

**ESTUDIO DE LA DOGMÁTICA
DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL DEL DELITO
DE ABORTO Y ANÁLISIS DE ERRORES
INTERPRETATIVOS EN DOCTRINA
Y JURISPRUDENCIA***

MAXIMILIANO RUSCONI

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

a) La vida humana en germen

Si pretendemos definir este delito, en primer lugar debemos averiguar cuál es el bien jurídico tutelado.

Acudiendo al derecho comparado observamos que el Código italiano de 1932 incluyó el aborto en el título de los delitos "contra la integridad y la sanidad de la estirpe", lo cual era congruente con la ideología fascista que imperaba en aquel momento. Rocco, por ejemplo, definía el aborto como "una ofensa a la vida misma de la raza, y así a la de la Nación y el Estado".

En Alemania, el pensamiento jurídico tuvo influencia de la ideología nacionalsocialista, que trasladó a aquél la preocupación por la pureza de la raza aria. Esto se tradujo en la conceptualización del aborto como un atentado contra la raza y la herencia. Sin embargo, como claramente era la raza aria la que se pretendía proteger, no era posible quien teniendo otro origen, como los judíos, realizaba este tipo de acciones.

* En el desarrollo de este trabajo conté con la inestimable ayuda intelectual de la doctora Zulita Fellini, a quien nunca terminaré de agradecer su apoyo en mis primeros pasos en la investigación. También agradezco la colaboración y valioso aporte de interesantes ideas de mis compañeros, Adriana Sanza, Mariana Vázquez, Ricardo Pinto, Silvana Peralta, Marcela Inzaurrealde y muy especialmente Fernanda López Pulido.

En el Código belga, el objeto de la tutela jurídica es la familia y la vida del feto. De modo entonces que, para las concepciones utilitaristas, la protección jurídica alcanza a bienes tales como la estirpe, la raza, la expansión demográfica, etcétera.

Para la mayor parte de las doctrinas nacional y extranjera modernas, sin embargo, el objeto de la tutela jurídica es la vida del feto. Bustos Ramírez, opina "que el bien jurídico tutelado a través de la incriminación del aborto es la vida humana en formación, la persona aún no nacida". Continúa diciendo que el "objeto (y sujeto pasivo) del atentado es el ser humano en formación, el fruto de la concepción; en tanto que el objeto de tutela (objeto jurídico) es la vida del feto".

En el mismo sentido, Rodolfo Moreno (h.) en su obra *El Código Penal y sus antecedentes*, sostiene que, para que el delito se consuma, es necesaria la muerte del feto, de lo que se infiere que el bien jurídicamente tutelado es la vida de éste. Este criterio parece haber sido recogido por nuestro Código al incluir la tipificación del aborto en el capítulo de los "delitos contra la vida".

Sin embargo, hay autores como Jiménez de Asúa y Quintano Ripollés que sostienen que sólo es titular de derechos y, por lo tanto, titular como sujeto de derechos, la persona nacida, de modo que, por carecer de esa condición, el feto no puede reputarse susceptible de tutela jurídica, toda vez que ni siquiera sería titular de su propia vida.

Sólo se podría arbitrar una forma de protección indirecta o mediata, si se admite como objeto de tutela jurídica, el interés social (demográfico, racial, etc.) cuyo titular sería entonces la comunidad. Esta concepción parte de la falsa premisa de que sólo el nacido puede ser sujeto de derechos, y por ende, sujeto pasivo de delitos al hacer extensivos al derecho penal los efectos del nacimiento regulados por el Código Civil.

Vemos así que el Código Civil argentino considera al *nasciturus* titular de derechos (arts. 63 y 64, Cód. Civil), actuando como condición suspensiva el nacimiento y como condición resolutoria el nacimiento sin vida. Pero estos efectos del nacimiento tienen relevancia sólo en el derecho

¹ Bustos, Juan - Grisolia, Francisco - Politoff, Sergio, *Derecho penal chileno. Parte especial*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 166.

civil, y no en el derecho penal. Concluimos entonces que el bien jurídico protegido es la vida del feto, la vida humana en germen. Este punto de vista coincide con el criterio de Maurach y de Welzel, en la doctrina alemana, de Antolisei en la italiana y de Soler, Núñez y Creus, entre nosotros. La jurisprudencia nacional es unánime a ese respecto.

De lo dicho surge indudable la exclusión como objeto de tutela penal de la mola (producto del desarrollo completamente anormal del huevo) y que, según el diccionario de la Real Academia Española es una "masa carnosa o informe que en algunos casos se produce dentro de la matriz, ocasionando las apariencias de la preñez, y al feto muerto; no así a los monstruos o al feto de viabilidad dudosa".

b) La autodeterminación de la mujer como bien jurídico concurrente

Otro tema a considerar, conectado con lo anterior, es el supuesto de agravación por la falta de consentimiento de la mujer contemplado en el art. 85, inc. 1º, del Cód. Penal que establece la pena de tres a diez años para quien cause un aborto sin el consentimiento de la mujer.

Al respecto es posible hacer dos interpretaciones que a pesar de sus divergencias unen a la vida humana en germen otro valor de protección como bien jurídico: una interpretación exegética por la cual la agravación tiene su fundamento en causar aborto sin mediar el consentimiento de la mujer, como una forma especial de manifestar la voluntad, viendo sólo como un valor de protección a la manifestación del mero consentimiento y una interpretación teleológica, que no se atenga estrictamente a la letra de la ley, sino al fin de la norma, debe traducir la expresión "sin consentimiento" por "contra la voluntad de la mujer"; de este modo, lo que la ley tutela no es la expresión de la voluntad, en forma restringida, al penar más gravemente al que cause un aborto sin el consentimiento de la mujer, sino que lo que se protege es la voluntad misma y la acción de manifestarla.

Según el camino que tomemos tendremos más o menos dificultades instrumentales en la adecuación sistemática de conductas, pero me atrevería a adelantar que esta última postura es la que aparece como valorativa y prácticamente más correcta, como luego veremos.

2. DEFINICIÓN DE ABORTO

Podemos intentar ahora una definición de este delito, para lo cual es menester considerar intentos de definición de la doctrina.

Para Del Río (citado por Bustos) "lo que constituye el aborto es la expulsión o extracción del producto de la concepción antes que la naturaleza lo realice, o sea, el atentado contra su desarrollo intrauterino y no su muerte, aunque prácticamente, en la mayoría de los casos, uno y otro hecho coinciden"². De este modo, el aborto se consuma con la expulsión prematura del feto, y no con su muerte. Coincide con esta opinión Contiere, que define el aborto como "interrupción del proceso fisiológica de la gravidez". En igual sentido se han manifestado la Corte de Casación italiana y parte de la jurisprudencia chilena.

Siguiendo en este sentido a Binding, opina Labatut que se trataría aquí de un delito de resultado cortado, que se caracterizaría por la "interrupción maliciosa del embarazo con el propósito de destruir una futura vida humana"³. En igual sentido se concluye que la muerte del feto no es requerida objetivamente, plano en el que es necesaria y suficiente la interrupción del embarazo, mientras que en el plano subjetivo, debe concurrir junto con el dolo de los elementos del tipo objetivo, un elemento subjetivo del injusto especial y sin correlato en el tipo objetivo, cual es las "miras de matar el feto".

La primera opinión es insuficiente para resolver dificultades tales como la que presenta el caso en que la mujer a través de maniobras abortivas produce la expulsión y con ello se consumaría el aborto, pero el feto nace y se mantiene con vida, confirmando así su desarrollo normal.

Del mismo modo, parece injusto que se repunte como aborto consumado al que se produce por la expulsión anticipada, no con el dolo de causar muerte al feto, sino con el solo objeto de adelantar el parto. Este supuesto, sin embargo, no sería un obstáculo para la teoría de Labatut.

² Bustos - Grisolis - Politoff, *Derecho penal. Parte especial*, p. 166 y siguientes.

³ Bustos - Grisolis - Politoff, *Derecho penal. Parte especial*, p. 166 y siguientes.

La tesis de Del Río no resuelve eficazmente el caso en que se expulsa a un feto ya muerto y tampoco la hipótesis de la muerte de éste en el seno materno, con el dolo de ello, sin que medie expulsión provocada. Ninguno de estos criterios es congruente con el bien jurídico protegido (vida del feto) pues, para ellos, el objeto de tutela penal sería el desarrollo normal del proceso de gestación.

Se ha tratado de superar estas dificultades a través del intento de definir el aborto como la muerte del feto. Para Soler, por ejemplo, "el aborto es la muerte inferida al feto"¹. De modo que para este autor, toda acción tendiente a acabar con la vida antes del parto es reputada como aborto "sea que importe la muerte del feto en el claustro materno, sea que la muerte se produzca como consecuencia de la expulsión prematura"². Carrara define este delito, aunque llamándolo feticidio, como "la muerte dolosa del feto dentro del útero, o como su violenta expulsión del vientre materno, de la que se sigue la muerte del feto"³.

Para Bustos, el aborto consiste en "dar muerte al feto"⁴ puesto que según su opinión (la cual compartimos) el bien jurídico tutelado es la vida de aquél. Opina de igual manera Moreno.

En conclusión, definimos nosotros el aborto, como "muerte del feto dentro del seno materno o fuera de él, como consecuencia de las maniobras realizadas antes del nacimiento, y tendientes a producir la muerte".

3. COMIENZO DE EJECUCIÓN. MEDIOS. CONSUMACIÓN

Consideramos que el comienzo de ejecución coincide con el instante en que comienzan las maniobras tendientes a provocar la muerte del nasciturus.

En cuanto a cuáles son los medios idóneos, están los llamados medios específicos: los químicos o los físicos, y los mecánicos (radiación, masajes, etcétera). También están

¹ Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino. Parte especial*, Bs. As., La Ley, p. 91.

² Soler, *Derecho penal. Parte especial*, p. 91.

³ Soler, *Derecho penal. Parte especial*, p. 91.

⁴ Bustos - Grisolia - Polzoff, *Derecho penal. Parte especial*, p. 139 y siguientes.

los medios genéricos (golpes, lesiones) y aun los morales o psicológicos (amenazas).

La mayor dificultad que presenta este punto es saber en qué etapa de la gestación se pueden efectuar maniobras abortivas que den lugar al comienzo de ejecución.

Existen a este respecto dos opiniones. Una según la cual el objeto de tutela penal, es decir, la vida del feto, se inicia cuando el óvulo es fecundado por el gameto masculino tanto dentro del claustro materno como fuera de éste (fecundación *in vitro*).

Otra opinión fija el momento en una etapa ulterior, la cual comienza cuando se produce la anidación del óvulo fecundado; en este sentido, se exponen coincidentemente Maurach, Welzel y Bustos entre otros; este último observa la posibilidad de que el huevo no implantado, no se anide "por razones metabólicas o naturales"⁸. Justificaría la opinión dominante de excluirlo como objeto de tutela penal; el objeto de protección jurídica sería el feto desde el momento de la anidación (a partir de aquí sería factible hablar de tentativa).

Finalmente, nos resta considerar el momento consumativo del aborto, y para ello debemos tener en cuenta la definición.

Si el aborto es la muerte del feto con el dolo de ello, obviamente el momento consumativo del delito es cuando este hecho acontece, ya en el seno materno, ya como consecuencia de la expulsión violenta o prematura.

En razón de ello, en el supuesto en que se produce la expulsión del feto, pero no su muerte, estamos ante una tentativa y no ante un aborto consumado. Del mismo modo, cuando, ante esta circunstancia se diera muerte al feto con posterioridad a la expulsión, habría un concurso real entre la tentativa de aborto, con homicidio simple, agravado -parricidio- o atenuado -infanticidio- según el caso. Por su parte, la expulsión de un feto ya muerto, cuando esto no ha sido provocado, sino que responde a deficiencias del feto u otra causa natural, no constituye aborto objetivamente y habría que analizar los supuestos de ausencia de tipo o tentativa inidónea según el caso.

⁸ Bustos - Grisolia - Pointoff, Derecho penal. Parte especial, p. 199 y siguientes.

4. ANÁLISIS DE LA RELACION DE ESPECIALIDAD EN EL ARTÍCULO 85

El art. 85 del Cód. Penal dice: "El que causare un aborto será reprimido:

1º) Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer...

2º) Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer". Pues bien, ¿qué tipo de relación existe entre estos dos incisos? Esta es una cuestión particularmente rica por lo profundo de su problemática, tanto como por la carencia de soluciones satisfactorias. La doctrina argentina tradicional ha hecho intentos vanos tendientes a esto último. El primero consistió en considerar a los dos incisos de este artículo como tipos de aplicación independiente, autónomos.

Los resultados prácticos que se siguen de éste son los siguientes: Para el supuesto caso de que el sujeto activo cause un aborto encuadrado en el inc. 1º, teniendo a su vez "dolo" de realizar el tipo del art. 85, inc. 2º (es decir si tiene "dolo" de realizar el aborto con el consentimiento del sujeto pasivo y éste no concurre), sólo habría que considerar la existencia de una tentativa inidónea del inc. 2º, ya que en el otro inciso no se da el tipo subjetivo. Nos parece injusto penar sólo por tentativa inidónea premiando así la falta de cuidado en la comprobación de la voluntad del sujeto pasivo.

En este punto Sancinetti sostiene que "ello (la solución propuesta por esta postura) sería absolutamente irrazonable, porque el autor se vería beneficiado, precisamente porque desde el punto de vista objetivo, ha cometido un hecho más grave del que quiso cometer"⁹.

Esto es cierto, pero no lo es tanto que la irrazonabilidad más grave provenga de este punto; aparentemente, lo más alarmante es que se desvirtúen las aptencias legales del legislador, corriendo el riesgo de apartarnos del espíritu de la norma cuyo carácter rector, aunque no inamovible, es absolutamente innegable en cualquier análisis dogmático. Al fin, de uno u otro modo y por cualquiera de las razones expuestas, esta postura es a todas luces insostenible.

⁹ Sancinetti, Marcelo. *Cursos de derecho penal*. Bs. As., Hammurabi, 1984, p. 59 y siguientes.

Otra de las posibilidades consistirá en sostener que el aborto con consentimiento del sujeto pasivo es un tipo atenuado especial del aborto sin ese consentimiento. Efectuando una lectura ligera parecería ser que esta hipótesis presenta la dificultad lógica de que no es posible efectuar el tipo atenuado realizando el básico (idealmente), ya que quien causa un aborto en la creencia de que concurre el consentimiento por parte de la mujer, no puede a su vez tener "dolo" de realizar el aborto sin ese consentimiento; es contradictorio pensar que alguien pueda actuar con consentimiento del sujeto pasivo y sin él, a la vez.

Por otra parte en esta postura, si consideramos al aborto sin consentimiento como tipo agravado del aborto con consentimiento (con los mismos presupuestos), tendríamos idénticos inconvenientes en el plano del error. En este punto Sancinetti propone una aproximación de solución al sostener: "que no todo lo que se lee en el texto de la ley es un elemento de la fundamentación de lo ilícito. En el caso del art. 85, inc. 2º, el consentimiento de la mujer no es respecto del autor una circunstancia desvalorada por la norma. Este tipo penal sólo protege la vida humana en germen. Este es el bien jurídico tutelado. La voluntad de la mujer, si concurre precisamente confirma que sólo aquel bien ha sido el lesionado. En cambio, en el art. 85, inc. 1º, además de tenerse en cuenta el mismo valor se tiene en cuenta la autodeterminación de la mujer"¹⁹. La postura sostenida por este autor en su libro de casos (edición 1986) coincide con la sustentada por nosotros el año anterior en su curso de parte especial, mas sólo en los resultados no así en el proceso lógico de su formación.

Como primera cuestión parecería sumamente arriesgado sostener que elementos como el aquí analizado no pertenecen al tipo penal, además como veremos enseguida estos elementos no necesitan "fundamentar" lo ilícito para pertenecer al tipo de la adecuación característica. Así, para Johannes Wessels "la función del tipo de lo injusto reside en la síntesis de las características que fundamentan el contenido típico de injusto de la conducta prohibida y confieren al especial tipo delictivo forma y figura", y continúa diciendo, "el tipo de lo injusto abarca todas las características de la disposición penal que fundamentan, elevan o disminuyen lo injusto penal-

¹⁹ Sancinetti, *Casos de derecho penal*, p. 89 y siguientes.

mente relevante"¹¹. Aparentemente en el mismo sentido, aunque más audaz, Jescheck sostiene que "según el estado actual en la teoría del delito ha de partirse de que en el tipo tienen cabida todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material de injusto de una clase de delitos. Sin embargo —continúa—, no resulta decisivo el hecho de que, y hasta qué punto, el legislador ha logrado aprehender de forma concreta y describir objetivamente los elementos de la norma prohibitiva. Incluso en el caso de que la ley llegue a describir sólo una parte de tales elementos, dejando que el resto resulte de la formulación judicial, por vía de complementos de tipos: ...los elementos que faltan pertenecen al tipo"¹². Evidentemente estipulamos una nueva conceptualización de los elementos de la adecuación típica o tendremos que sostener que en estos casos nos encontramos con legítimos elementos caracterizadores de la materia de prohibición e inmunes a la desaparición dogmática. Lo que sucede es que la gama de funciones que cumplen estos elementos es más amplia de lo que se piensa generalmente; no todo elemento del tipo tiene que representar la protección de un nuevo bien jurídico; algunos, como en este caso, refuerzan la idea de que uno solo es el bien jurídico que se lesiona con la consumación del tipo penal de que se trate.

Pero así como las letras son símbolos arbitrarios que representan sonidos que emiten los seres humanos, mas no son los sonidos mismos, los elementos del tipo penal son instrumentos que el legislador elige para representar situaciones insoportables a la sociedad, mas no son todavía esas situaciones. De donde la valoración del injusto penalmente relevante y sus relaciones en el sistema, es anterior a la determinación de la cantidad de elementos que lo van a representar o describir; pero, ¿cómo hacemos para aprehender ese momento anterior a las sutilezas del texto, y determinar las relaciones de especialidad? Pues bien, haciendo un análisis de los bienes jurídicos dañados en cada tipo penal.

No hay ninguna contradicción en sostener que quien lesiona los bienes jurídicos "vida en germen" y "autodeterminación de la mujer" (inc. 1º) lesiona también a la vida en germen (inc. 2º) y la función cumplida por este elemento del

¹¹ Weizsäcker, *Johannesa, Derecho penal. Parte general*. Bs. As. Depalma, 1967, p. 42 y siguientes.

¹² Jescheck, H., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 452 y siguientes.

tipo (consentimiento) fue describir que en ese tipo penal sólo se protege a la vida en germen, ya que al concurrir, la autodeterminación de la mujer está a salvo.

5. PROBLEMA DE AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

Autor del delito de aborto puede ser, en realidad, cualquiera; pero la calidad del sujeto activo tiene gran importancia para distinguir los diferentes tipos de aborto y su régimen de penalidad.

Estos tipos especiales impropios son el de la mujer embarazada (art. 85) y el de los facultativos: médicos, cirujanos, parteras, farmacéuticos (art. 86). En cuanto al aborto causado por extraños está previsto en el art. 85, incs. 1° y 2°, y en el art. 87.

Es así como surge con claridad que al estar, en el art. 85, incs. 1° y 2°, el sujeto activo diferenciado del sujeto del cual se requiere que preste su consentimiento o no, siendo éste la mujer, queda excluida así su posible calificación como sujeto activo por este artículo. La mujer sólo puede ser autora de la figura típica del art. 88 cuando "causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare". En cuanto al grado material en que se consuma el delito, en la primera parte de la disyunción es claramente una autoría, no así en la segunda parte, donde vemos que, en el hecho real, es sólo cómplice necesario de la consumación del sujeto activo (art. 85, inc. 2°), aunque dicha complicidad está elevada al grado de autoría formal en el art. 88.

En el caso de que se opine que al consentir la mujer en que otro le cause el aborto, no es sólo cómplice necesario sino coautora con el sujeto que se lo causa, no variaría el planteo, dados los argumentos anteriormente expuestos: el primero consiste en que la mujer, de ser coautora material del aborto, no puede ser nunca alcanzada por el art. 85, inc. 2°, por lo tanto se le buscó otro encuadre típico. El segundo argumento se refiere a que el art. 88 sólo exige una complicidad necesaria. El hecho de que además se considere que su ayuda funda una coautoría, no perjudica su aplicación.

Por los argumentos antes expuestos resulta irrelevante la discusión acerca de si el consentir de la mujer puede llegar a ser una forma omisiva de realizar el delito o como opina Quintano Ripolléz, citado por Bustos, quien piensa que el verbo "consentir" tiene un contenido más exigente que

el verbo "permitir"¹³. Ahora bien ¿qué sucede con el tercero, que teniendo posición de garante respecto del bien jurídico protegido (vida del feto) omite evitar el aborto, pudiéndolo hacer, el cual lo realiza el sujeto activo del art. 85, incs. 1º o 2º, según haya prestado su consentimiento o no la mujer?

En Schönke y Schröder se alude a algunos casos de participación por omisión (el marido que no impide el aborto que su mujer realiza en la casa conyugal, el novio que ha engendrado a la criatura y no impide el aborto). Maurach afirma que el hecho puede ser también cometido por la omisión de cualquiera que tenga la posición de garante de la vida del nasciturus.

En este punto tendríamos que analizar si la omisión del tercero es solamente una participación o por el contrario funda una autoría o coautoría. Stratenwerth hace referencia al caso en que la omisión coincide con la acción de otro en el mismo resultado delictivo (art. 85, incs. 1º o 2º). Si en este caso existe un acuerdo recíproco, no se excluye la suposición de coautoría pero prácticamente carece de significado: "el deber de acción y la posibilidad de actuar determinan que el omitente sea de todos modos un autor"¹⁴. Por otra parte, la coautoría no se puede fundamentar sólo en que el que obra activamente y el omitente hayan lesionado en común un deber; esto no sería todavía una razón suficiente para imputar el comportamiento de uno al de otro.

Apoyando la posición de Stratenwerth nosotros pensamos que también falla la fundamentación de la coautoría en la división del trabajo y en el plan común.

Siendo tres los sujetos del aborto consentido, por ejemplo, sería posible la existencia de un plan común o de una división del trabajo entre la mujer y el sujeto activo. En cambio, el plan de evitación o la omisión de ésta, sólo está en la cabeza del omitente y no está compartida por otro sujeto. Esto es claro al ver que la existencia del sujeto omitente no aporta ningún elemento que signifique una ayuda necesaria. En otras palabras, los supuestos coautores activos (tratando con reserva a la mujer en este grado) se bastan en su plan para consumar el delito.

Bustos opina, basado en la fórmula del Código chileno

¹³ Bustos - Grisolia - Politoff, *Derecho penal. Parte especial*, p. 318.

¹⁴ Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general. El hecho posible*, Madrid, Edersa, 1982, p. 318.

(análoga a la nuestra), que "causar aborto" sugiere la idea de que el agente desencadena el proceso causal. Es más, en la única forma pasiva no se satisfizo el legislador con castigar a la mujer por el solo hecho de tolerar o no evitar su aborto, sino que le exigió que consintiera en él. Prosigue afirmando que la omisión no es nunca causal del resultado y que sólo la tolerancia de ciertos verbos que no conllevan una restricción necesaria a la exigencia de causalidad permite extender el tipo a la no evitación del resultado. Aclaremos que Bustos con esto quiere excluir la autoría del que omite, pero en ningún momento se opone a la fundamentación de participaciones por omisión en autorías comisivas.

En cambio, según Stratenwerth, dejando de lado lo que se piense sobre la causalidad de la omisión, lo cierto es que el requisito decisivo será siempre la posibilidad de evitar el resultado, cuestión que se deberá resolver recurriendo a la causalidad hipotética, no a la real. Nosotros estamos de acuerdo con la posición que sostiene que en estos casos hay dos autorías independientes en el mismo hecho delictivo, una por comisión y otra por omisión.

6. ABORTO PROFESIONAL (ARTÍCULO 86)

El otro tipo especial impropio contemplado en esta figura es el contenido en el art. 86: siendo estos los que exigen, según Stratenwerth, un requisito en la autoría como consecuencia de un deber especial. Entre estos delitos, los impropios son aquellos en los cuales la lesión del deber sólo determina una agravación de la punibilidad. En estos casos, lo decisivo es el deber especial y no la posición en sí misma, de la que surge el deber.

El artículo se refiere a los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos. Parece no ser una simple agravación por tener la calidad de facultativo, pero ésta es indispensable ya que como dice Creus "únicamente los profesionales enunciados por la ley quedan comprendidos; la actividad abusiva de cualquier otro profesional aunque pertenezca al área de las ciencias de la salud, se pena por medio de las figuras básicas". Por ejemplo, no es alcanzado por este tipo, la persona no facultativa que causa un aborto haciendo uso de conocimientos médicos adquiridos particularmente.

Decíamos que la sola calidad del sujeto activo no fundamenta aún su encuadre en este tipo, ya que se requiere ade-

más que abuse de su ciencia o arte en la autoría o colaboración del aborto.

No realiza un aborto con estas características (las del art. 86) el médico que no actúa en cuanto tal: por ejemplo, el amante, médico de profesión que, arrastrado por la cólera, maltrata físicamente a la mujer, causándole el aborto; no hay en el caso abuso de su oficio.

El problema se traslada a definir la expresión abusar de ciencia y arte. Acción y efecto de abusar: de usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa o de alguien. En sentido jurídico lo constituye el hecho de usar un poder, de una facultad, de un derecho, o de una situación.

Una de las posturas sostenida, por ejemplo, por Etcheberry, citado por Bustos, es aquella según la cual la expresión "abusando de su oficio" (aclaramos la analogía de ésta con la citada en nuestro Código Penal, "abusando de su ciencia o arte") tendría un alcance limitado que por una parte serviría para excluir los casos en que la calidad de facultativo no tiene influencia alguna, y por otra, haría referencia a la ausencia de justificación.

No coincide Bustos con esta interpretación pues piensa que si hay justificación, la conducta es lícita y el legislador no necesita servirse de una mención especial en el tipo, como lo es la falta de abuso. En este punto expresa que "en suma la expresión abusando de su oficio" como agravación que desplaza al tipo simple de aborto causado por extraños, sólo puede aplicarse al facultativo que realiza la acción típica no justificada, motivado por fines ajenos a los principios terapéuticos que deben guiar su función profesional. Si lo perseguía —prosigue— para evitar los sufrimientos u otros conflictos psíquicos o físicos de una paciente, esto está abarcado por su misión; aunque haya traspasado el límite de la licitud, no podría considerarse un abuso del oficio en el sentido del precepto agravatorio.

No estamos de acuerdo con Bustos, pero tampoco con los argumentos opuestos de Soler, según el cual para establecer si hay abuso, no es un criterio justo el consistente en examinar si mediaba o no estado de necesidad. "El estado de necesidad tiene poco o nada que ver —sigue diciendo— con esto, entre otras razones, porque el mismo artículo lo prevé a continuación. El agregado se hace necesario porque con este artículo se abrazan acciones distintas de la de ejecutar abortos, como el recordado de la mera indicación de sustancias abortivas, y esa zona un tanto extensa e indefinida de

acciones se precisa y cobra sentido exigiendo la misma ley, que constituya abuso"¹⁵.

Este argumento para nosotros, no es del todo correcto, ya que apunta sólo a una parte del artículo, lo que él define como "acciones distintas de la de causar aborto", pero de la exigencia del abuso de la ciencia o arte, también es posible el grado de autor, y ciertamente ésta no es una zona indefinida.

Por lo tanto, parecería forzado decir que si el grado es de cooperación el abuso cumple una función, y si es de autoría otra muy distinta. Nosotros pensamos, en contradicción con Bustos, que la definición de abuso se agota en la tipicidad manteniendo la independencia con el eventual funcionamiento de la justificante. Además, qué pasaría con el médico diplomado que llevado por un ataque de neurosis, causare con métodos no técnicos, un aborto a su mujer. Según lo dicho anteriormente este individuo no sería alcanzado por el art. 86, ya que no hay abuso de su ciencia o arte. Por ello si el abuso es lo que guía el encuadre típico parecería que habría que definir su existencia o no, antes de pasar a la antijuridicidad, si nos manejamos en un esquema dualista.

Parece ser éste el criterio de Rodolfo Moreno cuando dice: "en este artículo el Código se refiere para agravar la penalidad a la versación particular en la ciencia médica de la persona que produzca el aborto". A nuestro entender es claro que quien causa un aborto, lo hace esté o no justificado (si es médico diplomado) y éste se agota en la tipicidad, por lo tanto, igual que aquél.

Entonces, por la calidad del sujeto pasivo, el causar aborto ya es típico y por lo tanto, constituye abuso el solo empleo de sus conocimientos científicos. Si los utiliza está realizando abuso de su *lex artis*. Sostiene Soler: "el abuso ha de ser una acción que no corresponda a los principios normales de la *lex artis* y de la ética de la función"¹⁶.

Creemos oportuno señalar que, a nuestro entender, todos estos inconvenientes hubieran quedado salvados, si el legislador hubiera utilizado el término "usar" en lugar de "abusar". El art. 86 iguala en el mismo régimen de penalidad a los facultativos que causaren el aborto con los que cooperaren en el mismo. Al decir de Soler, el profesional, en efecto, por su misma condición de tal, se encuentra en si-

¹⁵ Soler, Derecho penal. Parte especial, p. 108.

¹⁶ Soler, Derecho penal. Parte especial, p. 108.

tuación muy distinta a la de un partícipe secundario. Ciertas acciones, como la de indicar un abortivo, que indudablemente no constituyen participación en el hecho, cobran un carácter muy particular cuando parten de un profesional.

7. CONSENTIMIENTO

El consentimiento que se ha de tratar no tiene las características de excluir la tipicidad, ni la de quitar la antijuridicidad de la acción típica, ya que la función que cumple en un primer paso del análisis sistemático es la de agravar la pena en el caso de no concurrir, dado que como antes dijimos, parecería que el legislador no quiere que el encuadre en el tipo como acción consumada, dependa de la concurrencia o no de este elemento, siendo su razonamiento mucho más sencillo.

Siguiendo con lo anterior, tampoco tiene el consentimiento, la facultad de justificar el accionar, dado que como luego veremos, habrá llegado el caso de abortos justificados independientemente de que la acción haya sido encuadrada en los incs. 1º o 2º del art. 85. Y en el supuesto en que el sujeto activo sea calificado (art. 86), funcionará la justificante, siempre que el aborto haya sido encuadrado en el inc. 2º; por lo tanto su función es la anteriormente mencionada, en relación a la tipicidad estricta y limitará como condición objetiva el funcionamiento de la justificante.

En cuanto a la validez de este elemento se requieren (según parte de la doctrina) distintas exigencias: una de ellas es la que Soler cita como capacidad de la mujer de consentir. No se trata ésta —según este autor— de una capacidad de tipo civil, sino que se toma en cuenta la concurrencia o no de la voluntad real, siempre que fuera jurídicamente relevante¹⁷.

Ha dicho Stratenwerth: "por último, solamente el acuerdo prestado en el momento del hecho, deja sin efecto la contradicción con la autodeterminación del titular del bien jurídico, este efecto, no corresponderá a la mera tolerancia ni a la resignación frente a la acción adecuada al tipo, ni a la carencia de defensa"¹⁸. Soler afirma como requisito de esto último "que se trate de persona mayor de catorce años cuyas facultades no se encuentren alteradas o a la cual el autor no

¹⁷ Soler, *Derecho penal. Parte especial*, p. 36.

¹⁸ Stratenwerth, *Derecho penal. El hecho posible*, p. 331.

reduzca a inconsciencia o induzca a un error acerca de la naturaleza del acto en que consiente"¹⁸.

Según Bustos este consentimiento falta en los casos de que la mujer se encuentre privada de sentido, si carece de comprensión sobre la índole de las maniobras o si se la engañó, en el caso de amenaza con males morales y en general, en todo caso en que la voluntad por cualquier razón esté ausente o viciada. Sigue diciendo que esto no significa reproducir la teoría civil de los vicios del consentimiento, debiendo determinarse la tipicidad de la conducta en cada caso concreto. En general, el consentimiento prestado por una enajenada mental será irrelevante.

Nosotros no estamos totalmente de acuerdo con los alcances de esta posición. Supongamos el caso de una mujer en estado de gravidez que coaccionada por medio de amenazas a su vida por su marido, decide concurrir a una clínica donde supuestamente le realizarán el aborto. Para lo cual, ya en la clínica, presta su consentimiento al médico para que se lo practique. Según la doctrina antes citada, en este caso, al concurrir un vicio en el consentimiento, éste no tendría relevancia, por lo tanto, el médico habrá realizado un aborto tipificado en el art. 85, inc. 1º (aborto sin consentimiento). Esta solución nos parece valorativamente insostenible, ya que en cada caso concreto el consentimiento del autor referido a ese elemento, tendría que fundarse en un conocimiento paralelo de la situación familiar, económica, etc., de la mujer, dado que aquella sería la que legitime la concurrencia del consentimiento y por lo tanto, la no existencia de vicios.

En otras palabras, no nos parece lógico que se exija en el tipo subjetivo del autor el conocimiento de los fines o motivos de la mujer. Por ello pensamos que el autor no tuvo ningún error acerca de la existencia o no del consentimiento, dado que para sostener lo contrario, tendríamos que llevar a una amplitud ilógica el tipo subjetivo del autor. Por lo tanto sostenemos que a los vicios, que llegado el caso podrían invalidar el consentimiento, solamente hay que atribuirles relevancia en caso de que ese elemento funde por sí solo alguna autoría formal, como en el caso del art. 88 para la mujer. No coincidimos entonces con Bustos por entender que no es ningún absurdo sostener que los vicios tienen distintas funciones según el caso.

¹⁸ Soler, Derecho penal. Parte especial, p. 97.

Sin embargo, en el supuesto de que el sujeto activo hubiera provocado el vicio en el consentimiento que la mujer presta, no le daríamos relevancia a este elemento, ya que el vicio no proviene de una situación ajena al médico, sino que, por el contrario, al ser él quien lo ha provocado tiene conocimiento pleno del mismo, no teniendo que extender en la manera ilógica anterior el tipo subjetivo del autor.

Desde el punto de vista de la forma, importa distinguir los distintos tipos de consentimiento.

a) El expreso no presenta ningún tipo de dificultad toda vez que es fácil su comprobación.

b) El consentimiento tácito es definido como el acto o conjunto de actos que manifiestan con claridad la voluntad de la mujer de someterse a la práctica abortiva. Cita Creus como ejemplo, el hecho de internarse en una clínica especializada o pagar por adelantado la tarifa.

c) Respecto al consentimiento presunto, este autor lo define como "aquel que permite conjeturar que la mujer podría prestarse a la maniobra abortiva sin que se demuestre con claridad esa voluntad, por ejemplo, las quejas sobre las consecuencias perjudiciales que puede producirle el parto"²⁰.

Ahora bien, siendo congruentes con nuestra opinión sobre cuál es el bien jurídico tutelado por el legislador al tipificar el aborto sin el consentimiento, vale decir, la libre determinación de la madre, podemos aceptar como funciones válidas la expresa y la tácita. No así la presunta ya que satisfacerse con ésta daría lugar a que toda suposición de un tercero de la existencia de ésta, tanto del lado del sujeto activo como del lado de la mujer, se transformara en encasillamientos típicos valorativamente injustificados.

Las implicaciones del consentimiento como elemento de la antijuridicidad serán tratadas oportunamente.

8. PROBLEMAS ESPECIALES

a) Aborto seguido de la muerte de la mujer (artículo 85, incisos 1º y 2º)

Concurre en este caso una agravante objetiva dada por la muerte de la mujer que sigue al aborto. Existe acuerdo uná-

²⁰ Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Bs. As., Astrea, 1988, p. 82.

nime de la doctrina sobre la naturaleza de esta figura a la que señala como preterintencional, cuya característica es la de ser una forma compleja compuesta por un aborto doloso seguido de una muerte culposa.

Importa destacar que se descarta que la estructura admita la consumación de la muerte con dolo eventual, dado que si así fuera no se encontrarían impedimentos para encuadrar la acción en el art. 79 (homicidio doloso), en concurso ideal con un aborto. Salvo que se considere que la diferencia entre dolo eventual y dolo directo tenga efectos en el análisis sistemático.

Se presenta la dificultad de determinar si es necesaria la consumación del aborto para que concorra el agravante. Al respecto se plantean distintas opiniones.

1) Para algunos es necesaria la consumación del delito de aborto para que opere el agravante, de tal suerte que si el feto no muere a raíz de las maniobras abortivas, la muerte de la mujer funcionaría como homicidio culposo en concurso ideal con la tentativa de aborto. El fundamento de esta postura reside en que siendo el aborto lo que se encuentra agravado, al no haberse consumado éste, no tendría cabida la aplicación de la figura que tiene por efecto la agravación de éste.

2) Para otros, el hecho que agrava comprende tanto el aborto consumado como el tentado, siendo éste tanto idóneo como inidóneo.

3) Por último, una tercera posición sostenida por Creus, requiere la idoneidad de la tentativa de aborto para que pueda ser agravado por la muerte, ya que para el mismo autor resultaría inaceptable agravar un aborto que no existe como tal.

La adscripción a alguna de estas posturas dependerá del concepto que se tenga de la estructura del delito preterintencional.

b) Aborto preterintencional (artículo 87)

Los inconvenientes que presenta esta figura no se refieren a la objetividad de la misma, ya que sólo se exige la muerte del feto producida por violencias causadas por un extraño para que se perfeccione.

Los problemas surgen al analizarla en el plano subjetivo. En este punto, para algunos autores se trata de un delito preterintencional (mezcla de dolo y culpa). Aparente-

mente esto parece no funcionar ya que el fundamento de este tipo de formas complejas requiere que el dolo sea referido a un tipo básico; luego, al no existir en nuestro derecho la tipicidad de la violencia en sí misma, nos encontraríamos ante un inconveniente insalvable. Nosotros pensamos que si ésta fuera la única inconsistencia, se podría sostener que al hablar de violencia producida por un tercero, en todo caso, nos estamos refiriendo a una tentativa de lesiones producida por el mismo.

Pero la crítica de aquella postura no está referida sólo a este inconveniente. Asimismo si se identificaran las violencias con las lesiones o con la tentativa de ellas (segunda postura), se llegaría al absurdo de la aplicación en el caso de que las mismas fueran graves o gravísimas, de una atenuación por el solo hecho de haber sido seguidas éstas de un aborto. Es así dado que las lesiones graves tienen una pena de prisión de uno a seis años y las gravísimas de tres a diez años siendo sus respectivas tentativas penadas con prisiones de cuatro meses a tres años y un año a cinco años; dándose, en caso de que lo anterior fuera seguido de un aborto, una clara atenuación, penando a la misma con seis meses hasta dos años.

Otra de las posturas es la que sostiene Cury, citado por Bustos, el cual desprendiendo su argumento de las críticas anteriores, sostiene que se trata de una especial hipótesis de cuasi-delito de aborto (aborto culposo)²¹. A nuestro entender, es claro que este autor llegue a esta posición no identificando a las violencias con ningún tipo de lesiones, luego hay un dolo sin ningún reflejo sistemático y un aborto culposo fundado en esta última parte, la aplicación de las penas.

No estamos de acuerdo con él en la tesis de que cualquier tipo de violencias no fundamenta todavía ni siquiera un principio de ejecución de algún tipo de lesiones. Sostenemos, por el contrario, que toda vez que hay violencias hay una lesión leve o en su defecto un principio de ejecución de las mismas. De donde, la figura estaría perfeccionada si se diese la parte dolosa, a partir de una tentativa de lesiones. Y en la última parte, la muerte del feto producida en forma culposa a causa de la lesión leve.

Con respecto a lo que podría plantearse como una contradicción, el sostener en el homicidio preterintencional la

²¹ Bustos - Grisolia - Polittoff, Derecho penal. Parte especial, p. 314.

exigencia de la consumación de la parte dolosa, y en el aborto preterintencional, no, no lo es tanto ya que los presupuestos son distintos. Como primera medida, aquí, lo calificado es el medio (violencias), mientras que en el homicidio calificado lo es el aborto, y en segundo lugar, la parte dolosa; en el homicidio preterintencional, consiste en causar aborto, y si fuera que en este caso, como en el aborto preterintencional, se califica al medio, hubiera sido redactado así: "el que realice maniobras abortivas" similar en su significación a la de este último.

En el supuesto caso en que las lesiones que se producen con el dolo de la primera parte no sean leves, sino graves o gravísimas, sostenemos que el aborto se ha producido sólo por las lesiones leves; de ahí en más, si éstas en el iter criminis van agravando su calidad, habría que analizar si éste fundamenta la aplicación del art. 90 o del art. 91 (lesiones graves o gravísimas). Pero siempre existirá un concurso ideal o real (según el caso) con el aborto preterintencional ya perfeccionado.

Otra cuestión a resolver es aquella que trata sobre el alcance de la expresión "violencias". Éste se encuentra determinado hasta donde nos interesa, en el art. 78 cuyo texto es el siguiente: "queda comprendido en el concepto de violencia el uso de medios hipnóticos y narcóticos". De donde surge claramente que es tanto violencia la psíquica como la física. En cuanto a la identificación de violencias con algún tipo de lesiones, surge el interrogante de saber por qué hay lesión (leve) en el uso del medio hipnótico, ya que aparentemente éste sólo sería un medio para una posterior lesión. Si esto fuera así, no tendría fundamento la estructura preterintencional explicada; ya que no se daría el principio de ejecución de la parte dolosa. En contraposición con esto nosotros pensamos que la lesión (leve) empieza y termina en la hipnosis, siendo ésta suficiente para fundarla; quedando resuelto anteriormente el problema acerca de si el autor luego de la lesión leve produce alguna de otra calidad. El fundamento de lo recientemente dicho reside en que el uso de medios hipnóticos o narcóticos significan por sí mismos una lesión a la integridad psíquica de la mujer.

Con respecto a si la figura acepta la incriminación del sujeto activo, habiendo actuado éste con dolo eventual respecto del aborto, nos parece claro el inconveniente que se produciría valorativamente al atenuarse un aborto por el solo hecho de haber ejercido violencias sobre la mujer. Jus-

tamente la atenuación no reside aquí, sino en que el autor no tuvo en cuenta el resultado al no haber pensado en él. Por otra parte, la notoriedad o el conocimiento por parte del autor de la existencia del estado de gravidez de la mujer, no es cierto que funde la exigencia de dolo eventual con respecto a la culpa consciente, sino sólo la no incriminación de la culpa inconsciente.

9. TENTATIVA DE LA MUJER

a) Cuestiones al respecto

El art. 88, luego de hacer referencia a la mujer que cause su propio aborto y a la que consintiera en que otro se lo cause (expresión ésta cuyas posibles dificultades ya hemos analizado), expresa en su última parte que la tentativa de la mujer no es punible.

Al parecer no tiene relevancia aquí el tema del análisis de las distintas calidades que puede tener dicha tentativa.

En este punto parece claro que el espíritu de la ley quiere que toda vez que el feto siga con vida, no se pene a la mujer. Tiene esto, a priori, la intención de disuadir hasta el último momento a la mujer, ofreciéndole la impunidad para la no consumación del delito.

De aquí surge un problema en cuanto a la posible coexistencia del delito tentado y la muerte del feto. Es decir que la imperfección del delito no provenga de la no consumación sino de otro elemento del tipo objetivo, como ha de ser un desvío en el nexo causal: por ejemplo, un médico receta a una mujer un veneno que produciría la muerte del feto en quince días, aplicándolo en determinadas raciones diarias. La mujer comienza su ejecución de tal suerte que la muerte se produce en el séptimo día. Este es un problema que se resolverá de acuerdo con la relevancia o no que se dé a estos errores sobre los cursos causales.

El planteo del problema reside en que según la postura que se tome, tendrá o no sentido el anterior principio de interpretación de la norma. Por ejemplo, si se sostiene que en el caso citado hay un dolo referido, diario, de la aplicación de cada dosis y un especial elemento subjetivo de seguir en la tentativa, parece claro que nunca habrá ningún tipo de dolo respecto del resultado. Dada la inconsistencia del coexistir de un dolo de resultado con un especial elemento subjeti-

vo de seguir en la tentativa, siendo aquél el final del iter criminis²¹.

En nuestra opinión, no es cierto que el especial elemento subjetivo del tipo se constituya solamente con lo anterior; por el contrario, creemos que éste quiere significar el querer seguir en la tentativa pero únicamente en el caso de que el resultado no se produzca todavía²². Volviendo al caso del ejemplo, la mujer sólo querrá seguir en la tentativa en el caso de que el resultado aún no se produzca. Este problema lo dejamos abierto a la discusión.

Acercas de la frase "la tentativa de la mujer no es punible" cabe marcar su alcance. En otras palabras (la mujer no será punible en el caso en que consienta en que otro le cause el aborto, así como también en el que ella misma lo ejecute, o sólo en una de estas hipótesis? Aparentemente, esta excusa absolutoria funciona en el caso en que ella ejecuta el aborto, el fundamento de ello está dado en que sólo puede principiar la ejecución, en otras palabras tentar, quien ejecuta el hecho; por lo tanto la mujer al consentir no es cierto que tiene, sino que participa en la tentativa de sujeto activo, encuadrado en el art. 85, inc. 2º. De donde la tentativa sólo será impune en el análisis de la segunda parte de la disyunción.

A pesar de esto, nosotros pensamos que no es cierta esta conclusión. En primer lugar, nos parece inaceptable éticamente que en el caso de que la mujer ejecute positivamente acciones tendentes a causar el aborto (en el caso en que éste no se consuma), resulte impune y en el supuesto en que ella sólo consienta no lo sea. Asimismo, si coincidimos en que uno de los fundamentos de la impunidad de la tentativa es también que la mujer, cuya necesidad para la producción del delito es innegable, tiene que tener en todo caso el aliciente de no ser punible si evita tanto su ejecución como su contribución. Del mismo modo, las ciencias empíricas demuestran la necesidad del contacto constante madre-recién nacido, lo que es imposible, de no mediar condiciones insalubres para el mismo, en el supuesto caso en que la mujer estuviere recluida. De donde nosotros soste-

²¹ Esta idea, con algunas variantes, ha sido expuesta por Sancinetti, en clases dadas en esta Facultad.

²² Por no corresponder al objetivo de este trabajo dejamos de lado la cuestión, de si y hasta qué punto, la definición de "delito" (conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo) permite su división en el iter criminis.

nemos que lo que queda impune, no es la tentativa que ejecuta ella, sino por el contrario, lo es la tentativa en cualquiera de las formas en que la mujer se encuentre inculpada.

b) Jurisprudencia sobre el tema

1) Debe ser absuelta la encausada del delito de aborto en grado de tentativa, según lo dispuesto por el art. 88 del Cód. Penal pues esta disposición no distingue el caso del conato ejecutado por la propia mujer del realizado a instancias de ésta por otro²⁴.

2) Tratándose de la tentativa de aborto a que alude el art. 88, párr. último, del Cód. Penal, la exención de pena sólo procede en los casos en que la propia madre es la que ejecuta o procura ejecutar en sí misma el aborto²⁵.

3) Si bien el art. 88 del Cód. Penal, en su última parte declara que la tentativa de aborto no es punible, esta impunidad no alcanza a la que consintió en que un extraño intentara hacerla abortar, ya que, siendo el fundamento de la exención de pena para la mujer que intentara causar su propio aborto el de evitar el escándalo, en la hipótesis de conato de aborto consentido, la punibilidad de los ejecutores determina que el estrépito del foco deba producirse, razón por la cual el motivo determinante de la excusa absolutoria carece de toda actualidad²⁶.

4) Aunque no pueda concluirse que existió un aborto consumado o tentado –por no estar demostrado el estado de preñez– las maniobras abortivas comprobadas fehacientemente permiten responsabilizar a la acusada por tentativa de aborto imposible –arts. 43, 44, 88, párr. 1º, en función del art. 85, inc. 2º, parte 1ª, del Cód. Penal–²⁷.

10. ANTITUROCIDAD

En este punto el análisis del funcionamiento de las justificantes se desglosa en dos vertientes: una de ellas se refiere

²⁴ CNCrimCorr, Sala III, 14/6/80, "Zabala de Juliana, Susana y otros". ED, 101-600, n° 63.

²⁵ Del voto en disidencia del doctor De la Riestra en CNCrimCorr, Sala III, 18/6/80, "Zabala de Juliana, Susana y otros". ED, 101-600, n° 68.

²⁶ CNCrimCorr, Sala VI, 28/2/82, "Manservola, B. H.". ED, 101-600, n° 87.

