamesa neoyorquina haya sido instituida por su ama como única heredera testamentaria —en la suma de u\$s 50.000— ("La Razón", 20/4/87, p. 1; citado por Grandoli, Mariano J., *Conceptos sobre la adopción*, ED, 35-835), es decir, se ha beneficiado jurídicamente a los animales, acordándoles implícitamente la calidad de sujetos de derecho, en consecuencia, no nos parece éticamente aceptable que un animal que ha cometido un crimen, por el solo hecho natural de ser irracional, no reciba la adecuada retribución penal del caso. De otra manera, dicha irracionalidad —inherente a todo animal— se traduciría en una causal de inimputabilidad de vigencia universal, lo que no resulta aceptable, como que, siendo la irracionalidad —insistimos— una característica propia de la especie animal (exceptuando al animal humano —regla que también admite excepciones—), un factor tan general y así de consustancial al ser animal, por tanto, no puede jamás erigirse en una causal de inimputabilidad que goce de un alcance tal como el recién indicado, en desmedro de la justicia, el orden y la seguridad —eternos valores jurídicos—, y menos aún teniendo en cuenta que la cotidiana realidad jurídica nos enseña que los animales no acostumbrán confesar sus crímenes ni arrepentirse de ellos —de ahí que no resulte aventurado presumir que los animales que han incurrido en conductas delictivas sean delincuentes natos, aspecto el indicado que merece un pormenorizado estudio criminológico—.

Ello así, podemos entonces concluir este ensayo proponiendo el retorno al viejo criterio incriminatorio del caso y, al efecto, postulando, sin hesitaciones, la plena imputabilidad penal de los animales irracionales, como que, en una sociedad civilizada, ningún crimen puede quedar impune, y menos aún en razón de un preconcepto —la inimputabilidad arriba apuntada— que a ningún resultado jurídico valioso puede conducir.

¿LO SABÍA?

Sin título

Artículo 1º. — Decláranse disueltas la Cámara de Senadores y la Cámara de Representantes.

Art. 3º. — Prohíbese la divulgación por la prensa oral, escrita y televisada de todo tipo de información, comentario o grabación que, directa o indirectamente, mencione o se refiera a lo dispuesto por el presente decreto atribuyendo propósitos dictatoriales al Poder Ejecutivo, o pueda perturbar la tranquilidad y el orden públicos.

(firmado)

BORDABERRY, BOLENTINI, RAVENNA
Decreto 464 de 1973
República Oriental del Uruguay
EMILIO GARCÍA MÉNDEZ
Autoritarismo y control social,
Bs. As., Hammurabi, 1987.

LA JUSTICIA AMENAZADA

El caso de los chizitos pingosos está conmoviendo a la ciudad de Mar del Plata, donde el juez en lo criminal Guillermo Erbetta denunció a sus vecinos —tres niños de seis, once y doce años— por el delito de arrojar trocitos del conocido alimento de maíz inflado y queso —con el agravante de mayonesa— en el jardín de su casa. El matrimonio Rabuffetti, padres de los pequeños delincuentes, fue detenido y encerrado en la comisaría no sin antes pasar por el conocido "planito" (toma de huellas digitales) que permite investigar

su prontuario criminal. La jueza interviniente dictó el sobreesamiento, pero el fiscal, si bien acordó que no había mérito para un proceso por desacato, sí encontró razones para la prosecución de la causa por el delito de perturbar la acción de la justicia, ya que Erbetia, según declaró, no podía "estudiar con tranquilidad los expedientes" por culpa del estruendo de los arrojadizos chizitos.

Página/12, 26/4/89.