²⁷ CNCrimCorr, Sala II, 18/8/80, "Acosta de Agnólo". RepD, 17-1043, n° 3.

al caso en que el sujeto activo está calificado, en tanto la otra, lo hace a los sujetos activos sin ninguna calidad especial de índole profesional.

En la primera parte del análisis, es decir, sujetos activos calificados, la justificante se encuentra expresamente legislada, con presupuestos exigibles que variarán según distintas opiniones. En cambio, en la segunda parte, el procedimiento para encuadrar una acción típica en algún tipo de justificante, será análogo a cualquier caso de justificación.

El art. 86 expresa en su última parte que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible, si se dan los presupuestos de los incs. 1º y 2º. El inc. 1º dice: "si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios"; lo que se conoce como aborto terapéutico; en tanto el inc. 2º afirma que "si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal será requerido para el aborto" (aborto ético o sentimental). Como vemos, éstos son dos especiales presupuestos de justificación resueltos por la ley. Son especiales porque se requieren elementos distintos de los solicitados en las justificantes legales. A saber:

a) Calidad de autor

Al respecto son ilustrativas las palabras de Creus: "El agente debe ser un médico diplomado; esta calidad sólo la tienen los que han obtenido el título que los habilita para actuar como médicos, haya realizado sus estudios en el país o fuera de él, pero en este último caso que cuente con la habilitación legalmente conferida.

Aunque alguna doctrina lo pide, no parece indispensable la inscripción en la matrícula profesional: el médico diplomado puede no encontrarse ejerciendo actualmente, pero el aborto practicado por él, en condiciones típicas será igualmente impune. No quedan comprendidos en la disposición otros profesionales del arte de curar"²⁸.

El aborto debe ser practicado por el médico, no por otra persona. No basta que el profesional ordene o aconseje su realización si no lo ha practicado él u otro médico diploma-

²⁸ Creus, *Derecho penal*, p. 68.

do, aunque por supuesto, no es indispensable que asuma funciones de dirección en la maniobra abortiva realizada por un tercero en su presencia.

b) Consentimiento

En primer lugar, cabe distinguir si realmente se trata de un especial elemento objetivo de la justificación o si no lo es y sólo se la da cada vez que el tipo es el del art. 85, inc. 2º (aborto con consentimiento). Si ésta es la postura que se acepta, no tiene sentido decir que el tipo es "aborto con consentimiento" y exigir simultáneamente que éste funcione como condición objetiva de la justificante. En otras palabras, pierde consistencia la exigencia de algo que nunca podría no darse, desde que ya se exigió satisfactoriamente en el tipo.

A nuestro criterio, esto no es aceptable porque independientemente de lo anterior el funcionamiento de esta justificante está de alguna manera condicionada en su aplicación; esto es, si la justificante actúa en varios tipos y sólo en ellos las características de estos últimos, además de cumplir la función sistemática principal de estructurar la acción prohibida, están limitando el funcionamiento de la norma permisiva. Luego el consentimiento está en el tipo, así como también lo está en el tipo de la justificante, aunque de esta última sea redundante su comprobación.

Con respecto al porqué de esta exigencia objetiva en los médicos diplomados ya nos hemos referido a que se encuentra en el indicio del mal uso de su *lex artis* que realiza el mismo, toda vez que hace un aborto. El fundamento de esto se encuentra en que en casos normales sólo procede de acuerdo a su *lex artis* el médico que actúa de acuerdo con el sujeto pasivo en la intervención, aunque habrá casos en que se podrá exigir sólo el consentimiento tácito de este último.

Sin embargo, Bustos sostiene que este caso se trata de una justificante por "legítimo ejercicio de la profesión médica" de donde todo se resuelve con el balanceamiento clásico de bienes. Nosotros pensamos que no tiene inconvenientes el planteamiento de un estado de necesidad con mayores exigencias objetivas, como ser las que el mismo autor cita: *lex artis* médica y criterios consuetudinarios y culturales que la delimitan, abarcando éstos la libertad del paciente de decidir si se puede o no intervenir en su cuerpo. Esto se fundamenta también, en el derecho de la mujer a decidir sobre el cuerpo suyo y su riesgo. Es ilustrativo citar el funda-

mento expuesto por Soler, para quien en el caso de aborto terapéutico se plantea un supuesto de estado de necesidad *sui generis*²⁰ que no requiere que el peligro sea inminente, otra de las características que reúne esta especial justificante, por lo cual es lógico que en el aborto practicado en frío concurren los extremos prudentemente fijados por la ley.

11. BALANCEAMIENTO DE BIENES

El art. 86, inc. 1°, toma como bienes jurídicos posibles en pugna la salud de la madre con la vida del feto en un caso o la vida de la madre con la vida del feto en el otro. La cuestión de la jerarquía de dichos bienes no presenta dificultades, habiéndose variados métodos para su determinación. El balanceamiento de las respectivas penas es uno de ellos; así Welzel afirma: "para la apreciación del valor de los bienes jurídicos habrá que recurrir al orden jurídico en su conjunto. Un punto de apoyo lo ofrece especialmente el monto de las conminaciones penales en hechos en que los demás tengan características similares..."²¹. Aunque para Stratenwerth "la determinación de la relación jurídico-jerárquica de los bienes jurídicos puede ocasionar, naturalmente, considerables dificultades, o ser, inclusive, totalmente imposible"²². Dado que este autor sostiene que la gravedad de la sanción amenazada para la infracción al bien jurídico, es sólo uno de los ítems a considerar, siendo otros "las modalidades del hecho, la gravedad de la culpabilidad o algunos principios de política criminal". Pero a nuestro entender, estos últimos se considerarán en cada caso en particular, o no, según sea la índole de las dificultades que se presentan, dando mayor relevancia a la cuestión de las conminaciones penales, por ser de aplicación general y constante en todos los casos.

Es así que el único inconveniente en cuanto a esta jerarquización se da en el caso de saber si todo peligro para la salud (de toda intensidad) justifica la infracción a la vida del feto. Utilizando el criterio de Welzel, se ve claramente que la infracción a la vida del feto estará justificada, siempre y cuando el peligro que acarreará a la salud de la madre sea

²⁰ Soler, Derecho penal. Parte especial, p. 106.

²¹ Welzel, Hans, Derecho penal alemán. Parte general, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 128.

²² Stratenwerth, Derecho penal. El hecho posible, p. 148.

grave o gravísimo. A modo de aclaración vale citar que la penalidad de las lesiones leves es de un mes a un año siendo para las lesiones graves de uno a seis años y las gravísimas de tres a diez años.

Ahora bien, ¿qué sucede en aquellos casos en que, luego del balanceamiento de bienes la elección ha sido correcta, pero el consentimiento no concurre? Pues bien, en primer lugar pensamos que es claro que la justificante no se aplica; luego si para el funcionamiento de un estado de necesidad disculpante exigimos igualdad jerárquica de bienes jurídicos, es claro que más se cumple con esta exigencia si los bienes jurídicos son como en este caso de diferencia jerárquica y se ha infringido el de menor relieve, salvando el de mayor importancia. Luego, no requiriendo en el estado de necesidad disculpante la existencia del consentimiento, nada obsta para el funcionamiento de aquél.

12. ABORTO ÉTICO-SENTIMENTAL

Este otro tipo especial de aborto encuentra problemas tanto de interpretación, dada la poca claridad de nuestro texto, como de encuadre en el sistema, si no queremos apartarnos de la manera general de estructurar las causales de justificación, así como tampoco de los requisitos exigibles para el funcionamiento de las mismas.

El aborto ético-sentimental ha sido definido por Bustos "como aquel en que la intervención abortiva tiene por objeto la eliminación del producto de la concepción que proviene de un hecho delictivo". Pasando al análisis de nuestro texto, el cual dice que éste no será punible (en el caso de que el sujeto activo sea un médico diplomado) "si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente".

Encontramos que el primer inconveniente se presenta al dilucidar si lo que se quiere decir tiene analogía con lo que se dice. Esto es si la interpretación concuerda con el espíritu de la ley y con lo escrito en la misma.

Siendo en este análisis pareciera que, de la manera que se encuentra redactado, el texto hace referencia únicamente a la autorización de abortar, toda vez que el feto es el producto de una violación o un atentado al pudor, sobre una mujer idiota o demente, y no sobre cualquier tipo de mujer. Soler no parece concordar con esto, y nosotros tampoco, aun-

que al igual que él, se nos hace difícil no hacerlo dada la aparente mala redacción.

Según él, el problema surge a raíz de que este artículo fue tomado de la versión francesa del proyecto suizo. En el derecho alemán a diferencia de lo que ocurre en nuestro art. 119, que designa como "violación" a los tres casos que enumera, se emplean nombres técnicos distintos, así es como *Notzucht*, significa la violación por la fuerza y *Schändung*, la violación a una mujer idiota. Luego la interpretación que deducimos de esta explicación de Soler es la siguiente: no es punible el aborto realizado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer, si el embarazo proviene de un acceso carnal realizado por la fuerza (art. 119, inc. 3º, *Notzucht*), o de un acceso carnal realizado con una mujer idiota o demente; es decir si proviene de una violación en el sentido del art. 119, inc. 2º (*Schändung*). En este caso la no punibilidad alcanzaría a la mujer, aunque ésta esté comprendida en el art. 88. El otro problema de difícil solución es el encasillamiento sistemático de esta "no punibilidad". Bustos piensa que en estos casos no hay base para reconocer una causal de justificación, salvo en la medida en que el traumatismo psíquico de la violación pudiera determinar un aborto terapéutico. En última instancia lo que hace Bustos a nuestro entender, es no considerar el aborto ético, ya que si se da el aborto terapéutico, es sólo porque se dan sus presupuestos, teniendo poco que ver aquél en esta hipótesis. Sigue diciendo "que en todo caso, lo más probable es que demostrado el origen de la concepción, se admita una exculpación de la conducta por no exigibilidad de otra"²⁰.

Se presenta aquí el inconveniente del análisis del caso en el cual no se demuestre una perturbación psíquica, que si se diera no tendría inconvenientes de encuadre, dado que la integridad psíquica es claramente un bien jurídico cuya infracción está conminada con pena en el delito de lesiones. De donde lo defendido aquí, es la no obligación de la mujer de permanecer con la deshonra del hecho precedente, respecto de lo cual sería harto difícil sostener que es un bien jurídico penalmente relevante. Según Stratenwerth: "el punto de partida (de la no exigibilidad) lo constituyen situaciones en las que el autor se encuentra, durante la comisión del hecho, bajo una fuerte presión psíquica de tal natu-

²⁰ Bustos - Grisolia - Politoff, *Derecho penal. Parte especial*, p. 129.

raleza que no es de esperar un comportamiento adecuado al derecho²³.

Se nos presentan así dos vertientes: si sostenemos que en la alteración psíquica producida por la violación, se puede fundar la necesidad de un aborto terapéutico, entonces no habrá inconvenientes para la justificación de la conducta, dada la relación lesiones graves o gravísimas-aborto con consentimiento. Si por el contrario, en las pruebas de hecho se sostiene que no hay tal necesidad, habrá que analizar en la culpabilidad, si la no exigibilidad de otra conducta por presión psíquica se tiene que dar siempre y cuando solamente haya una equiparación de bienes jurídicos tutelados, o aquélla puede existir de todos modos. En otras palabras, si es posible que el médico se encuentre bajo esa presión, sin haberse dado los presupuestos de un aborto terapéutico. De esta dilucidación saldrá nuestro encuadre en el sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, Enrique, *Delito y posibilidad*, Madrid, Civitas, 1983.
- Bustos, Juan - Grisolia Francisco - Politoff, Sergio, *Derecho penal chileno. Parte especial*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971.
- Camara, Francisco, *Programa de derecho criminal*, cap. VIII, Feticidio, Bogotá, Temis, 1987.
- Crea, Carlos, *Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, Bs. As., Astrea, 1983.
- Jescheck, Hans H., *Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1981.
- Llambias, Jorge, *Tratado de derecho civil*, Bs. As., Perrot, 1923, t. 1.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y control social*, Jerz, España, Fundación Universitaria de Jerz, 1985.
- Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1993.
- Sancinetti, Marcelo, *Casos de derecho penal*, Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.
- *Caso de derecho penal*, Bs. As., Hammarabi, 1988.
- Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general. El hecho posible*, Madrid, Edersa, 1982.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Colonia, Berlin, Bonn, Munich, 1971.
- Welzel, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 2ª ed., Berlin, 1968.
- *Derecho penal alemán. Parte general*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- Wessels, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Depalma, 1980.

²³ Stratenwerth, *Derecho penal. El hecho posible*, p. 183.

UNA CUESTIÓN CONFLICTIVA: LAS COSTAS EN LOS PEDIDOS DE QUIEBRA DESESTIMADOS POR DEPÓSITO EN PAGO O A EMBARGO

**FABIAN ROBERTO CELIZ
MARIA FERNANDA STRATICO
MARTIN ESTEBAN PAOLANTONIO**

1. INTRODUCCIÓN

La distribución de costas en el pedido de quiebra desestimado es una cuestión no contemplada por la ley de concursos (LC), la que sólo por vía de remisión nos da la solución. En efecto, el art. 301 de la LC establece la aplicación de las normas procesales locales en las materias no reguladas por ella; corresponde por tanto –para Capital Federal y Territorios Nacionales– la aplicación del art. 68 y ss. del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación (CPN).

El tema que nos ocupa ha motivado posiciones doctrinarias y jurisprudenciales encontradas, que ocasionaron la reunión plenaria de la Cámara Comercial¹, referida a la imposición de costas en el caso de pedido de quiebra desestimado por depósito en pago que, como veremos, tampoco dio una solución satisfactoria y definitiva al problema.

Nuestro trabajo consistirá en reseñar las diferentes posiciones jurisprudenciales –con el correspondiente apoyo doctrinario– y analizarlas en forma crítica, fundamentando la que creemos es la solución correcta.

Si bien la ley de concursos en el tema de la cesación de pagos acoge la denominada "teoría amplia" (arts. 85 y 86),

¹ CNCCom, en pleno, 29/8/82, LL, 1982-C-458, JA, 1982-III-406 y ED, 99-821.

nuestro análisis se referirá al ámbito específico del art. 86, inc. 2º, que es el caso más típico por el cual se manifiesta el estado de cesación de pagos: la mora en el cumplimiento de una obligación.

Conforme el art. 87 de la LC cualquier acreedor, sin tener en cuenta la naturaleza y privilegio de su crédito —con las salvedades de los arts. 87 *in fine*, y 88— puede instar la apertura del procedimiento concursal liquidativo (quiebra), justificando en forma sumaria su crédito, los hechos reveladores de la cesación de pagos y que el deudor está comprendido en el art. 2º (art. 90, LC). Citado el deudor para que invoque y pruebe cuanto estime conveniente a su derecho y oído el acreedor (la omisión de este último requisito vicia de nulidad el procedimiento)² el juez resolverá sin más trámite acerca de la procedencia o improcedencia de la petición.

Dentro del breve plazo precitado, el deudor tiene como únicas posibilidades para enervar la petición de su acreedor, depositar en pago o a embargo o plantear la incompetencia del tribunal³, sin que en esta ocasión pueda discutirse el fondo de la cuestión ni sustanciarse un verdadero contradictorio (“no hay juicio de antequiebra”, art. 91 *in fine*, LC).

Efectuado dicho depósito (más adelante analizaremos su contenido) y por ende, destruido *prima facie* el presupuesto objetivo para la apertura del proceso concursal —estado de cesación de pagos: art. 1º, LC— el juez desestimará la petición.

Llegamos pues a nuestro tema: ¿quién habrá de soportar las costas? Claro está que si el rechazo estuviere motivado por la inexistencia del crédito o porque, conforme al art. 2º de la LC el deudor no fuera pasible de concurso, la solución sería simple: las costas debe soportarlas quien sin derecho promovió la acción y fue consecuentemente derrotado (art. 68, CPN)⁴.

En cambio, la cuestión que ha motivado una intensa polémica entre la doctrina autoral y jurisprudencial, ha sido el rechazo por la desaparición del presupuesto objetivo, que

² CApellCivCom Rosario, Sala II, 22/11/73, “Sucesión o sucesores F. Viazzi”, Zusa, I-J-89; en contra Cámara, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Bs. As., Depalma, 1978, vol. III, p. 1895.

³ CNCom, Sala A, 22/5/74, ED. 56-639; 1º InstComCap, Juzg n° 18, firme, 8/8/77, ED. 73-381.

⁴ Recullón, Adolfo A. N., *Imposición de costas cuando se rechaza la petición de quiebra formulada por acreedor*, JA, 1988-IV-533.

como dijimos puede producirse mediante el depósito en pago o a embargo. Analizaremos en primer término la cuestión del depósito en pago.

2. DEPÓSITO EN PAGO

Realizada la citación del art. 91 de la LC —que se notifica de acuerdo a la ley adjetiva local; art. 301, LC— puede ocurrir que el deudor deposite expeditivamente en pago lo reclamado; lo que implica reconocer la existencia y exigibilidad de la deuda y —a diferencia del depósito a embargo— la imposibilidad de discutir en un proceso posterior (no necesariamente ejecutivo —arg. art. 85 *in fine*—) el derecho al cobro del acreedor.

Primeramente resulta necesario establecer claramente el quantum del depósito (¿hay que depositar actualización e intereses?), ya que la jurisprudencia y la doctrina discrepan sobre el tema.

Una parte de la doctrina —Maffía y Rouillón entre otros— sostiene la improcedencia de exigir que el depósito comprenda la actualización e intereses; siendo sus argumentos capitales los siguientes:

a) La solución contraria fomentaría la corruptela de utilizar el pedido de quiebra como medio de ejecución individual; en este sentido se pronuncia Rouillón, para quien exigir el depósito del capital repotenciado con sus intereses sería consentir "la perniciosa práctica de la utilización del pedido de quiebra como medio fácil, rápido y a veces extorsivo de cobro individual"³.

b) Además del argumento anterior agregaban que dado en nuestro derecho positivo la inexistencia del juicio de antequiebra (art. 91, LC) la cuestión acerca de la mora del deudor (y sus consecuencias jurídicas: intereses —art. 622, Cód. Civil—) y actualización monetaria resultaban ajenos a la cognitio sumaria que caracteriza a este tipo de proceso⁴.

³ Citado por Maffía, Osvaldo J., *Pedido de quiebra o juicio ejecutivo*, RDCD, 1982-143; en dicho artículo el autor, con su inmediatez habitual, desarrolla una crítica vision del tema que nos ocupa.

⁴ CNCCom. en pleno, 13/6/77, LL, 1977-B-185. Jurisprudencialmente se apoyaron en dichos argumentos los siguientes fallos: CNCCom. Sala A, 8/11/73, LL, 1973-A-581, n° 17-18, id., id., ED, 119-399; id., Sala B, 14/6/79, LL, 1980-A-242; id., id., 11/11/81, LL, 1982-B-49; id., id., ED, 119-389; id., Sala C,

Por tanto, para esta posición lo referente a actualización y/o intereses debe deducirse en un proceso posterior.

La posición contraria –que compartimos– considera necesario que el depósito comprenda también la repotenciación del capital e intereses; a los efectos de verificar que el deudor se halla *in bonis*, evitando de esta forma que por la crudeza del fenómeno inflacionario el depósito del valor nominal “se puede convertir en una salida puramente formal y conceptual sin asidero en la realidad; pues solamente se demostraría estar en fondos respecto de una parte (que puede ser mínima en épocas de gran inflación) de la deuda cuyo cumplimiento se pretende”⁷.

Completando la argumentación anterior, Cámara se muestra partidario del depósito integral, por analogía del art. 100 de la LC y por aplicación de los arts. 742 a 744 del Cód. Civil (principio de integridad en el pago)⁸.

La divergencia jurisprudencial entre las Salas de la Cámara llevó, como era lógico prever, a la reunión plenaria del tribunal por vía del recurso de inaplicabilidad de la ley (art. 288 y ss., CPN) en la cual se estableció como doctrina legal obligatoria (art. 303, CPN) que: “A los efectos de que aquél respecto de quien se ha pedido la quiebra demuestre hallarse en fondos, corresponde establecer la oportunidad en que incurrió en mora, para ponderar la cuantía del débito reajustado a los intereses que le acceden”⁹.

Los principales argumentos de la mayoría integrada por los doctores Alberti, Ramírez, Jarazo Veiras, Anaya, Arecha, Cavighione Fraga, Cuartero, Miguez de Cantore, Quintana Terán y Viale fueron los siguientes:

a) “Cuando el acreedor alega –como generalmente sucede, según lo indica la experiencia– como hecho revelador de la cesación de pagos la mora de su deudor en el cumplimiento de una obligación, debe probar sumariamente esa si-

28/978, LL, 1978-D-421; id., id., 18/978, LL, 1978-C-609; id., id., 12/977, LL, 1978-B-64; id., id., 8/80, LL, 1981-B-548, 35.818-S; id., id., 3/481, LL, 1382-A-130; id., id., 13/884, ED, 114-348.

⁷ De Iorio, Alfredo J., Consideración sobre el pleenario “Zadnicoff” relativo a la acreditación de la mora en los pedidos de quiebra, RDCO, 1986-478.

⁸ Cámara, El concurso preventivo y la quiebra, vol. III, p. 1893. Jurisprudencialmente siguieron este criterio los fallos: CNCam, Sala A, 36/977, LL, 1978-A-488; id., id., 28/777, LL, 1978-B-470; id., Sala B, 2/1070, LL, 145-412, 28.130-S.

⁹ CNCam, en pleno, 30/886, LL, 1986-C-275.

tuación de mora; y el juez, consecuentemente, emitir juicio sobre su existencia. Probar la mora supone, necesariamente, probar la oportunidad en que ella se produjo y juzgarla operada también supone juzgar cuándo se operó. En efecto: la mora del deudor se constituye –a más de otros elementos que no interesan en la especie– con un dato objetivo: la demora o el atraso del deudor en el cumplimiento de su obligación... para determinar la existencia de demora o atraso es imprescindible precisar antes cuándo debió cumplirse temporáneamente. Mal cabe hablar, pues de mora si no se expresa además cuándo principió” (consid. III).

b) “La necesidad de establecer la oportunidad de la mora preexiste y es anterior al tema de la actualización monetaria y de los intereses. En consecuencia, efectuada esa precisión en orden a juzgar si existe la mora reveladora de la cesación de pagos, la actualización monetaria y el curso de los intereses surgen como consecuencia legal del estado de mora” (consid. IV).

Como podemos observar, la mayoría con argumentos estrictamente jurídico-positivos estatuye la necesidad de determinar la fecha de la mora, no para posibilitar el reclamo de actualización e intereses, sino para configurar el hecho revelador del art. 86, inc. 2º (que al igual que nuestro trabajo, es el ámbito específico de vigencia del plenario), sin que se afecte la sumaria cognición del procedimiento (ver consid. V del voto de la mayoría).

La primera minoría integrada por los doctores Morandi y Williams sostuvieron la improcedencia de la cuestión en debate por lo siguiente:

a) Inexistencia de juicio de antequiebra (consid. II, 4).

b) “Por lo demás, la recepción favorable a la doctrina plenaria puesta a consideración a este tribunal llevaría a desvirtuar las finalidades del procedimiento concursal y a la utilización de este medio –pedido de quiebra– en reemplazo del juicio ejecutivo” (consid. II, 5).

La segunda minoría integrada por los doctores Guerrero y Garzón Vieyra también respondió en forma negativa al interrogante del plenario, agregando a los argumentos de la primera minoría el siguiente: “el deudor que se presenta en su pedido de quiebra depositando el valor nominal del presunto crédito no demuestra estar en fondos ni in bonis pero tampoco la acredita quien se presenta depositando el capital actualizado con más los intereses de plaza, ya que la cesa-

ción de pagos es un estado de impotencia patrimonial para afrontar regularmente sus obligaciones (art. 85, ley 19.551) y no el mero incumplimiento de las obligaciones: ello resulta de la propia enumeración de hechos reveladores que efectúa el legislador. Si para depositar el importe reclamado en un pedido de quiebra se recurrió a 'cualquier medio ruinoso o fraudulento para obtener recursos' (art. 86, inc. 7º, ley 19.551) la cesación de pagos habría quedado igualmente demostrada a través de ese hecho revelador¹⁹.

Este razonamiento si bien es doctrinariamente correcto no es aplicable al sub-iudice, ya que el acreedor instó la quiebra sólo en base al art. 86, inc. 2º, de la LC; no estando acreditado ningún otro hecho revelador, la remisión al art. 86, inc. 7º, resulta inadecuada. Nadie discute que incumplimiento y cesación de pagos no son términos equivalentes, pero el plenario únicamente se refiere al supuesto de quiebra pedido por acreedor en que se ha imputado un incumplimiento como revelador del estado de cesación de pagos, con lo cual planteamientos como el citado (lo mismo puede decirse del consid. II-2-5 del voto de la primera minoría) son improcedentes.

Concluido el procedimiento, una vez efectivizado el depósito, el juez debe ordenar sin demora el libramiento del cheque para el cobro del acreedor²⁰.

En síntesis, resulta necesario para enervar la petición de quiebra –a tenor del plenario analizado y para Capital Federal y Territorios Nacionales– que el depósito que realiza el deudor comprenda no sólo el capital nominal, sino también su actualización (que no es un accesorio sino el mismo capital repotenciado) y los intereses que correspondan.

a) Imposición de costas al acreedor

El fundamento de la imposición de las costas al acreedor en el caso del pedido de quiebra desestimado por depósito en pago se apoya en:

1) La aplicación lisa y llana del principio objetivo de la derrota, "costas al vencido", consagrado en el art. 68, párr. 1º, del CPN.

2) El remanido argumento de que "el pedido de quiebra no es un medio para que los acreedores ejecuten individual-

¹⁹ CNCem, Sala A, 5/473, LL, 151-1.

mente sus créditos, sino la real afirmación de un estado de insuficiencia patrimonial y de la necesidad de adoptar medidas de preservación de interés común" (Exposición de motivos, ley 19.551, parte primera, tit. III, cap. I, secc. II).

Para esta posición, la acción que insta la declaración de quiebra y es desestimada —no interesa el motivo ni la buena o mala fe del litigante ya que la imposición de costas es objetivo—, genera la condena en costas del acreedor vencido.

Apoyan en doctrina esta solución Di Iorio, Migliardi, Highton, De la Peña, y también, Cámara¹¹.

Sólo se morigera este criterio cuando el acreedor hubiera realizado extrajudicialmente las diligencias pertinentes para el cobro; al respecto es de notar la vigencia de los siguientes fallos plenarios que ponen a cargo del deudor la prueba de la no realización de tales diligencias: "Kairus, José" —referido a pagarés sin protesto—¹²; "García, A. y otro" —referido a compraventa—¹³; "Caja de Crédito de los Centros Comerciales" —aplicable a pagarés a la vista con cláusula sin protesto—¹⁴, en el que la imposición de costas se haría en el orden causado¹⁵; tema que analizaremos a continuación.

b) Imposición de costas en el orden causado

A diferencia del criterio puramente objetivo (ap. a) la imposición de costas en el orden causado introduce un matiz

¹¹ Di Iorio, Alfredo J., *La imposición de costas en los pedidos de quiebra*, RDCO, 1986-149; Migliardi, Francisco, *Imposición de costas en los pedidos de quiebra*, LL, 1979-D-385; Highton, Federico R., *Las costas en el pedido de quiebra*, LL, 1979-C-131; De la Peña, Horacio M., *Modificaciones al régimen de pedido de quiebra por acreedor, ponencia presentada en las "Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Concursal"*. Este autor propone agregar al art. 91 de la LC el siguiente párrafo: "Si el pedido de quiebra fuera rechazado, las costas son a cargo del peticionante", y prohibir la posibilidad de depósito en pago; Cámara, *El concurso preventivo y la quiebra*, vol. III, p. 1889 y ss., donde adhiere al criterio de Di Iorio. Jurisprudencialmente siguen con este camino: CNCom, Sala B, 17/12/80, ED, 92-791; id., id., 14/6/79, LL, 1980-A-242; id., id., 28/9/78, LL, 1980-A-243; id., Sala D, 9/3/79, LL, 1979-C-131; 1° InstComCap, Juzg n° 26, firme, 5/9/81, LL, 1981-C-371; C2° CivCom Córdoba, L.L.C., 984-1275.

¹² CNCom, en pleno, 17/6/81, LL, 1981-C-281, JA, 1981-III-110 y ED, 84-333.

¹³ CNCom, en pleno, 28/83, LL, 1982-D-116, JA, 1982-III-591 y ED, 100-286.

¹⁴ CNCom, en pleno, 3/8/84, LL, 1984-C-539, JA, 1984-III-619, ED, 110-120.

¹⁵ CNCom, Sala E, 28/8/81, ED, 86-611.

subjetivo haciendo aplicación del art. 68, párr. 2º, del CPN: "el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad (costas) al litigante vencido siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento bajo pena de nulidad"; así algunos fallos echaron mano de la elástica fórmula "razonabilidad para litigar" y similares, imponiendo las costas por su orden¹⁸.

Una curiosa variante —con el mismo resultado: costas por su orden— ha sido insinuada en algunos fallos y apoyada en doctrina por Roullón¹⁹; ella se fundamenta en una disección o división de la presentación del acreedor cuya acción tendría un doble objeto: por un lado la declaración de quiebra —pretensión principal u objeto formal— y por otro la del cobro de su crédito —pretensión accesoria subyacente o no formal—. Fracasando en la primera y triunfando en la segunda operaría —en virtud del vencimiento parcial y mutuo— el art. 71 del CPN: "Si el resultado del pleito o incidente fuere parcialmente favorable a ambos litigantes, las costas se compensarán o se distribuirán prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos"²⁰.

c) Imposición de costas al deudor

Desde antiguo la jurisprudencia mayoritaria consideró que la solución adecuada a la cuestión que nos ocupa consistía en imponer las costas al deudor moroso²¹. Ha sido tam-

¹⁸ 1º InstCivCom Rosario, Juzg 4º Nom, firme, 4/12/78, Zenz, 11-J-288; CAgelCivCom Junín, 21/3/83, ED, 119-391, n° 29; CNCCom, Sala B, 20/7/79, LL, 1879-D-384; id., id., 21/3/85, ED, 119-391, n° 26; id., id., 26/12/85, ED, 119-391, n° 21; id., id., 9/2/87, LL, 1987-B-375; id., id., 29/5/84, ED, 112-698, n° 66; id., Sala C, 13/8/84, ED, 114-548; id., Sala E, 4/8/81, LL, 1982-C-58; id., id., 28/8/81, ED, 91-611.

¹⁹ Roullón, *Imposición de costas cuando se rechaza la petición de quiebra formulada por acreedor*, JA, 1980-IV-533.

²⁰ En este sentido, CNCCom, Sala B, 18/12/76, ED, 74-203, n° 26; id., Sala C, 8/8/80, LL, 1981-C-543; 1º InstCivCom Rosario, firme, 4/7/80, JA, 1980-IV-521; CCivComRosario, Sala I, 20/10/85, RDCO, 1886-923.

²¹ CNCCom, Sala A, 22/9/80, LL, 1981-A-101; id., id., 28/9/77, LL, 1978-A-435; id., id., 13/11/81, LL, 1982-A-282; id., Sala B, 23/10/79, LL, 145-398, 28-108-S; id., Sala C, 16/4/84, ED, 112-698, n° 67; id., Sala D, 28/9/81, ED, 96-696; id., id., 29/3/82, LL, 1982-D-404; id., id., 22/11/82, LL, 1983-C-388; id., id., 18/4/83, LL, 1983-C-347; id., id., 4/8/82, ED, 112-698, n° 68; id., Sala E, 19/10/81, LL, 1982-C-38.

bién la opinión prevalente en el plenario "Pombo" y doctrinariamente apoyada por Quintana Ferreyra y Farina²⁸.

El argumento central de esta postura radica en imputar las consecuencias de la mora –incumplimiento jurídicamente relevante– al deudor (arts. 508, 511 y concs., Cód. Civil): quien por su propia conducta ha motivado la puesta en funcionamiento del aparato jurisdiccional.

La fundamentación procesal es sencilla: el deudor que deposita no puede reputarse vencedor; sino que por el contrario reconoce como fundadas las alegaciones de su acreedor, logrando destruirlas mediante el pronto depósito de lo adeudado. Por lo tanto, quedando configurada la figura procesal del allanamiento, las costas deberá cargarlas el deudor moroso (art. 70, inc. 1º, CPN).

Es ésta la posición que compartimos, con la ampliación de fundamentos que veremos en el apartado 4; pero antes analizaremos en forma crítica el fallo plenario "Pombo".

3. EL PLENARIO "POMBO": UNA SOLUCIÓN INSATISFACTORIA

La maraña jurisprudencial contradictoria (ver ap. 2, a, b, c), tuvo como lógica consecuencia la reunión plenaria de la Cámara Comercial ("Pombo, Manuel, pedido de quiebra por Gini, Reynaldo S.") donde se estableció como doctrina legal obligatoria la siguiente: "No corresponde imponer las costas al actor cuando el demandado citado a dar explicaciones consigna en pago el importe del crédito cuyo incumplimiento es invocado como evidencia de la cesación de pagos motivándose así el rechazo del pedido de quiebra".

La mayoría integrada por los doctores Bosch, Alberti, Caviglione Fraga, Jarazo Veiras, Barrancos y Vedia, Anaya, Quintana Terán, Rivera, Boggiano, Viale y Bengolea contestaron en forma negativa al interrogante del plenario por los siguientes fundamentos:

a) "Es un principio general del derecho, y regla positiva en los textos escritos argentinos –art. 511, Cód. Civil–, que

²⁸ Ver CNCam, en pleno, 29482, LL, 1982-C-453, JA, 1982-III-486 y ED, 89-621. Quintana Ferreira, Francisco, *Concurso*, Leg 12, 581 comentado, anotado y concordado, Bs. As., Astrea, 1985, t. II, p. 133; Farina, Juan M., *Acreedor que pide la quiebra con un título de crédito: el pagaré con la cláusula sin protesto y otras preocupaciones*, ED, 193-981.

sea el obligado quien soporte las consecuencias de la morosidad en el cumplimiento de la prestación. Esta gran regla conlleva la consecuencia –generalmente constituida en norma positiva– de que los costos del trámite y la retribución de los auxiliares del pretensor sean abonados por el obligado vencido. Véanse, como ejemplo, los arts. 68, 69, 539 y 558 del Cód. Procesal para la justicia nacional”.

b) Aplicación analógica del art. 100 de la LC –levantamiento sin trámite– y del art. 539 del CPN.

c) Impertinencia de analizar las intenciones que llevan al litigante a peticionar la quiebra (esfera de privacidad del pensamiento, art. 19, Const. Nacional).

d) La solución contraria implica: “...una valoración disvaliosa del ejercicio de la petición de quiebra contra los deudores morosos. Tal actitud, so capa de prevenir peticiones premiosas en exceso, provoca consecuencias seguramente no queridas: de un lado se crea jurisprudencialmente una suerte de término de gracia que el acreedor debiera conceder al deudor antes de ocurrir a la justicia; y del otro se cierra una vía de actuación con óbices –cual lo es de hecho el riesgo de soportar costas– que la ley no ha puesto sobre el denunciante de la morosidad”.

e) Aplicación del art. 70, inc. 1º, del CPN.

Con estos argumentos los jueces nombrados concluyen que como principio las costas deben ser soportadas por el obligado que abona tardamente la deuda.

Sin embargo, es necesario remarcar que esto último no es doctrina legal obligatoria: como lo demuestra el voto de uno de los integrantes de la mayoría (doctor Bengolea) quien, por sus fundamentos (aplicación de lo dispuesto por el art. 68, párr. 2º, CPN) sostiene que corresponde la imposición en el orden causado.

La primera minoría integrada por los doctores Martíné, Morandi y Williams contestaron en forma afirmativa al interrogante del plenario, considerando que las costas debía soportarlas el acreedor peticionante, repitiendo los ya viejos y reiterados argumentos (ap. 2, a).

La segunda minoría integrada por el doctor Guerrero –con un voto muy similar al que luego sustentaría en el plenario “Zadicoff”– sostuvo igual criterio que la primera minoría: las costas deben imponerse al acreedor por aplicación del art. 68 del CPN.

Creemos que si bien el plenario tiene como aspecto positivo el vedar la posibilidad de imponer las costas al acreedor peticionario –para el depósito en pago y sólo en el caso del art. 86, inc. 2º–, la solución no resulta satisfactoria. En efecto, si la finalidad de los fallos plenarios es lograr la uniformidad de la jurisprudencia en una misma jurisdicción judicial, no cabe duda de que la solución del plenario es jurídicamente frustratoria.

La ambigüedad de la solución legal –motivada por la insuficiencia de la redacción del cuestionario, falla imputable en principio al presidente del tribunal: art. 294, CPN– ha dado lugar a que la jurisprudencia siguiera siendo divergente: así, por ejemplo, parte de ella se ha pronunciado por imponer las costas en el orden causado²¹ en tanto que otros fallos impusieron las costas al deudor²².

4. NUESTRA POSICIÓN

Creemos que como principio general debió adoptarse una doctrina plenaria que impusiera la carga de las costas al deudor: sin perjuicio de que dándose circunstancias de hecho especiales –promoción abusiva cuasi extorsiva o con inexcusable ligereza– las costas pudieran imponerse en el orden causado (art. 68, párr. 2º, CPN) y aun al peticionario (aplicación analógica del art. 70, párr. último, CPN)²³.

Pero –y esto es necesario remarcarlo– las circunstancias especiales de hecho deberán surgir necesariamente de las constancias de autos.

El criterio de imposición será pues, conforme lo preceptuado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, objetivo; las costas habrá de soportarlas el vencido, que no

²¹ CNCCom, Sala A, ED. 119-390; id., Sala B, 21/285, ED. 119-391, n° 26; id., id., 63/83, LL. 1987-B-373; id., Sala C, 19/644, ED. 114-548; id., id., 29/485, ED. 119-391, n° 18.

²² CNCCom Sala C, 16/484, ED. 112-698, n° 87; id., Sala D, 46/82, ED. 112-698, n° 68.

²³ En sentido similar Quintana Ferrero, *Concursos*, t. II, p. 183. Ver CNCCom, Sala C, 11/694, ED. 115-186 (con imposición de costas en el orden causado); id., id., 17/686, LL. 1989-E-629 (con imposición de costas al acreedor). Si bien este fallo se refiere a depósito a embargo, la curiosa actitud del peticionario –quién mencionó la solvencia de su deudor en reiteradas oportunidades– es un buen ejemplo de su uso abusivo y tiene como lógica consecuencia la carga de las costas al peticionario.

es otro que el deudor moroso, quien se allana tardíamente (art. 70, inc. 1º, CPN) reconociendo como cierto lo alegado por el acreedor en su petición; todo ello por los siguientes fundamentos:

a) Uno de los argumentos de la posición contraria —el que sostiene que el acreedor es derrotado, porque con el depósito el deudor demuestra que no se encuentra en cesación de pagos— es erróneo por lo siguiente: el acreedor no debe probar la existencia del estado de cesación de pagos, sino sólo un hecho revelador (art. 90, LC): en nuestro caso la mora en el cumplimiento de la obligación (art. 86, inc. 2º).

Por otra parte, siguiendo en esto a Maffía²⁸, consideramos que la prueba de la cesación de pagos en cuanto estado de un patrimonio que se manifiesta impotente para afrontar las obligaciones líquidas y exigibles que lo gravan con sus características de permanencia y generalidad no puede ser probado en la etapa de instrucción preferencial. Este estado recién surgirá no sólo cuando haya sido declarada la quiebra, sino luego de haberse cumplido importantes actos de sustanciación, especialmente los informes de los arts. 35 y 40.

Entonces si concordamos en que el estado de cesación de pagos sólo queda acreditado fehacientemente luego de decretada la quiebra (Pajardi nos habla de inversión lógica y cronológica entre cognición y ejecución)²⁹, las sentencias que se apoyan en que el acreedor no probó la cesación de pagos deben ser desestimadas.

b) En cuanto al argumento tantas veces utilizado de que el acreedor busca con el pedido de quiebra el cobro de su crédito por una vía inidónea, merece una doble objeción: 1) la intención del peticionante no expresada no puede ser deducida por los magistrados (arg. arts. 919, Cód. Civil y 19, Const. Nacional) quienes en pro de una puridad doctrinaria agravan el derecho positivo vigente presumiendo la mala fe del peticionante; 2) por otra parte, la idea del doble objeto (declaración de quiebra-cobro de su crédito) nos parece hueca y carente de sentido. En efecto, quien logra la declaración de quiebra y con ello el inicio del proceso de ejecu-

²⁸ Maffía, Osvaldo J., *La instrucción preferencial, sentencias "ma non troppo"*, LL. 1984-A-842.

²⁹ Pajardi, citado por Maffía, *La instrucción preferencial, sentencias "ma non troppo"*, LL. 1984-A-842.

ción colectiva no lo hace por un altruista motivo de conservar el patrimonio de su deudor, sino en última instancia a cobrar—distribución mediante art. 212 y ss., LC— su acreencia. Por lo tanto dicha construcción se muestra inoperante para fundar alguna solución.

c) Corresponde conforme a la normativa vigente—art. 508 y conec., Cód. Civil— que el deudor soporte el daño moratorio que es accesorio a la obligación primitiva y de acaecimiento automático en los supuestos del art. 509, párr. 1º, Cód. Civil—mora sin interpelación—. Como bien sostuvo el doctor Alberti, en su disidencia en el fallo "Muebles Alberdi"²⁶, no se advierte por qué si el moroso responde aun en el caso fortuito (art. 513, Cód. Civil) no habrá de ser él quien cargue con las costas.

d) Por último es necesario considerar que la imposición de costas tiene como directriz axiológica evitar que los gastos realizados para obtener el reconocimiento judicial del derecho se traduzcan en definitiva en una disminución del derecho declarado²⁷. En igual sentido Chiovenda²⁸ quien expresa que "el juicio como medio de conseguir el ejercicio del derecho no puede conducir sino a la declaración de éste en su mayor y posible integridad; el derecho... debe reconocerse como si lo fuere en el momento de interponerse la demanda; todo lo que fue necesario para este reconocimiento es disminución del derecho y debe reintegrarse al sujeto del derecho mismo, a fin de que éste no sufra detrimento por causa del pleito"²⁹.

Es claro entonces que para mantener la integridad del pago recibido por el acreedor corresponde, con las excepciones mencionadas, que sea el deudor quien cargue con las costas.

²⁶ CNCom, Sala D, 9/2/79, LL, 1979-C-131.

²⁷ Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968, t. III, p. 366.

²⁸ Chiovenda, *La condena en costas*, citado por Palacio, "Derecho procesal civil", t. III, p. 366.

²⁹ La jurisprudencia en contexto: CNCom, Sala A, 7/12/84, n° 183; id., Sala D, 13/9/83, n° 182; id., Sala G, 25/4/84, n° 187; id., id., 24/2/83, n° 186; id., Sala B, 11/6/85, n° 190, todos en ED, supl. del 24/7/87.

5. DEPÓSITO A EMBARGO

Como vimos –ap. 1–, uno de los medios que tiene el deudor para frustrar el pedido de su acreedor es depositar a embargo la suma adeudada. Dicho depósito implica una reserva para el deudor de discutir la existencia, legitimidad y cuantía de la obligación invocada por el acreedor como fundamento de su petición en un proceso posterior (respecto del quantum del depósito rige la doctrina plenaria “Zadicoff”).

Esta peculiar característica del depósito a embargo resulta, como demostraremos, decisiva en cuanto a la condena en costas.

Luego de realizado el depósito y desestimada la petición de quiebra el acreedor tendrá diez días a partir de la notificación de la resolución judicial pertinente, para iniciar el correspondiente proceso posterior, bajo pena de caducidad del embargo y responsabilidad por los daños y perjuicios causados (art. 207, CPN).

Jurisprudencia y doctrina mostraron divergencias al tratar el tema; aunque la existencia de menos casos que en la hipótesis de depósito en pago y la posibilidad de un juicio posterior evitaron la adopción por la Cámara de una doctrina plenaria, habida cuenta de su literalidad, no rige el plenario “Pombo” para el depósito a embargo.

La gama jurisprudencial y autoral fue tan amplia como en el caso del depósito en pago y con los mismos argumentos, por lo que carece de sentido reiterarlos. Nos remitimos, por razones de brevedad a lo expuesto anteriormente (ap. 2, a, b, c).

6. NUESTRA POSICIÓN

Creemos que la relevante diferencia entre el depósito en pago y el depósito a embargo –el no reconocimiento de la deuda y la posibilidad de discutir la cuestión en un proceso posterior– debe marcar el camino de la correcta solución.

Consideramos que no habiendo reconocimiento de la deuda ni de su exigibilidad por el deudor “moroso” –aunque claro está que la existencia definitiva de la mora habrá de determinarse en el proceso posterior conforme voto de la mayoría en el plenario “Zadicoff”– y por ende, no existiendo la

posibilidad de determinar fehacientemente el carácter de vencedor o vencido, corresponde que el pronunciamiento sobre costas sea diferido a las resultas del juicio que se inicie posteriormente (pero en caso de caducidad del embargo las costas habrán de imponerse al acreedor).

Apoyan en doctrina esta solución Roullón, Fassi - Gebhardt y Farina²⁹.

No cabe en este supuesto la excepción que aceptamos en el apartado 4 respecto del depósito en pago (promoción abusiva o con inexcusable ligereza) ya que no existiendo en esta etapa posibilidad de determinación de las calidades de vencedor y vencido, y no configurando la actitud del deudor un allanamiento, la correcta solución sigue siendo el diferimiento de la condenación en costas a la etapa procesal oportuna -sentencia que resuelve el pleito posterior-.

7. Conclusiones

a) La cuantía del depósito -conforme la doctrina plenaria citada- comprende el capital repotenciado (actualización) más sus intereses.

b) Las costas en el caso de depósito en pago deben imponerse como principio al deudor, pudiendo sólo apartarse de ello en los casos de inexcusable ligereza o conducta abusiva: hechos excepcionales que deberán surgir necesariamente de las constancias de autos.

c) El pronunciamiento sobre costas en el caso del depósito a embargo debe diferirse a las resultas del proceso posterior correspondiente; sin perjuicio de que en dicha sentencia se valore la posible conducta abusiva mencionada.

²⁹ Roullón, *Imposición de costas cuando se rechaza la petición de quiebra formulada por acreedor*, JA, 1989-IV-433; Fassi, Santiago C. - Gebhardt, Marcelo, *Concurso*. Comentario expeditivo de la ley 19.551 con las reformas de la ley 22.917 y jurisprudencia actualizada, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1986, p. 190; Farina, *Acreedor que pide la quiebra con un título de crédito: el pagaré con la cláusula sin protesto y otras peculiaridades*, ED, 108-981. Ver además CNCCom, Sala A, 18/6/86, ED, 89-221, n° 63-64; id., Sala D, 24/6/81, LL, 1981-D-97. En contra CNCCom, Sala C, 31/3/84, LL, 1984-D-800; id., id., 17/6/85, LL, 1985-E-649; id., id., 18/10/85, LL, 1987-A-693, 31.541-5.

SINOPSIS DE LA LEGISLACIÓN SOBRE HIDROCARBUROS EN LA ARGENTINA

ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DENOMINADO PLAN HOUSTON I Y II

ALEJANDRO D. FIJEA

VÍCTOR E. ARRANOVICH COSARIN

1. EL PETRÓLEO COMO RECURSO NATURAL

a) Origen geológico

Petróleo, deriva etimológicamente del vocablo latino *petroleum*, que significa "aceite de roca". Desde el punto de vista geológico, el petróleo es un mineral hidrocarburo del tipo "líquido", estado en el que se lo encuentra usualmente.

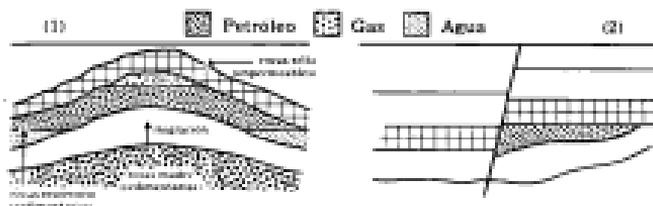
Este mineral se constituyó en un proceso de miles de años de duración a partir de la descomposición de materia orgánica que, en la era mesozoica, quedó aprisionada por fragmentos de roca (élastos) arrastrados por los ríos. Este compuesto orgánico, sumado a los restos de rocas ígneas de origen aluvional, dieron lugar a las "formaciones sedimentarias": mantos rocosos constituidos bajo presión de otros, donde las condiciones de temperatura y presión existentes favorecieron la aparición de los hidrocarburos en sus distintos estados: sólido (carbón), líquido (petróleo) y gaseoso (gases, propano, butano, etano y metano).

Las formaciones sedimentarias (roca madre), se caracterizan por su conformación porosa. Esta estructura permitió que, una vez formado el petróleo fuera conducido por la presión hacia estratos superiores en un fenómeno conocido como migración. Ahora bien, ¿qué impide que el crudo aflore entonces hacia la superficie? La existencia de man-

tos rocosos impermeables. Así es que el petróleo—que normalmente, de no existir este tipo de roca, debería “surgir” hacia la superficie— queda “atrapado” por las rocas sello.

Entonces, podemos definir “trampa geológica” como la combinación de rocas reservorio (sedimentarias) y rocas sello (ígneas o metamórficas) que tiene una forma determinada o morfología, donde el petróleo queda atrapado en una manera considerable.

Cuando la cantidad de petróleo que tiene la trampa es económicamente explotable se la denomina “yacimientos”. Los tipos más comunes de yacimiento son los denominados anticlinales o de trampa de pliegue (ver figura 1). Otros son los yacimientos con trampa de falla (ver figura 2).



b) Aprovechamiento del mineral

Desde el punto de vista técnico se desarrolla en cuatro etapas claramente diferenciadas: exploración, explotación, industrialización y comercialización.

1) Exploración

Desde el punto de vista geológico implica todos los medios necesarios para la búsqueda del petróleo. Los métodos más usuales son los siguientes.

a) **Evaluación de la información.** Se recaba la información existente sobre el área, ya sea bibliográfica, documental o fotográfica (aérea o satelitaria). Ese método permite obtener los datos iniciales sobre el subsuelo y evaluar algunos datos geofísicos disponibles.

b) **Reconocimientos regionales.** Se realizan con el propósito de confeccionar hojas geológicas y demarcar los distintos afloramientos.

c) **Empleo de métodos geofísicos.** Implican diversos sistemas prospectivos. Estos son: sísmico, magnetométrico y gravimétrico.

d) *Perforación.* El sistema actualmente empleado es el "rotativo". Su principio básico consiste en accionar por medio de motores una mesa rotativa, que a la vez hace girar una barra de perforación que tiene un trépano en la punta. A medida que se profundiza se agregan barras.

2) Técnicas de producción o explotación

Tienen por objeto extraer el mineral o sacarlo a la superficie. Se realizan a través de métodos diversos. En algunos la intervención del hombre es mínima. En otros debe hacer uso de toda la tecnología a su alcance. Los distintos métodos son:

a) *De recuperación primaria.* Aquí el petróleo fluye naturalmente hacia la superficie impulsado por la presión terrestre, ya sea a través de fallas en la corteza llamadas "manaderos" o *speeges* (como en Athabaska -Canadá-), sea a través de orificios en el manto de "rocas sello" (impermeables) practicados por equipos de perforación. Este sistema de extracción natural se denomina *surgencia*.

b) *De recuperación secundaria.* Se realiza a través de las distintas técnicas de bombeo (hidráulico, mecánico, electrosumergible) y a través de la inyección de gas o agua.

c) *De recuperación terciaria o asistida.* La recuperación primaria y secundaria no alcanzan a extraer, en conjunto, un 85% del total del crudo que existe en el yacimiento (monto promedio). De ahí la necesidad de hallar nuevas técnicas que permitan recuperar el petróleo restante. Los nuevos métodos consisten en la inyección al pozo de vapor o sustancias químicas que aumenten la viscosidad del mineral permitiendo, de esta forma, su bombeo hacia la superficie.

3) Transporte, industrialización y comercialización

El transporte se realiza a través de cañerías de grandes dimensiones denominadas "oleoductos" que conducen el petróleo por las diferencias de presión existentes entre las dos puntas del mismo. Estos oleoductos trasladan el producto para su industrialización a las destilerías, donde se obtienen distintos subproductos o derivados (nafta, fueloil, gasoil, lubricantes, kerosene, etcétera). Acabado este proceso, se inicia la comercialización de los mismos, cuyo análisis desde el punto de vista legal y económico, excede los límites del presente trabajo.

Hasta aquí hemos precisado algunos términos que consideramos esenciales a fin de poder interpretar el régimen legal vigente en materia de hidrocarburos. Debemos admitir que la terminología de la ley 17.319 no coincide estrictamente con las denominaciones técnicas. Así, por ejemplo, la ley de hidrocarburos distingue entre los derechos atribuidos al particular en el título II, sección 1ª, los llamados "reconocimientos superficiales" que se refieren a los métodos designados en el punto 1, a, b y c (exploración); pero no a las técnicas de perforación, que incluye sólo en la concesión de exploración, regulada en el título II, sección 2ª, de la citada ley, que comprende todos los métodos enunciados en el punto 1, a, b, c y d (ver cuadro n° 1).

CUADRO N° 1

ETAPAS DE APROVECHAMIENTO DEL MINERAL

TERMINOLOGÍA TÉCNICA		TERMINOLOGÍA LEGAL (Ley 17.319. Régimen de los particulares -cuadro n° 2-)	
a) Exploración	<ol style="list-style-type: none"> 1. Evaluación de información 2. Reconocimientos regionales 3. Métodos geofísicos 4. Perforación 	Derecho de reconocimiento superficial (arts. 14 y 15, ley 17.319)	Permiso de explotación (arts. 16-26)
b) Técnicas de explotación	<ol style="list-style-type: none"> 1. De recuperación primaria 2. De recuperación secundaria 3. De recuperación terciaria o asistida 		Concesión de explotación (arts. 27-30)
c) Transporte, industrialización y comercialización		Concesión de transporte (arts. 32-46), comercialización e industrialización	

c) Importancia energética comparativa en relación a otros recursos -en especial hidrocarburos-

El petróleo importa actualmente el 13% del total mundial de hidrocarburos. Las reservas de gas natural implican el 12% y el carbón el 75%¹. La abundante reserva de com-

¹ Datos obtenidos de la Biblioteca del Instituto Argentino del Petróleo de una serie de monografías editadas por la empresa Shell, con motivo del aniversario de su constitución en Argentina (año 1963).

bustibles fósiles sólidos determina que para su aprovechamiento, la ciencia deba profundizar sus investigaciones en pos de satisfacer las necesidades energéticas de los dos próximos siglos. Hasta hoy dos son los métodos desarrollados: licuación y gasificación.

1) Gas natural (propano, etano, metano y butano)

Las reservas mundiales actuales comprobadas son de 93×10^{12} m³. En nuestro país el yacimiento más rico es el existente en Loma La Lata (Neuquén), y las reservas están estimadas para durar, al ritmo actual de consumo, cuarenta años².

2) Carbón

Como dijimos antes, importan las mayores reservas de hidrocarburos formados en el planeta. No obstante, ello satisface sólo el 27% de las necesidades energéticas del mundo en segundo lugar después del petróleo. Hasta este momento se llevan explotadas el 15% del total³.

El 90% de las reservas mundiales de carbón están distribuidas en cuatro países: URSS con el 42%, EE.UU. con el 26%, China con el 13% y Australia, 6%⁴. En nuestro país las únicas reservas económicamente aprovechables están en Río Turbio (Santa Cruz).

3) Petróleo

No obstante que las reservas mundiales del mineral alcanzan la cifra de 107 millones de metros cúbicos⁵, los cálculos más optimistas revelan que sosteniéndose los niveles de consumo actuales, las mismas se agotarían en aproximadamente treinta años.

Indudablemente, el petróleo es el combustible que literalmente "mueve al mundo". Y esto porque satisface el 40% de sus necesidades energéticas. La posibilidad de su agotamiento conduce en la actualidad a la búsqueda de fuentes de energía no convencionales. Su importancia económica como factor de la riqueza de las naciones fue seguida

² Shell, Instituto del Petróleo, Monografías, 1985.

³ Shell, Instituto del Petróleo, Monografías, 1985.

⁴ Shell, Instituto del Petróleo, Monografías, 1985.

⁵ Shell, Instituto del Petróleo, Monografías, 1985.

durante toda la primera mitad del siglo xx por un valor estratégico que hizo que quienes tuvieran el control de los yacimientos, ganaran guerras y que otras –militares y comerciales–, se desataran por su causa. Téngase presente los procesos que condujeron a la creación de YPF descriptos por Solberg⁶.

La aparición de nuevas formas de energía, como la proveniente de la fisión de átomos del isótopo 235 de uranio, no redujo ese valor. Los actuales acontecimientos del Golfo Pérsico de alguna forma certifican esta aseveración.

d) Importancia del petróleo en el contexto energético de Argentina

En general podemos señalar que los hidrocarburos satisfacen el 75% del abastecimiento energético de la República, del cual, el petróleo cubre el 50% de las necesidades generales. Las reservas comprobadas (datos 1985) son de 373 millones de m³, siendo el ritmo de producción diaria de 73.000 m³. Se estima que continuando el consumo de conformidad con la evaluación actual –siempre que no se hallen nuevas reservas– se agotarán en el transcurso de trece años⁷.

Los yacimientos de nuestro país se distribuyen en cinco cuencas, que son: del Noroeste, Cuyana, Neuquina, del Golfo San Jorge y Austral.

e) Caracteres como recurso natural

Pigretti, define a los recursos naturales como “los bienes de la naturaleza, en cuanto no han sido transformados por el hombre y puedan resultarle útiles”⁸. El petróleo, sin duda, es un recurso natural. Está destinado a satisfacer las necesidades del ser humano resultando así evidente su utilidad.

Dentro de los estereotipos o criterios básicos de clasificación, encontramos que los hidrocarburos en general y el petróleo en particular, son recursos no renovables⁹ y su

⁶ Solberg, Carl, *Petróleo y nacionalismo en la Argentina*, Biblioteca Argentina de Historia y Política, Bs. As., Hispanérica, 1986.

⁷ Shell, *Instituto del Petróleo, Monografías*, 1985.

⁸ Pigretti, Eduardo, *Derecho de los recursos naturales*, Bs. As., La Ley, 1986, p. 13.

⁹ La clasificación de recursos renovables y no renovables ha sido cuestionada por la doctrina, particularmente después de la Declaración de Esto-

aprovechamiento es altamente contaminante¹⁰, tanto en el periodo de exploración y explotación (debido a las alteraciones que introduce al medio ambiente), como en el de transporte (téngase presente los casos del Ámoco Cadiz y Toney Canyon).

2. DERECHO ENERGÉTICO Y DERECHO DEL PETRÓLEO

a) Concepto de derecho energético

La doctrina no ofrece un concepto de derecho energético. No obstante, Figretti admite expresamente su existencia, concibiéndolo como una nueva rama dentro del derecho de los recursos naturales¹¹.

Dos interrogantes surgen inmediatamente al analizar el derecho en cuestión: ¿es posible hallar un concepto de derecho energético? y ¿cuál es la naturaleza jurídica de la energía?

1) Necesidad de un concepto primario del derecho energético

En nuestra opinión, es deber del jurista definir su objeto de estudio. Si lo es de éste, *a fortiori*, también lo es del estudiante¹². Por ello procuraremos dar un concepto de derecho energético sin pretender triunfar allí donde otros han fracasado.

colmo (1975), que dio origen al Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PRUNMA). Desde el punto de vista científico, la distinción carece hoy de sentido, debido al principio de entropía estudiado por la termodinámica. En virtud del mismo, toda utilización de un recurso —cualquiera que sea— impertaría la introducción de un factor de desorden en la armonía del cosmos, conduciéndolo lentamente a su destrucción o desaparición. Ver al respecto: Cano, Guillermo J., *Recursos naturales y energía: derecho, política y administración*, Bs. As., La Ley, 1978, p. 188, citando a Freeman Dyson.

¹⁰ Cano, *Recursos naturales y energía*, p. 189-190.

¹¹ Figretti, *Derecho de los recursos naturales*, p. 463.

¹² Conocemos el carácter relativo de las definiciones, pero considerámoslas necesarias, al emprender toda tarea de investigación, la delimitación de su alcance y la definición cumple la función de circunscribir el objeto cognoscitivo. Sobre la relatividad de las definiciones y la infructuosa búsqueda de la "naturaleza jurídica" de las instituciones, ver Carné, Genaro H., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988, p. 100-101.

Toda masa de un cuerpo (conforme a la teoría de la relatividad de Einstein) es energía, siempre que se la multiplique por la aceleración de la gravedad aplicada a esa masa elevada al cuadrado.

En este sentido todo recurso natural, inclusive los recursos culturales y humanos serían recursos energéticos. Traducido esto en fórmulas tenemos que: $E = M \cdot C^2$.

Es decir que la energía de un cuerpo es igual al producto de su masa por la aceleración de la fuerza de gravedad elevada al cuadrado. Despejando la fórmula tenemos que:

$$M = \frac{E}{C^2}$$

Queda así explicado lo señalado anteriormente: todo cuerpo o recurso corporal es susceptible de producir energía. Pero, ¿es éste el concepto de energía en tanto objeto de estudio del derecho energético? Evidentemente no. Un concepto construido sobre tales bases pecaría de latitud in extremas. Por ello resulta imprescindible delimitarlo. En nuestra opinión, el primer filtro de acercamiento lo proporciona el derecho de los recursos naturales. No toda masa es recurso natural. Debe para esto reunir los siguientes caracteres:

Ser un bien de la naturaleza y en consecuencia no transformado por el hombre.

Ser útil al hombre, de tal forma que aquella fuente de energía que carezca de la aptitud específica de satisfacer necesidades humanas quedaría fuera de contexto.

No obstante, esta primera aproximación no es suficiente. El término utilidad es de por sí equívoco. Debemos, por ende, restringirlo a su cariz económico: como aptitud de satisfacer necesidades humanas que poseen ciertos factores caracterizados por su escasez. A esos factores escasos, en tanto sean bienes de la naturaleza particularmente aptos para satisfacer requerimientos energéticos, los denominaremos fuentes energéticas. La actividad de producción de la energía será, en todos los casos, designada como generación. Las fuentes de energía conforme a su modo de generación pueden ser:

Naturales: minerales combustibles; vapor (energía térmica); vapores endógenos (energía geotérmica); viento (energía eólica); aguas, mareas (hidroeléctrica, mareomotriz); solar; explosiones volcánicas, etcétera.

Artificiales: electricidad generada por motores de combustión, por centrales atómicas¹⁵.

Conforme con estas precisiones podemos intentar definir al derecho energético como: el conjunto de normas y principios que rigen las fuentes energéticas (naturales y artificiales) y al hecho jurídico de la generación y aprovechamiento de energía.

2) Naturaleza jurídica de la energía

Tenemos así, en principio, dos conceptos científicos: uno amplio y el otro restringido. Sólo nos cabe ahora procurar definir cuál es la naturaleza jurídica de la energía a la que se refiere la doctrina, tratando particularmente el art. 2311, párr. 2º, del Cód. Civil, que señala: "las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación".

En el derecho civil el estudio de la naturaleza jurídica de la energía es un problema de vieja data. Los autores se enrolaron en torno de dos posiciones extremas:

Quienes sostuvieron que la energía era una cosa. Esta tesis se fundaba en la antigua redacción del art. 2311, el cual la definía como objetos "corporales" susceptibles de tener un valor. La corporeidad no era obstáculo para aplicarles en forma directa las disposiciones referidas a las cosas muebles. La energía y las fuerzas naturales, si bien carentes de corporeidad *per se*, adquirirían la de los objetos que las acumulaban.

Quienes consideraron a la energía como un bien. Partiendo de la clasificación que Vélez Sársfield realizó distinguiendo bienes en sentido estricto (derechos) y cosas, comprendidos por el género bienes en sentido amplio; parte de la doctrina resistió la asimilación de la energía al concepto de cosas. Consideraba que la misma era *res incorporalia* y por lo tanto sólo podría concebirse como un bien en sentido amplio: no como un derecho, pero tampoco como una cosa.

Adherían a la primera postura autores de la talla de Borda y Spota, pero con algunas reservas. Manifestaban que si bien la energía no podía considerarse una cosa desde

¹⁵ La distinción entre generación natural y artificial la realizamos teniendo en consideración el menor o mayor grado de complejidad tecnológica requerida para producir la energía.

el punto de vista físico, era conveniente jurídicamente la asimilación de ésta a su régimen legal. Ésta es la posición que en definitiva triunfó con la reforma de la ley 17.711. En ella, se cortó definitivamente con la discusión acerca del significado del término "corporeidad" dentro del concepto de cosa, sustituyéndolo por el de "materialidad". Al mismo tiempo se declaró aplicable el régimen jurídico de las cosas "a la energía y otras fuerzas susceptibles de apropiación", sin expedirse, de esta forma, sobre el nudo del problema. En nuestra opinión, con la inclusión del término "materialidad" en la definición de cosa, quedaría comprendida en ésta la energía. Por otra parte, partiendo del concepto antes dado de fuente energética, afirmamos que jurídicamente la energía es el producto de ella, ya que debido a su peculiar naturaleza, siempre su generación importa una alteración de la sustancia, de acuerdo con el criterio aportado por Vélez Sársfield en la nota al art. 2329 del Cód. Civil¹⁴. Dicha alteración se produce en virtud del principio de entropía¹⁵.

Queda todavía por develar a qué se refirió el legislador cuando introdujo el problema de la susceptibilidad de la

¹⁴ Vélez distingue "frutos" de "productos", en la nota al art. 2329 del Cód. Civil: "más adelante diremos que los frutos no son accesorios de las cosas. Frutos son los que la cosa regular y periódicamente produce sin alteración ni disminución de la sustancia: producto de la cosa son los objetos que se separan o se sacan de ella y que una vez separados, la cosa no los produce, y que no se pueden separar de ella sin disminuir o alterar su sustancia, como las piedras sacadas de una cantera, o el mineral sacado de las minas. Ninguna distinción hay que hacer entre frutos y productos en cuanto al derecho del propietario; pero sí en cuanto al derecho del usufructuario, como en adelante veremos".

Sobre la naturaleza jurídica de la energía, ver: Mariani de Vidal, Mariani, Curso de derechos reales, Bs. As., Zavalla, 1974; Peña Guzmán, Luis A., Tratado de derecho civil. Derechos reales, Bs. As., Tea, 1976, t. I, p. 79-80.

Pigretti sostiene que la energía es una cualidad de los recursos naturales y no un recurso natural en sí mismo considerado, en contra de la opinión sustentada por Cano y los redactores del Programa de Evaluación de los Recursos Naturales en la Argentina desarrollado por el Consejo Federal de Inversiones (Pigretti, Derecho de los recursos naturales, p. 14). Consideramos acertada la posición del primero de los autores. Conforme a la fórmula $M = \frac{1}{t}$ si todo este es una potencial fuente de energía, no se ve la razón por la cual el derecho deba atribuir autonomía conceptual a un objeto que es esencialmente accesorio de otros y que carece de los requisitos de permanencia y estabilidad en el tiempo, suficientes para ser susceptible de "apropiación" (art. 2311, Cód. Civil). Lo que el derecho regula son las fuentes energéticas y no su producto.

¹⁵ Cano, Recursos naturales y energía, p. 188, citando a Freeman Dyson.

apropiación de las "fuerzas naturales". Consideramos, siguiendo la opinión de la doctrina mayoritaria, que el principio de apropiabilidad es sumamente vago e impreciso, ya que con relación a la energía, no puede decirse válidamente que el hombre pueda poseerla, máxime si se tiene en cuenta la imposibilidad de su almacenamiento por períodos prolongados en acumuladores: es de su naturaleza la necesidad de su utilización en la medida en que se va generando. Es por ello que consideramos más conveniente el empleo del término *aprovechamiento*, el cual, sin lugar a dudas, responde al principio de utilidad económica al que nos hemos referido oportunamente.

b) Derecho del petróleo

1) Inserción dentro del derecho energético

Partiendo del concepto dado de *fuerza energética* como aquellos factores escasos en tanto sean bienes de la naturaleza particularmente aptos para satisfacer requerimientos energéticos, observamos que los hidrocarburos reúnen ampliamente esos requisitos. Por lo tanto afirmamos que el petróleo es fuente energética y que el régimen jurídico que lo regula es parte del derecho energético¹⁸.

2) Influencia en el derecho de los recursos naturales

El derecho del petróleo forma parte del derecho energético y del derecho de los recursos naturales.

En nuestro país, su régimen jurídico trajo desde sus inicios algunas innovaciones que repercutieron seriamente luego en otras disposiciones. Un ejemplo de ello es el instituto de las reservas legales. Estas pueden ser definidas como aquellas zonas geográficas o especies animales o vegetales, sustraídas del régimen de explotación común por los particulares, que el Estado conserva, bien para programar previamente su aprovechamiento o para explotar per se, bien para preservarlas en pos de su utilización futura o en beneficio de la posteridad.

Este concepto encontró su nacimiento en el derecho cuyo estudio nos ocupa, cuando el presidente Figueroa Alcorta echó mano del art. 15 de la ley 4167 de tierras públicas,

¹⁸ Sosteniendo un concepto más restringido. Pigretti, *Derecho de los recursos naturales*, p. 462-471.

para evitar especulaciones de los particulares ante el reciente descubrimiento de petróleo en Comodoro Rivadavia, producido el 13 de diciembre de 1907. El mencionado artículo, facultaba al Poder Ejecutivo, cuando explorare tierras fiscales (en poder de los indígenas) a prohibir la denuncia de minas. En esa oportunidad y en principio con carácter transitorio —ya que luego otros decretos y leyes del Congreso prorrogaron su vigencia— el gobierno interpretó que exploraba cuando perforaba y, en consecuencia, constituyó una reserva en torno al lugar del descubrimiento. Más tarde, otras disposiciones ampliaron la extensión de la reserva en otras tierras públicas (cabe mencionar entre ellas a la ley 7059 que extiende los límites a 30 km en torno a Comodoro Rivadavia, constituyendo una reserva octogonal).

La ley 12.161 de 1935, incorporada al Código de Minería, cristalizó definitivamente el instituto al convertir al petróleo en un régimen de excepción a los minerales de primera categoría, para los cuales rige la prohibición de toda explotación estatal (conf. art. 10, Cód. de Minería).

El instituto de las reservas legales pasó a otros minerales considerados estratégicos (v.gr., minerales nucleares —decr. ley 22.477/56—) y también a la regulación de otros recursos como, por ejemplo, la ley de parques nacionales.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ORDENAMIENTO LEGAL: SÍNTESIS

El régimen jurídico vigente del petróleo (decr. ley 17.319) fue el producto de una larga evolución que excedería el propósito de esta exposición. Por ello nos limitaremos a señalar los caracteres sobresalientes de las distintas leyes anteriores, haciendo hincapié en las diferencias sustanciales respecto de dos problemas particulares: el dominio y jurisdicción de los hidrocarburos, y a las facultades del Estado en materia de exploración y explotación.

a) Ley 12.161

Esta norma aparece en el ordenamiento jurídico de nuestro país a fin de llenar una laguna legislativa importante que se había producido a partir de 1907 por los acontecimientos explicados en el punto 2. La creación de reservas petrolíferas por el Poder Ejecutivo condujo a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunciase en dos oportunidades

sobre la constitucionalidad de los decretos que los institucionalizaron. En ambos casos se expidió por la facultad del Poder Ejecutivo (el último fue poco tiempo antes de la sanción de la ley en el caso "Diadema Argentina c/Gobierno nacional"). Pese a ello, existía la necesidad de modificar el Código de Minería en lo atinente a la materia, creando un régimen de excepción a la prohibición del Estado de explotar por sí mismo los yacimientos —sobre todo cuando a partir de la década del '20 Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) es impulsada a una política de mayor competitividad respecto de las compañías privadas que actuaban comercialmente en nuestro territorio—. Así aparece esta ley que se caracterizó porque: 1) estaba incorporada al Código de Minería; 2) establecía que los yacimientos de hidrocarburos pertenecían a la Nación o a las provincias según el lugar en que se encontraran; 3) compatibilizaba en un régimen de aparente libre concurrencia los intereses del Estado y de los particulares. Y era aparente porque facultaba a éstos a obtener concesiones mineras, pero, al mismo tiempo extendía la potestad del Estado de determinar zonas de reservás a todo el territorio de la República.

Este texto normativo, rigió los destinos de la política legal del recurso por más de treinta y tres años. Se convirtió en un instrumento eficaz que resistió airesamente embates modificatorios de rango constitucional inclusive.

b) Constitución de 1949

Llegado el primer gobierno del general Perón, y acorde con la denominada "declaración de independencia económica" del 9 de julio de 1949, surge la reforma a la Constitución de 1853. El art. 40 de la nueva Constitución establecía que los hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos pertenecían al dominio imprescriptible e inalienable de la Nación. De lo normado por el Constituyente del 49, surge que las provincias delegaban al Estado Federal, su dominio privado sobre las riquezas del subsuelo provincial, reconocido en el anterior orden constitucional, desde tiempos del Estatuto de Minería y Hacienda de Fraguero (1853) y respetado por el Código de Minería entonces vigente.

No obstante la nueva norma constitucional, la ley 12.161 continuó en vigor. Sólo se vio modificada su autoridad de aplicación ya que de los cuatro tipos de reservas admitidas por la ley (facultativas, permanentes, automáticas y preexis-

tentes), los dos primeros pasaban a ser determinados exclusivamente por el Estado nacional.

El nuevo artículo de la Constitución no significó de modo alguno que los particulares no pudieran participar de la explotación del mineral. Pero sí se vio modificada la forma de participación de los mismos. Un claro ejemplo de ello fueron los contratos con la empresa California Argentina, subsidiaria de la Standard Oil of California.

La norma constitucional mencionada no sólo federalizó los hidrocarburos, sino que transformó la naturaleza del dominio, convirtiéndolo en dominio público, con su carácter de imprescriptible e inalienable. Los hidrocarburos pasaron de ser bienes del dominio privado provincial o nacional (según su localización) a ser bienes del dominio público federal.

Después del golpe de estado de 1955, y dejada sin efecto la Constitución de 1949, la ley 12.161 volvió a ser aplicada por los gobiernos provinciales. Sin embargo, dicho régimen legal no duraría mucho tiempo. Tres años más tarde, el Congreso sanciona la ley 14.773, dictada por iniciativa del gobierno del doctor Arturo Frondizi, modificando sustancialmente las disposiciones entonces vigentes.

e) Ley 14.773

Esta norma, recogiendo la experiencia en la materia de la Constitución mexicana de 1940 y el mencionado art. 40 de la Const. Nacional de 1949, señalaba en un polémico art. 1º lo siguiente: "Los yacimientos de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos existentes en el territorio de la República Argentina y los de su plataforma submarina son bienes exclusivos, imprescriptibles e inalienables del Estado nacional. Las provincias en cuyo territorio se encuentren y el territorio nacional de Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur tendrán sobre su producido la participación que les corresponda de acuerdo con lo determinado por la presente ley".

Esta ley —señala Catalano—¹¹ no hizo sino dar marco legal a la situación de monopolio de hecho existente, impuesta por la política nacional del petróleo, aunque en la práctica

¹¹ Catalano, Edmundo F. Código de Minería de la República Argentina. Comentado, 2ª ed., Bs. As., Zavalla, 1978, p. 466-467.

condujo a resultados diferentes de los previstos en su propio texto. Uno de esos efectos no queridos fue la incorporación de los hidrocarburos sólidos dentro de una legislación dictada para regular los líquidos y gaseosos. Otro efecto no previsto por la ley fue la confirmación de una política petrolera que no resultaba de su letra. Al asegurar el monopolio de YPF, dejó abierto el camino para la contratación directa de empresas petroleras de capital privado. Así, el entonces presidente Frondizi, anunció el 24 de julio de 1958, la concertación de contratos de exploración, explotación y transporte de hidrocarburos con Pan American Union Oil Co., Banco Loeb Rodhers —que luego lo cedió en favor de Citiservice—, Shell, Esso (subsidiaria de la Standard Oil Co. —hoy de la Exxon—) y otros.

Los caracteres fundamentales de la ley son los siguientes:

1) Restablece el criterio de considerar los yacimientos de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos dentro del dominio público del Estado nacional, aunque la defectuosa redacción de la norma dio lugar a interpretaciones contradictorias acerca de la naturaleza jurídica del derecho de propiedad de la Nación sobre esos yacimientos. En definitiva, la posición que predominó sostuvo que el mineral estaba en el dominio público del Estado, pero con el descubrimiento pasaba al dominio privado de éste. Respecto de la nacionalización de los hidrocarburos, se debatió la facultad del Congreso para efectuarla, habida cuenta del dominio provincial que como quedara ya dicho, se reconocía establecido por la Constitución de 1853. Los sostenedores de la tesis provincialista argumentaban que el inc. 11 del art. 67 de la Const. Nacional no autorizaba en manera alguna al Congreso a traspasar a la Nación el dominio de los yacimientos; únicamente le permite dictar la ley reglamentaria de la materia. En virtud del art. 104 —que establece que todos los poderes no delegados por las provincias a la Nación quedan reservados a aquéllas— afirmaban la incompetencia del Congreso para dictar una ley nacionalizadora del petróleo. El senador Rodolfo A. Weidmann —que informó la iniciativa en la sesión del 25 de setiembre de 1958, en la que finalmente fuera aprobado por el Senado el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional— intentó demostrar que la autorización para dictar el Código de Minería, involucraba la potestad nacionalizadora que pretendían algunos negarle al Congreso Nacional.

2) Consagra el monopolio de la exploración, explotación y comercialización por YPF, sin perjuicio de la contratación di-

recta que lleve adelante la empresa estatal con compañías privadas.

3) No obstante pertenecer al dominio público, las sustancias quedan desafectadas a ese régimen pasando a ser res comercii una vez extraídas de la corteza terrestre.

4) El Estado nacional reconoce y garantiza a las provincias en cuyo territorio se encuentren yacimientos de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos, y al territorio nacional de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur, una participación igual al 50% del producido neto de la explotación correspondiente. Esta participación estaría vigente hasta que YPF lograra explorar suficientemente el territorio argentino, en cuya oportunidad podría aumentarse la misma, por la pertinente reforma legislativa (art. 5º de la ley).

Sin embargo, hasta tanto la liquidación del 50% sobre la explotación no alcanzara el 12% del producido bruto, porcentaje reconocido a las provincias por la ley 12.161 en concepto de regala, YPF les seguiría abonando ese último porcentaje en igual concepto (conf. art. 9º de la ley). De esta manera la participación sobre la producción neta se transformaba en una promesa hipotética, condicionada al éxito del programa. Severas son las críticas del doctor Pigretti a dichas disposiciones¹⁸.

La ley tuvo exigua duración y sufrió los avatares políticos de la convulsionada época. Así en 1964, el gobierno constitucional del presidente Arturo Illia anuló los contratos celebrados bajo su vigencia por decret. 744/63, por considerar que eran contradictorios con el régimen de licitaciones públicas previsto por la ley de contabilidad —entre otros argumentos—.

La ley 14.773 que, previendo el monopolio estatal, tuvo un efecto muy diferente a la política petrolera que resultaba de su texto, se vio conducida paulatinamente a su régimen natural al anularse algunos de los contratos celebrados por la administración Frondizi - Guido.

El régimen de facto de junio de 1966, se vio enfrentado a la necesidad de modificar la norma. Para ello recurrió como fuente a una ley extranjera: la ley española de hidrocarburos de diciembre de 1958. Así nace la ley 17.319, aún vigente, pese a ser duramente resistida por algunas provincias tales como Mendoza y Neuquén, ya que vino a institucio-

¹⁸ Pigretti, *Derecho de los recursos naturales*, p. 82.



nalizar definitivamente el despojo que las mismas habían sufrido con la disposición anterior.

4. Ley 17.319. Esquema de su contenido

a) Lineamientos generales

La ley 17.319 del año 1968, presentó los siguientes caracteres generales:

1) Se trata, como enseña Catalano¹⁸, de una ley de síntesis, ya que permite llevar adelante cualquiera de las dos políticas petroleras que han aparecido en nuestro país: la que importaba un completo monopolio en favor de YPF y aquella que otorgaba mayor participación al sector privado. Así es que, como veremos en el cuadro n° 2 desarrollado a continuación, la ley contempla las distintas etapas de búsqueda, extracción, transporte e industrialización del mineral, en dos regímenes: el de empresas estatales¹⁹; el de los particulares.

En otros términos, la explotación puede realizarse con o sin YPF.

2) Precisa el art. 1° que los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental, pertenecen al patrimonio imprescriptible e inalienable del Estado nacional.

3) El art. 3° de la ley señala que la Administración, para fijar la política nacional respecto de las actividades de explotación, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos, tendrá como objetivo principal satisfacer las necesidades energéticas del país con el producido de su yacimiento, manteniendo reservas que aseguren esa finalidad.

4) Como consecuencia del dominio público en el que se hallan, el art. 6° de la ley 17.319 –refiriéndose a la explotación de hidrocarburos “por particulares”– dispone que una vez que se extraigan serán del dominio de los permisionarios

¹⁸ Catalano, Código de Minería, p. 459-460.

¹⁹ Como veremos luego, a los efectos de la ley 17.319 (art. 96), son “empresas estatales”: YPF, Sociedad del Estado y Gas del Estado diferenciado así del concepto de la ley 13.658 de empresas del Estado.

o concesionarios. Como veremos oportunamente, aquí se da una de las diferencias más pronunciadas con el régimen de locación de obras y servicios de la ley 21.778 y de los decretos 1443/85 y 623/87 (Plan Houston I y II).

b) *Regímenes de explotación*

Hasta aquí hemos analizado sumariamente los lineamientos generales de la ley y que surgen de los primeros artículos. Pero no es el objeto de este trabajo estudiar con detenimiento su texto, sino tan sólo esbozar en una sinopsis las características fundamentales de los regímenes regulados, a fin de señalar en qué marco normativo se desenvuelven el decr. 1443/85 y su modificatorio 623/87.

El cuadro n° 2 describe el esqueleto normativo de la ley 17.319. La explotación de hidrocarburos puede tener lugar de dos formas: por las denominadas "empresas estatales" (sólo considera como tales a YPF, Sociedad del Estado y a Gas del Estado, Sociedad del Estado, art. 96), y por los particulares²¹.

Las "empresas estatales" tienen el derecho exclusivo de exploración, explotación, transporte, industrialización y comercialización sobre los hidrocarburos líquidos y gaseosos que se encuentran en las zonas reservadas por la autoridad de aplicación, conforme a lo dispuesto por el anexo de la norma y las que en el futuro vaya introduciendo bajo este régimen.

Las "empresas del Estado" pueden explotar los yacimientos situados en tales zonas a través de tres regímenes diferentes:

a) Por administración. Es decir, empleando sus propios medios operativos.

b) Por contratos de locación de obras y servicios.

c) Por asociación con particulares en la forma prevista por la ley 19.550, reformada por ley 22.908 (art. 377 y ss.) sin constituir personas jurídicas distintas de aquellas que las constituyen, ya que de hacerlo, la persona jurídica resultante de la asociación pasaría a ser considerada como particular a los efectos de la ley.

²¹ También debemos aclarar el alcance de este régimen: comprende no sólo a personas jurídicas privadas, sino también, a todas las personas jurídicas públicas, con excepción de YPF y Gas del Estado, conforme el art. 96 de la ley 17.319, y aun a estas últimas cuando constituyeran, asociándose con "los particulares", otras personas jurídicas (art. 96, párr. 3°).

CUADRO N° 2
REGÍMENES DE EXPLOTACIÓN

A) Por empresas estatales (art. 2°) en zonas reservadas (art. 11)	Según su forma de operación	1) Por administración 2) Por empresas particulares en condiciones de licencia de obras y servicios 3) Por asociación con particulares sin constituir una personalidad jurídica distinta (art. 95)
B) Por los particulares (art. 4°) que reúnan las condiciones del art. 3° - Demarcación en la República - Solvencia financiera y capacidad técnica - Asistir riesgo minero - Inscripción en registro especial para intervenir en concursos o licitación Obtienen de la autoridad de aplicación los siguientes derechos:	I. Reconocimiento superficial (sect. 1°)	Sobre zonas no reservadas, ni cubiertas por permisos de exploración, ni concesiones de explotación. No confiere derechos de explotación. Puede ejecutar todas las tareas de búsqueda siempre que no implique perforación (art. 13 a/c)
	II. Permiso de explotación (sect. 2°)	Sobre zonas posibles (art. 18) no existen tramos geológicos donde esté comprobada la existencia del mineral. Confiere derechos exclusivos para realizar todas las tareas que implique búsqueda de hidrocarburos (con perforación) art. 18. Plazo: 2 años y 5 de prórroga (art. 23) Liberación de superficie (art. 25) Unidad de explotación 100 km (art. 24) Número (art. 26)
	III. Concesión de explotación (sect. 3°) Se obtiene	a) Por descubrimiento de hidrocarburos en ejercicio de un permiso de exploración (art. 17) previa declaración de comercialidad dentro de los treinta días (art. 22) y reserva de los leyes art. 23, adm. 3°). Bajo pena de caducidad (art. 20) - Unidad de explotación: Superficie. Abarca lo más posible la trampa productiva, sin superar el área relativa de la unidad de explotación. - Plazo (art. 23) b) Por adjudicación en concurso o licitación sobre zonas probadas (arts. 10 y 27) - Superficie de la unidad de explotación (art. 24) 200 km y más (idém.) - Plazo (art. 25) 25 años con prórroga de 10 años
	IV. Concesión de transporte (sect. 4°)	a) Por ejercicio de una concesión de explotación b) Por concurso o licitación - Plazo: 25 años prorrogado por 10 más

Reiteramos la distinción entre ambos regímenes por resultar fundamental a efectos de comprender la ubicación de los dectrs. 1443/85 y 623/87 en el régimen general de la ley 17.319. En el gráfico n° 3 los decretos reglamentarios del Plan Houston se inscriben en el sistema de explotación por "empresas estatales" cuando operan por contrato de locación de obras y servicios con "particulares". Así el art. 1° del dectr. 1443/85 no modificado por el dectr. 623/87 señala: "Reglamentase los arts. 2°, 11, 95 de la ley 17.319..."³². De no hacerse, entonces, la aclaración pertinente, podría el lego -como de hecho sucede- concluir erróneamente que las disposiciones del denominado Plan Houston, modifican el régimen de la ley 17.319.

5. LEY 21.778: REGLAMENTACIÓN DE LOS CONTRATOS DE RIESGO DE HIDROCARBUROS

La ley 17.319 prevé, como principal diferencia entre ambos sistemas, que los hidrocarburos extraídos por YPF y Gas del Estado en las zonas reservadas por el Poder Ejecutivo, les pertenecen en propiedad. Por su parte los particulares igualmente adquieren el dominio sobre los que hallen dentro del perímetro de la concesión de explotación (art. 6°) y en consecuencia obtienen el derecho a concesiones de transporte, industrialización y comercialización de sus derivados, conforme las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo "sobre bases técnico-económicas razonables que contemplen la conveniencia del mercado interno y procuren estimular la exploración y explotación de hidrocarburos".

Por lo tanto, el petróleo y gas extraídos por los particulares bajo contratos de locación de obra y servicios no pasan a su propiedad, sino que continúan bajo el dominio -ahora privado- del Estado, el cual les retribuye el cumplimiento de su prestación en diversas formas: en moneda corriente (austales), divisas o a través de crudo.

Este es el régimen de la ley 21.778 dictada por el gobierno militar. Mediante ella, el Poder Ejecutivo faculta a

³² Art. 2°, ley 17.319: "Las actividades relativas a la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos estarán a cargo de las empresas estatales, empresas privadas o mixtas conforme a las disposiciones de esta ley y las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo".

las empresas estatales a convocar licitaciones y celebrar contratos destinados a la exploración y explotación de hidrocarburos en forma directa.

a) La ley prevé en su art. 2º un supuesto riesgo petrolero que el particular asume obligándose a aportar a su exclusivo cargo la tecnología, capitales, equipos, maquinarias y demás inversiones que se requieren para el desarrollo de las operaciones en el área que será su objeto del contrato.

b) Por actuar por contrato de locación de obra y servicios el concesionario no obtiene ningún derecho sobre el producido.

c) Por el art. 15, el contratista se obliga a ejecutar sus tareas de acuerdo con normas racionales y eficientes, tratando de evitar daños en los yacimientos, desperdicios de hidrocarburos, cumplimiento de normas de seguridad que tengan por objeto evitar el perjuicio a la actividad agropecuaria, de pesca y comunicación, así como también las que se efectúan en los caudales hídricos. En tal sentido para el caso de ríos, lagos o el mar, deben adoptarse las medidas para evitar la contaminación de aguas y costas.

d) Corren por cuenta del contratista las indemnizaciones emergentes por perjuicios causados a terceros superficarios.

e) Los contratistas adquieren tal carácter a través de dos mecanismos: uno, que podríamos llamar ordinario, es mediante adjudicación por licitación pública; el otro—extraordinario—consiste en el sistema de adjudicación directa cuando razones técnico-económicas, de seguridad o defensa o de falta de oferta así la exijan.

La licitación pública se realiza sobre zonas reservadas a las empresas estatales o sobre aquellas que designe el Poder Ejecutivo debiendo estar los postulantes previamente inscriptos en el Registro especial o por lo menos haber iniciado el trámite.

La confección del pliego estará a cargo de YPF y los mismos indicarán las condiciones y bases de las ofertas, con sus mínimos de inversión y programas básicos de trabajo, además de los plazos de ejecución de tarea. No obstante el plazo máximo está dispuesto en la norma: siete años para la exploración en el mar, cinco en tierra, contados desde la fecha de vigencia del contrato.

El plazo de explotación (producción) y de desarrollo del yacimiento es de veinticinco años, contados desde la decla-

ración de la autoridad que disponga que es comercialmente explotable. Si tal declaración tuviere lugar antes de fenecido el plazo de exploración dentro del área fijada por el pliego, la ley autoriza a transferir el período no utilizado al lapso de producción, que de esta forma se ve aumentado. El plazo de explotación podrá suspenderse en el supuesto de hallazgo de gas natural en el mar lo que se hará al efecto de permitir el crecimiento de las posibilidades económicas del mercado y el mejoramiento de la capacidad de transporte del mismo. La suspensión no podrá extenderse más de diez años.

f) El contratista en ningún caso tendrá derecho a indemnización por falta de descubrimiento de hidrocarburos. Asimismo todas las instalaciones fijas deben ser entregadas al término del período de desarrollo y producción al contratante estatal. Igualmente deberá hacerse entrega de la información del área que ha sido utilizada. En dicha oportunidad se devolverán las garantías que para avalar la exploración y explotación se hayan presentado.

g) A diferencia de la ley 17.319, la norma dispone que en caso de incumplimiento de la inversión y del programa de trabajo, el contrato será objeto de resolución y no de caducidad. Esto significa que dado el carácter contractual que caracteriza la relación entre ambas partes, y como no confiere derechos mineros en favor del contratista, es imposible hablar de amparo minero en los contratos de locación de obras y servicios de la ley 17.319.

A) El título II de la ley consagra el régimen tributario que se caracteriza por dos notas fundamentales: existencia de cláusulas de estabilidad impositiva pero a nivel nacional —ya que en la época de redacción de la ley el país funcionaba bajo un régimen unitario *de facto*— y desgravaciones impositivas y exenciones de derechos de importación de los elementos necesarios para los trabajos, siempre que no se produzcan en el país. Las cláusulas de estabilidad impositiva no incluyen a las tasas retributivas de servicios y a las contribuciones de mejora.

Esta ley, aún vigente, fue resistida en su aplicación, más que por su eficacia como instrumento jurídico, por ser utilizada por la anterior administración en una forma no sancionada, llevándose al extremo el empleo del mecanismo de contrataciones directas, sin el paso previo del llamado a licitación pública, conduciéndose al denominado "vaciamiento" de YPF, y al aumento innecesario de su deuda con el exterior.

Procesos de esta naturaleza fueron configurando un fenómeno que tuvo particular relevancia con respecto a las empresas energéticas: la descapitalización de los entes económicos pertenecientes al sector público.

El empleo —si se quiere— fraudulento de uno de los sistemas previstos por la ley, de modo alguno disminuye su valor jurídico. De ahí que el régimen jurídico vigente a partir del denominado "Plan Houston", de alguna manera repita varias de las disposiciones de la norma reglamentaria de los contratos de riesgo de hidrocarburos. Las diferencias entre ambos sistemas se verán seguidamente cuando analicemos en profundidad el decr. 1443/85 y su modificación.

6. PLAN HOUSTON I Y II (DECRETOS 1443/85 Y 623/87)

a) Introducción

En 1984 en su visita a Houston (Estado de Texas, EE.UU.), el presidente Raúl R. Alfonsín anunció un nuevo programa para el aprovechamiento de los hidrocarburos líquidos y gaseosos existentes en el subsuelo argentino: el Plan Houston. La implementación jurídica de dicho programa, tuvo lugar mediante la sanción, tiempo después, del decr. 1443/85, que reglamenta los arts. 2º, 11 y 85 de la ley 17.319.

De los considerandos del decreto surge la motivación de flexibilizar aún más el régimen de exploración y explotación del recurso por empresas particulares, pero operando en el carácter de contratistas de locaciones de obras y de servicios.

Cabe aquí recordar cuáles son las principales diferencias que surgen entre el sistema de concesión de exploración y explotación de la sección segunda y tercera de la ley 17.319 (ver cuadro n° 2 —Régimen de los particulares—) y el aquí reglamentado por el mencionado decreto y su modificatorio decr. 623/87: 1) el concesionario adquiere la propiedad sobre los hidrocarburos que extraiga dentro de los límites de su concesión; por el contrario el contratista sólo tiene derecho a percibir una remuneración por su prestación recayendo la titularidad tanto del yacimiento como del petróleo extraído en el Estado nacional; 2) por esa misma razón, el contratista no adquiere derecho minero alguno (salvo los que específicamente le otorgue la reglamentación) y el hecho del descubrimiento no lo habilita para solicitar las concesiones de trans-

porte, industrialización y comercialización a las que se refiere el art. 6º de la citada ley.

Esto surge claramente del mencionado artículo cuando señala que sólo será de aplicación para el régimen de "los particulares" y no para el previsto por los mencionados arts. 2º, 11 y 95, aplicables exclusivamente al de las "empresas estatales".

A la par del objetivo principal al que hicimos referencia anteriormente -flexibilizar el régimen vigente- los considerandos de la disposición introducen dos diferentes órdenes de fundamentos que denominaremos:

1) *Fundamentos puramente económicos*

Preexistencia de una política económica devastadora que tuvo por consecuencia la "descapitalización de las empresas públicas", en particular la de YPP, en la cual redujo su normal capacidad operativa.

2) *Fundamentos de política legal del recurso*

La merma en la capacidad operativa de la empresa estatal incidió en la menor incorporación de reservas de hidrocarburos. Por ello la magnitud de las reservas comprobadas no ha sido aumentada en los últimos años y se hacía necesario revertir este proceso. Otro objetivo del dect. 1443/85 fue el de promover la decisión impostergable de realizar la explotación de las vastas cuencas sedimentarias del territorio nacional, a fin de incorporar "nuevas reservas de hidrocarburos comercialmente explotables mediante la participación concurrente del sector público y privado". Todo esto enderezado a convertir a la República Argentina en un país exportador de petróleo.

b) *El decreto 1443/85: Régimen originario y modificaciones introducidas por el decreto 623/87*

Bajo el sistema previsto por el Plan Houston I, se llevaron a cabo dos llamados a concurso internacional obteniéndose como resultado la firma de diez contratos dentro del primero, y once en vías de concreción dentro del segundo. Pero los resultados no fueron tan satisfactorios como era de esperarse. Por ello, siguiendo la opinión de distintos expertos en petróleo, se buscó modificar el dect. 1443/85, pero sin alterar su espíritu. Este objetivo se concretó en el dect. 623/87 (publicado en el B.O., el día 10/8/87, n° 26.197) y, que tuvo

su fuente en el expediente 35.806 de la Secretaría de Estado de Energía.

Estudiaremos a continuación el contenido de ambos decretos describiendo en forma esquematizada las diferencias sustanciales existentes entre ambos regímenes. Téngase presente al mismo tiempo, que los autores no pretenden en este trabajo profundizar el análisis de las citadas normas ni de los contratos que en su consecuencia se suscribieron, dado que el objetivo del mismo es servir de introducción para el estudio de esta compleja rama del derecho de los recursos naturales, aportando, de esta forma los lineamientos generales imprescindibles para su comprensión.