ECONOMÍA SOCIAL DEL DELITO Y LA LOCURA

Queda por resolver el problema del inmenso número de defectuosos y de criminales. Constituyen una carga enorme para aquella parte de la población que ha permanecido normal. Como ya se ha indicado, en la actualidad se requieren sumas gigantestas para mantener las cárceles y los manicomios, y para proteger al público contra los gangsters y los lunáticos. ¿Por qué conservamos esos seres inútiles y peligrosos? Lo anormal impide el desarrollo de lo normal. Es preciso enfrentarse cara a cara con este hecho. ¿Por qué no ha de disponer la sociedad de los criminales y de los locos de una manera más económica? No podemos seguir tratando de separar los responsables de los irresponsables, castigando a los culpables, librando a aquellos que, aun habiendo cometido un crimen, se piense que son inocentes moralmente. No somos capaces de juzgar a los hombres. Sin embargo, la comunidad tiene que estar protegida contra los elementos peligrosos y molestos. ¿Cómo puede hacerse? Desde luego, no construyendo cárceles mayores y con más comodidades, del mismo modo que la auténtica salud no se logrará con hospitales mayores y más científicos. La criminalidad y la locura sólo pueden evitarse por medio de un mejor conocimiento del hombre, por la eugenesia, merced a cambios en la educación y en las condiciones sociales. Entretanto debemos ocuparnos eficazmente de los criminales. Tal vez deberían abolirse las cárceles. Podrían reemplazarse por instituciones más pequeñas y menos caras. Castigar a los delincuentes con un látigo o con algún procedimiento más científico, seguido de una corta estancia en el hospital, bastaría probablemente para asegurar el orden. De aquellos que han asesinado, asaltado con pistolas o ametralladoras, raptado niños, despojado a los pobres de sus ahorros, que han engañado al público en asuntos importantes, debería disponerse, humana y econó-

micamente, en pequeñas instituciones de eutanasia (muerte piadosa) provistas de gases adecuados. Un tratamiento similar podría ser aplicado a los locos culpables de actos criminales. La sociedad moderna no dudaría en organizarse por lo que se refiere al individuo normal. Los sistemas filosóficos y los prejuicios sentimentales deben desaparecer ante esta necesidad. El desarrollo de la personalidad humana es el supremo fin de la civilización.

ALEXIS CARREL

(Premio Nobel de Medicina 1912),

La incógnita del hombre,

Bs. As., Joaquín Gil Editor, 1953.

PARA UNA NACIÓN DE CATÓLICOS

Tienen también el deber de promover la justicia social, así como, recordando el precepto del Señor, ayudar a los pobres con sus propios bienes.

CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO

Deberes de los fieles, canon 222, inc. 62.

DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS ANIMALES Y DE LAS PLANTAS

En Basilea, Suiza, en el año 1474 un gallo puso un huevo. Las autoridades civiles lo procesaron "por violar las leyes naturales"; se lo juzgó, declaró culpable y condenó a ser quemado vivo.

MORRIS CLARENCE

La justificación del derecho,

Bs. As., Tea, 1974, cap. 8, "Derechos y deberes de los animales y de las plantas", p. 231.

LOS TESTÍCOS SOBRE LA MESA

En el Génesis, capítulo 24, versículos 2 y 3, se encuentra una referencia bíblica que dice: "Abraham dijo al más viejo de sus criados: 'Por, te lo ruego, tu mano bajo mi muslo y haré el juramento'".

En la antigüedad los hombres prestaban juramento por los testículos, mientras los cogían con su mano.

La palabra testículo tiene el mismo origen latino que las palabras testificar y testimonio y significado testigo pequeño.

SUSANA HAYDÉE BROWBERG

El notario en el derecho hebreo,
en "Revista del Notariado", abr.-may.-jun. 1983,
nº 817, p. 427.

**ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE UNA EVENTUAL
LEY DE DEFENSA INTERIOR**

En la segunda mitad del siglo xviii, se soñó mucho en utilizar al ejército como instancia de vigilancia y de rastreado general que permitiera controlar a la población. El ejército por disciplinar todavía en el siglo xviii, está concebido como "disciplinante". Cfr. por ejemplo, J. Servan, *Le soldat citoyen*, 1780.

MICHEL FOUCAULT

Vigilar y castigar. El nacimiento de la cárcel,
Siglo XXI, p. 215, nota 16.