1) Mecanismo de adjudicación

El art. 1º del decr. 1443/85 (no modificado) autoriza a YPF a convocar a concurso público internacional y celebrar contratos destinados a la exploración y posterior explotación de hidrocarburos con arreglo a las disposiciones del decreto y respecto a áreas reservadas en su favor por el Poder Ejecutivo Nacional.

Hallamos dos mecanismos de adjudicación de los contratos de locación de obras y servicios:

a) Concurso público internacional. Está reglamentado por el art. 6º, párr. 1º, el cual señala que todos los contratos serán celebrados de esta forma salvo en los supuestos del artículo siguiente.

No requiere inscripción en ningún registro (a diferencia de la ley 21.788, contratos de riesgo).

Aquí se encuentra la primera diferencia entre el régimen originario del decr. 1443/85 y su modificatorio. El citado artículo disponía que YPF, Sociedad del Estado, sería el órgano competente para dictar las reglamentaciones específicas que iban a regir dichos concursos en oportunidad de cada llamado. El decr. 623/87 determina una mayor injerencia de parte de la autoridad de aplicación, ya que señala que ella aprobará a propuesta de YPF la mencionada condición debiendo, en oportunidad de cada llamado, verificar la adecuación al pliego y al modelo de contrato incorporados al anexo primero del decreto.

El procedimiento del concurso público internacional es desarrollado en el art. 10 del decr. 1443/85, el cual ha sido modificado también por el recientemente sancionado. Las empresas contratistas debían presentar juntamente con sus

ofertas una garantía de mantenimiento de las mismas, en las condiciones y por los montos de los respectivos pliegos, exigencia que ha sido retirada por el dect. 623/87. El mismo artículo señala que el llamado a concurso se anunciará obligatoriamente por el Boletín Oficial por espacio de cinco días y con una antelación no menor de cuarenta y cinco días respecto de aquel fijado para la recepción de las ofertas. Sin perjuicio de esta publicación obligatoria, el llamado deberá difundirse en los lugares y por los medios que se consideren idóneos para asegurar su más amplia difusión, tanto en el país como en el extranjero.

Recibidas las ofertas, el art. 11 facultaba a YPF para requerir del oferente que hubiera presentado la más conveniente, las mejoras que considere necesarias para alcanzar condiciones más satisfactorias. Esta facultad desaparece en el decreto modificatorio. YPF mediante resolución fundada declarará qué oferta es más ventajosa y, una vez suscripto el contrato respectivo, lo elevará por la vía jerárquica que considere correspondiente, para su aprobación por decreto del Poder Ejecutivo Nacional.

El criterio básico de adjudicación para los concursos públicos internacionales señalado por el art. 6° *in fine* es el siguiente: se tendrá en cuenta la cantidad de unidades de trabajo propuestas por el contratista y el porcentaje de la retribución en moneda corriente en el país, que se ofertare.

b) *Contratación directa.* En ambas normas YPF "excepcionalmente y por resolución fundada", con previa intervención favorable de la autoridad de aplicación, podrá proceder a la contratación en forma directa *ad referendum* del Poder Ejecutivo (art. 7°). Dicha contratación tendrá lugar únicamente en los supuestos de los incs. a y b del citado artículo. Esto es: 1) cuando realizado un concurso público internacional se declararan áreas desiertas por no haberse presentado ofertas o porque las mismas no se ajustaran a los pliegos y dentro de un plazo de un año desde tal declaración. El dect. 623/87 transforma este término en prorrogable hasta un máximo de ciento ochenta días y siempre con carácter excepcional a pedido de YPF cuando hubiere ofertas fehacientes; y 2) cuando razones de urgencia, de especialidad o técnico-económicas, lo hicieren necesario.

2) *Riesgo*

El art. 2° expresa que en los contratos, las empresas contratistas deberán asumir todos los riesgos inherentes a la ex-

ploración y se comprometen a aportar a su exclusivo cargo la tecnología, capitales, equipos, maquinarias y demás inversiones que fueran necesarias para las operaciones que se desarrollen en el área objeto del contrato, en el contexto del art. 8° del decreto, y sin perjuicio de la asociación que pudiere convenirse entre las empresas contratistas e YPF "para la etapa de explotación" (texto de cr. 1443/85).

El de cr. 623/87 deja sin efecto esta última frase, con lo que puede inferirse que la forma societaria del art. 377 y ss. de la ley 19.550, reformada por la ley 22.903, podría adoptarse tanto para esta etapa como para las de exploración, industrialización, transporte y comercialización.

Las zonas adjudicadas bajo la vigencia de este régimen son clasificadas como de alto y mediano riesgo. Esta clasificación tiene vital importancia respecto de la determinación del porcentaje a percibir por YPF en concepto de derechos a su favor (canon para el de cr. 1443/85) que el de cr. 623/87 fija entre el 8% y el 18% y su incidencia en la retribución al contratista (ver cuadro n° 4).

3) Derechos y obligaciones del contratista

El art. 3° dispone lo que señalamos anteriormente: por tratarse de contratos de locación de obras y servicios, las empresas contratistas no adquieren derecho minero alguno sobre los yacimientos que se descubran en el área, ni "en consecuencia el dominio de los hidrocarburos extraídos".

Los derechos esenciales que les confieren son los siguientes:

- a) Ejercer en nombre del Estado nacional y con la intervención de YPF los derechos acordados por el Código de Minería en los arts. 42 y ss. y 48 y ss.²², sea respecto de inmuebles fiscales o particulares objeto del contrato o se trate de inmuebles colindantes.
- b) Ejercitar, si se refiere a áreas cubiertas por aguas, los mismos derechos sobre terrenos costeros o colindantes.
- c) Percibir la retribución por su obra o servicio, calculada conforme a lo previsto por el art. 8°, inc. g, tanto en uno como en otro régimen.

²² Comprende los derechos de expropiación (art. 42 y ss.) y de servidumbres de ocupación, de aguas, de pastos y de caminos (art. 48 y siguientes).

d) Recaudar las indemnizaciones correspondientes en los supuestos que luego analizaremos.

Son obligaciones del contratista las establecidas principalmente por el art. 5º:

a) Ejecutar sus tareas con arreglo a las más racionales, modernas y eficientes técnicas, en correspondencia con las características y magnitud de las reservas que se comprobaren, asegurando al mismo tiempo la máxima producción de hidrocarburos compatible con la explotación económica y técnicamente adecuada del yacimiento.

El decr. 623/87 suprime el gerundio "asegurando", sustituyéndolo por la locución "de modo de obtener" convirtiendo una obligación que parecía ser de resultado en una obligación de medio.

b) Adoptar las medidas necesarias tendientes a evitar daños a los yacimientos con motivo de la perforación, operación, conservación o abandono de pozos.

c) Evitar derrames de hidrocarburos, respondiendo por los daños a que dieran lugar, y en caso de que se determinara su culpabilidad, abonar además la regalía y el derecho establecido en favor de YPF por el art. 8º, inc. e, por los volúmenes derramados.

d) Adoptar las medidas necesarias de seguridad para reducir los siniestros de todo tipo, evitando la contaminación de aguas y costas adyacentes, así como también los daños a actividades agropecuarias, pesca y comunicaciones. Cuando actuaren en jurisdicción de parques nacionales o provinciales deben ajustarse a las normas que los organismos competentes dicten al efecto (v.gr. la cláusula 7.9 del proyecto de contrato, incorporado como anexo del decr. 1423/85, remite al efecto a la regla 21 anexo I, de la Conferencia Internacional sobre Contaminación del Mar, Londres, 1973).

Todas estas disposiciones tienen por fundamento el grave efecto contaminante y distorsionador del medio ambiente que caracteriza a los hidrocarburos, tal como lo pone de manifiesto el cuadro nº 3.

e) Entregar a YPF toda la documentación e información básica con las evaluaciones, haya o no descubrimiento comercialmente explotable. Debe asimismo, permitir a la empresa estatal y a la autoridad de aplicación el ingreso a las áreas respectivas y las inspecciones y fiscalizaciones que sean necesarias.

CUADRO N° 3

RECURSO	AÑOS DE DURACIÓN DE LAS RESERVAS CONTADOS DESDE 1973		EFFECTO CONTAMINANTE
NO RENOVABLES			
		1985	
Petróleo y gas	39,38	33	grave
Carbon	100		grave
Fisión nuclear	100		desechos radiactivos
Fisión nuclear (con reactores regeneradores)	1.800		desechos radiactivos
Fusión nuclear	infinito		no contaminante
RENOVABLES			
	% del consumo de USA que podría abastecer		
Hidroeléctricas	1%		no contaminante
Mareas	1%		no contaminante
Geotermias	1%		escaso
Solar	1.000%		no contaminante
Fuente: Casa, Recursos naturales y energía, p. 188			

f) No ventear el gas, salvo excepción permitida por la autoridad de aplicación, bajo pena del pago correspondiente de las regalías y del derecho en favor de YPF.

g) Durante la etapa de exploración, la empresa contratista se obliga a perforar un determinado número de pozos y asimismo a restituir parcialmente la superficie explorada en los plazos establecidos en el contrato y al finalizar la etapa, debe devolver a YPF la superficie remanente (art. 8°, inc. b).

h) En la etapa de explotación el contratista está obligado a entregar el petróleo producido en el lugar que YPF indique (art. 8°, inc. g, párr. 2°, y art. 8°, inc. e).

i) Deberá constituir las garantías convenidas dentro de los plazos estipulados, para avalar el cumplimiento de los trabajos comprometidos.

Las obligaciones enumeradas por el art. 5° y las señaladas por el art. 8° deben considerarse, a partir de la modificación introducida por el dect. 623/87 como las únicas que pueden ser establecidas por vía reglamentaria, privándose a la autoridad de aplicación de la facultad que le había conferido el art. 5° en su versión originaria²¹.

²¹ "Constituyen obligaciones de las empresas contratistas, además del cumplimiento de las normas que dicta la autoridad de aplicación, las siguientes..." (art. 5°, dect. 1443/85).

En todos los casos el contratista está obligado a actuar conforme a la práctica generalmente aceptada en materia de exploración y explotación de hidrocarburos. Sería éste uno de los supuestos en que conforme al art. 17 del Cód. Civil, la norma remite a una costumbre proæter legem o integrativa, que actúa, asimismo, como pauta de interpretación de los contratos.

4) Condiciones generales del contrato

a) Etapas. El art. 8º del dect. 1443/85 preveía una serie de estadios que los contratos debían contemplar obligatoriamente. Su modificatorio introduce innovaciones de gran importancia en el régimen legal correspondiente a algunas de esas etapas. Las mismas pueden ser observadas en el cuadro nº 4.

Los contratos, en su redacción, deberán contemplar tres periodos: prospección previa, exploración y explotación.

1) *Periodo de prospección previa.* Comprende todo trabajo geológico, geofísico, geoquímico, fotogeológico y de cualquier otra naturaleza exploratoria incluyendo la perforación de pozos. Su duración es de tres años. El dect. 1443/85 en su redacción originaria preveía que el plazo sería de acuerdo con la calificación de áreas que realice YPP en función de los costos y riesgos a ellas vinculados. En el dect. 623/87 la calificación de áreas es suprimida, restringiendo de esta forma la intervención de la empresa estatal.

Los contratistas asumen la obligación de realizar la cantidad de unidades de trabajo por ellas propuestas en su oferta. Sólo así estarán autorizados a acceder al período de exploración. El art. 8º, inc. a, en su formulación anterior, daba a entender que sólo se podría pasar a la etapa siguiente "efectuando" la cantidad de perforaciones obligatorias previstas en el contrato. La norma era contradictoria: por una parte obligaba al contratista a realizar un cierto número de unidades de trabajo, que no especificaba, y por el otro imponía la ejecución de perforaciones, lo que equivale a prescribir uno de los métodos de búsqueda del mineral dentro de todos los autorizados. El error fue subsanado por el denominado "Plan Houston II", al eliminar el gerundio de la redacción (efectuando) y precisar que el número de perforaciones obligatorias previstas por el contrato deben efectuarse "durante" la etapa siguiente, so pena de resolverse el contrato y tener que restituir el área en su totalidad excepto los "lotes en evaluación o en explotación". El dect. 623/87 tam-

CUADRO Nº 4
ETAPAS DEL CONTRATO

ETAPAS	DECRETO 144885	DECRETO 82340
I Prospección previa (art. 8º, inc. a)	<ol style="list-style-type: none"> 1) Objeto: realización de estudios en la zona 2) Obligaciones del contratista: unidades de trabajo asignadas; se valorizan para pensar el incumplimiento 3) Duración: hasta 3 años 4) Obligaciones al finalizar la etapa: <ol style="list-style-type: none"> a) Restituye el área b) Solo subsiste responsabilidad del contratista c) Si cumple con obligación asumida, accede a etapa II 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Objeto: ídem 2) Obligaciones del contratista: ídem 3) Duración: ídem 4) Obligaciones al finalizar la etapa: <ol style="list-style-type: none"> a) Restituye el área, salvo lote en evaluación o explotación b) Si subsiste responsabilidad de ambas partes c) Ídem
II Explotación (art. 8º, inc. b)	<ol style="list-style-type: none"> 1) Objeto: búsqueda del yacimiento 2) Obligación del contratista: trabajo obligatorio máximo de perforaciones anuales 3) Duración: 4 años (YPF proroga 2) 2 subperiodos de 2 años 4) Obligaciones: Durante la etapa: restituye parcial Finalizada la etapa: <ol style="list-style-type: none"> a) Restitución del reservante. Subsiste responsabilidad del contratista b) Si descubrió yacimiento p.e. de comercialidad (contratista) 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Objeto: ídem 2) Obligación del contratista: ídem 3) Duración: 4 años (YPF amplía hasta 2 años) 4 subperiodos de 1 año 4) Obligaciones: Durante la etapa: ídem Finalizada la etapa: <ol style="list-style-type: none"> a) Subsiste responsabilidad de ambas b) Si descubrió yacimiento, puede declarar comercialidad
	DECLARACIÓN DE COMERCIALIDAD	
	<p>Descubrimiento: 1 año (interrogable por otros para pedir comercialidad) *</p> <p>Declarada por autoridad de aplicación Accede a etapa III</p>	<p>Descubrimiento: 1 año, para que sea el contratista quien declare la comercialidad *</p> <p>Accede a etapa III</p>
III Explotación (art. 8º, inc. c)	<ol style="list-style-type: none"> 1) Presenta propuesta de trabajo a aprobar por YPF 2) Duración: 20 años desde declaración Asignación: <ol style="list-style-type: none"> a) Máx. reserva recuperable b) Adición tiempo en estado de explotación Máximo: 20 años desde fin etapa II 3) Finalización: restituye el área e instalaciones fijas y necesarias a YPF 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Presenta propuesta de trabajo y demarcación de lote a autoridad de aplicación. Si no recibe en 45 días queda aprobado 2) Duración: 20 años desde asignación del lote Ídem Ídem 3) Finalización: ídem

bién modifica las consecuencias de esta extinción anticipada del contrato: el deber de restituir no les acarreará obligación alguna, salvo las que derivaran del incumplimiento de ambas partes. Anteriormente sólo se preveía la responsabilidad del contratista ante su incumplimiento, quedando YPF libre de toda obligación ulterior.

2) *Período de exploración.* Constituye un trabajo obligatorio de perforaciones anuales, establecido por YPF en las condiciones del concurso.

Su duración es —para ambos regímenes— de cuatro años divididos: a) en dos subperíodos de dos años cada uno, para el *decr. 1443/85*; o b) en cuatro subperíodos de un año cada uno para su decreto modificatorio.

El plazo es prorrogable por un término adicional de dos años que, para el régimen recientemente sancionado, podrá ser otorgado por YPF —a solicitud del contratista— en forma total o fraccionada ampliando cualquiera de los subperíodos. En todos los casos los plazos se computan a partir de la iniciación del período exploratorio, que el contratista debe comunicar a través de un medio fehaciente a YPF.

El art. 8º, inc. b dispone que los contratos a suscribir deberán contemplar también un "sistema de restitución parcial de áreas" con un régimen de excepción que premie la mayor perforación de pozos que los comprometidos. Por último, el citado inciso —en una evidente redundancia con el anterior que al ser modificado por el *decr. 623/87* se refiere también a este estado— determina que, una vez finalizado el período exploratorio, el contratista se obliga a restituir el "área remanente" (se refiere a aquellos lotes donde no se ha descubierto yacimiento alguno comercialmente explotable) sin que medien derechos ni obligaciones para ninguna de las partes, salvo las que derivaren de sus incumplimientos. El decreto instrumental del Plan Houston II determina —aquí también— la responsabilidad de YPF, ya que antiguamente sólo se consagraba la del contratista.

b) *Período de explotación.* Si bien este período constituye una de las etapas del contrato, por su extensión merece consideración aparte.

Es en éste donde el *decr. 623/87* ha introducido las modificaciones más profundas. El período de explotación supone (tanto en uno como en otro decreto) dos circunstancias: una de hecho y otra de derecho. La primera de ellas es el descubrimiento de hidrocarburos, la segunda denominada declaración de comercialidad del yacimiento.

El descubrimiento del mineral se produce luego de atravesar exitosamente todos y cada uno de los pasos que comprenden las etapas explicadas anteriormente. Pero su hallazgo no significa de modo alguno que su explotación sea rentable para el contratista, teniendo en cuenta la relación costo de extracción-beneficio. Por ello se concede al particular la facultad de evaluar la conveniencia de continuar con el estudio siguiente. La manifestación de voluntad por la cual éste asume los riesgos inherentes a la explotación, ha variado ostensiblemente en uno y otro régimen.

Para el deocr. 1443/85 las empresas contratistas cuentan con un plazo de un año para evaluar y proponer su declaración de comercialidad a la autoridad de aplicación, plazo de deliberación que puede prorrogarse por un año más a juicio de YPF. En este régimen, la declaración de comercialidad es efectuada por la autoridad de aplicación, como consecuencia de esa propuesta "confirmando la titularidad de los derechos mineros resultantes de esa declaración en cabeza del Estado nacional", dentro de un plazo de noventa días, bajo pena de tenerse por aceptada la propuesta y por hecha la declaración pertinente.

Introduce el deocr. 623/87 una modalidad hasta hoy desconocida en nuestro régimen de hidrocarburos: el contratista cuenta con un año de plazo a contar desde el descubrimiento para evaluar el yacimiento y declarar la comercialidad *per se*. El plazo es prorrogable por razones técnicas. No obstante esta facultad conferida al contratista, la titularidad de los derechos mineros continúa en cabeza del Estado nacional.

El interrogante que se plantea es la determinación de la naturaleza jurídica del instituto en cuestión. Dado el carácter contractual de la relación que le sirve de sustrato jurídico, consideramos que la declaración de comercialidad efectuada por el contratista no tiene otro carácter que el de aceptación de una oferta genérica hecha por la autoridad de aplicación al tiempo de celebrar el contrato, oferta que se encuentra condicionada a una situación de hecho: el descubrimiento de un yacimiento de hidrocarburos. Tal declaración importa, a la par de la aceptación formal de emprender el período exploratorio, la asunción por el contratista del riesgo acerca de la rentabilidad de la explotación de ese yacimiento. En definitiva, esta declaración de comercialidad y la contemplada por el Plan Houston I, de ninguna manera implican atribución de derecho minero alguno sobre el yacimiento. Por

ello no pelagra la titularidad de los mismos por el Estado nacional.

1) **Plazo máximo.** Declarada la comercialidad del yacimiento y asignado al contratista el lote de explotación, éste contará con un plazo de veinte años para la ejecución de las tareas de desarrollo y producción que se computará desde tal asignación. El cómputo del plazo de este período fue variado por el *decr. 623/87* cuyo art. 8º, inc. c, acabamos de transcribir. Anteriormente el plazo corría en forma independiente para cada lote y desde la declaración de comercialidad haya o no adjudicación.

El nuevo texto también prevé las distintas excepciones al plazo máximo veinteañal al que hacíamos referencia en el párrafo anterior.

a) La abundancia de yacimientos gasíferos ha conducido a que el *decr. 623/87* reitere en términos casi idénticos la redacción del *Plan Houston I*. Ahora la autoridad de aplicación está facultada a suspender los efectos de la declaración de comercialidad por diez años (ya que para el *decr. 1443/85* lo estaba para directamente no declararla por el mismo lapso). Esta posibilidad de suspensión, cuenta —como veremos oportunamente— con algunas excepciones (ver *Conclusión*, punto c).

b) YPF con intervención de la autoridad de aplicación, y cuando estuviera técnica y económicamente justificado, puede extender el período de explotación "en función de incrementos posteriores de la reserva recuperable en cada lote de explotación".

c) Cuando el contratista declarara la comercialidad de un yacimiento antes del vencimiento del plazo del período de exploración, el lapso no utilizado en este último puede adicionarse al período de explotación.

En todos estos casos el plazo máximo no podrá exceder los treinta años, contados desde el vencimiento del plazo de exploración.

2) **Conclusión del período. Consecuencias.** Sea que el período se extinga por agotamiento del yacimiento o por vencimiento del plazo legal, YPF conserva el derecho de recuperar todas las instalaciones fijas existentes en el yacimiento, así como también las necesarias para mantenerlo en las mismas condiciones de operabilidad, que, en consecuencia, pasan a ser de propiedad de la empresa estatal.

c) *Retribución del contratista. Forma de pago.* Sobre el valor total de la producción extraída en el área objeto del contrato se establecerá un porcentaje del 12% en concepto de regalía en favor del Estado nacional, más un porcentaje que oscilará entre el 8 y el 18% en relación con el mayor o menor riesgo de la zona explotada, en concepto de derecho en favor de YPF (el decr. 1443/85 lo llama canon)²⁵. La parte remanente del valor de la producción total una vez deducida la regalía del Estado nacional y el derecho de YPF constituye el resultado de la explotación que se abonará como única retribución al contratista (art. 8º, inc. e). En ningún caso, la suma de regalía y derecho de YPF podrá exceder el 30% (12 + 18) por lo que como mínimo el resultado de la explotación será de un 70% del valor total de la producción extraída.

En cuanto a la forma de calcular la retribución del contratista el art. 8º, inc. g, diferencia tres hipótesis en atención al producto extraído:

1) *Hidrocarburos líquidos.* Se paga al contratista un porcentaje del precio internacional del petróleo equivalente, que es igual al porcentaje que representa el resultado de la explotación sobre el valor total de la producción. Dijimos ya que como mínimo ese porcentaje será del 70%, por lo que el contratista cobrará el petróleo extraído en el área a un 70% del precio internacional. Nótese que la variante es el derecho en favor de YPF. En los contratos referidos a zonas de alto riesgo, el derecho percibido por la empresa estatal será menor, por ejemplo un 8%, por lo que el contratista cobrará un 80% del precio internacional del petróleo equivalente. Por el contrario cuando la zona es de bajo riesgo, lógicamente el porcentaje percibido por YPF es mayor, como máximo 18%, cobrando el contratista un 70% del precio del hidrocarburo.

2) *Gas natural.* Se calculará aplicando al resultado de la explotación el mayor de los siguientes valores:

²⁵ Consideramos acertada la variación terminológica introducida por el decr. 632/87: El derecho establecido en favor de YPF no puede ser denominado "canon" ya que no es su finalidad el reconocimiento del dominio territorial o eminente del Estado nacional, por la simple razón de que, tratándose de contratos de locación de obras y servicios, es el mismo Estado quien —a través de las empresas contratistas— extrae el mineral. Por ello, tanto el dominio eminente como el útil permanecen en cabeza de él.

Valor equivalente a 1000 m³ de gas de 9300 kilocalorías se pagará una suma equivalente a un porcentaje del precio del metro cúbico de petróleo de referencia, que oscilará entre el 14 y el 27 %. En el dect. 1443/85 el porcentaje era siempre del 14%. El petróleo de referencia lo fijará la autoridad de aplicación.

En cuanto al precio de transferencia que paga YPF a Gas del Estado, en el dect. 1443/85 se tomaba ese precio deducida la regalía del Estado nacional y el canon de YPF.

3) Gas licuado. Se aplicará igual criterio que para los hidrocarburos líquidos. En cuanto a la forma de pago, será en moneda corriente en el país y en divisas en la proporción que fijen los respectivos contratos. Se prevén dos casos de pago con petróleo crudo:

a) Cuando YPF incumpliera en parte sus obligaciones para con el contratista, será instruida por la autoridad de aplicación para que entregue petróleo crudo equivalente al monto adeudado, debiendo calcularse las cantidades de tal modo que no afecten el monto de divisas que al contratista le hubiera correspondido en caso de retribución total en efectivo.

b) Cuando la calidad del crudo extraído lo torne inapropiado para su procesamiento en el país, se le entregará como retribución al contratista.

El dect. 623/87 dejó sin efecto lo normado por el dect. 1443/85 en cuanto a la facultad de YPF de pagar con productos elaborados el componente en divisas de la retribución. También podía optar por esta forma de pago cuando el Poder Ejecutivo declaraba cumplidas las condiciones establecidas por los arts. 3° y 6° de la ley 17.319²⁶.

²⁶ Art. 3°, ley 17.319: "El Poder Ejecutivo Nacional fijará la política nacional con respecto a las actividades mencionadas en el art. 2°, teniendo como objetivo principal satisfacer las necesidades de hidrocarburos del país con el producido de sus yacimientos, manteniendo reservas que aseguren esa finalidad.

Art. 6°: Los permisionarios y concesionarios tendrán el dominio sobre los hidrocarburos que extraigan y, consecuentemente, podrán transportarlos, comercializarlos, industrializarlos y comercializar sus derivados, cumpliendo las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo sobre bases técnico-económicas razonables que contemplen la conveniencia del mercado interno y procuren estimular la exploración y explotación de hidrocarburos.

Durante el período en que la producción nacional de hidrocarburos líquidos no alcance a cubrir las necesidades internas será obligatoria la utili-

La retribución por el gas natural extraído se pagará en moneda corriente en el país, pudiéndose pagar un porcentaje en divisas cuando su industrialización o comercialización fuera con destino a la exportación.

CUADRO Nº 5
CÁLCULO DE LA RETRIBUCIÓN DEL CONTRATISTA:
DECRETO 623/87

RE = VTP - (12 % de regalía + 8 % al 14 % de derecho YPF)

a) Hidrocarburos líquidos y gases licuados:

$$\frac{RE}{VTP} \cdot 100 = x$$

$$x\% \cdot m^2 = y$$

$$VTP \times y = \text{Retribución del contratista}$$

b) Gas natural:

y = al mayor de (1) o (2) expresado en valores

(1) 1000 m³ de gas de 3300 kcal = 14 al 27 % del m³ de petróleo de referencia

(2) Precio de transferencia del gas abonado por YPF a Gas del Estado

$$RE \times y = \text{Retribución del contratista} \quad \%$$

Referencias:

a) RE: Resultado de la explotación (expresado en valores)

b) VTP: Valor total de la producción (expresado en valores)

c) x - y: Invéntitas

d) m³ precio internacional del petróleo de referencia

zación en el país de todas las disponibilidades de origen nacional de dichos hidrocarburos, salvo en los casos en que justificadas razones técnicas no lo hicieran aconsejable. Consecuentemente, las nuevas refinerías o ampliaciones se adecuarán al uso nacional de los petróleos nacionales.

Si en dicho período el Poder Ejecutivo fijara los precios de comercialización en el mercado interno de los petróleos crudos, tales precios serán iguales a los que se establezcan para la respectiva empresa estatal, pero no inferiores a los niveles de precios de los petróleos de importación de condiciones similares. Cuando los precios de petróleos importados se incrementaren significativamente por circunstancias excepcionales, no serán considerados para la fijación de los precios de comercialización en el mercado interno y, en ese caso, éstos podrán fijarse sobre la base de los reales costos de explotación de la empresa estatal, las amortizaciones que técnicamente correspondan, y un razonable interés sobre las inversiones actualizadas y depreciadas que dicha empresa estatal hubiese realizado. Si fijara precios para subproductos, éstos deberán ser compatibles con los de petróleo valorizados según los criterios precedentes.

El Poder Ejecutivo permitirá la exportación de hidrocarburos o derivados no requeridos para la adecuada satisfacción de las necesidades inter-

d) Adquisición forzosa. Se consagra el derecho de YPF de exigir al contratista la compra íntegra de la producción del yacimiento, cuando la calidad del hidrocarburo no resulte conveniente para su procesamiento en el país (art. 8°, inc. c). La declaración de comercialidad no limita este derecho.

En los casos de pago al contratista de parte de su remuneración en crudo, YPF tendrá opción para exigirle la compra del resto de la producción del área. Los criterios de valuación se establecerán en los respectivos contratos. Cuando el crudo no fuese apropiado a criterio de YPF para su procesamiento y se forzase al contratista a adquirirlo, éste tendrá dos opciones: destinarlo a la exportación, abonando la regalía y el derecho de YPF íntegramente en divisas, debiendo pagar también las retenciones impositivas si correspondieren (en moneda corriente); presentar un proyecto de industrialización en el país que deberá ser aprobado por el Poder Ejecutivo (art. 8°, inc. h).

e) Derecho de asociación. YPF está facultado para asociarse con los contratistas para cualquier lote de explotación bajo la forma jurídica de una unión transitoria de empresas (arts. 377 a 383, ley 19.550 reformada por ley 22.903). En el régimen del decr. 1443/85 este derecho debía ser ejercido por la empresa estatal dentro de los noventa días hábiles posteriores a la declaración de comercialidad de cada lote de explotación, efectuada entonces por la autoridad de aplicación. El decr. 623/87 establece que la opción deberá ser realizada dentro del plazo de cuarenta y cinco días contados a partir

nas, siempre que esas exportaciones se realicen a precios comerciales razonables y podrá fijar en tal situación, los criterios que regirán las operaciones en el mercado interno, a fin de posibilitar una racional y equitativa participación en el a todos los productores del país.

La producción de gas natural podrá utilizarse, en primer término, en los requerimientos propios de la explotación de los yacimientos de que se extraiga y de otros de la zona, pertenezcan o no al concesionario y considerando lo señalado en el art. 31. La empresa estatal que preste servicios públicos de distribución de gas tendrá preferencia para adquirir, dentro de plazos aceptables, las cantidades que excedieran del uso anterior a precios convenidos que aseguren un justa rentabilidad a la inversión correspondiente, teniendo en cuenta las especiales características y condiciones del yacimiento.

Con la aprobación de la autoridad de aplicación, el concesionario podrá decidir el destino y condiciones de aprovechamiento del gas que no fuere utilizado en la forma precedentemente indicada.

La comercialización y distribución de hidrocarburos gaseosos estará sometida a las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo Nacional".

de la delimitación del lote de explotación por la autoridad de aplicación. Recordemos que en el mismo acto de declarar la comercialidad del yacimiento, el contratista propondrá a la autoridad de aplicación la delimitación del lote de explotación, teniendo aquélla un plazo de cuarenta y cinco días para expedirse y si no lo hiciera, se considerará tácitamente aprobada la propuesta y delimitado el lote. De aquí surge que la opción podrá ejercerse como máximo hasta los noventa días de declarada la comercialidad del yacimiento por el contratista, pero siempre dentro de los cuarenta y cinco días a partir de la delimitación del lote.

Cabe señalar además que en el *decr.* 1443/85, YPF tenía una segunda opción de asociarse a la empresa contratista cuando hubieran variado sustancialmente las condiciones técnicas y económicas consideradas al declarar la comercialidad, pudiendo ejercer esta opción en el plazo de noventa días a partir del momento en que hubiese tomado conocimiento fehaciente del cambio de circunstancias. Esta segunda opción fue dejada sin efecto por el decreto modificatorio.

La asociación se decidirá en virtud de los estudios técnicos y económicos que a tal efecto se realicen. El porcentaje de participación en el lote de explotación se determinará en función de la magnitud de las reservas recuperables (en el régimen anterior se consideraba además las inversiones y gastos a efectuar y los niveles factibles de rentabilidad y retorno) y oscilará entre un 15% como mínimo y un 50% como máximo.

Al ejercer el derecho de asociación para el período de explotación, YPF abonará al contratista, en la medida de su participación, los gastos directos de perforación y terminación de los pozos de exploración que hayan resultado comercialmente productivos, que conforme al *decr.* 523/87 deben ser determinados en cada contrato. Asimismo, esta última norma extiende la obligación a los pozos de evaluación necesarios para estimar las reservas recuperables. A dichos gastos se les sumará un 10% en concepto de gastos indirectos.

Debemos destacar, que no obstante la asociación con YPF, las empresas contratistas continúan teniendo a su cargo la operación del área objeto del contrato (art. 8º, Inc. i).

f) Régimen fiscal. Las empresas contratistas, además de estar sujetas a las normas tributarias de aplicación general, deberán pagar anualmente y por adelantado una tasa por cada kilómetro cuadrado o fracción afectada al contrato.

Dicha tasa será establecida por la autoridad de aplicación en las condiciones de cada llamado a concurso público internacional, siendo su importe actualizado durante la vigencia del contrato. Lo recaudado se destinará a solventar los gastos que ocasione el ejercicio del poder de policía por la autoridad de aplicación y la Comisión asesora que se crea en virtud del art. 17.

Asimismo se prevé un régimen de estabilidad fiscal para los contratos bajo riesgo exploratorio siendo aplicable el art. 15 de la ley 21.778²⁷, tomándose como fecha determinante de la situación fiscal la de llamado al concurso. YPF reconocerá a las provincias que se adhieran a este régimen un 25% del derecho establecido en su favor por el art. 6°, inc. e, siempre y cuando se mantenga esa adhesión durante la vigencia de los derechos y obligaciones emergentes de los contratos.

7. Conclusión

Del análisis global del dect. 1443/85 modificado por el dect. 623/87 pueden deducirse algunos rasgos generales que a continuación se exponen:

a) Es evidente que la norma instrumental del llamado Plan Houston II limita y recorta las facultades conferidas originalmente a YPF, fortaleciendo el poder decisorio y de contralor de la Secretaría de Energía como autoridad de aplicación.

b) En tal sentido se crea por el art. 17 una Comisión asesora competente en todas las materias en las que tiene intervención la autoridad de aplicación, relacionadas con los concursos que se convoquen y los contratos que en su consecuencia se celebren.

²⁷ Art. 15, ley 21.778: "Las empresas estatales podrán incluir en los contratos de riesgo, cláusulas que establezcan el reajuste de los precios pactados con las empresas contratistas en la medida de la exacta incidencia derivada de las diferencias de los niveles de impuestos que se produzcan con posterioridad a la fecha de la apertura de la licitación —o de la firma del contrato en caso de contratación directa— como consecuencia de aumentos o disminuciones de los tributos nacionales y provinciales; creación de otros nuevos o derogación de los existentes y que alcancen a las empresas contratistas como sujetos de derecho de los mismos. Excepciones de las previsiones del presente artículo, las tasas retributivas de servicios y las contribuciones por mejoras".

c) En atención a las abundantes reservas gasíferas existentes en el país (ver punto 1, c) se faculta a la autoridad de aplicación en el art. 8º, inc. c, a suspender los efectos de la declaración de comercialidad hasta diez años, a menos que el contratista se comprometa a realizar todas las inversiones necesarias para desarrollar proyectos de transporte, reinyección e industrialización en el país o para su exportación. En tal caso se fija un régimen preferencial de regalía y derechos en favor de YPF. De esta forma se tiende a favorecer el desarrollo de proyectos que incorporen tecnología y capitales al proceso económico. También, como señaláramos oportunamente, se procura mejorar la retribución del contratista por el gas extraído.

d) Se eliminan algunas obligaciones accesorias del contratista al efecto de hacer más atractivas las condiciones de inversión en el campo energético para las empresas extranjeras, favoreciendo la exportación de hidrocarburos. Por ejemplo, se elimina de los contratos la cláusula de reserva de bandera argentina en los buques utilizados para la exportación del crudo.

Finalmente debemos señalar que, tal como resulta de sus propios considerandos, el dect. 623/87 surge como la tentativa de rectificación de una política petrolera no del todo exitosa, a través de una mayor apertura al sector privado.

Las cuantiosas inversiones necesarias para llevar adelante esta actividad, sumadas al riesgo inherente a la misma, convierten a la industria del petróleo en una explotación que puede traer aparejado tanto grandes beneficios, como pérdidas excesivamente onerosas. De ahí que el denominado Plan Houston II ha buscado atraer la inversión privada, incrementando su participación en todas las etapas del proceso productivo, mejorando la retribución del contratista —en algunos casos— y procurando colocar a éste en un plano de mayor igualdad con YPF, Sociedad del Estado.

ACTUALIDAD

OBEDIENCIA DEBIDA Y CONSTITUCIÓN NACIONAL*

MARCELO A. SANCINETTI

1. INTRODUCCIÓN

Desde la sanción de la ley 23.521, de determinación de los alcances del deber de obediencia, más conocida como ley de obediencia debida, ha perdido parte de su utilidad la discusión anterior referida a los límites dentro de los cuales puede constituir una eximente que el autor de un hecho típico penal (delictivo) haya actuado en cumplimiento de una orden.

Antes de la ley, la discusión se ceñía a determinar cuál era el ámbito en el que un subordinado, de cualquier escalafón administrativo (como el militar), podía invocar la recepción de una orden para no responder penalmente por los delitos que hubiera podido cometer en razón del cumplimiento de dicha orden.

Después de la sanción de la ley, la cuestión teórica de la "obediencia debida" pareció perder trascendencia, por quedar condicionada a la discusión previa de si la ley —que impuso a los jueces el mandato de tener por probados ciertos hechos y de asignarles una determinada interpretación jurídica, que condujera al sobreseimiento o absolución de un elevado número de imputados— era inconstitucional, o sí,

* Texto de la conferencia pronunciada por el autor en la Asociación de Abogados de Buenos Aires, el 27/1987, por invitación de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos. Las notas de pie de página fueron escritas con posterioridad, para la publicación en "Doctrina Penal", año 18, n° 39, 1987, cuya secretaría de redacción ha autorizado a "Lecciones y Ensayos", la reproducción del texto en esta revista.

por el contrario, era producto del ejercicio de facultades propias del Congreso, de contenido acorde con la Constitución.

Si se mira la cuestión sólo desde el punto de vista de su valor práctico actual, se podría pensar además que, dado que la Corte Suprema, en fallo dividido, ha admitido recientemente la constitucionalidad de la ley impugnada, entonces, ya no restaría considerar nada de real interés, en tanto ese fallo habría puesto al debate un (ahora, efectivo) "punto final".

En mi opinión, sin embargo, la indudable trascendencia social y significación histórica que reviste el proceso que concluyó con la sanción de la ley 23.521, y su convalidación por la Corte, hace imperativo que los juristas independientes expresen públicamente su opinión, y la documenten, a fin de suscitar, entre aquellos que integran la comunidad de juristas, la discusión crítica de los actos de gobierno que comprometen el valor jurídico, y de aclarar por otro lado al hombre "de la calle", con sinceridad, sobre qué bases reales se ha resuelto, en su país, la cuestión de los derechos fundamentales.

Esta es la finalidad de mi conferencia de hoy: el ejercicio de la crítica. El espíritu de la ciencia, de la verdad, es la crítica (Popper).

Realizaré por ello un análisis jurídico de la situación anterior a la ley 23.521, y posterior a ella, en el ámbito del derecho penal común y militar. Finalmente, será preciso una evaluación global de la significación jurídica y social de todo el proceso¹.

2. LÍMITES DE LA OBEDIENCIA DEBIDA EN EL DERECHO PENAL COMÚN Y MILITAR

a) Planteo de la cuestión

Si hubiera que explicar a un lego, en pocas palabras y con cierta simplificación, en qué consiste el análisis de un

¹ Porque, como decía von Ihering: "El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. Todo hombre que lleva en sí la obligación de mantener su derecho, toma parte en este trabajo nacional, y contribuye en lo que puede a la realización del derecho sobre la tierra. Este deber, no se impone sin duda a todos en las mismas proporciones" (Ihering, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, Bs. As., Lacort, 1928, p. 4-5). ¡Claro que no! Ante todo, ese deber pesa sobre el hombre de derecho. El jurista debe sentirse siempre

caso penal por parte de un jurista, habría que decirle que el sistema de la teoría del delito consiste en controlar si la acción imputada a un hombre supera ciertos tamices, filtros, de punibilidad. Cada filtro es una causal de impunidad posible².

Primero se comprueba si la acción es típica (es decir, si se trata de una acción en principio prohibida, p.e.), un homicidio voluntario); luego, si es efectivamente antijurídica, para lo cual hay que averiguar si el hecho no estaba especialmente justificado (p.e., por concurrir una legítima defensa); si ya se sabe que es típica y antijurídica, se pregunta todavía si no concurre una causa de inculpabilidad (esto quiere decir: si el autor es un inimputable o si actuó por error inevitable de prohibición); por fin, si todos estos grados han sido superados afirmativamente (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), se pregunta aún si han concurrido causas excepcionales de impunidad —por notoria disminución de la libertad, del reproche—, lo cual ocurre especialmente en el caso de coacción, o de alguna otra disculpa.

Aunque, respecto del autor concreto, la consecuencia práctica es la misma cualquiera que sea la jerarquía de la causa que provoque la impunidad (Fulano es impune), la importancia práctica de que ello ocurra en virtud de un filtro, y no de otro, se relaciona con consecuencias jurídicas que, para nuestro problema, carecen de importancia (ciertas consecuencias en la teoría de la participación; la posible aplicación de una medida de seguridad, en lugar de una pena, si se trata de un inimputable; la influencia distinta que cada causal puede reflejar respecto de la responsabilidad civil del autor excusado; etcétera).

Exponer el problema de los límites teóricos y condiciones de aplicación de la excusa de la obediencia, contemplada en particular en el art. 34, inc. 5°, del Cód. Penal argentino (CP), requiere mostrar las vinculaciones de esta eximente con tres causales de impunidad de distinta jerarquía: la justificación, la inculpabilidad y la disculpa³.

incapaz con el grado de justicia relativa en el que se halle su sociedad, y debe vivir clamando siempre en favor de quienes tienen hambre y sed de justicia (Mt. 5, 3; Lc. 6, 2-3).

² Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis-Illumus, 1984, p. 87 y siguientes.

³ Ciertamente que, en la Argentina, hubo quienes creyeron que la obediencia debida, cuando el subordinado carece de capacidad de inspección,

Quien realiza un hecho típico penal en cumplimiento de una orden, puede obrar, en efecto, justificadamente, por ejercicio del deber o de un derecho (art. 34, inc. 4º, CP), inculpadamente, si tiene un error inevitable sobre la ilicitud de la orden (arg. art. 34, inc. 1º, CP), o disculpadamente, si la orden implica una coacción, es decir, una amenaza seria de sufrir un mal grave e inminente para el caso de negarse a cumplir la exigencia del superior (art. 34, inc. 2º, CP).

En cualquiera de estos tres casos, si concurren íntegramente las condiciones de operatividad de cada causal, el sujeto debe quedar impune.

La cuestión discutible en la obediencia debida no es, entonces, qué jerarquía le corresponde en la dogmática penal (en la teoría del delito), sino en qué condiciones puede provocar la impunidad del obediente en cada una de las hipótesis: como justificación, como inculpadidad, como disculpa. Las dos primeras formas en que, por diversos matices propios del deber de obediencia, puede provocar la impunidad (justificación o error), se hallan estrechamente relacionadas y se influyen, en cierto modo, recíprocamente. Como estado de coacción, en cambio, la obediencia no tiene ninguna peculiaridad: son necesarias las mismas condiciones que para cualquier otra hipótesis de coacción.

b) *La obediencia como justificación: deber de obediencia y facultad de cumplimiento de órdenes ilegítimas*

En el antiguo derecho romano se partía de la distinción entre *crimina atrocita* y *crimina leuiora* (crímenes atroces y crímenes leves), para rechazar la exigencia de la obediencia, respecto de los primeros casos, y admitirla en los segundos. Esa distinción abstracta llevó a los prácticos de la Edad Media a la cuidadosa tarea de establecer una enumera-

es una causa de exclusión de la acción, porque habría un "traslado de la relación imputativa" (Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 3ª ed., Bs. As., Tea, 1963, § 33, §, p. 276 y ss.; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970, t. II, § 43, §, a, p. 351). Pero se trata de una opinión aislada y poco defendible como para hacerse cargo de ella con extensión. Desde luego, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de cualquier eximente, ella produce un desplazamiento de la "relación imputativa" si la eximente está provocada por otro, que actúa como autor mediato (si produjo el error de tipo, la justificación sólo personal, la inculpadidad, la coacción, etcétera). Pero esto no prueba nada acerca de qué jerarquía dogmática tiene una eximente. Por cierto, quien obedece, actúa y, por tanto, ¡no falta la acción!

ción concreta de cuáles serían los hechos atroces, no alcanzados por la excusa (no alcanzados siquiera para amparar al esclavo que obedecía la orden delictiva de su amo)⁴.

El constitucionalismo moderno dejó de lado la distinción según la gravedad del hecho cometido, e hizo depender la operatividad de la excusa, sólo del desconocimiento del subordinado de la antijuridicidad de la orden, es decir, de su error. Así se llegó a la idea de que, o bien la orden es legítima, en cuyo caso justifica, o bien es ilegítima, en cuyo caso sólo puede excusar un error sobre la ilegitimidad (salvo el caso de coacción).

La doctrina actualmente dominante entiende así que el deber de obediencia, como tal (esto es: como imperativo legal de obedecer), sólo rige cuando la orden es absolutamente legítima, y que sólo en este estricto ámbito puede operar la justificación: no hay otro posible caso de justificación, para el obediente, que el de una orden estricta y absolutamente legítima. En conclusión: una orden ilegítima sólo podría excusar por error inevitable, o por coacción, pero nunca justificar⁵.

Si bien hay, en esta idea derivada del constitucionalismo moderno, una cautivante pulcritud geométrica, ella no da

⁴ Extraordinariamente ilustrativa, en este sentido, resulta la lectura del voto del ministro Jorge A. Bacqué, en la sentencia dictada el 22/8/87 (causa: C. 147, L. XXII), consid. 32, 33 y 34 de su voto, seguidos casi a la letra, en este aspecto, en el voto de Enrique S. Petracchi, consid. 5, 6 y 7.

⁵ Aun para quienes piensan de otro modo —y admiten los mandatos antijurídicos obligatorios— el ámbito de lo justificado por la obediencia a una orden ilegítima reconocida como tal, está determinado por la orden no manifiestamente ilícita. En España, esta conclusión es contruida dogmáticamente sobre la base del art. 169, párr. 2º, del CP, el cual, tras establecer las penas para el delito de desobediencia, prevé: "sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley". Sobre el punto, cfr. Mir Puig, S., *Derecho penal*, 2ª ed., Barcelona, PPU, 1985, p. 423 y siguientes. En Alemania, la situación es análoga. La admisión de mandatos antijurídicos vinculantes sólo se da en el ámbito de lo que "no vulnera manifiestamente el ordenamiento jurídico, puesto que de ser así resultaría evidente la antijuridicidad" (Jescheck, H., *Tratado de derecho penal*, 1968, Mir Puig-Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, vol. I, § 35, II, 2. 8, p. 538). Para el derecho militar en particular, dice Jescheck: "La ocupación desaparece en cuanto la antijuridicidad penal de la ejecución de la orden sea, según las circunstancias conocidas por el soldado, evidente, es decir, resulte conciliable para cualquiera sin ulterior reflexión" (*Tratado*, § 46, II, 3, p. 486).

cuenta, a mi juicio, de la complejidad real del problema. Es demasiado sencilla para ser verdadera, si no se le introducen ciertos correctivos o precisiones.

Toda estructura jurídico-administrativa, jerárquica (como, p.ej., la militar), coloca al destinatario de órdenes (el inferior) en continuo ejecutor de mandatos de otro. El no cumplir una orden ya constituye para él una infracción (desobediencia: art. 239, CP; art. 874, Cód. de Justicia Militar -CJM-). Si él, ante la colisión de deberes que representa el "tener que" cumplir la orden, por un lado, o no delinquir, por otro, tuviera que correr siempre el riesgo de desobedecer la orden posiblemente ilegítima a costa de ser sancionado como desobediente, o bien renunciar al cargo, estaría en una situación demasiado desfavorable.

Cuando un sujeto se halla ante una colisión de deberes, de modo que cometer cierta acción (cumplir la orden) pueda quizá constituir un acto antijurídico, pero omitir esa misma acción (desobedecer la orden), también pueda llegar a ser delictivo (alternativamente con la comisión), el sujeto no logrará resolver la cuestión con la simple regla moral, por todos conocida: "ante la duda, abstente". Pues esta regla moral y jurídica -de razonabilidad evidente- tiene plena validez siempre que la propia abstención no pueda constituir, a su vez, autónomamente, un hecho ilícito⁶.

Aun cuando se sostenga que, en un Estado de derecho, no pueden existir, propiamente, mandatos antijurídicos obligatorios, el hecho de que la ilegitimidad del mandato impida el nacimiento del deber de cumplirlo, no implica que impida también ampararse en una cierta facultad de obedecer una orden que no es claramente ilícita para el destinatario de ella.

Por consiguiente, desde su posición, el ejecutor actúa justificadamente en la medida en que la antijuridicidad de la orden no le sea manifiesta y el acto a ejecutar no sea más grave que lo que sería una desobediencia, en las circunstan-

⁶ "La razón de que existan mandatos antijurídicos que no obstante sean vinculantes, reside en que en casos de exceso significación el legislador valora el deber de obediencia del subordinado respecto del superior, en cuanto principio de orden fundamental para toda la actividad del Estado, en mayor grado que el deber de obediencia al orden jurídico (colisión de deberes justificantes)" (Jescheck, Tratado, vol. I, § 35, II, 3, p. 940 y siguientes). La necesidad de que ello sea obligatorio es, sin embargo, discutible. Ante la conciencia cierta de que la orden es ilegítima, al subordinado debería reconocérsele, al menos, la facultad de desobedecer.

cias del caso. Si le caben dudas sobre la ilicitud, él tiene el derecho de ampararse en la presunción general de legitimidad del acto administrativo, aunque estime a la orden posiblemente ilícita. Naturalmente, también tiene el derecho, si lo prefiere, de desobedecer la orden, pero, en este caso, se expone a que el juez que posteriormente revise su desobediencia no coincida con el criterio del destinatario de la orden, acerca de su ilegitimidad.

En conclusión, el ámbito de la justificación es, en los casos de cumplimiento de órdenes de superiores jerárquicos, algo más amplio, a mi juicio, de lo que sostiene la opinión dominante: incluye, si no el deber, al menos si la facultad de cumplir una orden antijurídica.

Se podría pensar, sin embargo, que la flexibilidad que propongo para ampliar el ámbito de la justificación, podría quedar resuelta con el solo hecho de admitir que, cuando la orden no es absolutamente legítima, la obediencia sólo provoca un régimen privilegiado en materia de error, de modo de admitir más fácilmente el efecto exculpatorio de un error, con relación a los casos generales⁷.

Pero ocurre que, en mi opinión, aun en casos en que el subalterno no tenga error alguno, y considere, por tanto, ilegítima a la orden que efectivamente lo sea, él debería quedar justificado, mientras: 1) se pueda pensar que la ilicitud no podía ser considerada de antemano, por el propio inferior, como manifiesta y evidentemente ilícita aun para cualquier observador imparcial y razonable posterior; y si, además, 2) el delito cometido al cumplir la orden no implicara, a su vez, una lesión jurídica de mayor gravedad que la que tuviera, para el derecho vigente, la desobediencia misma.

En este caso, al tratarse de una colisión de deberes (de-

⁷ Cfr. a este respecto el siguiente pasaje del consid. 11 del voto de Barqué (reproducido como 6, en el voto de Petracchi): "El privilegio que reconoce a la situación de obediencia castrense existe en cambio por el reconocimiento de que sólo la seguridad sobre la ilicitud del mandato, produce responsabilidad para el subordinado, mientras que la conciencia dudosa, habitualmente originante de culpabilidad, obra aquí, como una eximente".

Se trata del considerando en el que Barqué analiza el derecho canónico y desmiente la idea de que San Agustín diera apoyo a la obediencia pasiva o ciega.

También yo planté el problema de la obediencia, en un trabajo anterior, como un tratamiento privilegiado de una especie del error de prohibición, que convertiría en justificante inclusive al error evitable. Sancinetti, Marcelo A., *Análisis crítico del juicio a los ex comandantes*, en "Doctrina Penal", año 10, n° 1987, p. 69, especialmente p. 76 y ss., nota 19.

linquir por comisión, o delinquir por desobediencia), tienen que entrar en consideración las mismas reglas de ponderación de bienes jurídicos que rigen en cualquier estado de necesidad (art. 34, inc. 3º, CP)⁸.

Por ello, la ampliación del ámbito de la justificación que propicio —recuperando en cierto modo la tradición románica, que distinguía el efecto de la eximente según la gravedad del hecho cometido— pretende otorgar al inferior suficientes garantías de no ser sorprendido por la ilicitud dudosa que habría podido tener la orden cumplida por él, a la vez que ponderar el valor del normal funcionamiento de la administración, puesto que, cuando el cargo del subalterno no le impone específicamente el deber de examinar la legalidad de la orden, la revisión permanente de cada detalle de su jurisdicción, además de comprometerlo por su posible desobediencia, entorpecería de modo irrazonable el espontáneo acatamiento de los actos administrativos, que también constituye, en principio, un valor social, y, en este sentido, un bien jurídico que proteger. Al mismo tiempo, para los casos de trascendencia, la tesis que propongo concilia estos valores con la vigencia de las instituciones democráticas y el respeto básico de la dignidad humana: la autonomía ética del hombre⁹.

⁸ Cfr. Bacigalupo, Enrique. *Líneas de la teoría del delito*, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 1988, p. 81. Con más desarrollo había expuesto Bacigalupo esta idea en el ciclo de conferencias y seminario que dictó en Buenos Aires, en agosto de 1985, como profesor invitado por la Facultad de Derecho (UBA), especialmente la conferencia del 28/8/85: *Problemas actuales de la autoría y la participación*, pronunciada en la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

⁹ Esta explicación conceptual, dogmática, coincide con el sentido de las enseñanzas de los juristas más tradicionales del comienzo del estudio del derecho penal en la Argentina. Confróntese, si no, estas palabras de Tomás Jofré, al comentar, en 1922, el Código que nació en aquella época: "Inciso 3º. La obediencia es ciertamente un deber—dice Pacheco—pero no la obediencia absoluta, sin ninguna condición, sin ningún contraste que la compruebe. Un padre no puede mandar a su hijo que cometa crímenes; una autoridad no puede mandar a sus subordinados que se subleven contra el gobierno. Cuando tales cosas se mandasen, el hijo y el subordinado no deberían obedecer. Obedeciendo, no se eximirían por ello de responsabilidad. No les era permitido anular su personalidad hasta tal punto". Y en seguida agrega, con transcripción de Pacheco: "La presunción es que toda persona consultada es autoridad obra dentro de los límites de ésta y, por consiguiente, que le es 'debida' la obediencia de sus subordinados. Toda vez que se llenan las formas exteriores pertenecientes a cada clase de preceptos, se da suponer que éstos corresponden a la esfera en que aquella persona los podía dictar. No compete a sus subalternos el ir a buscar razones más o menos especiosas, para eludir o negarse a obedecer lo que contienen.

Naturalmente, una explicación como ésta, condicionada a que la orden no sea manifiestamente ilegítima, ni implique cometer un hecho más grave que la gravedad que tendría una desobediencia, establece límites difusos, demasiado fluidos, al ámbito de la justificación, como para resolver con seguridad los casos ubicados cerca de la zona de penumbra. Pero se trata de una incertidumbre propia de la complejidad del problema, y que existe también, por lo demás, en todo caso de conflicto entre bienes o deberes jurídicos de cualquier clase.

Para el caso de las violaciones a los derechos fundamentales habidas en la Argentina durante el último gobierno militar, de todos modos, el criterio flexible que propongo como punto de partida, no deja ámbito dudoso alguno, porque, al menos los hechos que estaban en el primer plano de la consideración social y judicial, constituían hechos ilícitos de la mayor evidencia posible, dado que se hallan proscritos por la cláusula más pétrea y terminante de nuestra Constitución, aquella parte del art. 18 que declara: "Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes".

No existen posibilidades, pues, para dudar de la ilegalidad manifiesta de una orden de torturar o matar a personas indefensas.

Acerca de las consecuencias prácticas en el ámbito de lo manifiestamente ilícito, está de acuerdo la doctrina jurídico penal de todo el mundo¹⁶.

Esos motivos de examen no han de ser nunca de propósito inquiridos: basta, y no es poca, con que se les atienda, cuando espontánea y sin querer ocurran; basta con no rechazarlos en vez de complacerse en su investigación. Cuando es necesario inquirirlos, desde luego dudamos de su legitimidad. Los casos en que es permitida la desobediencia, saltan desde luego, a la vista de todo el mundo, el sentido íntimo y la conciencia, subyugándose a pesar nuestro, nos los señalan. Infúrese también de aquí que siempre que hubiere dudas, por leves que sean, la obediencia es nuestra obligación. Para eximirnos de ella, para contrarrestar legítimamente el deber y las consideraciones de pública utilidad que nos las concepciones, es menester algo más que un tímido dudoso acerca de su derecho. Necesitase que el deber contrario sea muy claro y de muy superior orden, para que aquella no sea el recurso más seguro y, de consiguiente, el que se deba elegir". Jofré, Tomás, El Código Penal de 1922. Bs. As., Abeledo, 1922, p. 94 y siguientes.

¹⁶ Las diferencias existen sólo en el modo de fundamentar las conclusiones; no en las conclusiones mismas. Se ve consulta, por ejemplo, el artículo de Baugou, David, La obediencia debida en el artículo 514 del Código de Justicia Militar, en "Doctrina Penal", año 2, n° 35, 1966, p. 377 y ss., se podrán advertir diferencias de fundamentación, pero una coincidencia sustancial en las conclusiones. También difiere en muchos aspectos de la fun-

Más adelante explicaré por qué razón el art. 514 del CJM, no implica ninguna excepción criolla a esta regla universal.

c) La obediencia como error sobre la ilicitud

El estudio de las condiciones en que la obediencia puede constituir una justificación nos ha allanado el camino para determinar ahora en qué casos, aunque la orden haya sido manifiestamente antijurídica, o haya implicado cometer un delito de mayor gravedad que la desobediencia misma (en cualquiera de cuyos dos casos, el cumplimiento de la orden es antijurídico), el ejecutor de la orden puede quedar igualmente impune por efecto de un error de prohibición inevitable (arg. art. 18, Const. Nacional; y 34, inc. 1º, CP).

1) Manifiesta ilegitimidad de la orden

Si la orden es manifiestamente ilegítima (un posible presupuesto para que su cumplimiento no justifique al subalterno), es improbable la concurrencia de un error.

Podría ocurrir, sin embargo, que ciertas personas, de incasísima cultura o capacidad de comprensión, pudieran no advertir la antijuridicidad del mandato, inclusive en casos de gravedad. La hipótesis es demasiado académica, y casi inimaginable en casos de homicidio alevoso o aplicación de tormentos, pero podría ser verosímil en otros casos, si fueran demostradas las condiciones suficientes.

2) Gravedad del hecho cometido

Pues bien, digamos que otro caso en el que el subordinado obra fuera de los límites de la justificación, ocurre cuando la orden, sin ser manifiestamente antijurídica, implica cometer un hecho de mayor gravedad que la gravedad que tendría el delito de desobediencia.

Aquí es bien factible que el subordinado, que no está

damentación de Magarinos, Mario - Siens, Ricardo. La obediencia jerárquica y la autoría mediata en la estructura militar. LL. 1986-E-1164, cuya orientación sigue la idea mayoritaria del error, pero con conclusiones prácticas cercanas. En cambio, ciertas obras o artículos publicados en el país en favor del mayor fortalecimiento posible del deber de obediencia, mencionados con frecuencia como productos representativos, no hallan apoyo alguno ni en la tradición jurídico-romanista, ni en el estado actual de la discusión en la dogmática penal del derecho continental europeo y latinoamericano.

justificado, actúe, sin embargo, sobre la base de un error de cálculo acerca de la gravedad del hecho, o de la importancia relativa de su deber de obediencia. Rigen para este caso las mismas reglas que en cualquier otro caso de error sobre la ponderación de los valores jurídicos en juego, en una colisión de intereses.

3) *¿Régimen privilegiado sobre los efectos del error?*

La cuestión que quedaría por tratar es la de si el error que afecte al subordinado, en cualquiera de estos casos, tiene que ser necesariamente un error inevitable, como ocurre en general con el error de prohibición, o si el carácter de sometido a una estructura administrativa que reviste el inferior, produce una situación privilegiada —para el caso de que el inferior carezca del poder de revisión de la legitimidad de la orden—, de modo que también lo exima, al autor del hecho, un error evitable¹¹.

A una consecuencia sustancialmente idéntica se podría llegar si se pensara que, en rigor, lo que puede producir una situación privilegiada de error, en los casos de obediencia —sobre la base de la conocida presunción de legitimidad que tiene, en principio, el acto administrativo—, es la reducción de las exigencias subjetivas que normalmente son requeridas para considerar a un error como inevitable.

4) *Carácter abstracto de la cuestión del error*

Sin embargo, todas estas cuestiones teóricas constituyen mera subtilitas ante la gravedad del problema argentino. Pues los casos que conmovían a la opinión pública no giraban en torno a posibles situaciones de error por parte del subalterno, al menos no para el problema central constituido por la aplicación de tormentos y homicidios por causas políticas.

Por lo demás, no hace falta aclarar que cualquier hipótesis de error —improbable o factible— debe ser demostrada en un debate concreto. Nunca puede ser presumida de modo general para un cierto número de casos¹².

¹¹ Ver, entre otras, las referencias de las notas 7 (convid. 33 del voto de Baquedó) y 9 (transcripción de Jofré, quien sigue a Pacheco), que contienen, en ciencias, esta idea.

¹² De allí que la reforma que se pretendió introducir con el proyecto original del texto que después fue la ley 23.048, según el cual, con relación a

5) Conciencia errada y actitud disidente (delincuente por coacción)

Si es importante aclarar que no constituye un error, en el sentido de la teoría del delito, la propia actitud disidente que pueda tener el autor del hecho respecto, por ejemplo, del valor de los principios del Estado republicano, o de los derechos fundamentales del hombre.

Es decir, una cosa es que el autor invoque un error acerca de la licitud de una orden, y otra muy distinta es que se pronuncie en favor del valor ético que tenía el hecho cometido por él, desde el punto de vista de sus propias convicciones morales. Este no es un caso de error acerca de lo que el derecho prohíbe, sino un punto de partida ético contrario al punto de partida del ordenamiento jurídico. Es el caso de cualquier delincuente por convicción –p.ej., el terrorista–, que rechaza ab initio el fundamento ético del Estado liberal. En tales hipótesis, el derecho sólo puede reconocer, en el mejor de los casos, el respeto por la autenticidad o coherencia moral del delincuente: no su inculpabilidad por el hecho injusto cometido¹³.

d) La obediencia como coacción

Si se trata de un caso en el que el subordinado ha actuado fuera de los límites de la justificación y con conciencia de la antijuridicidad del hecho, todavía es posible, a pesar de ello, que sea impune por haber sido amenazado de sufrir un mal grave e inminente para el caso de desobedecer la orden (art. 34, inc. 2º, CP).

los hechos cometidos "con el motivo alegado de reprimir el terrorismo... se presumirá, salvo prueba en contrario, que se obró con error inculpable sobre la legitimidad de la orden recibida", constituía una invasión del Poder Legislativo sobre el Judicial, ya en los albores del renacimiento democrático (el proyecto había sido enviado el 13/12/63). Políticamente, la cuestión era más clara: esa ley, que atribuyó competencia a los tribunales militares para entender en "primera instancia" constituyó la primera estrategia de amnistía (en el sentido político, no técnico) del gobierno argentino, por la competencia atribuida a esos tribunales y por el propósito de imponer una presunción legal de error. Al respecto, véase más adelante, punto 3. e.

¹³ Aun en el derecho alemán, cuya Ley Fundamental contiene el reconocimiento de la objeción de conciencia, no se admite que ella pueda legitimar o excusar los delitos de comisión. Distinto, en los delitos de omisión. Al respecto, cfr. Stratenwerth, Günter, *Derecho penal*, trad. Gladys Romero, p. 189, n° 611 y siguientes.

El requerimiento de un mal grave alude aquí, ante todo, y casi exclusivamente, a daños en la integridad corporal del propio autor o de una persona directamente allegada a él¹⁴. El de la iminencia, pone de manifiesto que no puede ser considerada como coacción una amenaza de concreción remota o meramente hipotética. Es preciso que concurren elementos que corroboren la seriedad de la amenaza que afectó al obediente.

En particular —por mayor certidumbre que exista acerca de la concreción de la amenaza— no constituye mal grave alguno el riesgo del subordinado de ser trasladado de destino oficial; de ser sancionado por "equis" número de días de arresto; o de ser dado de baja. Precisamente por esto, si el daño que se le exige causar al inferior amenazado es grave, y él puede evitar el conflicto mediante la renuncia al cargo —sin otro riesgo para él—, debe renunciar¹⁵.

Pero también con relación a este tema el caso argentino torna abstracta cualquier discusión. No se conocen casos, en efecto, de imputados que hayan invocado haber sido amenazados por tal o cual superior de sufrir un mal grave para el caso de negarse a cumplir la orden ejecutada. Por el contrario, existen numerosos ejemplos de autores que manifestaron explícitamente haber cometido los hechos —para decirlo con palabras del tribunal de Jerusalén, en el caso Eichmann— "de corazón y gustosamente"¹⁶.

¹⁴ Por cierto, el "mal grave" es un concepto de relación. La gravedad debe ser analizada siempre con relación al injusto cometido. Para la comisión de un hecho doloso poco grave, o de un hecho culposo, el ámbito de la disculpa por coacción es más amplia. Rigen aquí reglas análogas a la colisión de intereses en el estado de necesidad, precisamente porque la coacción constituye una forma de estado de necesidad. Así, la amenaza de perder el empleo si no se realiza una acción imprudente, puede llegar a eximir a quien, si hubiera obrado dolosamente, sería punible. Cfr. Sancinetti, Marcelo A., *Casos de derecho penal*, 3ª ed., Ite. Aa., Hammurabi, 1986, p. 120 y siguientes.

¹⁵ Cfr. Saur, W., *Derecho penal*, trad. Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona, Bosch, 1966, p. 311, quien dice expresamente que el subordinado debe en tal caso "dimitir el cargo que le lleva a un conflicto semejante".

¹⁶ Tomado del voto de Baqué, comid. 35, e ten el voto de Petracchi, comid. 8, c), Corte de Distrito de Jerusalén: "Por el contrario, cumplió con sus deberes en todos los casos, también con convicción interna, de corazón y gustoso...". Sin embargo, se puede poner en duda que esto sea un requisito autónomo. La frase contiene un efecto persuasivo evidente en el plano emocional. Pero ¿no será que el "ánimo gustoso" más bien denuncia la ausencia de una "amenaza grave"? Si, en cambio, por vía de hipótesis, se

En todo caso, desde luego, también para quien invocara una situación de coacción, sería preciso demostrarla en el caso concreto. El carácter de "subordinado" no implica, de modo general, el de estar coaccionado en el sentido del Código Penal¹⁷.

e) Síntesis

De lo dicho hasta aquí se puede extraer la siguiente conclusión:

En el derecho penal común de todo el mundo occidental, la obediencia debida (art. 34, inc. 5º, CP) requiere la presencia de diversas condiciones de aplicación —ora para operar como justificación: art. 34, inc. 3º, CP, ora como inculpabilidad: art. 34, inc. 1º, CP, ora como disculpa: art. 34, inc. 2º, CP—, que no concurren en el caso de las lesiones a derechos fundamentales habidas en nuestro país durante el régimen militar, como no existen en general, casi nunca, en los casos de delitos de lesa humanidad¹⁸.

La cuestión a discutir ahora consiste en analizar si el Código de Justicia Militar debía conducir a una conclusión distinta.

3. EL DEBER DE OBEDIENCIA EN EL DERECHO PENAL MILITAR

a) El punto previo: rebelión y obediencia debida

Desde mi punto de vista, una afirmación consecuente del principio republicano de gobierno, tras el retorno a la

podría imaginar que un subordinado pasa con el cumplimiento de la orden, pero, igualmente tiene la seguridad de sufrir un mal gravísimo si no la cumple, no parece tan claro que no quede disculpado, por el solo hecho de haber actuado con "perverseidad moral", cuando, de todos modos, él era consciente de la amenaza y habría respetado la orden, por temor, aun cuando no hubiera sentido por ella cumplir. El caso es, de todos modos, demasiado académico.

¹⁷ La confusa invocación de un presunto "estado de coacción" que hizo la ley 23.521, para disimular que se presuma un "estado de coacción" (como si ello cambiara demasiado por el solo uso de otra palabra), junto, al parecer, a determinar el ámbito del deber de obediencia (justificación), sólo se explica por la inadmisibilidad ética de esta ley, y la claudicación que la originó. Jurídicamente, la coacción requiere que haya concurrido efectivamente una "amenaza de sufrir un mal grave e inminente" (art. 34, inc. 2º, CP).

¹⁸ Cfr. Jeschek: "no será vinculante por razones materiales la directriz que suponga la imposición de un comportamiento que lesione la digni-

vida democrática, debió dejar absolutamente de lado la cuestión del régimen de la obediencia en el Código de Justicia Militar.

Como se sabe, en el año 1976, las fuerzas armadas derrocaron al gobierno constitucional e impidieron su posterior renovación en los términos y formas legales. Esto significó la comisión (permanente) del delito de rebelión en los términos de los arts. 236 del CP y 642 del CJM.

Y sucede que el art. 652 del CJM, prevé una regla sumamente clara para este caso. Dice, en efecto, este artículo: "Mientras subsista la rebelión, todos los militares que participen en ella, quedan privados de la autoridad y prerrogativas inherentes a su grado".

Pues bien: quedar privado de la autoridad inherente al grado significa carecer de competencia y legitimidad administrativa para impartir órdenes que "deban ser obedecidos". De manera que los preceptos dirigidos a fortalecer el deber de obediencia en el Código de Justicia Militar, quedan directamente neutralizados, según el propio derecho militar, cuando los ejércitos se hallan en un estado general de rebelión. Sólo debe ser obedecido el mandato tendente a defender el orden constitucional o a restablecerlo (arg. art. 650, CJM)¹⁸.

Sin embargo, dado que los juristas de mi generación, y la de los anteriores a mi generación, y la de aquellos que pertenecen a la generación anterior a la que precede a la mía, no aceptarían, por sí sola, esta línea de fundamentación —porque han sido formados más bien en la actitud claudicante de hacer de cuenta, una vez restablecido un gobierno constitucional, que el anterior gobierno de facto hubiese sido igualmente un gobierno legítimo—, me ocuparé ahora de aquellos preceptos que regulan más fuertemente el deber de obediencia en el derecho penal militar, "como si no rigiera" el art. 652 del CJM.

Personalmente, no podía faltar, de todos modos, al imperativo ético de aclarar cuál es mi verdadera posición.

dad humana... o se oponga a las reglas generales del derecho internacional" (Tratado, vol. I, § 35, II, 2, b, p. 539).

¹⁸ Ver Sancinetti, *Análisis crítico del juicio a los ex comandantes*, en "Doctrina Penal", año 10, n° 37, 1987, p. 59, especialmente § 4, IV-V, p. 36 y siguientes.

b) *El marco de la discusión en el derecho penal militar*

1) *Planteo de la cuestión (artículo 514, CJM)*

A propósito del deber de obediencia en el derecho militar, entraron en discusión, en estos años, distintos preceptos del Código de Justicia Militar.

Un grupo de artículos citados para sostener la obligatoriedad de las órdenes impartidas al inferior, aun cuando sean delictivas, está constituido por los arts. 516, 518 y 522 del CJM, que se refieren a los efectos del abuso de autoridad del superior, respecto del comportamiento del inferior. Otro grupo es el que integran los arts. 674, 675 y 667, que se refieren a la desobediencia y a la insubordinación.

Nos llevaría mucho tiempo explicar aquí por qué razón estos preceptos, en mi opinión, no guardan una relación decisiva con el tema que se discutía: la cuestión de si el destinatario de una orden antijurídica debe desobedecerla a pesar de su ilicitud²³.

Es preferible concentrar la atención, en cambio, en el texto del art. 514 del CJM, cuyo sentido literal —comparado con el de los demás preceptos— es el más cercano posible al denominado principio de la obediencia pasiva o ciega.

Dice el texto: "Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiera dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden".

El origen histórico y la variación posterior que sufrió este texto, apoyan el sentido literal que parece eximir al inferior por la ejecución de cualquier orden, mientras ésta pueda ser considerada una orden relativa "al servicio".

2) *El origen del artículo 514 del CJM*

El art. 514 del CJM, proviene del art. 47 del Cód. Penal Militar alemán, de 1872, el cual, tras decir que "sólo es res-

²³ Coincidió, en buena medida, con el meditado tratamiento que dio la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (al resolver la denominada "causa Campa" —causa incoada en virtud del decr. 28034 del Poder Ejecutivo Nacional), el mismo expediente en el cual la Corte Suprema aplicó más tarde la ley 23.521, que declaró como válida —a las constataciones de argumentos que se referían a los arts. 516, 518 y 522 del CJM, por un lado, y 674, 675 y 667, por el otro (ver la sentencia, puntos 3, Los mandatos antijurídicos, y 4, El derecho positivo, fs. 8813 y siguientes).

pensable el superior que dio la orden", establecía dos excepciones en las que el inferior debía responder: "cuando: 1º se hubiera excedido en la orden por él recibida, o 2º tuviese conocimiento de que la orden del superior correspondía a una conducta que tenía como objetivo la comisión de un crimen".

En un principio, el texto alemán fue recibido —con redacción ligeramente distinta, pero con las mismas excepciones que preveía aquella fuente— en los proyectos nacionales preparados por una Comisión que integraban entre otros Manuel Obarrio y Amancio Alcorta, y que fueron sancionados en 1894 —para entrar a regir a principios de 1895: leyes 3190 y 3202—, como Códigos Militares para el Ejército y la Armada.

En aquel entonces, el texto argentino, fuente del actual art. 514 del CJM, decía lo siguiente: "Cuando haya sido violada una ley penal por la ejecución de una orden de servicio, el jefe militar que hubiese dado la orden será el único responsable. Sin embargo, se impondrán las penas de la complicidad al inferior que haya obedecido:

1º) Cuando se haya excedido en la ejecución de la orden que le fue dada.

2º) Cuando haya firmado, transmitido o ejecutado la orden de su superior que tenga por expreso objeto la comisión de un delito común o militar".

3) La derogación de la segunda excepción (1905)

Sin embargo, a raíz de la nueva estructura que recibe la legislación militar, entre 1897, en que Bustillo da una nueva estructura al Código Militar, el texto —que pasa a ser el art. 519 de ese Código— pierde la segunda excepción que provenía de la fuente alemana, y queda redactado de modo casi idéntico al actual art. 514.

Sumamente interesante es seguir el debate de la Cámara de Diputados de 1905, en torno a este artículo.

Allí no hay una explicitación de por qué se derogó la segunda excepción de 1894-1895. Pero sí parece ser la hipótesis más factible —a pesar de la oscuridad de la discusión, que enturba la significación de la reforma— que los redactores pretendieron consagrar, con el texto actual, un régimen de obediencia pasiva o ciego.

El propio Consejo Supremo de aquella época le había sugerido a la Comisión que revisaba el proyecto, que incorporara una regla que diera suficientes garantías a los oficiales que recibieran órdenes delictivas que debieran hacer cum-

plir a sus respectivos subalternos. Y el diputado Demaría propuso entonces agregar un párrafo con el siguiente texto: "Las órdenes de que pueda resultar la comisión de un delito se impartirán siempre por escrito"²¹.

Durante el debate parlamentario, ese legislador pidió la palabra para reivindicar ante todo el honor de haber propuesto él ese agregado, y dijo: "La ley vigente establecía que cuando del cumplimiento de alguna orden militar había resultado la comisión de un delito, el subalterno que lo había cometido era procesado como cómplice; y con ligeras modificaciones el espíritu de esa prescripción se mantenía en el proyecto del Poder Ejecutivo" (decía con preocupación este diputado)²².

Y enseguida agregó: "Yo lo observé en la Comisión, diciendo que creía que esta reforma debía establecer en su total integridad el criterio de la obediencia pasiva, que es, en mi concepto, el único criterio sobre que se puede fundar la disciplina militar. Pero al mismo tiempo, señor presidente [segua el diputado Demaría], propuse también que cuando la orden importara la comisión de un delito, el subalterno tuviera el derecho de exigir que le fuera dada por escrito..."²³.

A partir de esta intervención de Demaría, el debate se centró en discutir si la exigencia de dictar la orden por escrito era razonable, o no. Y en ningún momento se justificó la desaparición de la segunda excepción del antiguo texto que provenía del derecho militar alemán.

Entre aquellos que no querían aprobar el segundo párrafo que se quería incorporar para que las órdenes que pudieran constituir delito fueran dadas por escrito, había, curiosamente, quienes no querían aceptar que la ley previera de manera explícita que una orden dictada para cometer un delito tuviera que ser cumplida (lo orden delictivo debe ser desobedecida, sería el criterio de este grupo), y quienes, por el contrario, sostenían que la exigencia de orden escrita resentiría la disciplina militar, porque conduciría al ejército deliberante (todo orden debe ser obedecido, dirían éstos).

El propio general Roca, por ejemplo, entre los primeros, dijo lo siguiente: "Creo que ni la ley militar, ni ninguna otra

²¹ HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 161.

²² HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 428.

²³ HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 428 y siguientes.

ley, puede suponer el caso de que los jefes y oficiales del ejército ordenen la comisión de delitos y menos debe dar esta sanción de impunidad para la perpetración de delitos, que se ejecuten por orden escrita emanada del superior"¹⁶.

A esto le acotó bien Bustamante: "¿Y para qué es el Código de Justicia Militar, entonces?"¹⁷.

Replicó Roca: "Pero una cosa es la pena, que establece el Código para los que cometen delitos y otra es la sanción de impunidad que da este artículo para que los cometan en virtud de orden escrita. Son casos completamente distintos. Por estas consideraciones, voy a votar por la supresión del agregado"¹⁸.

Y cerca del final del debate, agregó el general: "Creo que lejos de autorizar con una sanción de la ley la facultad de cometer un delito, no es posible condenar a aquel subalterno que se niegue a ejecutar un robo, que se niegue a incurrir en las mil penas establecidas por delitos definidos absoluta y taxativamente por la ley militar; por el contrario, ese militar será en todos los casos exento de pena"¹⁹.

Sin embargo, y con la misma finalidad de suprimir la exigencia de forma escrita, el diputado Argerich trajo a colación una intervención anterior del diputado Domínguez, quien, tras una argumentación de Palacios –según la cual todo sujeto, por obediente que sea, debía responder por la comisión de un delito, si había obrado a conciencia–, había replicado que esa idea conducía a un ejército deliberante²⁰. Y Argerich utilizó entonces esa respuesta de Domínguez para replicarle a su vez a Roca, y cerrar el debate: "Acaba de iluminar con una palabra profunda este debate, el señor diputado por Santa Fe: El ejército deliberante!... Cuando un artículo de la ley se refiere a una orden del servicio, dada bajo el honor y la plena responsabilidad de un jefe del ejército que tiene como regla de su conducta el honor, no podemos ponernos sino en ese solo concepto y punto de vista! ¡Muy bien!"

El inc. 2º del artículo, de acuerdo con lo que he dicho an-

¹⁶ HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 429.

¹⁷ HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 429.

¹⁸ HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 429.

¹⁹ HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 432.

²⁰ HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 432.

tes, no significa ni significaría jamás sino una cosa: una excepción dilatoria del inferior para con el superior.

Ahora, como no concibo esa excepción dilatoria... insisto en que este inciso no debe votarse (¡Muy bien!)”²⁹.

Se ve pues que, como ocurre casi siempre que uno estudia los antecedentes parlamentarios de una ley, el debate fue de lo más confuso, y probablemente sólo Palacios entendía bien qué se estaba discutiendo, y votó finalmente en contra de todo el precepto, aunque tampoco él trajo a cuento que por encima de la discusión relativa a la forma escrita de la orden, quedaba derogada la segunda excepción del antiguo texto que provenía de la fuente alemana.

Las palabras anteriores de Palacios, únicas de toda razonabilidad en el oscuro debate, habían sido éstas: “Creo que el que comete un delito aunque sea por orden superior, es un delincuente, y en tal concepto debe considerársele. Las relaciones del inferior respecto del superior en el ejército pueden ser de disciplina y de subordinación, entendiéndose como tal la sujeción a una orden lícita, pero de ninguna manera de obediencia pasiva que mata en germen el juicio externo sobre la causa determinante del mandato, y que, por consiguiente, anula en absoluto la personalidad humana.

El ejército no debe ser una escuela de sometimiento.

El soldado es un hombre, debe serlo; es un ser que piensa, que raciocina; y por lo tanto, aunque se le dé una orden por escrito exigiéndosele un acto que importe la ejecución de un delito, no puede considerársele irresponsable. De otra manera no tendremos hombres soldados, sino soldados máquinas...

—no puede ser un ejército un montón de individuos que no raciocinan, que no tienen conciencia de su propia personalidad; y la obediencia pasiva, defendida con tanto calor en esta Cámara, nos lleva a eso, es decir a la supresión absoluta de la característica humana”³⁰.

4) La aplicación del precepto (antes de 1905, y después)

Empero, con toda la confusión que haya podido haber en el debate de 1905, lo cierto es que allí murió la antigua men-

²⁹ HCDipNación, DS. 1905, t. II. Sesiones ordinarias, p. 433 y siguientes.

³⁰ HCDipNación, DS. 1905, t. II. Sesiones ordinarias, p. 433.

ción explícita de que el inferior debía responder si tenía plena conciencia de la ilegitimidad de la orden. Y el texto pasó a indicar que la ejecución de una orden por parte del inferior no podía generar su responsabilidad, mientras se tratara de una orden de servicio y el inferior no se excediera en su cumplimiento.

Sin embargo, a pesar del nuevo texto, bien pronto se hizo presente, entre nosotros, la verdad que muchos años después habría de pronunciar el fiscal inglés, ante el tribunal de Núremberg: "Hay un punto donde el hombre tiene que negarse a seguir a su superior. Únicamente sobre la colocación de este punto existen discrepancias".

El 28 de enero de 1908, es decir, poco después de sancionado el Código Bustillo, el coronel José Calaza fue procesado por desacato, por haber impedido el acceso al Congreso al senador nacional Manuel Láinez. Calaza invocó órdenes del Ministerio del Interior, y, sin embargo, la Cámara Federal de entonces lo condenó, sobre la base de que "entre la ley que manda en general obedecer a un superior y una ley prohibitiva que manifiestamente contraria lo que el superior ordena, la elección no es dudosa. Antes que todo, el cumplimiento de la ley, que es superior a todos los mandatos..."²¹.

Ésta había sido también la jurisprudencia argentina anterior a nuestros Códigos Militares, en vigencia aún de las antiguas ordenanzas españolas.

Nótese, por ejemplo, la claridad del Procurador General de 1867, Francisco Pico —mucho más lúcido que el Procurador General actual—²², cuando dijo, con motivo de un movi-

²¹ Ver "Revista de Derecho Penal", Bs. As., Editor, 1948, año IV, n° 4, p. 431 y siguientes.

²² Aludo aquí al Procurador General Juan O. Gauna, que firmó el dictamen del 83/87 requerido por el Presidente (ver mensaje de Alférez al país del 21/4/87: "estábamos concretando a través del correspondiente dictamen del Procurador General de la Nación..."; diario La Razón, 22/4/87), en favor de una obediencia ciega. Sustuvo el Procurador que la excepción de la eficacia de la orden para el caso de hechos atroces y aberrantes, era una excepción prevista retroactivamente por la ley 23.048. Con razón ironizó un semanario, por aquel entonces (El Periodista, 15-21/5/87), con que las opiniones sobre el dictamen "se hallaban divididas"; unas decían que era atroz, otras, aberrante. Al mismo tiempo en que emitió ese dictamen, Gauna remitió una carta al Presidente de la Nación, en la que le aconsejaba modificar la legislación militar, el "concepto extremo de la obediencia", porque ésta podía obligar a obedecer órdenes que "soclayan lo insustituible, porque es, la dignidad y la condición del hombre, y degradan tanto los derechos humanos de las víctimas cuanto, al unísono (7), los de quienes así tra-

miento sedicioso ocurrido en Córdoba, en agosto de aquel año, las siguientes palabras que fueron hechas suyas sin otra fundamentación por los ministros de la Corte: "La orden de su superior no es suficiente para cubrir al agente subordinado que ha ejecutado esa orden, y ponerlo al abrigo de toda responsabilidad penal, si el acto es contrario a la ley, y constituye en sí mismo un crimen.

¿Por qué? [se preguntaba] Porque el hombre es un ser dotado de voluntad y discernimiento: no es un instrumento ciego e insensible.

Él no debe obediencia a sus superiores sino en la esfera de las facultades que éstos tienen.

Y aun dentro de esa esfera, si el acto constituye evidentemente un crimen, como, por ejemplo, si un oficial que manda un puesto ordena a sus soldados que hagan fuego sobre los ciudadanos inofensivos y tranquilos que pasan por la calle... si un jefe militar ordena a los soldados que hostilicen al gobierno. En estos casos y otros semejantes, la obediencia no es debida, porque es evidente que esos actos son crímenes que las leyes reprueban y castigan, y el agente que los ejecuta debe sufrir la pena, sin que pueda ampararse de una orden que no ha debido obedecer, si no hubiese tenido la intención criminal"²³.

Y, en verdad, la doctrina que expresan estas bellas y justas palabras, fue también siempre la opinión firmemente asentada aun en el propio ámbito castrense, antes y después de 1905²⁴.

5) La interpretación correcta del artículo 514 del *CJM*

La cuestión reside en determinar cuál es el razonamiento correcto para condicionar el deber de obediencia que aparece como absoluto en el marco del art. 514 del *CJM*, pero que nunca fue considerado como tal.

fríos y sistemáticos deberes, bajo la presión de la necesidad incondicionalidad extrema, cumplir con el deber de ejecutarlos". A mi juicio, este deseo de parecer liberal y democrático, al mismo tiempo que defensor del deber de torturar y matar por causas políticas en contra del art. 18 de la Constitución, ha sido lo peor.

²³ CSJN, Fallos. 5:181, causa XXVII, especialmente p. 188.

²⁴ Cfr. entre otros autores concordantes, Ramayo, Raúl A., La obediencia debida en el Código de Justicia Militar, en "Boletín Jurídico Militar", Bs. As., nº 14, 1972, p. 9 y siguientes.

Los distintos criterios para negar la obligatoriedad de las órdenes ilícitas, fluctúan entre estas posibilidades:

a) Elaborar un concepto de orden de servicio que deje fuera del ámbito del art. 514 las órdenes manifiestamente ilícitas.

b) Proponer un correctivo auxiliar, no contenido en el texto, consistente en negar la impunidad de quienes tengan "capacidad decisoria", para apreciar la ilicitud de la orden.

c) Interpretar el art. 514, según una reconstrucción racional de su texto, acorde con los principios de un Estado de derecho.

El marco de la discusión se ampliaría de modo exorbitante, si trajera a colación ahora cada una de las formulaciones particulares que han sido dadas para fundar las respectivas propuestas de restricción, y las contraargumentaciones que se les han opuesto.

Mi propósito es el de aportar aquí una interpretación que pueda superar sin réplica las discusiones particulares.

Desde mi punto de vista, la cuestión se resuelve sencillamente así: Toda interpretación legal que condujera a fortalecer la obediencia del subalterno aun ante órdenes contrarias a la ley, estaría delegando en el superior jerárquico la posibilidad de derogar, para ese inferior, la ley que reprime el correspondiente delito.

El reconocimiento del deber jurídico del inferior de cumplir una orden antijurídica, presupone, lógicamente, que el superior es depositario de la potestad de derogar, respecto de ese inferior concreto, el efecto vinculante de las leyes. Sin embargo, el Congreso carece de poderes para delegar potestades abrogatorias en los oficiales de los ejércitos.

Por consiguiente, una interpretación del art. 514 del CJM, que condujera a ese resultado, sería inconstitucional —haya sido ése el sentido de la reforma de 1905, o no—, porque ni el Congreso de 1905, ni ningún otro de un régimen republicano, tiene facultades para delegar tal función legislativa derogatoria de una ley que, para los demás casos, permanece vigente.

Este sencillo punto de partida aparece aun más indiscutible si se deja de pensar en hipótesis abstractas, y se vuelve la atención, una vez más, sobre los casos que estaban, en la Argentina, en el primer plano de la conmoción: la aplicación de tormentos y el asesinato estatal por móviles políticos.

Recordé hace un momento que hechos tales se hallan prohibidos por el terminante texto del art. 18 de la Const. Nacional, que recoge una larga tradición cultural, anudada ya en la Asamblea del año XIII²⁸.

Pues bien: ninguna ley podría reconocer, en ningún órgano del Estado, la competencia para originar el deber jurídico de secuestrar a un ciudadano, para que luego sea torturado y muerto.

Es fraudulento decir —como quiso presentarlo el gobierno— que el imperativo constitucional se satisface con sancionar a alguien: al superior. Aquí no se trata sólo de establecer la responsabilidad de quien da la orden, o de algún otro, sino de reafirmar que la Constitución argentina prohíbe que pueda surgir, respecto de ningún órgano estatal (p.ej., un soldado de las fuerzas armadas), ni de ninguna otra persona, el deber jurídico, ni la facultad, de torturar a su prójimo, o matarlo por causas políticas.

En conclusión, el art. 514 del CJM, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, debe ser interpretado del siguiente modo: El precepto sólo prevé una causal de impunidad privilegiada para el inferior que cumple una orden que no se le presenta a él como manifiestamente ilícita, ni produce un daño social más grave que el que implica la desobediencia misma.

A este resultado se puede arribar por las distintas fórmulas que ya fueron dadas:

a) Restringir el primer presupuesto para la aplicación del art. 514 del CJM —es decir: el concepto de orden del servicio— tal como lo ha hecho la doctrina militar tradicional (pero, entonces, es preciso reconocer que el concepto de orden "del servicio" no tiene exactamente el mismo alcance para admitir la excusa de la obediencia, que para atribuir la competencia de los tribunales militares en tiempo de guerra, o responsabilizar civilmente al Estado por el hecho del dependiente).

b) O bien, se puede llegar a conclusiones básicamente análogas, mediante el límite de la capacidad decisoria, como asimismo ha hecho frecuentemente la jurisprudencia (pero, entonces, hay que aclarar también que la "capacidad decisoria" depende de la gravedad del hecho y que cuanto más grave sea él, mayor será el ámbito de quienes tengan tal

²⁸ Me refiero, naturalmente, al año XIII del otro siglo.

capacidad, de modo que, en particular, ante delitos atroces, todos deben desobedecer).

c) O se acepta una reconstrucción racional del art. 514 del CJM, que lo integre en el sistema del Estado de derecho, tal como lo hizo, por ejemplo, en su ilustrado voto, el ministro Jorge A. Bacqué, con la siguiente fórmula: en su opinión, el "exceso" del que habla el art. 514, no significa realizar "más de lo ordenado"; porque si el ejecutor se excede en este sentido, él ya no puede ser sólo cómplice de un superior que no ha dado esa orden (el superior no tiene por qué responder, en estos casos, como autor mediato, sino que el inferior es el —único— autor del hecho excedente); y ¿cuál sería el otro sentido posible de "excederse"? En opinión de Bacqué, "excederse", en el sentido del art. 514 del CJM, significa cumplir una orden tal cual fue dada, pero más allá de aquel ámbito dentro del cual la sociedad está dispuesta a que el inferior isoque obediencia sin ser responsable de sus actos: un hecho no manifiestamente ilícito, ni de gravedad²⁶.

La objeción que se me podría formular ahora sería la siguiente: Si fuera correcto mi argumento fundado en la incompetencia del Congreso para delegar facultades derogatorias en órganos militares, debería ser irrelevante que la ilicitud de la orden sea manifiesta. El inferior debería responder siempre que él reconociera la ilicitud, como decía la antigua excepción de 1894-1895, luego derogada.

Sin embargo, el art. 514 del CJM, debe ser visto no tanto como un fortalecimiento del deber de obediencia mismo, sino como una garantía para el inferior de no tener que negarse a cumplir las órdenes cada vez que advierta su probable antijuridicidad. Esta garantía consiste —como he dicho al comienzo— en que si la orden no es para el inferior manifiestamente ilícita, él tenga la facultad de cumplir el mandato, en la medida en que no se halle en juego la lesión a un bien jurídico de mayor valor que el valor correspondiente del deber de obediencia. Son aquí las reglas comunes del estado de necesidad, por colisión de deberes las que, respecto del inferior, pueden generar, razonablemente —y lo harían aunque no existiera el art. 514 en el Código de Justicia Militar—, el derecho de no asumir irrazonablemente riesgos propios en el ejercicio de funciones públicas²⁷.

²⁶ Ver el consid. 44 del voto de Bacqué.

²⁷ Considero preferible presentar la cuestión así, y no a la inversa, como si fuera una necesidad del Estado que el subordinado obedezca todo

Si, en lugar de admitir el ejercicio de una facultad (de una justificación) del inferior en estos casos, se quiere ver en esto –para salvar el principio de que el orden jurídico no puede permitir su propia infracción–, sólo una especie de exculpación privilegiada (a la manera de un estado de necesidad –sólo– disculpante), la discusión será nada más que “de palabras”, y la consecuencia real, para el caso, exactamente la misma²⁸.

En cambio, cuando al inferior le es abiertamente evidente que la colisión de deberes se resuelve en contra del deber de obediencia, sea por el carácter manifiesto de la ilicitud de la orden, sea por la gravedad del hecho ordenado, está obligado a desobedecer.

c) La ley 23.049

A poco de asumir el actual gobierno constitucional, el Poder Ejecutivo remitió al Parlamento un proyecto –luego sancionado como ley 23.049– que había sido anunciado por el propio Presidente, a los legisladores, en su discurso del 10 de diciembre²⁹.

El proyecto pretendía imponer –por una vía que pareciera legítima– la confusa teoría de Alfonsín de que había tres grados distintos de responsabilidad, cuyo contenido –más allá del desacierto teórico de la propuesta, que era un disparate– nunca pudo ser comprendido por nadie, porque sólo ahora, después de la ley 23.521, se pudo entender que uno de aquellos difusos “tres niveles” (el de quienes se habían “excedido”), no tenía, para el gobierno, ningún integrante.

De allí que el proyecto de la ley 23.049 dijera, originariamente: “se presumirá, salvo prueba en contrario, que se obró

lo que no sea manifiestamente ilícito o de gravedad. Quiero decir que no hay necesidad alguna de que la obediencia, en esos casos, sea obligatorio; es razonable, en cambio, que sea facultativa.

²⁸ Como justificación, sin embargo, y como deber (no simple facultad), *cf.* Jeschke, *Tratado*, vol. 1, § 35, II, §, p. 540 y siguientes.

²⁹ “Y se pondrá en manos de la justicia la importante tarea de evitar la impunidad de los culpables. La justicia, asimismo, tendrá las herramientas necesarias para evitar que sean considerados del mismo modo quienes decidieron la forma adoptada en la lucha contra la subversión, quienes obedecieron órdenes y quienes se excedieron en su cumplimiento” (Alfonsín, Mensaje a la Asamblea legislativa, 10/12/83, en *HCSenNación*, DS, 1983, p. 77 y ss., especialmente p. 83).

con error insalvable sobre la legitimidad de la orden recibida".

Durante el debate parlamentario, este párrafo sufrió dos importantes modificaciones. Por un lado, se cambió la expresión inicial "se presumirá", por "podrá presumirse". Por otro lado, se declaró que esa presunción no podía operar ante "la comisión de hechos atroces y aberrantes"⁴⁰.

En verdad, la iniciativa era contraria a la Constitución, porque -al igual que luego se hizo por medio de la ley 23.521, pero de modo más palmario y terminante- pretendía condicionar la interpretación judicial de ciertos hechos que la ley ubicaba exclusiva y explícitamente en el pasado. Quiere decir que el Congreso no estaba ejerciendo una función legislativa -ni siquiera por entonces-, sino una función propia y exclusiva de los jueces: fijar los hechos de una causa, y asignarles una determinada interpretación jurídica.

Era por esto que el texto -sobre todo en el sentido intencional originario del proyecto-, era inconstitucional, y no por las razones que invocó el Procurador General Gaona, cuando, al emitir su obediente dictamen de mayo pasado, sostuvo que la ley 23.049 era contraria al art. 18 de la Constitución, por haber excluido retroactivamente, del ámbito de la excusa de la obediencia, a la comisión de hechos atroces. Esa limitación no sólo no era retroactiva, sino que venía siendo activa desde el derecho romano, aunque bien era verdad que el Congreso no era órgano competente alguno para recordárselo a los jueces.

Al lograr la oposición, en el debate parlamentario, flexibilizar el sentido de la presunción original del proyecto, y declarar que no podía funcionar la excusa respecto de hechos atroces, las cosas quedaron, en realidad, en el mismo estado en que se hallaban antes de la ley misma. Y aunque ella no significó nada desde el punto de vista estrictamente normativo, lo cierto es que, desde el punto de vista práctico (político), logró neutralizar una de las más tempranas estrategias de amnistía del gobierno argentino⁴¹.

⁴⁰ Para un análisis político de la sanción de esta ley, cfr. Verbitsky, Horacio, *Centros y márgenes*, Bs. As., Contrapunto, 1987, cap. 5, p. 69 y ss., y anexos 1-5, p. 384 y siguientes.

⁴¹ Ver la nota 12 y el texto al que ella corresponde.

4. ¿EXCEPCIONES EN EL "DERECHO DE LA GUERRA"?

Hasta aquí he hablado de la exigencia de la obediencia, sin considerar ninguna norma de derecho internacional referida a situaciones de guerra, porque, en mi opinión, constituye un punto de partida fraudulento presentar la cuestión de las violaciones a los derechos fundamentales cometidas en la Argentina, como si hubieran sido derivadas de acciones bélicas.

A mi juicio, no hay nada más inexacto que referirse a los dolorosos hechos del pasado, bajo la expresión "guerra sucia" o "lucha antisubversiva", utilizada inclusive por el oficialismo, para que la sociedad viera con ojos indulgentes las progresivas claudicaciones morales del gobierno, cuyo "punto final", por el momento, es la ley de obediencia debida y su posterior convalidación por el superior tribunal de justicia del Estado⁴².

No hay derecho alguno a invocar supuestas necesidades de la guerra, para disculpar el secuestro de una persona de su hogar, o de su lugar de trabajo, ni hay tampoco ningún derecho a extender el agravio de "subversivo" sobre la memoria de todo ciudadano muerto clandestinamente.

Para quienes, sin embargo, piensen de otro modo, y crean que los crímenes quedan atenuados, moral y jurídicamente, por un (meramente alegado) estado excepcional, o de guerra, he de recordar que el gobierno militar se cuidó de invocar, por aquel entonces, en el ámbito internacional, una situación interna de conflicto bélico, en el conocimiento de que ello le habría obligado a reconocer, en su supuesto enemigo, a un insurgente, con todos los derechos y deberes que impone, precisamente, esa condición.

Por lo demás, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que son: el Convenio n° 1, Para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el Convenio n° 2, Para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y naufragos de las fuerzas armadas en el mar; el Convenio n° 3, Sobre el trato a los prisioneros de guerra; y el Convenio n° 4, Sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, contienen, todos ellos, un precepto común, el art. 3°, para los conflictos sin carácter internacional, el cual, con

⁴² La propia "teoría de los dos demonios", utilizada por Alfonsín desde su campaña proselitista, es portadora de este punto de partida mendaz e hipócrita.

claridad evidente, priva de todo efecto jurídico a la excusa de las "tremendas" necesidades de la guerra.

Dice el texto: "Conflictos sin carácter internacional. En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar por lo menos las disposiciones siguientes:

1º) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas: a) los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2º) Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes..."

Se ve entonces que no es posible derivar de la situación de guerra, un supuesto derecho irrestricto para matar o torturar a un semejante. Al respecto, la cuestión es demasiado clara como para someterla a discusión.

5. LA LEY 23.521: "DETERMINACIÓN DE LOS ALCANCES DEL DEBER DE OBEDECENCIA"

a) La infracción al derecho internacional

Llega el punto de analizar ahora la sanción de la ley 23.521, convalidada por una reciente sentencia de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación, mediante fallo que significa, desde varios puntos de vista, la defunción del Estado de derecho.

Y, dado que mi exposición acerca de la situación jurídica anterior a la ley 23.521 ha concluido con una referencia a reglas del derecho internacional, nada más oportuno que iniciar la crítica mediante la confrontación de esta ley con recientes compromisos suscriptos por la Nación durante este mismo gobierno.

Me refiero especialmente a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1984, y firmada por la República el mismo día en que la Convención fue abierta a la firma, ratificación o adhesión de los Estados (4/1/85).

Poco tiempo después, el 30 de julio de 1986, fue sancionada la ley 23.338, por la cual el Congreso Nacional aprobó el Tratado; y el 2 de setiembre de 1986 fue firmado el instrumento argentino de ratificación, por el canciller Caputo.

Pero, con la sanción de la ley 23.521, el Parlamento se volvió contra sus propios actos, y la Argentina se constituyó así en el primer Estado Parte que infringió los principios de la Convención⁴¹.

De otro modo piensa, al parecer, Andrés D'Alessio, ac-

⁴¹ Digo los principios, y no la Convención misma, porque el art. 27 de esta difería la plena entrada en vigencia del Tratado, a que transcurrieran treinta días después de la vigésima ratificación. Y la 20ª ratificación de un Estado Parte se produjo el 26/3/87. Esto significa que, al tiempo de ser sancionada y promulgada la ley 23.521 (8 y 8/6/87), el Tratado no se hallaba plenamente vigente, aunque ya se había producido la vigésima ratificación. El fallo de la Corte fue dictado el 22/6/87, cuatro días antes de la entrada en vigor de la Convención. Esto no significa, sin embargo, que la Convención no surtiera ya ciertos efectos en el derecho internacional, aun antes de aquel término. En efecto, el Tratado de los Tratados (Convención de Viena, 1969), establece en su art. 18: "Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustraren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el Tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el Tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el Tratado; b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el Tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente". Por consiguiente, desde el punto de vista del Tratado de los Tratados, la Convención contra la tortura ya se hallaba vigente al tiempo de la sanción de la ley 23.521, ley que infringió así, también, el derecho internacional, aun cuando, a otros efectos, la Convención contra la tortura no se hallara plenamente vigente.

tual presidente de la Cámara Federal de Buenos Aires —único magistrado de ese tribunal que se pronunció explícitamente en favor de la validez constitucional de la ley—⁴⁴, quien sostuvo que invocar este Tratado “no pasa de ser un argumento retórico” (sic), en primer lugar, porque la Convención no determina, en su criterio, “las condiciones a que los señalarios puedan o no subordinar la imposición de pena por tales crímenes”, y, en segundo término, porque “fue suscripta con posterioridad a los hechos”⁴⁵.

⁴⁴ Sentencia del 23/6/87. En esta sentencia, los jueces Gil Lavedra, Valerga Aráoz, Arslamán, Peres y Cattara, se inclinaron “por el acatamiento liso y llano a lo resuelto por el Tribunal Superior ... Estas circunstancias tornan aconsejable no sumar nuevos argumentos sobre el punto, cuando ya se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la autoridad institucional que le otorga ser el órgano supremo de todos los tribunales de la República e intérprete final de la Constitución Nacional”. Con este lenguaje autoritario —desde el ángulo de un buen subordinado— la mayoría del tribunal eludió expresar su verdadera opinión sobre la validez de la ley 23.531. No hace falta decir que los jueces faltaron así a su deber. Para cada juez, no hay otra sentencia definitiva que la propia, hasta tanto ésta no sea luego revocada; él no puede dejar de juzgar según su criterio, por la circunstancia de que supone que, luego, otro juez deberá fallar con otro criterio —lo cual es siempre conjetural— supone que los tribunales de alzada permanecerán pétreos—. Por tanto, D'Alessio tuvo toda la razón al afirmar: “una corrección funcional y personal me lleva a dar a conocer mi pensamiento acerca de las cuestiones sometidas a nuestra decisión”. En esto, D'Alessio aventajó en mucho a sus colegas que, aunque hayan querido eludir su función, lo cierto es que aplicaron la ley exactamente igual que D'Alessio, como bien dijo éste al final de su voto. Una cosa distinta es que el contenido del voto de D'Alessio haya sido verdaderamente terrible (como explico en el texto).

Y no le cupo mejor actitud al fiscal de la Cámara Federal: Julio Strassera, quien dijo sentirse obligado por la instrucción (ilegítima) del secretario de Justicia, Ideler Tonelli, transmitida primero verbalmente por el subsecretario Enrique Paisón. Ya en el terreno de la lógica, era un absurdo que Strassera invocara el deber de obediencia, para dejar de plantear la inconstitucionalidad manifiesta de la ley que fortalecía el deber de obediencia, con un fin de vicios normativos. Si Strassera hubiera creído en la obligatoriedad de un mandato antiquídico (como el de Tonelli, entonces no habría necesitado el mandato mismo para defender el deber de obediencia en general (que en su acusación ante la Cámara había negado); aun en el ámbito del derecho militar!). Naturalmente, no fue mejor la actitud del fiscal adjunto, Moreno Ocampo al declarar que la ley era infame, pero no inconstitucional, y preparar un dictamen en favor de la solidez de la ley, mientras Strassera preparaba uno que sostiene la doctrina correcta. Pero no era razonable esperar un comportamiento más arrojado. La desolución que ha generado todo esto en los juristas independientes y en la juventud, es total. Hay que buscar “con lupa” algún referente que levante las banderas de von Binding.

⁴⁵ Voto de D'Alessio, consid. III, punto 7.

Contra esto, tengo algunas palabras que decir.

Ante todo, no se entiende cómo se puede sostener que el Tratado no determine las condiciones a que los signatarios puedan subordinar la imposición de una pena, si la Convención, precisamente, dice que cada Estado Parte asume la obligación de que todo acto de tortura constituya delito (art. 4º, inc. 1º), que también lo sea todo acto de complicidad o participación en ella (art. 4º, inc. 1º), que tales delitos deben ser castigados con penas adecuadas a su gravedad (art. 4º, inc. 2º), que la proscripción de la tortura no puede ser alterada por situaciones de excepción, ni connotación interior alguna (art. 2º, inc. 2º), y, especialmente, que "no podrá invocarse una orden de un funcionario superior como justificación de la tortura" (art. 3º, inc. 3º).

No sé que otra condición necesitaba D'Alessio que se hallara determinada en la Convención para que no considerase que el invocarla no pasaba de ser un "argumento retórico".

En orden a que la Convención fue suscripta con posterioridad a los hechos materia de juzgamiento, es preciso disipar cierta confusión⁴⁰.

Por cierto, la obligación de los Estados de castigar la tortura no puede alcanzar a transformar en punible un acto de tortura ya cometido, si el hecho no hubiera constituido delito al momento de su comisión, según el derecho interno del país respectivo.

Pero, en cambio, la obligación del Tratado de convertir en delito a la tortura, si implica también, lógicamente, la prohibición de desincriminar la tortura ya cometida en las circunstancias prohibidas por el Tratado, si el hecho ya constituía delito conforme al derecho interno del propio Estado⁴¹.

Empero, por encima de estos argumentos, hay que destacar que la Convención contra la tortura recoge principios

⁴⁰ Acoto aquí que el problema de vigencia temporal al que se refiere D'Alessio no es el que explico en la nota 43. El magistrado no niega que la Convención se hallara "en general" vigente, al tiempo de la sanción de la ley. Supone que no era aplicable a hechos anteriores a la Convención misma.

⁴¹ Esto es así porque la Convención reconoce una cierta situación jurídica preexistente en el derecho internacional (de gentes), y establece obligaciones, en consecuencia, para los Estados, no para los particulares torturadores. Por ende, la obligación estatal de castigar (implica la prohibición de desincriminar lo ya castigable).

elementales del derecho natural y de gentes –fuente principal del derecho internacional– y que se hallan firmemente asentadas en nuestra tradición jurídica romanista. D'Alesio utiliza el adjetivo "retórico" para calificar despectivamente un discurso argumental que responde a la tradición milenaria de Occidente, a todo un patrimonio cultural, al que se opone la solución de la ley cuya validez este magistrado ha querido defender.

b) La inconstitucionalidad de la ley.

El fallo de la Corte Suprema. El voto de Baqué

1) La división de poderes

Toca el turno de explicar por qué razón la ley 23.521, además de contrariar el derecho internacional, lesiona la Constitución argentina.

Como es sabido, la ley dispuso, en su art. 1º, lo siguiente: "Se presume sin admitir prueba en contrario que...[ciertas personas] no son punibles... por haber obrado en virtud de obediencia debida.

En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en concepto de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ella en cuanto a su oportunidad y legitimidad".

Esta "presunción absoluta" significó imponerle a los jueces una única y determinada manera de establecer la situación de hecho de los delitos que se hallaban bajo su conocimiento, y una única y determinada manera, también, de interpretar la ley aplicable. Ello significó –más allá de la gravedad valorativa que tiene el contenido de la ley– una violación manifiesta al principio de la división de poderes, que constituye, como ha dicho la Corte desde el tomo I de su colección de fallos, un "principio fundamental de nuestro sistema político", según el cual las atribuciones de cada poder "le son peculiares y exclusivas: pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno"⁴⁸.

⁴⁸ CSJN, Fallos, 1:32, conforme al punto de vista que defiende en el texto, Núñez, Ricardo C., "¿Son ilimitadas las facultades del Congreso?, en "Doctrina Penal", año 10, n° 38, 1987, p. 397 y siguientes.

Por cierto, carecería de sentido la proscripción de que los otros poderes del Estado ejerzan funciones judiciales, si no existiera algún concepto material de aquello en lo que consiste la función de un juez, más allá del solo hecho (formal) de que se lo llame "sentencia" o "ley" a aquello que resulta decidir el caso.

Esto requiere definir tal contenido material de la función judicial. Ese contenido puede ser definido sencillamente de este modo: A los jueces les está reservado de manera excluyente fijar los hechos y declarar el derecho aplicable. Ello significa: a) la determinación conclusiva de los hechos que motivan una controversia; b) la calificación jurídica de estos hechos; c) el decidir acerca de la validez de las leyes.

Este es el punto de partida, *mutatis mutandis*, que informa la disidencia del ministro Jorge A. Bacqué, del reciente fallo del 22 de junio¹⁰ punto de partida que no ha sido contestado por ninguno de los votos que formaron la mayoría del fallo (dudosa mayoría, como luego se verá).

En cambio, el juez D'Alessio, en su ya citado voto de la sentencia de la Cámara Federal, del día siguiente (23/6/87), sí intentó alguna réplica.

El juez argumentó sobre la base de que el Congreso tiene facultades para establecer presunciones *iuris et de iure*. En verdad, esto se hallaba dicho también en el voto de Caba-

¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema, del 22/6/87, en la ya citada causa C. 347, L.XXI, "Causa incoada en virtud del decr. 180/84 del Poder Ejecutivo Nacional". La cuestión relativa a la inconstitucionalidad de la ley se halla tratada en los consid. 4-12. En los consid. 13-14, 40 y 41 el juez Bacqué analiza la invalidez que afectaría a la ley si fuera una "ley de amnistía". Es extraño que el juez Petracchi, que siguió a Bacqué en todo aquello que restaría algo de libertad y presunción democrática para su propio voto —para concluir—, como explicaré luego, en que la ley valía igualmente como amnistía, haya intentado contestar (insuficientemente) los consid. 13 y 14 de Bacqué, pero mantenido al mismo tiempo, en su fundamentación, los consid. 40 y 41 del voto de Bacqué (que Petracchi hizo propios como 13 y 14 de su voto); pues ellos eran incompatibles con la solución de la amnistía. De esos considerandos, Petracchi sólo omitió el antepenúltimo párrafo del consid. 41 del voto de Bacqué, que decía: "En conclusión, existe toda una noble tradición argentina que niega ingreso al campo de la impunidad a quienes sean responsables de atrocidades, y —cabe observarlo— la mayor manifestación de tal linaje de ideas y sentimientos se halla en el art. 18 de la Constitución, cuando decreta que 'quedan abolidas para siempre... toda especie de tormentos y los azotes'". Pero no bastaba con omitir la conclusión y dejar intactas las premisas para que fueran compatibles las primeras palabras de Bacqué, con la solución final de Petracchi. Al respecto, véase lo que digo más adelante, en el texto: punto 5, c. 2.

liero y Belluscio del fallo de la Corte; pero, con el ánimo de ser original, D'Alessio puso como ejemplo la facultad del Parlamento de fijar la edad que determina "la minoridad, como presunción absoluta de la incapacidad para comprender la criminalidad del acto..."²⁸.

Es interesante controvertir en particular este ejemplo de la no responsabilidad penal de los menores, porque —según se dice— proviene del subsecretario de Justicia, Enrique Paixão. Y, dada la privilegiada cabeza que tiene Paixão —probablemente, uno de los pocos funcionarios lúcidos del oficialismo, en el ámbito jurídico— si a él se le ha ocurrido dar un ejemplo tan inmejorable, para asistir a los jueces obedientes²⁹, es seguro que no quedaba nada bueno para decir.

Sucede que no es que la impunidad del menor signifique una "presunción absoluta" de que la ley "lo considera inimputable, aunque, en verdad, sea imputable". Ha dicho bien Bacqué que las denominadas "presunciones absolutas" son elipsis verbales para establecer una propia regla de "derecho", y no sobre "hechos"³⁰. En el caso de la responsabilidad del menor, la ley se desentiende de la real capacidad de él de comportarse conforme a derecho, y lo declara directamente no sujeto de la reacción penal que rige para quienes —según el límite de la ley— sean mayores.

Pero, así entendida, esa "presunción absoluta" no puede regir a casos que se hallan sólo en el pasado. Supóngase el siguiente caso: García, de diecisiete años, comete un hurto en vigencia de un régimen de minoridad que declara punibles a los menores a partir de los dieciséis años (al momento del hecho, entonces, García es punible). Durante el proceso, se modifica la ley y se eleva la edad mínima a los dieciocho años. Naturalmente, el Congreso tiene facultades para elevar o disminuir la edad límite, y, en esta hipótesis, Gar-

²⁸ Consid. III, punto 10. El ejemplo viene acompañado de otros que no son mejores.

²⁹ "Obediente" significa, en el contexto de este artículo, defensor del deber de obediencia, o de la validez de la ley 23.521, de "Determinación de los alcances del deber de obediencia". Para los jueces de la Cámara Federal, el adjetivo es adecuado sólo en el segundo sentido, porque, antes de la ley 23.521, el tribunal sostuvo una doctrina que, si bien puede ser discutida en cuestiones de detalle, se enmarca, desde el punto de vista de las conclusiones prácticas, en el ámbito en el que existe un extendido consenso dogmático penal (me refiero especialmente a la sentencia dictada en la denominada causa "Camps" —ver nota 20—).

³⁰ Voto de Bacqué, consid. 10.

cia quedará impune en virtud de la ley más benigna (art. 2º, CP). En cambio, no sería legítimo elevar la edad mínima de la responsabilidad, sólo para un grupo determinado de casos —p.ej., sólo para García—, mientras para los demás autores siguiera rigiendo el límite de los dieciséis años. Y, precisamente, cuando se “legisla” sólo para el pasado se alcanza, por definición, exclusivamente a un grupo determinado de autores. El ámbito natural (futuro) de las normas, asegura, en cambio, su generalidad.

Si volvemos, entonces, a la obediencia debida, mientras el sistema normativo-general sigue considerando relevante para invocar la obediencia que el inferior reciba, de verdad, una “orden”, que ella sea “de servicio”, que el obediente no tenga “capacidad decisoria”, que haya obrado “sin excederse”, etc., la ley 23.521 no podía dar por probadas cada una de las circunstancias de hecho que el sistema normativo-general considera todavía relevantes, e imponerle a los jueces una cierta interpretación jurídica de esos hechos presupuestos por el Parlamento.

Pregunto: si esta ley no implica el ejercicio de funciones judiciales por parte del Congreso, ¿cuál sería entonces el ejemplo de una típica función judicial que sólo pudiera realizar un juez?

Insisto: la determinación de los hechos y la declaración del derecho definen la función judicial.

Crear que esto puede ser burlado por vía de una “presunción absoluta” de aplicación sólo retroactiva vale tanto como decir que el Congreso tiene facultades para decir también; “se presume, sin admitir prueba en contrario, que una determinada ley es constitucional” (aunque no lo sea)²².

¿Creer Faixão o D’Alessio que también ésta es una facultad propia del Congreso?

²² En realidad, este vicio constitucional se halla también en la ley 23.048, que derogó el decreto ley de autoamnistía (registrado como ley 22.924). En efecto, la ley 23.048 dijo en su art. 1º: “Derógase por inconstitucional y declárase insanablemente nula la ley de facto 22.924”. Pero no es el Congreso el órgano competente para declarar nulidades. Sólo porque el contenido de esa ley (23.048) era correcto, su inconstitucionalidad (la de la ley 23.040) era abstracta, porque los jueces eran los que debían efectuar tal declaración. Al respecto, cfr. Sancinetti, *Análisis crítico del juicio a los ex comandantes*, en “Doctrina Penal”, año 18, n° 37, 1987, § 2, I, p. 82.

2) Una sentencia arbitraria

Hemos llegado pues a la conclusión de que la ley 23.521, por su contenido, constituye no una ley, sino una sentencia judicial dictada por el Congreso.

Pero, además de la infracción a la división de poderes, esta sentencia tiene una peculiaridad. Se trata de jueces (los legisladores) que han podido fallar elípticamente cientos de hechos sin conocer el expediente, sin haber tenido a la vista ninguna de las actuaciones.

Es extraño, por cierto, que el Congreso, además de poder arrogarse funciones judiciales, pueda hacerlo sin los recaudos que debe observar un juez para decidir una controversia de tal modo de no violar el principio constitucional del debido proceso: estudiar el caso, oír las alegaciones de las partes y juzgar según constancias concretas, debidamente evaluadas. A ningún juez se le admitiría que dictara una sentencia "a ojos cerrados".

A propósito, señalo que el mismo día en que el proyecto de ley entraba a Diputados, el cabo Cozzani, uno de quienes habían recurrido ante la Corte Suprema la condena impuesta por la Cámara Federal, presentó ante la Corte un desistimiento parcial de su recurso, en el que dijo, entre otras cosas, textualmente: "Sabe V.E. mejor que nadie, que ningún argentino bien nacido puede necesitar una orden para defender a su patria, la vida o bienes de sus semejantes".

Cuando el diputado Manzano, del principal partido de la oposición, narró el episodio en el recinto, su colega del oficialismo, Pugliese, después de verificar la autenticidad de la noticia, expresó lo siguiente: "Pero esto no tiene nada que ver con el proyecto en discusión, porque este último se refiere a procesados y el señor Cozzani es un condenado, cuya sentencia ha quedado firme y, en consecuencia, deberá cumplir la pena de cuatro años de prisión por los delitos en que la Cámara Federal lo ha encontrado incurso"²⁴.

En realidad, la interpretación de Pugliese era absolutamente correcta, según los términos de la ley. Fiel ésta a su carácter de sentencia del Parlamento, la ley 23.521 no alcanzaba a los casos ya juzgados, porque si bien infringía la división de poderes, al menos respetaba los efectos de la cosa juzgada.

²⁴ NCDipNación, DS, 15 y 16/5/87, p. 666.

La mayoría de la Corte Suprema se confundió tanto posteriormente con la aplicación de esta ley, que al fin de cuentas también la aplicó (equivocadamente) en la denominada causa "Campa", y absolvió a Cozzani, quien había privado a la Corte de jurisdicción, al desistir de su recurso.

Sólo Bacqué advirtió que la ley se declaraba (coherentemente consigo misma) inaplicable para esa causa²¹. Por cierto, éste fue un error de la mayoría del tribunal, y no del diputado Pugliese, quien como dije, había interpretado auténticamente bien la voluntad oficial (el sentido de la ley era el de dictar una sentencia, en las causas en las que no hubiera aún una sentencia verdadera).

Pero, dejando ahora de lado que la Corte terminó siendo "más papista que el Papa" (quiero decir: más obediente que los propios legisladores), extendiendo el ámbito de la ley inclusive a casos en los que ya no tenía jurisdicción, lo cierto es que, así como Cozzani, puede haber habido numerosos autores que hayan actuado —como diría el tribunal de Jerusalén en el caso Eichmann— "de corazón y gustosamente", y no por obediencia a orden alguna. Los legisladores, sin embargo, no llegaron a estudiar en absoluto el caso particular de cada procesado.

En pocas palabras: con esta ley, el Congreso efectuó una afirmación de hecho sobre ciertos sucesos que no sólo no conoció, sino que resolvió, para decirlo en términos procesales, contra-evidencia, arbitrariamente.

Por ello, además de ser contraria a la división de poderes, es arbitraria, mirada como sentencia misma²².

3) La inconstitucionalidad por el contenido de la interpretación

Pero el análisis de la inconstitucionalidad de la ley sería incompleto si no dijéramos, también, que la solución de fondo misma es contraria a la Ley Fundamental.

²¹ Ver su voto, consid. 4.

²² Este argumento se halla en ciernes también —si es que lo interpreto adecuadamente— en el consid. 10 del voto de Bacqué, especialmente si decir: "Esta cualidad de la ley se agrava, pues las 'presunciones' que ella establece no son elipsis verbales para establecer reglas de derecho (interpretativas), sino meros juicios de hecho, que sustituyen al criterio autónomo del juzgador sobre las circunstancias discutidas en el proceso por la apreciación arbitraria del legislador" (la bastardilla me corresponde).

En efecto, la ley 23.521 establece una interpretación inconstitucional del deber de obediencia que dice "delimitar", al admitir –tras presuponer la existencia fáctica de una orden del servicio, la incapacidad decisoria, la ausencia de excesos, etc.– que un inferior pueda estar jurídicamente obligado a seguir la orden de torturar o matar por causas políticas.

Aquí, ya la interpretación misma es inconstitucional, aun cuando la ley hubiera constituido una ley verdadera. Es decir, aunque la ley no se hubiera autolimitado a juzgar casos del pasado y hubiera establecido una auténtica regla de derecho –p.ej., es impute todo miembro de las fuerzas armadas que obedezca la orden de un superior, aunque se trate de torturar o matar a personas indefensas–, resulta que, en ese caso, si bien no habría infringido el principio de la división de poderes, habría sido igualmente inconstitucional, porque el Congreso –como he dicho– carece de facultades para permitir que se genere, respecto de ningún órgano estatal, el deber de obedecer una orden con ese contenido.

Sólo por esto, porque sería inconstitucional también una ley que así lo declarara, sería ineficaz, afortunadamente, el argumento que podrían formular futuros torturadores obedientes de ser tratados conforme al principio de igualdad del mismo modo que lo decide la ley 23.521, dado que no habría razón para negarles un trato igualitario, mientras no se estableciera un sistema normativo-general distinto del vigente. Sólo porque esta interpretación auténtica de la ley 23.521, es inconstitucional, ya como interpretación misma, es que ese argumento sería ineficaz.

La ley 23.521 era, en síntesis, contraria a la Constitución argentina, por un triple orden de razones: a) porque constituyó una usurpación de funciones judiciales (una sentencia dictada por el Congreso); b) porque, como sentencia, fue arbitraria; c) porque conduce a un alcance del deber de obediencia que no habría podido consagrar el Congreso, ni siquiera mediante una verdadera regla de derecho, referida al futuro.

c) La fundamentación de los otros votos del fallo de la Corte

1) ¿Fundamentación mayoritaria?

Muy difícil es explicar cómo se formó la mayoría del fallo de la Corte en la sentencia del 22 de junio. Y es muy difi-

cil, porque, según una jurisprudencia del propio tribunal, sus sentencias tienen que lograr una mayoría no sólo en la parte dispositiva, sino también en la fundamentación misma³⁷.

Pues bien, si se exceptúa el voto de Bacqué, los cuatro restantes coincidieron en la decisión final relativa a la validez constitucional de la ley, pero es imposible lograr una armonía entre, al menos, tres de los cuatro votos.

Los jueces del tribunal, Caballero y Belluscio —que suscribieron un mismo voto—, dijeron que la ley “establece la presunción *iuris et de iure* de no punibilidad...”³⁸; que “la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes”. “Esto es especialmente así —agregaron enseguida— cuando el Congreso de la Nación ejerce su elevada facultad de lograr la coordinación necesaria entre los distintos intereses, de modo que prevalezca el de la comunidad toda”³⁹. Sostuvieron también que al Congreso “le está atribuido declarar la criminalidad de los actos, desinriminar otros e imponer o suprimir penas... como consecuencia de la facultad que le otorga la Ley Fundamental de dictar, entre otros, el Código Penal...”⁴⁰. Y, por último, que integraba esa facultad el “dictar una modificación legislativa de carácter objetivo, que excluya la punición o impida la imputación delictiva”⁴¹.

Esto es todo lo importante en lo que concierne a la validez constitucional de la ley. No hace falta agregar nada a lo ya dicho. Este voto no se hace cargo de ninguno de los terminantes argumentos que nutrían el inestimable voto de Bacqué.

Petracchi y Fayt, en cambio, votaron separadamente.

Un interesante comentario escatológico que circuló por los pasillos de tribunales bajo el título: *La obediencia debida*

³⁷ Personalmente, no coincido con ese criterio. Los tribunales colegiados deben llegar a un acuerdo sobre la solución concreta del caso. No necesariamente por los mismos fundamentos. Acerca de esto, sin embargo existen numerosas cuestiones de detalle a discutir.

³⁸ Consid. 6.

³⁹ Consid. 11.

⁴⁰ Consid. 12.

⁴¹ Consid. 13. En este mismo considerando se califica dogmáticamente a esta causal de imputación, como “*excusa absolutoria*”. Contra esto, cfr. Núñez, “Son ilimitadas las facultades del Congreso”, en “*Doctrina Penal*”, año 19, n.º 38, 1987, p. 394 y ss., nota 2.

y la salvación de las almas, firmado por un tal Milton Alighieri (un seudónimo, con toda seguridad), dijo que estos jueces "intentaron una transacción imposible entre la luz y las tinieblas".

La descripción es acertada, a mi juicio, sólo respecto de Petracchi, cuyo voto tiene varios destellos de luz, en todo lo que sigue literalmente al voto de Bacqué²², para concluir en la tiniebla propia de convertir a la ley —a fin de salvar su validez—, en una ley de amnistía²³. No había ningún derecho a utilizar "la bella prosa empleada por Bacqué"²⁴, para terminar diciendo que la ley valía igualmente como amnistía. Además, era técnicamente contradictorio hacer las dos cosas a la vez. Si la ley hubiera sido realmente una ley de amnistía, no habría hecho falta, en absoluto, analizar la interpretación correcta del art. 514 del CJFM, como lo hizo Petracchi —para parecer un demócrata—, porque una amnistía quita al juez la jurisdicción sobre la ilicitud del hecho amnistiado: si el imputado ya estaba condenado, extingue la pena; si no lo estaba, extingue la acción; pero no admite juicios acerca de las ilicitudes eventuales de las conductas alcanzadas por la amnistía.

Enseguida explicaré por qué razones era conceptualmente equivocada, además, la interpretación de que esto pudiera constituir una amnistía, considerada en sí misma. Por el momento, es preciso ver cómo votó el restante ministro.

El voto de Fayt fue, en realidad, a despecho de lo que opine Alighieri, una transacción entre dos posiciones igualmente tenebrosas: el voto de Caballero y Belluscio, por un lado, y la parte propia del voto de Petracchi, por el otro.

²² Los consid. 4 a 23 del voto de Petracchi siguen, casi a la letra, los consid. 21 a 50 del voto de Bacqué. El consid. 24 es propio (tres párrafos que explican el texto de la ley). Los consid. 25 a 33 siguen de nuevo —con ligeros cambios de redacción o de orden de los mismos párrafos en contextos análogos— a los consid. 3 a 13 del voto de Bacqué.

²³ Cfr. los consid. 34 a 39 del voto de Petracchi, cuyos argumentos convierten Bacqué en los consid. 13 y 14 (también contienen argumentos contrarios a la validez de la amnistía de los hechos atroces los consid. 40 y 41 del voto de Bacqué que, raramente, Petracchi ha incluido también en su propio voto como consid. 13 y 14; y si bien ha suprimido algún párrafo decisivo, tales considerandos saben igualmente a poco compatibles con la solución de Petracchi de la validez de la ley 22.521, reconvertida en amnistía —al respecto, véase a la nota 48—).

²⁴ Como la denominó el periodista Horacio Verbitsky, en *El Periodista*, del 26/6/87 al 2/7/87, p. 4.

Fayt dijo, en efecto, que el Congreso tenía facultades para dictar esta ley, fuera porque ejercía con ello funciones auténticamente legislativas, fuese porque, si no, dictaba una amnistía, pero, en cualquier caso, tendría facultades suficientes⁴⁵.

Ocurría, sin embargo, que la Corte debía llegar, según su doctrina, a una mayoría en los fundamentos. Y, dado que el voto de Caballero y Belluscio era lógicamente incompatible con el de Petracchi, Fayt no podía dividir el suyo en dos mitades, sin decidir la controversia interna surgida en el seno de la mayoría, porque ello implicaba dictar un fallo con una fundamentación mayoritaria del 50 %, quiero decir: de dos votos y medio.

Pero, a esta altura de las circunstancias no se podía pretender "sutilezas formales". Bastó con una mayoría relativa, que no pasaba de la mitad (si es que llegaba a ella), a pesar de la auténtica nulidad formal que quedó anidada así en uno de los fallos más criticables desde el punto de vista material que pueda registrar la historia de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, historia que, de por sí —vale la pena reconocerlo—, no carece de abundantes recuerdos tristes.

2) La tesis de la amnistía

Con relación a la tesis de Petracchi, en particular, es preciso distinguir dos cuestiones: la de por qué la ley no constituía una amnistía, y la de por qué estos hechos no son legítimamente amnistiables.

a) Amnistía y declaración de inocencia. Ciertamente, para el jurista poco avezado, la ley tiene algo que la acerca a

⁴⁵ Cfr. el consid. 3: "Que las facultades del Congreso Nacional tienen la fuerza suficiente para operar el efecto que la ley persigue en el caso. La cuestión de determinar si es ésta una modificación legislativa o una amnistía parece aquí estéril si se atiende a que en ambas hipótesis estuvo en los poderes del Congreso el dictarla". En el mismo considerando, Fayt señaló que la ley tendía a "asegurar la supervivencia misma del Estado", aunque este argumento proveniente del "pragmatismo" no fue acompañado del menor prurito de fundamentación. En este aspecto, la justificación del oficialismo consistió, más o menos —sin decirlo demasiado explícitamente—, en que: a) la "razón de Estado" constituye una causa supraconstitucional de justificación para infringir las competencias constitucionales; b) la invocación de la "razón de Estado" no es revisable judicialmente; en conclusión: c) cuando el gobierno invoque la "razón de Estado" para infringir la Constitución, la infracción a la Constitución pasa a ser no judicializable. Un encuentro de razonamiento.

una ley de amnistía, precisamente por pretender regular sólo hechos del pasado. En esto, Petracchi vio bien que, o decía que era una amnistía —la cual, por definición, siempre se refiere únicamente a hechos del pasado—, o la ley era inválida, aunque Caballero, Belluscio y la mitad de Fayt, dijeran lo contrario.

Pero no basta con que un texto se refiera a hechos del pasado, y determine su no posibilidad, para que se trate de una ley de amnistía. La amnistía es una causa de extinción de la acción penal o de la pena; esto significa que, si bien no supone conceptualmente, de modo necesario, el carácter criminal del hecho amnistiado, sí supone siempre, necesariamente, que el hecho pudo haber constituido un crimen. Y esto es incompatible con una ley que declara que un sujeto actuó efectivamente dentro de los límites de su deber de obediencia, o que abre un juicio cualquiera acerca de la calificación jurídica concreta que le corresponde a un cierto hecho (justificado, inculpable, disculpado).

Esto tiene infinidad de efectos prácticos de los cuales sólo traeré a colación, expresamente, las consecuencias derivadas en materia de responsabilidad civil. Un actor civil ve perjudicada su situación procesal frente al demandado, si se tiene por cierto que éste actuó en cumplimiento de órdenes de un superior, y sin capacidad de revisión, etc., cuando cometió el hecho que motiva la demanda. La amnistía, en cambio, no altera en modo alguno esa situación procesal, precisamente porque el Código Penal aclara que la amnistía no influye —ni a favor, ni en contra— respecto de las "indemnizaciones civiles" (art. 62, CP).

En síntesis, esta ley, más allá de su desacierto valorativo, y de su invalidez constitucional, no es, técnicamente, una ley de amnistía, aunque, desde el punto de vista político, haya tenido efectos análogos⁴⁸.

Contra esto, no se debe argumentar —como Petracchi que si el legislador quiso amnistiar, aunque se haya expresado por medio de una sentencia, el intérprete debe conside-

⁴⁸ Si se compara esta conclusión con las de mi trabajo Valieler y el congreso del proyecto de "punto final", en "Doctrina Penal", año 10, n.º 37, 1983, p. 117 y ss., se verá que la ley de punto final sí constituyó, técnicamente, una ley de amnistía (desigualitaria, y, por tanto, inválida), aunque, políticamente, no le resultó al gobierno como tal. A la inversa, la ley de obediencia debida no constituyó, técnicamente, una amnistía, aunque sí lo fue políticamente.

rar a la ley como una amnistía, para evitar que se frustrase esa finalidad. El propósito de no frustrar la intención política del legislador es una pauta orientadora de la interpretación teleológica, dentro de varias posibilidades que pueda permitir un texto ambiguo, pero no autoriza a reescribir una ley que no existe, como se ha hecho en el voto de Petracchi⁴⁷.

b) Inamnistiablez de la tortura y del homicidio de Estado por causas políticas. Pero más allá de los argumentos conceptuales, que demuestran que la ley 23.521 no constituyó una amnistía (aunque políticamente lo haya sido), es importante poner en claro que la más sana interpretación del art. 29 de la Ley Fundamental, impide la amnistía de los delitos que hayan implicado que "la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna".

En efecto, en Fallos, 234:16, la Corte Suprema, en concordancia con el dictamen del Procurador General Sebastián Soler, declaró que los términos enfáticos en que está redactado el art. 29 de la Constitución —que prohíbe a los legisladores la concesión al Ejecutivo de facultades extraordinarias, y asimila los actos de esta naturaleza a la traición a la patria—, determinan que ese delito no puede ser válidamente amnistiado por el Congreso, en la medida en que la amnistía implica, en cierto sentido, una derogación parcial, o privación de efectos, de la norma incriminante⁴⁸.

Este principio fue ampliamente aplicado por la jurisprudencia de este mismo período constitucional, especialmente para negar validez al decreto ley conocido como "ley de autoamnistía", que el gobierno militar había dictado como último estertor de su gestión.

En verdad, si el argumento dado por la Corte en Fallos, 234:16, fuera desarrollado coherentemente, habría que concluir que el órgano competente para amnistiar un delito sólo sería aquel que tiene competencia para establecer la norma penal respectiva y derogarla. Dicho de otro modo: ningún órgano podría amnistiar los delitos que no podría derogar.

⁴⁷ Los fundamentos de esta "reconversión" se hallan en los consid. 34 y 35, únicos que dan el verdadero fundamento (equivocado) de la decisión real de Petracchi. A ellos debió reducirse ese voto.

⁴⁸ Ver un planteo más extenso de este punto, y su relación con las amnistías, en Sancinetti, *Validez y alcance del proyecto de "punto final"*, en "Doctrina Penal", año 10, n.º 37, 1987, p. 117 y ss., especialmente p. 134 y siguientes.

Entonces, dado que el Congreso carece de facultades para derogar los delitos constitucionales, como el ejercicio de actos que impliquen la detentación de la suma del poder público, el homicidio estatal por causas políticas, y la tortura, tampoco podría amnistiarnos¹⁰.

Contra esta idea, sin embargo, en su ya citado voto del 23 de junio, el juez D'Alessio ha ensayado un buen argumento, que impone precisar aquel principio. Dijo que, si así fuera, habría que considerar inamnistiable al delito de sedición, expresamente mencionado en el art. 23 de la Const. Nacional¹¹.

El argumento tiene realmente efecto, porque, dado que la historia argentina registra innumerables ejemplos de amnistías por delitos de sedición, el citado argumento de la incompetencia del Congreso para amnistiar delitos constitucionales, parecería conducir a consecuencias que nunca fueron tenidas por válidas.

Sin embargo, hay que reconocer también contra esto, que la historia de la jurisprudencia de la Corte muestra una constante inadmisibilidad de la amnistía de los "delitos atroces", unas veces con esta misma expresión, y otras, las más antiguas, con la mención a los "actos de barbarie y vandalismo"¹².

¹⁰ Este es el sentido de la sentencia del 4/10/84 de la Sala I de la Cámara Federal de Buenos Aires (re: "Fernández y Argenti"). Mediante este fallo, el tribunal declaró la nulidad de la sentencia, procesalmente firme, dictada por la Cámara en la anterior integración de facts, que había declarado la extinción de la acción penal de diversos procesados, por aplicación del decr. ley de autoamnistía. Especialmente coincidente con el texto es el voto de Gil Lavedra, consid. IV, con quien estuvieron de acuerdo sus colegas de Sala (Arlanarán y Torlasco): "La posibilidad de amnistiarse a sí mismo es algo vedado para el Congreso de la Nación, y con mayor razón para quien por la fuerza usurpe sus funciones, habiendo declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el art. 23 representa un límite infranqueable que el Poder Legislativo no puede sortear mediante el ejercicio de su facultad de conceder amnistías". En el consid. V recordó Gil Lavedra las palabras del diputado Vancosi y del senador De la Rúa del debate de la ley 23.040, que declaró "inconstitucionalmente nula" a la autoamnistía. La Sala II de la Cámara Federal también anuló anteriormente sentencias que habían aplicado la autoamnistía (ver causa "Rolando Vieira", fallada el 6/3/85). Todos estos funcionarios bajaron sus banderas al tiempo del debate y posterior aplicación de la ley 23.521.

¹¹ Su voto del 23/6/87, punto III, si aunque su tesis no parte de considerar a la ley como amnistial. En el mismo lugar ofrece otros argumentos, pero no me parecen importantes.

¹² Cfr. el voto del ministro Jorge Bacqué, consid. 40 y 41. CSJN, Fallos, 21:121; 115:362; 284/315; 354-412 y sus citas.

Y, si se tiene en cuenta que a esta clase de hechos están referidos, antes que nada, las cláusulas pétreas de los arts. 18 y 29 de la Constitución, es factible concluir que la doctrina de Fallos, 234:16, sólo es aplicable a aquellos casos que pongan en peligro los derechos humanos, especialmente si ellos quedan "a merced de gobiernos o persona alguna" (arg. art. 29, Const. Nacional). El carácter pétreo de ambos preceptos constitucionales y la fundamentalidad de los valores comprometidos explicarían que el Congreso carezca de competencia para privar de efecto a la norma constitucional incriminante, que sí retendría por vía del art. 67, inc. 17, de la Constitución, para los demás casos.

Esta interpretación histórica y teleológica pondría a nuestra estructura constitucional de 1853, en plena armonía con el derecho internacional actual, especialmente con la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968) y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder (1985)²¹.

Si, en cambio, se cree que la doctrina de Fallos, 234:16, sólo pretende proscribir la autoamnistia, el autopérdón, entonces, se pierde el sentido más valioso de esa doctrina; pero, además de ello, se pierde de vista también que eso no podría conducir a una solución distinta, dado que la ley 23.521, desde el punto de vista político (aunque no jurídico) constituye una autoamnistia impuesta al Congreso por la autoridad mediata de un grupo de oficiales del Ejército que el gobierno no pudo reducir, o no supo hacerlo.

Mucho más edificantes y alentadoras eran, por ello, las ideas de D'Alessio, y de los jueces de la Cámara Federal toda de Buenos Aires, cuando les tocó negar validez al decreto ley de autoamnistia del régimen militar. Y lo hicieron, inclusive (correctamente), para negar los efectos de la cosa juzgada a los sobreseimientos, procesalmente firmes, dictados por el mismo tribunal, en su anterior composición de facto.

Por aquel entonces, 6 de marzo de 1985, D'Alessio hizo suyas estas palabras de un juez de la Corte Suprema americana de 1798: "hay ciertos principios vitales en nuestros gobiernos republicanos libres que determinan y prevalecen so-

²¹ También, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (1948; Argentina, 1956) y la ya citada Convención contra la tortura otras tratos o penas crueles inhumanos o degradantes (1984; Argentina, 1986).

bre un evidente y flagrante abuso del Poder Legislativo: como lo es autorizar una injusticia manifiesta mediante el derecho positivo"²².

En cambio, en su reciente voto del 23 de junio de 1987, citando a otro juez americano, le tocó decir esta vez: "No podrá nunca ser suficientemente enfatizado que la propia opinión acerca de si es la ley sabia o dañosa debe ser absolutamente dejada de lado cuando uno está cumpliendo su deber desde el estrado"²³.

Para volver entonces, ahora, al voto de Petracchi, y a la invalidez que tendría la ley 23.521, aun cuando hubiera sido una verdadera ley de amnistía, debo decir que no valía la pena que este ministro se esforzara tanto en torcer las claras palabras jurisdiccionales de la ley, para intentar convalidar como amnistía un texto de este grado de inmoralidad, cuando había una jurisprudencia centenaria de la Corte contraria al perdón de la atrocidad y la barbarie. Para hacer esto, era preferible que se adhiriera lisa y llanamente al voto de Caballero y Belluscio²⁴.

6. EL FINAL

Llega el punto de evaluar moral y políticamente este triste final.

A comienzos de este año, habían aparecido dos artículos de filosofía moral que intentaban persuadir al hombre de la calle acerca de los fundamentos éticos de la denominada ley de punto final, sancionada en diciembre del año pasado. Según estos filósofos, la ley no modificaba en modo alguno la tradición del partido oficial de respetar de manera irrestricta los principios morales.

El primero de esos artículos fue publicado por los asesores presidenciales Jaime Malamud Goti y Ricardo Entelman,

²² Cfr. su voto en la causa "Rotando Vieira", del 60385, punto II, párrafo 4º, con cita del juez Chase, en 3 Dallas 386.

²³ Su ya citado voto del 23/6/87, punto III, 10, con cita del juez Frankfurter, en 319 US 624, 646-647.

²⁴ Acoto aquí que la referencia al art. 3º de la Convención contra la tortura, que hace Petracchi, en el corral. 35 de su voto -sobre la base de que "una amnistía no legitima ni justifica esa conducta"-, como si, por ello, la amnistía no estuviese en contra del texto de la Convención, es equívoca. Al respecto, cfr. de la Cruz, A., *Due Obedience, Torture and Violations of International Law*.

en numerosos diarios del interior del país⁷⁴. El restante, aparecido en una revista de información general, fue escrito por Osvaldo Guariglia, un filósofo amigo del opaco subsecretario de Derechos Humanos⁷⁵.

Tuvieron el coraje de decir, entre otras cosas, Malamud y Entelman, que una vez que la democracia se autoconstata como fuerte y sólida, ya no necesita aplicar la pena a todos los culpables: basta con algunas sanciones ejemplificadoras⁷⁶. Y presentaron este punto de vista como si derivara de alguna teoría vigente de aquellas que explican la legitimación moral del castigo estatal. Guariglia, en un texto mucho mejor escrito desde el punto de vista de su redacción formal, tras proponer una serie de distinciones totalmente radicales⁷⁷ dijo que las críticas éticas y políticas contra el gobierno sólo provenían de la que denominó la "izquierda real"⁷⁸.

No hay tiempo aquí para considerar en detalle los respectivos puntos de vista de estos autores. Sólo diré que, con filósofos así, ni siquiera harían falta presidentes claudi-

⁷⁴ Por ejemplo, diario *Río Negro*, 191287, p. 11: *Causas militares: fundamentos éticos e implicancias políticas*. Los argumentos son casi íntegramente reproducidos en los considerandos del decreto 92/87 del 22/1/87, en el cual el Presidente de la Nación encomendaba al Procurador Gauza "instruir a los fiscales", con el fin aparente de arribar al menor número de procesamiento posibles. El Procurador concretó las "instrucciones", las cuales, a mi juicio, fueron ilegítimas. El artículo de Malamud, Jaime Eristman, Ricardo, fue reproducido como *La ley de punto final. Respuesta al profesor Julio Maier*, en "Doctrina Penal", año 10, n° 38, 1987, p. 339 y siguientes. Para esta segunda publicación los autores —además de modificar el título— agregaron un intento de réplica al dictamen de Maier (ver Maier, Julio, *El proyecto de "punto final"*, en "Doctrina Penal", año 10, n° 37, 1987, p. 141 y siguientes). Las ideas agregadas —que no tratan en profundidad el dictamen que critican— no son mejores que las de la primera parte, que se república. Especialmente desafortunada me parece esta afirmación de los asesores del Presidente: "Lo que no puede negársele al Estado es la facultad de balancear mediante actos políticos cuándo le conviene renunciar a la institución de la pena en virtud o una mejor defensa de los derechos individuales" (sic, p. 346). Sólo me parece atinada la confesión del último párrafo: "Nos disculpamos por la longitud del trabajo, que debe resultar insostenible a más de uno".

⁷⁵ La condena a los ex comandantes y la ley de extinción de las causas: un punto de vista ético, en revista "Vuelta 9", Bs. As., Sudamericana, año I, abril de 1987, p. 9 y siguientes.

⁷⁶ *Río Negro*, 191287.

⁷⁷ "Radicales", en el mal sentido de la expresión.

⁷⁸ La condena a los ex comandantes y la ley de extinción de las causas: un punto de vista ético, en revista "Vuelta 9", p. 12.

cantes: bastaría con el gobierno de los filósofos. Es un recurso desleal denominar izquierdista, real o imaginario (para parafrasear a Guariglia), a todo aquel que cree de verdad en el valor de la dignidad del hombre, de su vida. Esto no es justo para con los liberales no izquierdistas, si son honrados y auténticos. Por ello, desearía ver escritos dos artículos rectificatorios de esos recientes ensayos de filosofía ética por aquellos que, en otro tiempo, defendían valores cercanos a los míos. No sé, por ello, si estos filósofos estarían dispuestos, también hoy, a defender la moralidad irrefragable del gobierno, con relación a la defensa de los derechos fundamentales.

Por mi parte, permítaseme mostrar aquí el grado de deterioro del respeto a los derechos humanos y al valor del principio republicano, habido durante este gobierno constitucional, con sólo confrontar los resultados que he criticado en esta exposición, con las promesas contenidas en el Mensaje a la legislatura que leyó el Presidente de la Nación el 10 de diciembre de 1983, primer día de su gobierno: un discurso verdaderamente memorable y conmovedor; excelente en muchos aspectos.

Aquel día dijo el Presidente: "Una savia común alimentará la vida de cada uno de los actos del gobierno democrático que hoy se inicia: la rectitud de los procedimientos"¹¹.

"...Hoy ha terminado la inmoralidad pública. Vamos a hacer un gobierno decente (aplausos -acota aquí el Diario de la Cámara de Senadores-)... convocamos a los argentinos, no solamente en nombre de la legitimidad de origen del gobierno democrático, sino también del sentimiento ético que sostiene a esa legitimidad".

"Este sentimiento ético constituye uno de los más nobles movimientos del alma. Aun el objetivo de constituir la unión nacional [afirmaba en aquella época el mandatario] debe ser cabalmente interpretado a través de la ética..."

"Quienes piensan que el fin justifica los medios suponen que un futuro maravilloso borrará las culpas provenientes de las claudicaciones éticas y de los crímenes. La justificación de los medios en función de los fines implica admitir la propia corrupción [decía, por entonces], pero, sobre todo, implica admitir que se puede dañar a otros seres humanos, que se puede someter al hambre a otros seres humanos, que

¹¹ Mensaje del 10/12/83, HCS de la Nación, DS, 1983, p. 77-104.

se puede exterminar a otros seres humanos, con la ilusión de que ese precio terrible permitirá algún día vivir mejor a otras generaciones..."

"Toda esa lógica de los pragmatismos cívicos remite siempre a un porvenir lejano. Pero nuestro compromiso está aquí..."

"El ciudadano común percibirá, de la mañana a la noche, la diferencia entre el autoritarismo y la democracia. Puedo asegurar (agregaba enfáticamente Alfonsín) que seremos totalmente honestos, desde el punto de vista intelectual, en la administración de los medios de comunicación en manos del Estado, y que ellos serán conducidos no solamente con limpieza administrativa sino con limpieza política, de modo que nunca más alguien tenga que rechazar o subvalorizar una noticia por provenir de un canal oficial y que nunca más nadie pueda suponer que se le retacea la información completa a que tiene derecho... (aplausos -dice aquí, de nuevo, la edición oficial de la Cámara de Senadores-)"

Poco antes de ese párrafo, había dicho el Presidente: "Termina hoy el estéril tutelaje sobre los habitantes de este país (Aplausos prolongados). Eso quiere decir que el gobierno retoma su tradición como defensor del Estado de derecho y de las libertades públicas y quiere decir, también, que los ciudadanos recobran el pleno ejercicio de sus responsabilidades ¡Muy bien! ¡Muy bien! Aplausos -vuelve a decir aquí el Diario de la Cámara de Senadores-)"

Y enseguida de eso: "Nosotros privilegiaremos, por lo tanto, la plena vigencia de los derechos humanos y la necesidad de dismantelar el aparato represivo (aplausos prolongados). Los señores legisladores se ponen de pie -acota textualmente, como con orgullo, la edición oficial-)"

Y mucho después: "No habrá más golpes de Estado ni 'planteamientos' militares en la Argentina del futuro. Construiremos una República leal consigo misma y con sus ciudadanos, que no podrá ser traicionada nunca en su esencia democrática ni en su regularidad constitucional sin que el peso de semejante aventura recaiga sobre sus improbables protagonistas. Vamos a vivir todos en un orden de legitimidad basado en las periódicas decisiones soberanas de las mayorías populares"

Algunos de ustedes oirán, quizá con disgusto, que haya traído a cuento estas palabras del Presidente -de cuando se presentaba como restaurador de la ética y propietario exclusivo de ella- en un momento en que se vuelve a oír que la po-

litica no tiene nada que ver con la moral, en momentos, en fin, en que, en contra de todas las promesas, el "discurso pragmático" ha desplazado al "discurso ético". Pero era preciso para mí dejar en claro que muchos de quienes hoy clamamos en favor de los principios esenciales del Estado de derecho, del valor de la dignidad del hombre, de la vida, somos algunos de aquellos que, tal vez por ingenuidad, tomamos en serio, al comienzo, la palabra del Presidente, en la que hoy no podría yo confiar en absoluto.

Los juristas independientes y verdaderamente interesados por la verdad, no debemos dejar de lamentarnos cada día de nuestra vida, por el modo en que se ha engañado al hombre "de la calle", y conculcado el valor justicia, de manera tan contraria a todos los principios.

UNIVERSITARIAS

OTOÑO FILOSÓFICO EN LAS UNIVERSIDADES ARGENTINAS

CARLOS COSSIO

I. EXORDIO

Desde hace mucho tiempo el tema de una decadencia universitaria ya visible y latente, está en el lenguaje de todos aquellos que, como docentes o alumnos, sienten que tienen algún compromiso con la Universidad. Particularmente, el tema estuvo siempre entre los que más me inquietaron, acaso porque toda mi vida intelectual se desarrolló entre los claustros, acaso porque la Universidad merece —sea cual fuere su estado— una preocupación incardinada con el compromiso existencial de todos.

Hace casi sesenta años mi tesis doctoral versó sobre la Universidad argentina; seis décadas han pasado y la cuestión tiene la misma actualidad; en la misma medida en que es allí donde las generaciones de hombres y mujeres se educan o no, donde se hace o se deshace el porvenir, debería crecer la preocupación oficial y la responsabilidad de los profesores.

También deseo presentar la semblanza de lo que era la enseñanza de la filosofía del derecho en la Argentina como nivel latinoamericano, antes de ocupar yo la cátedra en la Universidad Nacional de La Plata; la transformación que sufrió esa enseñanza en todo el subcontinente desde 1935 en adelante con motivo de mi docencia en esa Universidad y en la de Buenos Aires desde 1947; cuál ha sido la situación de esa enseñanza con motivo de mi separación de la cátedra en 1956 por el gobierno militar entonces en el poder; y cuál es la situación actual, con profesores de distinto rango intelectual y preocupaciones científicas también diferentes.

Por último, deseo plantear como interrogante si mi enseñanza universitaria desarrollada como filosofía de la ciencia del derecho, ha demostrado contener, por su dualidad, algún germen de importancia como filosofía fundamental para los filósofos y como metodología científica para los juristas.

2. LAS PRIMERAS INNOVACIONES ECOLÓGICAS EN LA UNIVERSIDAD

La filosofía del derecho en las cuatro universidades argentinas que impartían su enseñanza (las de Buenos Aires, Córdoba, el Litoral y La Plata), era una repetición mecánica y cruda del *Tratado de filosofía del derecho* de Stammler; sólo en La Plata se la adornó con algunas pequeñas concesiones a Del Vecchio. No se estudiaba ni se leía nada de Kant o sobre Kant que permitiera avistarlo con precisión; las referencias a éste había que tomarlas de los manuales de historia de la filosofía. Con esta total laguna filosófica no cabía entender la pretensión kantiana ni la pretensión neokantiana en Stammler, sea con relación al derecho sea con relación a una ciencia del derecho. La enseñanza era un esfuerzo nemotécnico y vacío y por eso mismo ininteligible y carente de todo interés intelectual.

Cuando tuve la plena responsabilidad de la cátedra impuse las siguientes lecturas mínimas:

Savigny, los capítulos relativos a su teoría general del derecho contenidos en su obra *Sistema de derecho romano actual*, extensa, de varios tomos e inconclusa, y accesible por su traducción francesa. (En su momento esos capítulos fueron editados en castellano, en un volumen junto con los breves y famosos ensayos de von Kirchmann, Zitelmann y Kantorowicz, que le dan un adecuado horizonte, bajo los auspicios del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social del cual yo era presidente.) Esta lectura como bibliografía iusfilosófica causó un tremendo desconcierto; entre los juristas cayó bien pero no así entre los iusfilósofos, quienes con benévola sonrisa se ponían en guardia para no rebajar la jerarquía de la disciplina con trivialidades empíricas atinentes al derecho positivo. Yo tenía plena conciencia de que estaba haciendo entrar un elefante en un bazar; pero también la tenía de que eso mismo había hecho Kant cuando asentó el problema filosófico de la experiencia física y el del conocimiento de ella, sobre la obra de Newton a pesar de la tesis de Hume. Se necesitaba para la iusfilosofía el New-

ton de la experiencia jurídica y de la ciencia normativa del derecho que diera un suelo firme a ellos para transitarlas y explorarlas; y ese Newton —con el handicap señalado a este efecto en el § VI del Prefacio de la segunda edición de mi *Teoría egológica*— era, sin disputa posible, Federico Carlos de Savigny.

Pero esta confluencia con la ciencia requería, para tematizarla filosóficamente, alguna total asunción filosófica desplegándose como método e instrumento de análisis. Nunca he pensado en hacer filosofía del derecho a secas, esto es, encerrada en ella misma pretendiendo su propia autosuficiencia. Siempre he sentido que la tarea auténtica del iusfilósofo era hacer filosofía general desde la filosofía del derecho. Por eso programé expresamente hacer filosofía de la ciencia del derecho, ya que a la filosofía del derecho a secas, sólo le quedaba en tal caso identificarse o con la especulación iusnaturalista por teologismo o con el pensamiento público del sentido común por sociologismo, o con vulgarizaciones del pensamiento doctrinario de los juristas por cientificismo, tres cosas expresamente descalificadas por la teoría egológica. Así se dio como propedéutica la siguiente mínima bibliografía filosófica:

Para Kant: El libro *La crítica de Kant* por Joseph Maréchal S. J., o en su defecto *La filosofía de Kant* por Manuel García Morente.

Para Husserl: *Abreviatura de investigaciones lógicas*, condensación de Fernando Vela.

Para Dilthey: Dos capítulos de *Introducción a la ciencia del espíritu* y uno de *El mundo histórico*.

Para Heidegger: *La filosofía de Martín Heidegger* por A. de Waehtens S. J.

Y lo más inesperado, en rasante sustitución de Stammler, se dio para una tercera dimensión de la cátedra, esta específica bibliografía mínima para la asignatura:

Hans Kelsen, introducido en la enseñanza latinoamericana de la filosofía jurídica en 1935, con mis primeras clases en la Universidad platense. El texto de entonces fue *La teoría pura del derecho*, todavía inexistente en alemán, en la versión resumida de sus apuntes de clase tomada por L. Legaz y Lacambra y editada con autorización de Kelsen en Madrid en 1933 por la Editorial de la Revista de Derecho Privado; texto éste integrado por el extenso ensayo sobre la norma fundamental por mí escrito y publicado en 1935 en los *Anales VII*, de mi Universidad y editado en 1936 por

Bosch, editorial de Barcelona como apéndice de mi libro *El concepto puro de revolución*. Esta presencia de Kelsen en las Universidades latinoamericanas comenzó a ser avasalladora desde los años 1940-41; mi ensayo *El sustrato filosófico de los métodos interpretativos* y mi libro *La valoración jurídica y la ciencia del derecho* obligaron —al menos en la Argentina— a que los programas de enseñanza nombraran al autor hasta entonces ignorado en ellos; importantes textos de introducción al derecho de circulación continental, como el de Aftalión y García Olano —trabajo hoy aumentado inteligentemente por el doctor Vilanova, un brillante egológico por cierto— por los añadidos que presentaba desde su 4ª edición que en esos años se agotaba y que en las sucesivas se multiplicaron o el texto de Eduardo García Máynez dado a luz precisamente en esos años y que le confería un lugar prominente, hicieron impostergable la recepción del egregio maestro por parte de la enseñanza oficial. También en 1941 aparece la primera traducción completa y directa de *La teoría pura del derecho* bajo el patrocinio del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social y que era texto obligatorio en mi cátedra para enfrentar a mis colegas stammlerianos; actitud que fue asumida en todo el subcontinente por los profesores de la nueva generación.

También otra figura prominente, si no ignorada, si igualmente excluida de la enseñanza oficial de la filosofía del derecho en la América latina, la de Oliver W. Holmes, fue incorporada a la enseñanza de mi cátedra en las dos líneas que siguieron sus discípulos de habla inglesa: la de Cardozo y Pound por un lado y la de Frank y Llewellyn por otro. En 1955, por sugestión de mi cátedra, fue editado en Buenos Aires el libro de Cardozo, *La naturaleza de la función judicial* y pocos años después el de Holmes, *La ruta del derecho* por iniciativa y traducción del profesor Genaro R. Carrió.

También ingresó a mi enseñanza el estudio de Carlos Marx, indispensable para equilibrar el panorama iusfilosófico del Occidente contemporáneo y especialmente importante para comprender el problema de las ideologías por su base filosófica. El primer capítulo de su libro *La ideología alemana*, daba como punto de partida una lectura ineludible y de fácil inteligencia, amén de sus sorprendentes concordancias con la filosofía existencial que los exegetas académicos de esta filosofía eluden destacar.

Y por último incorporé a mi enseñanza iusfilosófica dos nombres llamados a tener una singular resonancia entre los docentes argentinos con quienes el gobierno militar de 1956

reemplazó a los que él había destituido; el filósofo finés Georg Henrik von Wright, quien era catedrático en Oxford como sucesor de Wittgenstein, y el iusfilósofo danés Alf Ross, profesor en las Universidades de Copenhague y Uppsala.

Von Wright, creador de la lógica deóntica, había publicado en la revista *Mind*, en enero de 1951, el ensayo que en este sentido le dio fama en el bien organizado grupo de la filosofía lingüística y lógica con sede en Oxford. En abril de ese año, previa traducción mimeográfica del ensayo de von Wright efectuada por los señores Tomás Boywit y Angel Casares, se realizó en mi cátedra con gran éxito un seminario sobre la lógica deóntica. Allí conocí, entre los concurrentes, al futuro profesor Carlos Alchourrón. Y a fines de ese año, en el Congreso de Filosofía celebrado en Lima para conmemorar el cuarto centenario de la Universidad de San Marcos, comenté el hecho con los profesores Eduardo García Máynez y Francisco Miró Quesada, quienes se interesaron por el tema y me pidieron el envío de las Actas de aquel seminario, las que, naturalmente, les fueron remitidas a mi regreso a Buenos Aires. Hasta ese momento no había llegado ni a Lima ni a México, la noticia de la creación de von Wright. Mi opinión para ésta fue negativa desde ese primer contacto, como se verificará más adelante.

Respecto de Ross, otro gran desconocido en la enseñanza oficial, lo incorporé a mi cátedra con entusiasmo en 1950. En 1952, invitado por la Universidad Nacional Autónoma de México a dar un cursillo sobre *La verdad jurídica* para conmemorar el cuarto centenario de su fundación, aproveché la oportunidad para hacerlo conocer allí, destacándolo con singular énfasis. El curso fue editado en Buenos Aires en 1954 bajo el patrocinio del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, el que también patrocinó la traducción del libro de Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho*, que recién en 1961 pudo editarse y que a mi juicio es su mejor obra por la manera insuperable con que muestra el sentido y la profundidad de la crisis de la ciencia jurídica occidental, siendo su orientación sociologista de entonces un excelente ejemplo para ilustrar mediante Ross mismo la insuficiencia teórica y la consistencia crítica de ese Ross. Y en 1963 se edita en Buenos Aires en pulquérrima traducción su obra, también importante, *Sobre el derecho y la justicia*, publicada en inglés en 1958 y en donde el pensamiento de Ross, ahora con orientación analítica y semántica, parece haber alcanzado su fisonomía definitiva.

Sobre todas estas líneas, en cotejo o en polémica, destacando concordancias y discrepancias pero midiéndose por ellas, desde 1944 comencé a exponer también desde mi cátedra, la concepción egológica del derecho. En todos los países de habla española y portuguesa fue recibida de inmediato como una apertura intelectual de títulos propios, esperada y presentida en nuestro subcontinente. De hecho, algunos temas fundamentales de la iusfilosofía, como el de la interpretación judicial, comenzaron por tal causa a analizarse directamente en unas doce o catorce Universidades latinoamericanas. Parecía, por el vigor y el calado de la expansión iusfilosófica iniciada en la Universidad de La Plata, que la América latina había llegado, en este campo, a su mayoría de edad; así lo expresó antes que nadie el eminente criminalista colombiano profesor Mario García Herreros en 1947. Lo cierto es que se había formado una emoción teórica común en nuestro subcontinente y sobre esta base aparecieron varios círculos especulativos de iusfilosofía, algunos concéntricos y otros excéntricos, por lo cual, siendo la emoción común y habiendo tenido aquel origen, el pensamiento egológico apareció siendo *primus inter pares*. Sólo en este fraternal sentido se puede decir que el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, el primero en su género en América latina, ejerció un liderazgo en nuestro subcontinente durante los dieciocho años que duró su acción (1938-1956), al haber agrupado como miembros a todos los iusfilósofos de esta región junto con aquellos de otros países que pudiesen leer en castellano y organizado en tan vasto círculo un fecundo canje entre todos ellos, recomendando a los unos la producción escrita de los otros y enviando a todos ejemplares gratuitos de los libros que editaba el Instituto y copias impresas de las ponencias científicas que periódicamente se discutían en Buenos Aires en sus sesiones públicas.

Y bien, mi destitución de la cátedra decretada en 1956, significó una proscripción personal y también intelectual, pues se excluyó sistemática y totalmente en las cátedras de Filosofía del Derecho de la Facultad y en el Instituto de Filosofía del Derecho de la misma, toda referencia relativa a la teoría egológica del derecho. Incluso se rechazaron los pedidos de los doctorandos que solicitaron escribir sus tesis sobre temas egológicos. La egología sobrevivió dentro del recinto por obra de tres o cuatro profesores de Introducción al derecho y por obra de profesores de asignaturas técnicas que las habían elaborado con el instrumento egológico, en

especial civilistas, administrativistas, procesalistas y penalistas. Pero se siguió estudiando filosofía con los autores que yo había introducido en la enseñanza; sólo que se los estudiaba en forma cerrada, con exclusividad escolástica, sordos y ciegos para los grandes problemas filosóficos. El núcleo predominante de docentes y subdocentes, el más numeroso y el de mayores pretensiones personales—cada uno se sentía un filósofo de categoría—, estudiaba la lógica normativa en von Wright como lógica deóntica, la jurisprudencia analítica en Kelsen como teoría pura y la jurisprudencia semántica en Rosas y Hart como lenguaje jurídico (Hart introducido en la enseñanza por el profesor Genaro R. Carrió).

También se constituyó, con estructura igualmente escolástica, un reducido grupo marxista que se puso en la imposible tarea de enseñar, bajo tal epíteto, una iusfilosofía que Marx, propiamente, nunca abordó y ni siquiera esbozó. El esfuerzo se tradujo más vale en repetir y glosar ideas del nutrido ideario del marxismo ortodoxo relativas a la teoría del Estado como filosofía política, ideario sin duda tributario de algunas ideas de Marx sobre el tema. Pero conviene insistir: lo que Marx escribió sobre filosofía del derecho en sentido estricto, son sus dos tempranos ensayos destinados a pulverizar la filosofía del derecho y del Estado de Hegel; pero esto no autoriza a extraer, razonando a contrario sensu, una filosofía en verdad de Marx como filosofía del derecho porque semejante actitud no da ni contiene una fundamentación filosófica a tal efecto, no tratándose de algo lógico ni matemático amén de que requiera estudiar a Hegel a muy buen nivel para no estar incurriendo en perjuicio, cosa que este grupo tampoco abordó.

Y también se constituyó un grupo neotomista que, falto de empuje, sólo flotaba en las cátedras sin participar, casi, en las actividades del Instituto de Filosofía y Sociología.

Como resumen procede destacar una común actitud a estos tres grupos iusfilosóficos que actúan en la Facultad de Derecho en el período 1956-1976, con objeto de comprender lo que acaso sea la consecuencia más importante de su actuación. Veamos.

El período egológico, que en 1956 concluye mansamente, se caracterizó por dos cosas: por un lado se enseñó filosofía del derecho en forma abierta a la discusión de todas las tendencias y problemas; se vivió en diálogo permanente y por eso las polémicas fueron frequentísimas; para mí la primera fue con Eduardo García Máynez y la última con Hans

Kelsen. En cambio en su período postegológico a que aludimos, se enseñó en forma cerrada y escolástica, sin diálogo ni polémica con nadie, cada círculo o circuliño con lo suyo, con esoterismo y práctica unanimidad.

Por otro lado, en el período egológico la enseñanza que se impartía, errada o acertada, fue original y en tal sentido creadora; por eso pudo ser vernácula. En el período siguiente la enseñanza iusfilosófica fue de repetición; repetición de lo que estaban diciendo en Europa sus iusfilósofos de mayor actualidad. Y ésta fue una de las varias causas, sin duda la más importante, para que desapareciese de golpe el ya señalado liderazgo sobre América latina que se le había concedido por los estudiosos más representativos de diversos países, a la iusfilosofía que se enseñaba en nuestro país. Obviamente, si se trataba de repetir y no más que de repetir, a von Wright o a Ross, a Kelsen o a Hart, no era necesario leer a los profesores argentinos para saber lo que aquéllos decían; bastaba —y tenía ventajas— acudir directamente a las obras de los propios autores.

Pues debemos reconocer que aquel liderazgo, merecido o no en su momento y en las circunstancias de entonces, ha desaparecido definitivamente; no así el interés por la filosofía egológica a extramuros de nuestras fronteras. Se pudo pensar que el liderazgo se radicaría en México. Pero no fue así. Uno de sus príncipes en la generación que la engendró, Eduardo García Máynez, derivó hacia la lógica simbólica en el derecho hasta encerrarse en ella al parecer, cuando su noble espíritu fue herido por una fatalidad afectiva de la que todavía no se ha repuesto y el otro príncipe, Luis Recassens Siches, no supo darle profundidad a su vocación filosófica y perjudicándola positivamente con su pueril prodigalidad de brindar lisonjas sin tasa ni medida a diestra y a siniestra.

De hecho el liderazgo también podía pasar a Brasil donde ya estaba a punto de consolidarse por obra del joven profesor Antonio L. Machado Neto, de la Universidad Federal de Bahía, desgraciadamente fallecido en forma prematura e inesperada a los 47 años de edad, el 17 de julio de 1977. Machado Neto había desplazado ya a Miguel Reale, merecidamente la gran figura de la anterior generación, en la atención que se prestaba en Europa, América del Norte y América del Sur al pensamiento iusfilosófico del Brasil. Machado Neto, en actitud polémica, trituró una importante obra de Reale, con lenguaje muy respetuoso pero con argumentación ilevantable; ensayo que Reale, con caballerosi-

dad consular, publicó en la "Revista Brasileira de Filosofia" por él fundada y dirigida, pero que rehusó contestar. El enfrentamiento estaba determinado por la iusfilosofía egológica; pero lo mismo que en Buenos Aires, la enseñanza de Reale ponía a un lado a la teoría egológica mediante la teoría tridimensional sin hacer conocer con fidelidad cuál era el correspondiente planteamiento egológico, en tanto que la enseñanza de Machado Neto mostraba con pulcritud cuál era el planteamiento de un problema en el tridimensionalismo para confrontarlo luego y eliminarlo en razón del planteamiento egológico.

De cualquier manera ya era visible para cualquier entendido que el liderazgo iusfilósofo en Latinoamérica concedido por los hechos a la teoría egológica, tenía en Brasil su nueva sede por obra del singular relieve de un iusfilósofo de la nueva generación. Justamente en un extenso documento que envié a la Universidad del Zulia (Venezuela) el 17 de febrero de 1977 para ser discutido en un simposio sobre filosofía jurídica latinoamericana bajo la dirección del profesor Delgado Ocando, refiriéndome al grupo de jóvenes estudiosos organizado por Machado Neto, expresaba que era una "verdadera cumbre de la presencia egológica en la América latina, instaurado desde 1958 hasta la fecha en torno de la cátedra del profesor Antonio L. Machado Neto en la Universidad Federal de Bahía, Salvador, cuya labor ha crecido con increíble fuerza expansiva dentro y fuera del Brasil sostenido por la autenticidad y la hondura con que trabaja todo el equipo que lo constituye". Y en una carta que a él escribí la semana anterior a su fallecimiento, le contaba que a alumnos que me visitaron en mi domicilio les había expresado que muy pronto, quienes quisieran conocer la teoría egológica, tendrían que ir a estudiarla en la Universidad Federal de Bahía. Por eso me parecen totalmente exactas las siguientes palabras que el eminente profesor bahiano, doctor Nelson de Sousa Sampaio, escribió para despedir los restos de su amigo y colega: "Adhirió de tal manera al egologismo que creo no errar al afirmar que Machado Neto creó, en la Universidad Federal de Bahía, el mayor foco de irradiación del pensamiento cossiano, dentro o fuera de la Argentina" (*Tribuna de Bahía*, 17/10/77, p. 9).

La muerte ha efectuado su jugada. Ahora les toca jugar a los discípulos del ilustre y joven maestro.

3. Un otoño filosófico

Quien eche hoy una mirada inteligente sobre el mapa cultural de Europa y de los países latinoamericanos, advertirá que la egología logró ocupar espacios de suficiente dimensión académica para dar sustantividad filosófica a la ciencia del derecho.

El ejemplo de la docencia egológica es bastante elocuente, además de la enorme influencia que la egología ha producido sobre la literatura de la especialidad; véanse si no casos como el de Alfonso Ibáñez de Aldecoa, José Lois Estevez y Antonio Hernández-Gil, en España; Albert Brimo y Gerges Kalinowsky, en Francia; Chaim Perelman, en Bélgica; Jerzy Wróblewski, en Polonia; Nikola Viscović, en Yugoslavia; Otto Bruslin y Aleksander Peczenik, en Suecia; Víctor Arévalo Menchaca, en Suiza; Carlos Fernández Sessarego y Domingo García Belaúnde, en Perú; Antonio Pedrals, en Chile; y que se dispensen las omisiones pues para dar una dimensión adecuada a lo que quiere significarse, bastan estas referencias, muy valiosas por lo muy alto que cotizan en la filosofía del derecho los profesores nombrados.

Esto, claro está, a extramuros de la frontera argentina; pues dentro de ella las ideas huelgan y las originalidades decaen como si un otoño filosófico estuviese demacrando las flores y las hojas; entre nosotros y cada cual a su manera, confiando en su propia grandeza, los profesores siguen repitiendo ideas más o menos insignificantes para la filosofía, pero que parecen tener gran consenso en las cátedras. La prohibición de filosofar ha calado muy hondo, y hoy se trata tan sólo de enseñar lógica simbólica, a la mejor manera de la escuela analítica, impulsada por su correspondiente sociedad filosófica, como si los problemas relativos a la filosofía del derecho se redujesen a una cuestión de combinatoria proposicional de las conectivas del lenguaje matemático; también se enseña semántica y técnicas para la interpretación normativa, todo vestido de filosofía.

Penosa limitación; una antessala, sin duda, de la frustración filosófica reservada a las generaciones universitarias que están estudiando disciplinas diversas como si estudiaran filosofía del derecho.

Naturalmente, este macizo bloque lógico-matemático, tiene fisuras y algún filósofo en serio levanta la voz alguna vez; y con esfuerzo auditivo, acaso extremado, es posible oír

a algún egológico decir algo egológico... como si estuviéramos en el extranjero. Hay otras fisuras en la rudeza del bloque, pero son de otro orden: son de orden científico, epistemológico, y se refieren a los cimientos mismos de todo ese orgulloso construccionismo. Pero trataré ese asunto más adelante.

En un homenaje que gentilmente me fue ofrecido durante el II Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, realizado en La Plata en mayo de 1987, señalé a los profesores, en vista que la mayoría de ellos era argentina, que las universidades de nuestro país atraviesan, acaso, la crisis más grande de su historia, y que algo habría de hacerse para atajar esto que va en el cruel desmedro de todos.

Está dicho, y creo que así es. Han de cambiar las cosas antes que ellas nos cambien a nosotros. Es en esta tarea en la que ha de sentirse comprometida toda nueva generación estudiantil que no se sienta obligada a conformarse sin más.

CARLOS COSSIO (1903-1987)

JOSE MANUEL VILANOVA

En el 2º Congreso Internacional de Filosofía del Derecho organizado por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho y celebrado en La Plata, en mayo del corriente año, pude comprobar con satisfacción que Cossio constituía un mito viviente. Estudiantes y estudiosos se acercaban para verlo y para cambiar algunas palabras con él, y todos le rindieron un cálido homenaje cuando mi maestro fue presentado en una reunión plenaria. Sin embargo, en ese mismo Congreso me creí obligado a señalar –al discutir alguna ponencia rica en citas– que su nombre había sido omitido y que alguna de sus enseñanzas permanentes (en este caso la distinción entre lo ontológico y lo axiológico en el derecho) habían sido olvidadas. Es que entre nosotros –no así entre los extranjeros con edad suficiente para recordarlo– después de un pasado glorioso hubo un apartamiento en relación a sus ideas –cosa natural en quienes discrepan de ellas– pero también, y esto sí resulta sorprendente, una falta de reconocimiento por todo lo que él hizo. Es cierto que esta falta de reconocimiento fue en alguna medida subsanada por títulos honoríficos que culminaron en el galardón Konex 1986, que consagró toda una vida dedicada a la iustilosophía. Pero estos reconocimientos no satisfacían a Cossio que era ingenuo, obstinado y polémico: él quería ver sus ideas discutidas y también triunfantes. Volveremos sobre esto. Quisiera ahora mencionar, antes de entregarme a la remembranza, que en el mismo Congreso, Renato Treves me preguntó con cariño por Cossio a quien estaba profundamente agradecido porque le había dado la oportunidad –así como a otros profesores de sangre judía– de enseñar en la Universidad de Tucumán, huyendo de la barbarie nazi. Para ese entonces Cossio publicó en Clarín, una carta de lector en que se daba

cuenta teórica de los recientes sucesos de la última Semana Santa (aplicando una teoría sobre el consenso básico tácito que había sido expuesta por mí en 1983 y que hasta hoy no ha sido controvertida académicamente). Huelga decir que la carta de Cossio corrió el mismo destino: tuvo por eco el silencio.

Es de esperar que la muerte rescate al maestro del silencio que se abatió sobre él en vida. En lo que sigue trataré de referir, sin tomar partido teórico, algunos recuerdos que pueden ayudar a las nuevas generaciones a aquilatar la importancia de lo que Cossio hizo entre nosotros por la iusfilosofía.

Conoci a Cossio hacia 1947. Para ese entonces su escuela estaba en su máximo esplendor. El Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, que Cossio presidía, había publicado, en 1941, la primera versión castellana de la Teoría pura de Hans Kelsen (aparecida en alemán en 1934). Cossio, por su parte, había publicado, entre otros, *El derecho en el derecho judicial* de carácter más bien didáctico, y en 1944, su polémica *Teoría epológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, donde reinterpretaba el normativismo kelseniano como lógica jurídica y exponía sus propias ideas: la conducta humana misma (y no la norma) es el objeto de estudio de los juristas. Cossio quería confrontar su pensamiento —y en particular su interpretación de la Teoría pura— con el mismo Kelsen, cuya fama iba creciendo sin pausa y que había alcanzado ya la condición de adalid máximo del positivismo jurídico en el continente europeo y en los países de tradición continental romanista.

La oportunidad deseada de confrontación la buscó y la tuvo Cossio en 1949, cuando el maestro vienés vino a la Argentina. Quiso la suerte que yo estuviese entonces, como quien dice, en el ojo de la tormenta. Mi comunicación *Vigencia y validez en el derecho* —para optar a la condición de miembro del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social— fue discutida en sesión especial, si mal no recuerdo, en octubre de 1949, a sala llena con (y por) la presencia de Hans Kelsen como invitado de honor. Los ególogos más convencidos creíamos que Kelsen se vería forzado a aceptar nuestros puntos de vista. Esto era una ingenuidad disculpable para un joven de veinticinco años como yo, pero quiétesca —según lo veo ahora— para quien como Cossio, había ya pasado los cuarenta. Cossio podía haber aspirado a que Kelsen aceptase alguna fórmula de compromiso —como algunas

que luego se han propuesto— como, por ejemplo, que el derecho (objeto de estudio de la ciencia jurídica) era la conducta en tanto en cuanto contemplada o prevista por las normas jurídicas. Una fórmula de compromiso más o menos anodina hubiese permitido que Kelsen siguiese hablando de las normas y Cossio de la conducta y hubiese evitado los desagradables enfrentamientos que se sucedieron después de la edición del libro *Kelsen - Cossio: problemas escogidos de la Teoría pura del derecho. Teoría ecológica y teoría pura*, Bs. As., Kraft, 1952, cuya publicación no había sido autorizada por Kelsen (ver Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho y teoría ecológica*, LL, 72-749).

Pero Cossio seguía atento a todo lo que a su entender merecía interés, como aporte original, al campo de la iustifilosofía y detectó el trabajo original de von Wright sobre lógica deóntica publicado en *Mind* en 1951 y organizó y dirigió un seminario para estudiarlo. Por su parte investigó los valores jurídicos y en 1954 publicó su importante *Teoría de la verdad jurídica*. La segunda edición de la *Teoría ecológica* —de 1964— incluye la mayoría de sus desarrollos precedentes. Pero en 1955 Cossio había sido separado de sus cátedras y a partir de ese año se resiente la formación de nuevos discípulos y la elaboración crítica fructífera de sus ideas. Sin embargo, hasta el agravamiento de la enfermedad que finalmente lo llevó a la muerte, algunos de sus discípulos mantuvimos con él coloquios informales sobre temas filosóficos y humanísticos. Recuerdo que en 1979 tuvimos oportunidad de leer algunos párrafos de *Explicación y comprensión* de von Wright. Vale la pena reproducir algunas líneas del Prefacio:

"Este libro ha sido fruto de mi interés personal por la teoría de la acción, resultante a su vez de mi interés por normas y valores. Me sentía en un principio atraído por los aspectos lógico-formales de los conceptos relativos a la acción... De modo que, finalmente, lo que comenzara siendo un estudio de la acción llegó a convertirse en una contribución a la venerable cuestión de cómo se relacionan las ciencias de la naturaleza con el estudio del hombre".

A esta venerable cuestión había dedicado Cossio serios esfuerzos y, ya anciano, vio complacido que quien es hoy (cuando escribo estas líneas) nuestro ilustre visitante, había sido llevado, por la fuerza de las cosas mismas, a la misma temática que a él lo apasionó: acción, conducta y la metodología adecuada para su estudio.

CARLOS COSSIO, EL IUSFILOSOFO DE LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

DANIEL E. HERRENDORF

Carlos Cossio ha muerto. La frase tiene toda la dimensión de una realidad despreciada, de un acontecimiento que el ánimo se niega a aceptar sin vacilación. Pero es la forma en que esta flecha ha venido a dar en el blanco de todos los universitarios, de los científicos y de los hombres que de cualquier manera le han dado una dimensión espiritual a sus preocupaciones; naturalmente la Universidad es la más sentida, por el vacío que existencialmente significa una ausencia feroz, por la concreta imposibilidad de ocupar un lugar tan alto con algún reemplazante adventicio, y por el testimonio de un minucioso éxodo de hombres geniales que toda muerte gentíl significa. Tal vez sea cierto que los grandes muertos señalan el camino como una boya en altamar.

Los homenajes *in memoriam* son odiosos. Más odiosos son los que se dirigen al muerto como si estuviera vivo. La muerte no es la negación de nada; es algo ella misma, con toda su dimensión sombría, con su espasmódica presencia amenazante, tiene que ser asumida como lo que es. Antoine de Saint-Exupéry escribió que de los muertos hay que hacer muertos sin retorno.

Hablar de algo es describir en perspectiva. Los arquitectos dicen que para ver en detalle un edificio hay que tomar una distancia igual a su altura; para verlo en conjunto con los otros la distancia debe ser doble; para verlo en perspectiva, triple; y cuádruple para verlo en paisaje. La cercanía de la muerte de Cossio no permite a nadie referirse a él en ninguna perspectiva respetable. Ni siquiera en detalle. Si es cierto que hay que tomar una distancia por lo menos igual a su altura mucho tardaremos en describir al maestro argentino con alguna precisión.

Personalmente, descreo de los currículos, las biografías y las necrológicas. El periodismo, los manuales de lecciones y los apuntes para exámenes lo han invadido todo y han forjado la estéril creencia de que una sucesión inútil de acontecimientos, más un par de características salientes, definen realmente a alguien. Si un ser humano es eso, habría que renunciar a ser hombre. Con Cossio ocurrió como con todos los demás. Quienes se enteraron de su muerte notificaron el acontecimiento con lacerante economía de palabras. El mundo moderno aceleró los tiempos y un hombre célebre en su madurez es, en su ancianidad, el más solo de los ilustres. Borges escribió que una vez en Italia, en un pueblo perdido, en una fecha cualquiera, Dante se moría solo como todos los hombres.

Decía León Felipe: "Cuando leo la biografía de un personaje famoso, me pregunto sorprendido: Pero ¿a esto llama el autor la vida de un hombre?, ¿y así escribirán la mía cuando yo me haya ido?"¹

Voy a intentar definir a Cossio por lo que haya habido en él de genial humanidad. Muchas veces hablé de Cossio, otras tantas escribí sobre él, pero hoy, al hacerlo, me amenaza una insensata limitación: que está muerto de verdad.

"Yo sé que todo privilegio, aunque oscuro, es de linaje de milagro
y mucho lo es el de participar en esta vigilia,
reunida alrededor de lo que no se sabe: el Muerto,
reunida para acompañar y guardar su primera noche en la muerte"².

UN HOMBRE PLURAL

La crónica ya está hecha: creador de la escuela egológica del derecho, sin duda el mayor jurfilósofo de este siglo. Polemizó exitosamente con Hans Kelsen en Buenos Aires, fue traducido en Finlandia, Austria, Alemania, Suecia, Polonia, Yugoslavia, Italia, Francia, Estados Unidos y Portugal, sumamente reconocido en España, insólitamente conocido en Japón. Cossio fue profesor extraordinario en Universidades de Colombia, El Salvador, Perú, Estados Unidos, Brasil, Venezuela, Costa Rica y Chile; Primer Premio Nacional en 1946

¹ Whitman, Walt. *Canto a mí mismo*, con prólogo de León Felipe.

² Borges, Jorge L., *La noche que en el sar lo celaron*, fragmento en "Obras completas", p. 88.



debido a su teoría egológica del derecho, su nombre circuló en Italia como un posible candidato ante el Parlamento noruego y la Academia Sueca para el Premio Nobel de Filosofía, en la línea seguida por Henri Bergson, Jean Pucelle y Jean Paul Sartre. Pero importan otras características de quien hoy dejó discípulos diseminados por el mundo entero como ninguna otra escuela filosófica y científica que se recuerda en estas últimas décadas.

Carlos Cossio era un hombre plural. "Está en todo" escribió García Belaúnde para los ochenta años del maestro. Así era: Cossio tenía una curiosísima formación. Como jurista había logrado una capacitación jurídica poco habitual; sabía mucho sobre derecho positivo, sobre teoría general de las distintas ramas de la ciencia jurídica, sobre sociología y dogmática jurídica, algo inusual en un pensador dedicado a especulaciones de otro orden. Parejamente, su formación filosófica, forjada autodidácticamente —minuciosa, prolija, rigurosamente—, era sin duda la mejor que podía encontrarse en el curso de nuestra época. Ha sido uno de los más rigurosos analistas de Kant (su inconclusa teoría de la razón práctica es una prueba cabal), de Husserl (fundamentalmente, de lo que dan prueba casi todas sus obras), y de Heidegger —como puede verse en sus trabajos sobre proyecto existencial—. De esta fusión templada de preocupaciones filosóficas y ocupaciones científicas, Cossio modeló una inteligencia del todo fuera de lo común.

Como polemista nadie recuerda una discusión perdida, trunca o abandonada. Cossio llevaba las cosas hasta el final, metódica, sistemáticamente. Sin prisa y sin pausa como las estrellas. Su discurso era extrañamente atractivo, se diría diabólicamente cautivamente. Quienes no lo habían oído, esperaban de él una ponencia farragosa, erudita, aburrida —cuanto más aburrida tanto más interesante, jurídicamente hablando— y hallaban un discurso lleno de metáforas, de imágenes, de graciosas elipsis, de alusiones llamativas, de sutilezas. Ironizaba vitalmente; sus opuestos doctrinarios chocaban irremediablemente con una madeja de destiladas ironías difíciles de sortear. Bromeara honorablemente, inclusive en los foros más sofisticados y más almidonados, haciendo tambalear no sin estruendo al casi siempre aplacado y conservador ambiente del derecho. Solicitar a un Congreso que se expida sobre la razón por la que hacer el amor es un acto jurídico para la teoría egológica y no lo es para la teoría pura es una ocurrencia que pudo tener por au-

tor y ejecutor solamente a Cossio, que planteaba el asunto con deliberada seriedad.

Era, además, un excelente crítico de arte. Lefé y escribía poesías, protestaba contra Borges, enseñaba cada uno de los movimientos de cada uno de los Nocturnos y de las Polonesas de Chopin, consumía libros sobre artes plásticas y exaltaba el Renacimiento por su humana devoción. (Una nota marginal: sobre su escritorio tuvo siempre una estatuita de Carlos de la Cárcova que él bautizó "Antonio", en homenaje al célebre amante de Adriano. La explicación era sencilla: el cansancio intelectual requiere un recreo, por lo menos, artístico. Escuchar, por ejemplo, una balada de Chopin, es todo un compromiso con Chopin, y si la balada dura veinte minutos y quiere descansar sólo diez, Chopin se daría por agredido. En cambio, es menos engorroso mirar una escultura el tiempo que se desee sin ofender la memoria del escultor por dejar de mirar. La música —explicaba Cossio— tiene un tiempo immanente: la escultura, como la pintura, no; su tiempo es el tiempo del espectador.)

Cossio recitaba poesías en todo momento. En un homenaje que le fue ofrecido hace muy poco tiempo en la Universidad Nacional de Rosario se le solicitó que hablara al final; dijo que había habido muchos discursos, que la gente se cansa de discursos y que mejor sería recitar un poema. Y recitó uno de Amado Nervo que hoy nos estremece a todos porque fue virtualmente una despedida.

EN PAZ

Muy cerca de mi ocaso, yo te bendigo, vida
 porque nunca me diste ni esperanza fallida
 ni trabajo forzado ni pena inmerecida.
 Porque veo al final de mi rudo camino
 que yo fui el arquitecto de mi propio destino.
 Que si extraje miel o hiel de las cosas
 fue porque en ellas puse hiel o muelas subrosas:
 cuando planté rosales coseché siempre rosas.
 Ciento a mis lozanas ha llegado el invierno,
 más tú no me dijiste que mayo fuera eterno.
 Hallé por cierto largas las noches de mis penas.
 Pero tuve otras santamente serenas.
 Amé, fui amado, el sol acarició mi faz.
 Vida, nada me debes.
 Vida, estamos en paz.

UN PERFIL SOCRÁTICO

Cossío era un hombre apasionado. Apasionadamente, entusiasmó a generaciones enteras en el arte de pensar. Quería que sus discípulos pensarán por su cuenta y crecieran al conjuro de las ideas de todos. Sin duda, hubiera pronunciado las mismas palabras que Sócrates dijo a Gorgias cuando sus discípulos propusieron brindar en su honor, despidiéndolo así en su última noche. Uno de ellos levantó su copa y brindó por el más grande de los pensadores griegos. Sócrates, aunque aludido, permaneció misteriosamente callado. Otro, entonces, brindó por el hombre más sabio del mundo, con sus ojos clavados en el filósofo. Sócrates, impávido, escuchaba sin responder. Así se sucedieron elogios extremados, fervorosos, supremos, ante el lacerante silencio del maestro: hasta que Gorgias, levantando su copa, dijo a Sócrates: "Brindo por aquel que habiendo crecido a tu sombra y siguiendo tus pasos, te supere". Y Sócrates: "Por ése, por ése brindo".

¿Haber polemizado exitosamente con Hans Kelsen, con Sebastián Soler, con García Máynez, con Miguel Reale, con Ortega y Gasset, con Julián Marías, será más importante que haber escrito: "Si no eres capaz de enamorarte, todo está perdido"?

Cossío tenía la magnífica dimensión de un filósofo que también era un humanista, que rápidamente descubrió cuál era la actitud histórica que debía alcanzar para ser un filósofo del siglo xx y hablar en el lenguaje de su época: en el mejor lenguaje de su época, zambullido para siempre en la cultura científica y filosófica mejor reputada.

Cossío fue artífice de uno de los mayores logros que un jurista puede esperar como destino posible: mostrar al mundo del derecho que la ciencia jurídica era posible nuevamente de verdad. Por eso enseñaba cómo el divorcio entre la filosofía y la jurisprudencia que se produjo bajo la bandera del positivismo en el segundo tercio del siglo xix, vino a ser, a la vez, un estigma para el jurista y una degradación para su ciencia, por lo cual, en la empresa por elevar a la jurisprudencia a la categoría de una verdadera ciencia, soldar aquella fractura resultaba una condición conductora de toda la empresa. Por esto la fenomenología como filosofía del siglo xx no podía estar ausente como presencia y como proyecto en todas y en cada una de las tematizaciones egológicas.

La fusión epistemológica entre el método fenomenológico como fenomenología y la ciencia del derecho efectuada por Cossio, resulta una de las más grandes innovaciones que se ha logrado en este siglo. Junto con esta tesis, muchas otras fueron revolucionando palmo a palmo el ámbito de la ciencia jurídica. Entre las más salientes tesis egológicas, cabe destacar:

1) El derecho es conducta humana, porque es una realidad realísima y nada más que una realidad, pero tampoco menos. La tesis tradicional que llevaba dos mil años de errar por la historia de las ideas, y que fue tematizada por Kelsen bajo la forma "el derecho es norma, sólo norma y nada más que norma" resultaba para Cossio falsa de toda falsedad (*La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964; *La causa y la comprensión en el derecho*, Bs. As., Juárez, 1969).

2) La conducta es la expresión fenoménica de la persona. El ser humano se fenomeniza en su conducta, se muestra como-siendo-un-fenómeno a través de ella. Estudiar la conducta es estudiar al hombre. Si el derecho estudia la conducta humana, sería, más que una ciencia dogmática, una teoría jurídica de la conducta. Aquí el derecho se encuentra con la sociología y con la psicología, siempre con base fenomenológica (*Radiografía de la teoría egológica del derecho*, Bs. As., Depalma, 1987).

3) La norma es un juicio. Como juicio que es, conoce. Su objeto de conocimiento es la conducta. Así, la relación que hay entre la norma y la conducta es la misma que hay entre un concepto y el objeto al cual ese concepto se refiere (*La teoría egológica del derecho*; *Radiografía de la teoría egológica del derecho*; *El derecho en el derecho judicial*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1967).

4) Siendo un juicio de conocimiento, la norma no solamente puede ser válida o inválida, sino que también puede ser verdadera o falsa. Es decir que en el derecho hay un problema relativo a la verdad de la norma, que Cossio desarrolla en su teoría de la verdad jurídica (*La teoría de la verdad jurídica*, Bs. As., Losada, 1963; *La teoría egológica del derecho*; *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, Bs. As., Arayú, 1964).

5) La verdad puede estar ideológicamente encubierta. En el sentido marxista de la ideología como falsa conciencia de la realidad, es posible que los juristas, los jueces, los legis-

ladores, actúen encubriendo la verdad, ingenua o deliberadamente. La función del científico del derecho es dar cuenta de la verdad jurídica, como la función del iusfilósofo es dar un fundamento sólido a esa verdad científica. En general, las corrientes de interpretación jurídica no fueron más que el correlato ideológico de algún interés económico y político. Cossio lo desarrolla punto por punto, señalando finalmente que la kelseniana no es más que la más servicial teoría jurídica del capitalismo moderno (*Radiografía de la teoría egológica del derecho; Ideología y derecho*, Bs. As., Depalma, en prensa: *La teoría de la verdad jurídica*).

6) En la norma hay un proyecto existencial programado como sociedad, que se vislumbra a partir del momento en que toda norma tiene su asiento en un determinado entendimiento societario que es necesario para la comunidad viva-entendiéndose-vitalmente (*Radiografía de la teoría egológica; El derecho en el derecho judicial*).

7) La axiología es vital para el derecho. El derecho es conducta, y la conducta, al desarrollarse como un comportarse, reclama siempre un comportarse-de-alguna-manera; quien se comporta, elige cómo hacerlo; y al elegir, prefiere (esto y no lo otro); y al preferir, valora. El valor es pues, para el derecho, uno de los puntos centrales de cuya tematización adecuada depende que la vida jurídica tenga una entidad firme. En esto las ideas de Cossio han resultado fundamentales (*Meditación fenomenológica sobre los valores jurídicos*, México, Fondo de Cultura Económica, en prensa).

Naturalmente, éste es un índice elementalísimo de ideas complejas. No obstante, resulta fundamental comprender cuáles son los puntos de partida para ver como horizonte la línea de llegada.

Cossio murió vitalmente. Hasta el último día de su vida urdía proyectos de largo aliento. Quería continuar. Tenía tres obras en ejecución: *Teoría de la razón práctica*, *El humanismo existencial como radicación de la cultura occidental* y una teoría de la justicia. Quería concluir las, quería publicar.

Cossio ha muerto con la mirada puesta en los otros. Con el ánimo puesto en los otros. Con el destino puesto en los otros.

A nosotros nos queda el universo. El de siempre, el vivido, el mágico universo hecho de vana música, de escombros de épocas, de ruinas ancestrales, de libros, de teorías, de dictámenes.

A nosotros nos queda la memoria, la honra de heredar una fortuna en ideas o la deshonra infinita de dilapidar inteligencia, al mejor modo argentino, olvidando con prolijidad estos altísimos puntos en la historia de las ideas americanas. La honra o la deshonra. Continuar u olvidar. Así son las opciones en las horas trágicas.

EL MÉTODO DE CASOS Y LA EDUCACIÓN LEGAL EN LA ARGENTINA

JONATHAN M. MILLER

1. INTRODUCCION

La sociedad argentina invierte recursos enormes en el estudio del derecho. Hay un total de veinticuatro Universidades en el país que ofrecen la carrera de abogacía¹ y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con más de veinticinco mil alumnos inscriptos para estudiar abogacía y carreras afines, es fácilmente la facultad más grande de todo el sistema universitario argentino. Si sumamos a esta inversión humana el número de editoriales dedicadas a la publicación de textos jurídicos, las recopilaciones de leyes y jurisprudencia publicadas por La Ley, Jurisprudencia Argentina y El Derecho, y el desarrollo reciente de sistemas de informática jurídica, debemos preguntarnos si la sociedad argentina está recibiendo beneficios proporcionales a estas inversiones. No hay duda de que la abogacía juega un papel importante en el país. Esto es evidente en el número de políticos que tienen una educación legal y en la presencia diaria de abogados, no sólo en litigios sino también en cargos de asesoramiento y en transacciones comerciales. Pero ¿es esto un indicador de que las facultades de derecho están cumpliendo una función provechosa?

Muchos no letrados (clientes) conciben el rol del abogado, a lo sumo, como un tipo de despachante legal cuya función es lubricar la maquinaria de la burocracia para sus clientes e interpretar el derecho en un sistema contradicto-

¹ Universidad de Buenos Aires, Guía del Estudiante, 1985. Bs. As., Ko-deba, 1986.

rio en el cual el abogado que encuentre la coma que falta gana el litigio. Los abogados, naturalmente, definen su rol como algo más noble e indispensable. El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal recientemente definió la función del abogado en su Código de Ética en los siguientes términos: "Art. 6º: Afianzar la justicia. Es misión esencial de la abogacía el afianzar la justicia y la intervención profesional del abogado, función indispensable para la realización del derecho"¹. En tenor parecido, el preámbulo de las Normas de Conducta Profesional del Colegio de Abogados de los Estados Unidos comienza: "Un abogado es un representante de clientes, un agente del sistema de justicia y un ciudadano con una responsabilidad especial para la calidad de la justicia"². El valor del sistema de educación legal debe ser juzgado según el grado en que facilita las metas que los abogados se han propuesto para la profesión.

Algunos cursos, como los de Derecho penal, quizá son mejor enseñados en la Universidad de Buenos Aires que en la mayoría de las facultades de derecho en los Estados Unidos. Los estudiantes argentinos tienen un conocimiento de la teoría del delito y, en general, de filosofía legal mucho mejor desarrollado de lo que es común dentro el sistema norteamericano. Sin embargo, con la excepción de un número de cátedras muy limitado, los alumnos nunca son instruidos para ver el derecho como un proceso dinámico que ellos, como abogados, ayudan a plasmar. El abogado argentino debe aprender a liberarse del estereotipo de ser un mero "mecánico" legal, para reconocer su rol de "ingeniero" legal que, a través de su trabajo diario, influye en la organización de la sociedad y el contenido de las normas. Reconocer al derecho como un proceso dinámico implica la utilidad de un sistema educativo que solamente enseña al alumno a memorizar. Si queremos abogados y jueces que redacten escritos y sentencias conscientes de su función de hacer vivir la ley, que en su interpretación de las normas tengan en cuenta los fines y necesidades sociales derivados de fuentes tan diversas como la historia legislativa de la norma y la propia concepción del juez sobre los valores de la sociedad y que, además, sean capaces de formular sus argumentos pa-

¹ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Código de Ética, ED. 6/7/87.

² American Bar Association, *Model Rules of Professional Conduct*, con las modificaciones de agosto, 1984.

ra que sean lo más coherentes posibles con la totalidad del sistema jurídico, tanto jurisprudencial como legislativo, debemos cambiar la concepción del sistema educativo.

2. EL "MÉTODO DE CASOS"

El método de casos tal como funciona en los Estados Unidos tiene sus orígenes en la Facultad de Derecho de Harvard University durante la década de 1870. Su objetivo básico, enseñar a los alumnos a pensar como abogados, no depende tanto del sistema jurídico del *common law* vigente, en este caso, en los Estados Unidos como se piensa generalmente. Antes que fuera introducido el método de casos, la educación legal en los Estados Unidos, aunque con más énfasis en la jurisprudencia del que es común en países civilistas, tenía mucha semejanza con el estilo de enseñanza que se practica en la Argentina. Las clases eran discursos magistrales y los textos, tratados dogmáticos⁴. Hoy en día, en cambio, el enfoque se centra, especialmente durante los primeros años en la Facultad, en forzar al alumno a desarrollar su propio esquema acerca de la materia, a analizar críticamente las decisiones de los tribunales y a trasplantar la teoría que ha aprendido de esas a nuevas situaciones fácticas.

A nuestro juicio los elementos más importantes del método de casos son: a) un libro de fallos y artículos cortos que el alumno lee antes de la clase; b) un diálogo "socrático" que acentúa un análisis crítico del derecho y las lagunas de la ley; y c) énfasis en la aplicación del derecho a los hechos. Nuestra experiencia del método en Argentina ha sido en el derecho constitucional, un campo especialmente apto para el método de casos, ya que, aun en países civilistas, se reconoce la centralidad de la jurisprudencia de la Corte en sistemas de control de constitucionalidad del tipo difuso y judicial.

a) El texto

Hay tratados de alto nivel en casi todos los campos del derecho argentino, pero con algunas excepciones muy nota-

⁴ Stevens, R., *Law School: Legal Education in America from the 1850's to the 1980's*, 1988, p. 31-32.

bles, como la del profesor Gordillo³, son exclusivamente exposiciones de teoría, y no son escritos para forzar al alumno a pensar. Son libros que presentan esquemas y que siempre regalan las soluciones al lector. Crean el mito de que hay una solución "correcta" que el alumno, si presta atención, va a recibir del profesor o del libro, cuando —en la práctica— el trabajo del abogado no es decir al juez que él tiene la solución "correcta" porque así fue escrita por algún tratadista, sino que consiste en armar argumentos legales que hagan referencia a los valores que debe mantener la sociedad.

Los libros de texto típicamente utilizados en los Estados Unidos constan de jurisprudencia seguida por preguntas y notas para guiar al lector. Tienen ventajas enormes para estimular las facultades críticas del alumno. En el derecho constitucional, por ejemplo, cuando el alumno utiliza los fallos de la Corte como la "materia prima" del curso, está forzado a efectuar tres ejercicios distintos al mismo tiempo: 1) destilar de la decisión de la Corte los principios utilizados para resolver el caso; 2) ver, en los hechos del caso, cómo este principio ha sido aplicado a un caso concreto; y 3) comparar las posiciones del Procurador General, el voto de la mayoría de la Corte, cualquier disidencia, y alternativas que encuentra leyendo los comentarios después del fallo y en clase. Nuestro libro⁴, redactado con varios coautores y colaboradores argentinos, es un primer intento de escribir un texto de derecho constitucional al estilo norteamericano.

b) El diálogo socrático

Es una ventaja enorme cuando el alumno ha leído las "materias primas" antes de la clase. Implica que ésta puede ser un intercambio entre el profesor y el alumno en el que el profesor, con preguntas acerca de los fallos, fuerza al alumno a desarrollar la materia. Nosotros generalmente requerimos entre dos y cuatro horas de preparación para cada clase. Sin un lectura previa a la clase es casi imposible que el alumno salga de ésta como algo más que un mero receptor de opiniones. Como ha sido indicado anteriormente, el método de enseñanza esperado es activo. Pero además de

³ Gordillo, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo*. Bs. As., Macchi, 1974.

⁴ Miller, Jonathan M. - Gelli, María A. - Cayuso, Susana. *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, 2 tomos. Bs. As., Astrea, 1987.

la participación del alumno en una discusión, implica confrontar al alumno con problemas nuevos y obligarlo a desarrollar las distintas maneras de llenar las lagunas que él va a descubrir en los fallos, en el entendimiento de que no hay una solución única, pero que sí hay formas de armar argumentos legales. El alumno tiene que aprender a discutir temas que aún no han recibido su definición decisiva en la jurisprudencia.

Nuestra costumbre es comenzar el diálogo con preguntas dirigidas a un solo alumno. Es importante recordar que estamos hablando de un diálogo entre el profesor y el alumno y no un debate general. Si este alumno contesta en forma hábil generalmente pasamos cinco o diez minutos dirigiendo las preguntas solamente a él, o ampliamos la discusión para incluir como máximo uno o dos alumnos más. Sólo pedimos voluntarios si se trata de una pregunta difícil y ya hemos agotado las respuestas de los alumnos designados para participar. A veces ocurre que nadie da el tipo de respuesta deseada para desarrollar el tema, y en tal caso es necesario reformular las preguntas. Como parámetro general, si el profesor encuentra que está hablando más de un minuto sin una intervención estudiantil está discursando demasiado. Permitimos un periodo corto de discusión, generalmente menos de diez minutos, para escuchar reacciones a los puntos discutidos y aceptar preguntas, pero nunca antes que hayan sido desarrolladas las lecciones principales del día. Dado que la forma principal de instrucción no es un debate sino un diálogo, es posible utilizar el método "socrático" en cursos de gran tamaño. En los Estados Unidos es común encontrar cursos de cien a doscientos alumnos empleando el método.

Un diálogo "socrático" típico puede tocar los siguientes temas:

1) Los hechos. Es muy común comenzar el diálogo con una pregunta como: ¿Qué pasó en este caso? Empezar así da a la clase la oportunidad de orientarse y al alumno cuestionado la posibilidad de contestar una pregunta fácil. Después es común pedir que compare los hechos del presente caso con otros casos que hemos estudiado, si esta comparación es relevante, y, a veces, que examine algún detalle de la presentación de los hechos.

2) El "holding". Definimos el holding como el principio desarrollado por la Corte que fue necesario para decidir el caso. Es muy importante que los alumnos se acostumbren

a buscar este principio al leer cualquier fallo. Como es común que haya varias lecturas posibles del fallo, con un *holding* distinto como resultado de cada una, es también importante preguntar cuáles alternativas existen y bajo cuáles circunstancias las invocarían.

3) Los valores que fundamentan el "holding" de la Corte. ¿Cuáles son los valores detrás de los principios invocados por la Corte y de qué valores prescindió la Corte en el presente caso? ¿Hizo la Corte un balance entre varios valores? ¿Cuáles son las consecuencias sociales del *holding* del fallo?

4) Comparación entre los distintos votos del fallo y problemas de razonamiento. Comúnmente preguntamos al alumno si está de acuerdo con una de las posiciones tomadas por la Corte y después, a través de preguntas, lo forzamos a reconocer las inconsistencias en la posición. Posteriormente hacemos lo mismo con las posiciones opuestas.

5) Vínculos entre el "holding" del fallo y los de otros fallos estudiados. ¿Representa el presente caso un cambio en la jurisprudencia de la Corte, y si es así, para cuáles situaciones?

6) "Obiter dictum" significativo. Definimos *obiter dictum* como aquellos principios legales desarrollados por el tribunal que no eran necesarios para decidir el caso. ¿Por qué entonces piensa el alumno que está incluido en el fallo? ¿Hay formas de leer el fallo para entender que realmente fue necesario para la Corte desarrollar el principio y que éste forma parte del *holding*?

7) Otras situaciones fácticas. ¿Indica el presente fallo cómo otras situaciones pueden ser decididas por los tribunales, basándose en lo que dice el *holding*, el *obiter dictum* importante y los valores que sustentan la decisión de la Corte?

Uno de los objetivos principales debe ser mostrar al alumno la variedad de puntos de vista que son factibles y los problemas que presenta cada uno. En adición a los temas anteriores también abordamos otros, tales como influencias políticas y cómo éstas se manifiestan en el fallo, técnicas de interpretación y vínculos entre el fallo y varias tendencias filosóficas⁷.

⁷ Transcribimos aquí el comentario de nuestro libro, *Constitución y poder político*, p. 721-724, al caso "Fernández Arias e/Poggio". Fallos

c) La aplicación del derecho a los hechos

Como ya hemos señalado, una de las ventajas del método de casos es que el alumno siempre está encontrando el derecho en aplicación; pero la enseñanza no termina con el

247-646, como guía para un caso muy conocido por estudiantes de derecho público de cómo un profesor puede orientar el diálogo. Las preguntas que siguen son muy parecidas y vienen en el mismo orden que las preguntas que utilizamos en la clase. Esta transcripción fue tomada de la parte del libro escrita por María A. Gelli.

2. — Los apelantes llegan a la Corte por recurso de queja. ¿Qué agravios constitucionales alegan? ¿Cuál de ellos es considerado esencial en el voto de la mayoría? ¿Por qué? ¿Cuál es el punto de partida de ese voto? ¿Coincide con el? La mayoría sostiene que la modalidad del derecho público que ha venido a reconocer facultades jurisdiccionales a la administración es un reclamo pragmático de los hechos y no un problema referido a la concepción del Estado. Considerando que el fallo de la Corte se dicta en setiembre de 1960, durante la administración del gobierno desarrollista del presidente Frondizi ¿diría usted que, en la actualidad, se mantiene la necesidad de otorgar facultades jurisdiccionales a la administración? ¿o tal vez de acrecentarlas? Si ello es así, ¿podría afirmarse que, a lo menos, se ha producido una transformación en el Estado? ¿En qué sentido? ¿Respondiendo a qué finalidades estatales?

3. — Hay tres cuestiones centrales que surgen de este fallo:

a) ¿Cuándo es admisible la jurisdicción administrativa? ¿Importa para decidirlo si el litigio se da entre particulares?

b) ¿Qué límite impone nuestro sistema federal a la jurisdicción administrativa central? ¿Esa jurisdicción está limitada por el art. 43, inc. 11?

c) Satisfechos a y b, ¿cuáles son los requisitos de admisibilidad de la jurisdicción administrativa? ¿Cuándo se hace necesaria una instancia judicial? ¿Basta, para ello, la posibilidad abierta del recurso extraordinario federal? ¿Cuál de las tres cuestiones trata la mayoría y cuáles la minoría?

4. — La mayoría invoca numerosos precedentes. Según ellos, ¿qué consolió la Corte? ¿A qué y cómo adecuó el principio de la división de poderes? Por otro lado, ¿a qué específica división de poderes se refiere? ¿De qué modo esos antecedentes hacen ingresar las consideraciones de orden social en la amplitud o rigidez del principio mencionado? Sin embargo, ¿qué límites imponen a la creación de organismos administrativos con facultades jurisdiccionales? ¿Cuál es la finalidad de ese límite? ¿Cómo ha de mediarlo y valorarlo? Si no se respeta, ¿qué facultades prohibidas ejerce el Poder Ejecutivo? ¿Considera que es adecuado que la Corte Suprema controle, en cada caso particular, si se han traspasado los límites? ¿vea el consid. 14? ¿Cuál es el margen de discrecionalidad del control judicial? ¿Le parece demasiado amplio?

5. — La mayoría concluye que, frente a las decisiones de los tribunales administrativos, es necesaria la existencia de control judicial suficiente (consid. 19). ¿Qué comprende ese control? Así caracterizado, la Corte ¿lo establece como principio doctrinario o la perfila para este caso especial? Una definición del control menos abarcativa, ¿conspiraría contra el Estado de derecho? ¿En qué medida? ¿Qué derechos y garantías agravaría? Desde otra perspectiva, ¿la consecución de objetivos políticos, sociales o

análisis del fallo, igualmente importante es la aplicación de los principios destinados a otras situaciones fácticas. La forma de examinación típica en los Estados Unidos es un examen escrito, a libro abierto, que consiste de dos o tres ca-

ecotómicos puede violar el principio de la división de poderes? ¿Qué dice, al respecto, el voto que estamos analizando? ¿Cómo hace jugar al art. 57, inc. 16, con los arts. 1° y 28 de la Const. Nacional? ¿Comparte esa interpretación? ¿Diría usted que la sentencia es demasiado conservadora? Dado que no es posible desconocer ninguna norma constitucional, ¿a cuál de las tres mencionadas daría más importancia? ¿Cómo fundamentaría esa preferencia? Lea detenidamente el consid. 32 del voto de la mayoría, ¿qué tipo de formulaciones se expresan allí? A veintistis años de la sentencia y en las actuales circunstancias de la Argentina, ¿las haría suyas? Finalmente, ¿qué declara la mayoría?

6. - Según la Corte ¿qué equilibrio debe existir entre la eficacia necesaria con la que debe manejarse la administración y el debido proceso adjetivo, teniendo en cuenta que éste consiste en la garantía de la defensa de la persona y los derechos en un adecuado procedimiento judicial? ¿Pueden estos valores —el de eficacia y el del debido proceso— estar contrapuestos? ¿Para la resolución de este caso ¿es importante que se trate de un pleito entre particulares? Las cuestiones de eficacia, ¿son las mismas según se trate de un litigio entre particulares o entre un particular y la administración?

7. - Aunque el voto de la mayoría hace suya la doctrina de los antecedentes que invoca, ¿la considera aplicable al caso de autos?, ¿por qué? ¿Cómo actúa en este asunto el tribunal administrativo? ¿En calidad de qué? ¿Sobre cuáles hechos y conflictos? En las ocasiones en que la Corte ha admitido la validez de la actuación de esos tribunales, en la resolución de contiendas entre particulares, ¿qué exigencias ha impuesto? ¿Por qué las ha impuesto? ¿Considera que esa exigencia salva el principio de la división de poderes? ¿Y las garantías personales que ese mismo principio guarda? ¿D se protegería mejor con la supresión lisa y llana de los tribunales administrativos con competencia para resolver controversias entre particulares?

8. - Los doctores Baffi Boggio y Aberastury comienzan su voto considerando el art. 35 de la Const. Nacional, sus antecedentes históricos y el hecho de que, en nuestro país, el Poder Ejecutivo, anterior a la Organización Nacional, asumió —en ocasiones— facultades judiciales. Recuerde que las famosas facultades extraordinarias de que gozaron algunos gobernadores y, sobre todo, Juan Manuel de Rosas, antes de 1853, consistieron precisamente en el otorgamiento al Poder Ejecutivo de atribuciones en materia judicial. El rechazo a esa competencia fue el origen del art. 39 de la Const. Nacional.

9. - Teniendo en cuenta que, como lo sostiene la minoría, la Constitución es un todo armónico, ¿cómo deben interpretarse sus normas? Siguiendo ese criterio, ¿con cuáles disposiciones constitucionales relaciona al art. 35 de la Const. Nacional? ¿En qué principios políticos se basa? ¿Cómo, cuándo y con qué fundamento —en opinión de la disidencia— se ha intentado atemperar ese principio? Sin embargo y aun demostrada la necesidad de la existencia de las Cámaras Paritarias, tal y como las establecieron las leyes impugnadas, ¿es posible validarlas en contra de la Constitución? Ante esa disyuntiva, ¿cuál es el remedio constitucional adecuado?

sos hipotéticos, dando entre una hora y dos horas y media para resolver cada uno. El examen comúnmente dura entre tres y cuatro horas. Para preparar al alumno para tomar este tipo de examen es esencial que el profesor trabaje con

¿Qué papel cumple en ella la Corte? ¿Cómo lo ejerce en este caso? ¿Qué impedimentos caben al Poder Legislativo? Frente a la clara norma del art. 93 de la Const. Nacional, ¿cómo se preservaría, siquiera mínimamente, la garantía de la defensa en juicio? ¿Se contradice ello por la circunstancia de que en ocasiones las partes consientan la resolución administrativa sin apelarla judicialmente? ¿Por qué?

10. - En la disidencia de fundamentos de la minoría se transcriben los artículos pertinentes de las disposiciones impugnadas por los apelantes y se aclara que esas leyes fueron dictadas bajo el imperio de la Constitución reformada en 1948. ¿Qué características atribuye este voto a la mencionada Constitución en cuanto a la relación y división de poderes? ¿Qué sostiene acerca de las facultades del Poder Ejecutivo? No obstante ello, y al mantener la norma constitucional de 1948, la vigencia del art. 93 de la Const. Nacional de 1833-1880, ¿cómo califica la minoría a las Cámaras Paritarias? ¿Qué carácter asigna a las variadas funciones que poseen? ¿Cómo están integradas esas Cámaras? ¿De qué adolecen? ¿Qué consecuencias trae todo ello para las garantías personales? Por lo tanto, ¿qué resuelve en este aspecto la disidencia?

11. - ¿Qué criterio adopta la minoría? ¿De qué agravios se hace cargo? ¿Cómo interpreta la división de poderes según el art. 67, inc. 11, de la Const. Nacional? ¿De qué división de poderes se trata aquí? ¿Qué fundamentación histórico-política reconoce la disidencia a esa división de poderes? ¿Qué alcance le otorga, frente a la disposición del inc. 18 del mismo artículo? La norma que legisla sobre Cámaras Paritarias ¿es de derecho común? ¿Por qué? ¿Todo el derecho común está contenido en los Códigos que menciona el art. 67, inc. 11? ¿La emergencia o las circunstancias excepcionales convierten a las normas dictadas en su consecuencia en derecho no común? En ese sentido, ¿cómo fueron consideradas, por la misma Corte, las leyes sobre prórroga de locaciones urbanas y, en consecuencia, a quién corresponde juzgar cuando de aplicación de derecho común se trata? ¿Se respeta, en ese caso, ese principio? ¿Qué dice al respecto la disidencia? La justicia de las provincias, ¿puede proteger de igual modo los "valiosos intereses agrarios"? ¿La distribución de competencias entre el gobierno federal y los gobiernos locales, responde a un criterio de eficacia? ¿Cuál es la línea divisoria que utiliza el voto de la minoría para separar legislación común de la que no lo es, a efectos de aplicar la jurisdicción federal o local? ¿Qué término utiliza la Corte? ¿Le parece suficientemente claro y preciso? ¿Qué poder es el encargado de indicar cuándo, evidentemente, se trata de derecho no común? ¿Conspira ello contra el equilibrio de poderes entre el gobierno federal y los gobiernos de provincias? Tenga en cuenta que en general cuando la Corte Suprema hace lugar a un agravio constitucional ya no analiza los otros agravios que pudieran haber invocado las partes dado que, cualquiera que fuere la solución para ellas, el resultado de la sentencia no varía, convirtiéndose a la cuestión por ende, en abstracta. ¿Opina usted que es esa la postura de la mayoría de este caso?

12. - Según la disidencia, las Cámaras Paritarias sólo podrían convertirse en constitucionalmente válidas mediante una reforma constitucional.

varios casos hipotéticos durante el curso. Estos casos hipotéticos pueden ser utilizados para ilustrar temas que el profesor está enseñando en el momento o pueden ser discutidos para revisar secciones anteriores y asegurar que el alumno está encontrando los vínculos entre los temas. Los alumnos en los Estados Unidos generalmente escriben su propio resumen del curso en apuntes de entre veinte y cuarenta páginas, con referencias a los fallos principales estudiados, para tener una forma rápida de referencia en la resolución de casos hipotéticos durante los exámenes.

3. EXPERIENCIAS PERSONALES UTILIZANDO EL MÉTODO DE CASOS EN ARGENTINA

He tenido dos oportunidades en Argentina de dictar cursos utilizando el método de casos, sin contar varias clases sueltas presentadas como profesor invitado. Mi primera oportunidad de dictar clases en forma regular fue junto con el doctor Hugo Perdomo, un profesor adjunto de la cátedra del profesor Jorge Vanossi, y la segunda fue en la cátedra de la doctora Rimoldi de Ladmann con el doctor Norberto Padilla. En base a los resultados de los exámenes y las reacciones de los alumnos creo que el primer intento de utilizar el método fue de éxito limitado pero el segundo curso fue un logro notable.

El primer curso se vio dificultado por falta de un texto, una falencia que implicó que nosotros tuviéramos que distri-

Para ese hipotético caso, ¿qué reflexiones y consideraciones formula el voto de la minoría? ¿Qué experiencia recoge para avalar sus afirmaciones? ¿Es pertinente, en una sentencia de Corte, ese tipo de análisis? ¿Qué alcance tienen aseveraciones de ese tenor? ¿Son esenciales para resolver la contienda? ¿Es consistente la argumentación acerca de la iniciativa de los Poderes Ejecutivo y Legislativo de modificar el régimen normativo en cuestionamiento? Hasta tanto no se sancionen las nuevas normas, ¿cabe a la Corte tomar en cuenta su posible reforma? ¿Qué análisis de orden utilitario formula la disidencia? ¿Son relevantes las cuestiones utilitarias para decidir cuestiones constitucionales? ¿Admitiría usted un punto de partida utilitario para solucionar los problemas que surgen de este fallo?

13. - Compare los fundamentos de la mayoría y de la minoría. ¿Cuál de ellos contiene el argumento más fuerte y conducente a la solución del litigio? La línea argumental de uno y otro voto, ¿es predominantemente jurídica o política?

14. - ¿Diría usted que con esta sentencia se preserva la división de poderes y se impide al Ejecutivo realizar funciones judiciales?

buir las lecturas todas las semanas y que al alumno le faltara un esquema claro de la organización del curso. Hasta el primer parcial, que ocurrió después de diez semanas de clases, teníamos un promedio de aproximadamente cuarenta alumnos asistiendo a las clases y entre veinte y veinticinco que asistían bien preparados. (Nunca he tenido problemas con la preparación estudiantil después de la primera semana del curso. Si estoy enseñando a través de un diálogo y no doy un discurso teórico, los alumnos aprenden rápidamente que es imposible seguir la materia sin la preparación necesaria antes de cada clase. Es muy incómodo escuchar una hora y media de diálogo sin entender nada por no haber leído los fallos.) No obstante, los alumnos tuvieron muchos problemas dando un parcial que consistía sólo en casos hipotéticos, quizá más que alumnos norteamericanos tomando este estilo de examen por primera vez. Después del primer parcial, por falta de tiempo y de materiales para distribuir a los alumnos, fue necesario presentar una gran parte del curso en forma más tradicional.

En el segundo curso los alumnos habían presentado por escrito tres casos hipotéticos que fueron corregidos y después tratados en clase antes del parcial. El primer parcial contenía dos casos hipotéticos que los alumnos recibieron con cuatro horas en total para desarrollarlos; y el segundo, un caso hipotético y una sección requiriendo la opinión del alumno acerca de varias propuestas del Consejo para la Consolidación de la Democracia para la reforma de la Constitución Nacional. Los alumnos respondieron con bastante claridad, inclusive cuando los casos hipotéticos trataron problemas que no habíamos desarrollado en clase y que tenían que solucionar en base a analogía con los fallos estudiados. Como ejemplo incluyo aquí un caso hipotético del segundo parcial y una respuesta estudiantil que recibió un ocho.

Caso Hipotético A

Es el año 2000 y ocurre un escándalo en la nueva provincia de Tierra del Fuego. Han circulado denuncias acerca de entidades financieras que han gobernado a un alto porcentaje de los senadores y diputados provinciales y a varios jueces locales.

Como reacción, el partido gobernante decide "limpiar la casa" y el siguiente proyecto es sancionado por ambas Cámaras de la legislatura local.

"Art. 1º: El Poder Ejecutivo estará facultado para establecer un tribunal de enjuiciamiento de magistrados.

Art. 2º: El tribunal de enjuiciamiento estará compuesto por cinco personas seleccionadas por el Poder Ejecutivo, tres de las cuales deberán ser abogados con un mínimo de cinco años de ejercicio de la profesión.

Art. 3º: El tribunal de enjuiciamiento estará facultado para remover cualquier miembro del Poder Judicial de la provincia por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones por un voto de tres de sus miembros.

Art. 4º: En el caso de remover un juez por un delito cometido en el ejercicio de sus funciones, el tribunal de enjuiciamiento podrá imponer una multa de hasta 10.000 Sanmartines*.

Art. 5º: Los miembros del tribunal de enjuiciamiento solamente podrán ser removidos en caso de mal desempeño o por la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones y sólo por voto de los cuatro restantes miembros del tribunal.

Art. 6º: Comuníquese, etcétera).

El gobernador promulga la ley y nombra a cinco personas de reputación intachable para integrar el tribunal: el presidente del Colegio de Abogados, dos profesores de Derecho Constitucional, un ex senador y un sindicalista.

La primera acción del nuevo tribunal es investigar las actividades de Cristóbal Cometa, un juez de primera instancia al que le gusta pasar sus vacaciones en Miami. Después de un procedimiento en el cual varias pruebas de soborno fueron presentadas y de que el doctor Cometa, representado por un abogado, tuvo la oportunidad de contestar, el tribunal votó a favor de la remoción del juez e imposición de la multa máxima de SM 10.000.

El doctor Cometa interpone un recurso extraordinario ante el tribunal de enjuiciamiento que es denegado; entonces interpone un recurso de queja directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Constitución de la provincia es idéntica a la Constitución Nacional en materia de juicios políticos.

- 1) ¿Cuáles argumentos esgrimiría como abogado del doctor Cometa?
- 2) ¿Cuáles argumentos esgrimiría como abogado de la provincia?
- 3) ¿Cómo resolvería el caso como ministro de la Corte? ¿Por qué?

* Un decreto del PEN de mayo de 1999 establece el Sanmartín como la moneda nacional, con un valor de SM 1 = A 1000.

RESPUESTA

Abogado del doctor Cometo

La ley sancionada por la legislatura provincial importa, sin lugar a dudas, una "delegación" necesariamente amplia.

Esta ley está concediendo al Ejecutivo la facultad de establecer un tribunal de enjuiciamiento, facultad ésta que la Constitución provincial pone exclusivamente en manos de cada una de las Cámaras de la legislatura, en la medida en que la Ley Suprema de la provincia prescribe, con claridad, que sólo la Cámara de Diputados ejerce el derecho de acusar ante el Senado a los magistrados, en tanto que a este último corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados. Además, es preciso tener en cuenta, a este respecto, que la ley está facultando al Poder Ejecutivo a "seleccionar" a las cinco personas que habrían de integrar el tribunal de enjuiciamiento.

Y —como si todo esto fuera poco— dicho tribunal "estará facultado para remover a cualquier miembro del Poder Judicial de la provincia por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones..." Ello importa una contundente violación de las disposiciones constitucionales que conceden tan delicada facultad a las Cámaras legislativas.

Por otra parte, este tribunal cuya composición es decidida por el Poder Ejecutivo, goza de la facultad de imponer una multa de hasta \$M 10.000, lo cual implica el establecimiento, por el Poder Ejecutivo, de una verdadera sanción penal. Y es bien sabido que cuando estén de por medio sanciones penales vamos a ser absolutamente reticentes a aceptar la constitucionalidad de la delegación.

Quiere decir, entonces, que estamos en presencia de un verdadero órgano administrativo que ejerce funciones jurisdiccionales. A este respecto, la mayoría de la Corte en "Fernández Arias o Poggio" ha establecido que es admisible la creación de este tipo de organismo, siempre y cuando los pronunciamientos jurisdiccionales emanados de ellos queden sujetos a "control judicial suficiente" y, si bien no existe una regla general y definitiva de lo que este "control judicial suficiente" implica en todos los casos, la Corte Suprema ha entendido que la mera potestad de deducir recurso extraordinario ante la Corte Suprema no importa "control judicial suficiente", sino que es preciso que las decisiones de estos órganos administrativos puedan ser revisadas por algún órgano inferior del Poder Judicial, posibilidad ésta que no se halla garantizada en este caso.

Una delegación tan amplia como la presente pone en peligro la letra del art. 29 de la Const. Nacional, cuando prescribe que las legislaturas provinciales no pueden conceder a los gobernadores facultades extraordinarias ni la suma del poder público.

De todo lo expuesto, cabe concluir la existencia, en el caso, de una patente violación del principio de la separación de los poderes que es esencial a la sana vigencia de la "forma republicana de gobierno".

Abogado de la provincia

La legislatura, al dictar esta ley, supo perfectamente lo que estaba haciendo.

Estuvo en la intención de los legisladores, el delegar amplias facultades en el Poder Ejecutivo. Ellos confiaron en que el Ejecutivo estaría más capacitado que nadie para designar a las personas que tendrían a su cargo el enjuiciamiento de los magistrados que han incurrido en la gravísima falta que aquí se discute.

El Poder Ejecutivo conoce debidamente el modo como se cometen actos de la naturaleza de los que, en este caso, se impugnan, en virtud de que ellos, desgraciadamente, son harto frecuentes en todos los sectores de la administración; nadie mejor que el Poder Ejecutivo para saber que, día a día, los funcionarios a cargo de la Administración Pública se prestan a actos de soborno en perjuicio del accionar del Estado y del bienestar general de la población.

Por otra parte, y en lo que hace a la imposición de una sanción penal por el Poder Ejecutivo, cabe tener en cuenta que, en el caso, éste sólo está aplicando una multa, la cual—sin dejar por ello de ser una sanción penal—reviste, sin duda, una gravedad mucho menor que si se tratase de una detención o un arresto, por ejemplo.

Además, es posible imaginar que las decisiones del tribunal de enjuiciamiento serán susceptibles de revisión por un órgano judicial inferior a la Corte Suprema, lo cual—de ser así—no descartaría la posibilidad de un "control judicial suficiente".

Ministro de la Corte

Esta Corte carece de jurisdicción para entender respecto de cuestiones que constituyen conflictos de poderes locales, en virtud de que la reforma de 1860 suprimió de la Constitución del '33 la facultad que confería a este tribunal de conocer y decidir los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia (conforme doctrina de "Lizaso").

En otro orden de cosas, y al margen de este problema de "competencia" que impide a esta Corte tomar conocimiento del presente caso, existe un problema de justiciabilidad que inhibe, igualmente, al tribunal, para pronunciarse respecto de esta cuestión.

De los argumentos del actor, cabe deducir que el mismo alega una violación del principio de la separación de poderes, esencial a la "forma republicana de gobierno", cuestión ésta respecto de la cual este tribunal no puede manifestarse en virtud de constituir la misma una "cuestión política no justiciable", cuya determinación es propia de los poderes políticos.

Este alumno no encontró todos los argumentos que hubiera podido elaborar, pero sí los problemas legales más importantes en el caso. En ningún momento recibió un discurso teórico sobre los temas tratados en su parcial. Hubiéramos preferido mayores referencias a los fallos estudiados y un más amplio tratamiento de los argumentos de cada abogado, pero la mera identificación de los temas a desarrollar fue suficiente para merecer una buena nota. Consideramos que los alumnos dispusieron de solamente dos horas para solucionar el caso, como los alumnos cursaban recién su primer año en la Facultad, decidimos no exigirles la dedicación de un día entero en una biblioteca para resolver los casos del examen.

Nosotros señalamos los siguientes factores para explicar el mayor éxito del segundo curso: a) más experiencia con casos hipotéticos antes del primer parcial; b) mejor organización. Como cuestión práctica, es casi imposible utilizar el método de casos sin un texto. Para el segundo curso teníamos la ventaja de poder trabajar con las pruebas de galera de nuestro libro; c) mayor concentración en los vínculos entre fallos para ayudar al alumno a construir su propio esquema del curso y dejar de lado detalles del fallo que desorientan al alumno de los puntos más importantes; d) metas claras por parte del profesor de lo que el alumno debe aprender en cada clase.

También debemos señalar que hubo mucha confusión por parte del alumno durante las primeras clases. Los alumnos argentinos están muy acostumbrados a recibir la "respuesta" del profesor para cada tema que se presenta y siempre encontramos un grupo de alumnos después de las primeras clases que ruegan: "pero profesor, ¿cuál es la respuesta?" Como la filosofía del método es que no hay una "solución correcta" —a lo sumo, algunos puntos doctrinarios cuya aplicación es comúnmente aceptada— y que, lo más importante, es que el abogado encuentre los problemas legales relevantes cuando se enfrenta a una situación fáctica, que en definitiva sepa cómo esgrimir argumentos legales, y que esté consciente de los valores alentados y afectados por la decisión que pide del tribunal; la réplica del profesor al alumno que pide la "solución correcta" debe ser remitir al alumno, otra vez, a las opiniones discutidas en la clase, quizás aclarando ventajas sociales de una solución en relación con otras, pero simultáneamente señalando las desventajas de la misma solución.

Otro fenómeno que encontramos es que por cada alumno que pide la "respuesta" hay uno que adopta el otro extremo y decide que el abogado puede utilizar cualquier argumento coherente en defensa de cualquier causa, porque al final la decisión del tribunal depende de influencias políticas. Este alumno debe ser motivado a reflexionar sobre los valores a través de las varias opciones presentadas a los tribunales y sobre el papel del abogado como "ingeniero legal" que ayuda al tribunal a desarrollar soluciones innovadoras; más que liberar al abogado de sus obligaciones con el sistema jurídico, lo fuerzan a esgrimir argumentos en función de valores sociales. El método de casos es igualmente compatible con filosofías iusnaturalistas y positivistas. El adherente al primero, si admite que él personalmente no posee el monopolio acerca de qué es el derecho natural, invariablemente quedará muy satisfecho con la forma en que el método permite analizar los valores que subyacen en cada decisión judicial.

4. LAS CONSECUENCIAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL MÉTODO DE CASOS EN ARGENTINA

No es fácil pronosticar las consecuencias que una metodología educacional puede tener para la sociedad que la implementa, pero en el supuesto del uso del método de casos en la enseñanza del derecho es posible identificar falencias específicas que ayuda a remediar. Hoy en día, en Argentina, el abogado todavía se encuentra muy influido por la concepción montesquiana del juez como la mera boca de la ley. Se encuentra una esquizofrenia que a veces se manifiesta en los votos del mismo juez en litigios distintos. Por ejemplo, la Corte Suprema en el caso "Rolón Zappa" dijo: "Que la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes. El Poder Judicial es el llamado para resguardar la observancia de la Constitución Nacional, y, en lo que al caso interesa, la garantía en juego ha recibido adecuada tutela en los principios de obligada vigencia que ha sabido sostener este tribunal en sus fallos. Allí se agota la función que le es propia al aplicar concretamente el mandato de la Ley Fundamental —entendido en el sentido amplio expuesto en el considerando precedente— para el restablecimiento de los derechos lesionados, y ese amparo se sustenta en el orden jurídico y en la

prueba de los hechos pertinentes y cuya abierta prescindencia no cabe reconocer sin incurrir en arbitrariedad⁹.

Que la ponderación del estado actual de emergencia económica en las Cajas Nacionales de Previsión y de la necesidad de instrumentar las medidas que tiendan a conjugarlo con el fin de conservar los recursos financieros para atender el cumplimiento de las obligaciones con los beneficiarios del sistema, es materia ajena a la órbita del Poder Judicial. Dicha materia se inserta en el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación, como órgano investido del poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos por la Carta Magna con el objeto de lograr la coordinación necesaria entre el interés privado y el interés público y hacer realidad la promoción del 'bienestar general' anunciado en el Preámbulo y contenido en la cláusula del art. 67, inc. 16, de la Const. Nacional...

Que será función exclusiva del Parlamento la determinación de la existencia y gravedad del paulatino deterioro patrimonial denunciado respecto de los organismos que conforman el sistema previsional, así como la adopción de los remedios idóneos para su restablecimiento a fin de cumplir con el deber de asegurar los beneficios a los integrantes tal cual resulta de la directiva contenida en el art. 14 bis de la Const. Nacional¹⁰.

En este caso la Corte rechazó argumentos del Estado acerca de las consecuencias para las Cajas Previsionales de una decisión de actualizar las jubilaciones y en esta transcripción parece, no solamente que la Corte lo rechaza por violar los derechos adquiridos de los jubilados, sino también que invoca la concepción monstesquiana para explicar los límites de su función.

Sin embargo, esta actitud no es típica de la jurisprudencia de la Corte. Por ejemplo, en el caso "Sejean", donde la Corte declaró la existencia de un derecho constitucional a obtener el divorcio vincular, el doctor Petracchi dijo:

"Como principio de interpretación de la Constitución Nacional, no es adecuada una exégesis estática de ésta y de sus leyes reglamentarias inmediatas que esté restringida por las circunstancias de su sanción. Las normas de la Constitución están destinadas a perdurar regulando la evolución

⁹ CSJN, Fallos, 297:250; 297:452; 298:901; 300:267, entre otras.

¹⁰ CSJN, 30/9/86, LL, 1986-E-150.

de la vida nacional, a la que han de acompañar en la discreta y razonable interpretación de la intención de sus creadores¹¹.

Si las normas jurídicas, en general y las constitucionales, en especial, pueden superar el horizonte histórico en el que nacen, ello es porque el contenido que tienen en el momento de la sanción se distingue de las ideas rectoras que las impregnan, ya que éstas poseen una capacidad abarcadora relativamente desligada de las situaciones particulares que les dieron origen¹².

Y más tarde dice: "Que lo expuesto lleva a la necesidad de plantearse que, no menos importante que la consideración de los alcances y efectos del divorcio de las partes en estos autos, resulta el análisis de otro divorcio de gran incidencia en el sistema de convivencia de los argentinos cuya racionalidad se trata de consolidar. Ello es el divorcio entre la realidad social y su organización normativa.

Es evidente que, en lo que hace al orden de las relaciones familiares, no parece razonable que la realidad jurídica y la realidad social tengan la distancia que hoy es contable en nuestro medio. Esta distancia se manifiesta en múltiples aspectos en relación al vínculo matrimonial considerado"¹³.

Esta concepción de la función de la Corte representa el otro extremo acerca de cómo debe funcionar el sistema judicial. Mientras "Rolón Zappa" mantiene el mito de que la ley siempre indica una solución correcta y que el juez puede encontrarla sin hacer nada más que consultar los tratados en su biblioteca, "Sejean", aunque genera preocupación de que quizá los jueces han excedido sus atribuciones, sin embargo, reconoce la complejidad de la función judicial. Cuando los jueces se esconden atrás del mito de que son meramente la boca de la ley, el resultado es la repetición de dogmatismos sin poner el foco en cómo los principios invocados están vinculados con valores y realidades sociales¹⁴. Sospecho que

¹¹ CSJN, Fallos, 256.698.

¹² CSJN, 27/11/86, LL, 1986-E-647, especialmente p. 662.

¹³ CSJN, 27/11/88, LL, 1988-E-847, especialmente p. 872.

¹⁴ Por ejemplo, el debate sobre la responsabilidad objetiva del fabricante en Argentina, aunque ha sido un tema en el cual, por falta de una norma específica en el Código Civil, la jurisprudencia ha sido decisiva, sin embargo se ha concentrado en discusiones de poca utilidad acerca de cuál es el artículo del Código Civil "correcto" para encontrar esta responsabilidad, los arts. 511, 512 y 1138, 2178, 1109 sobre responsabilidad contractual, la norma que permite daños y perjuicios en una acción rehdibitoria, art.

muchos jueces que escriben nada más que dogmatismos tienen en cuenta su función cuasilegislativa pero que, por no conocer otro modelo judicial, no incluyen las verdaderas razones de sus decisiones cuando escriben sus votos. El modelo del derecho como fuerza dinámica, solamente va a ser realizado cuando el proceso de la interpretación de normas esté sujeto al debate y al escrutinio y el juez no se prive de expresar sus motivaciones valorativas¹³.

Los Estados Unidos mandaron cientos de profesores de derecho a países subdesarrollados y en vías de desarrollo durante la década del '60 y la primera parte del '70. En América latina hubo proyectos en Brasil, Chile, Venezuela y Colombia, aunque nunca en Argentina. Estos proyectos, en general, no produjeron cambios importantes, quizá porque todo el ímpetu vino del exterior y no existía un descontento generalizado con el esquema dogmático del derecho. Argentina, en cambio, tal vez por su excelencia en la filosofía del derecho, parece un país listo para una reforma educacional. Ya en los comienzos de la década del '60 el debate entre Sebastián Soler y Genaro Carrió reveló en forma muy destacada los problemas con el modelo dogmático de la función judicial¹⁴. El desafío para Argentina es reformar el modelo educacional para incorporar los descubrimientos filosóficos hechos por sus propios juristas durante los últimos treinta años.

La dirección del camino ya aparece marcada, la cuestión es si los profesores están dispuestos a invertir el tiempo para que la facultad pueda producir abogados que entiendan la complejidad y riqueza de su obligación de afianzar la justicia.

2176, el art. 1109 con una presunción *in re de iure* de negligencia o el art. 1113. Ha ignorado la cuestión de cuáles son los valores sociales y económicos que favorecen la responsabilidad objetiva del fabricante y cómo el análisis de éstos debe cambiar según la situación fáctica. Miller, Jonathan M., *Responsabilidad del fabricante en la Argentina desde la perspectiva del derecho comparado*, RDCO, 1966-341.

¹³ Miller, *Responsabilidad del fabricante en la Argentina*, RDCO, 1966-341.

¹⁴ Ver Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964.

MISCELÁNEA





USOS, COSTUMBRES, LEYES

IGNACIO WINIZKY

Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, Uppsala (Suecia, 1988). Tema: Cheque viajero; Relator general: Ignacio Winizky.

En el estrado se ubican el profesor (E) de la Universidad de París, Roger Houin que preside la sesión, el secretario general de la Academia, profesor Roland Drago y el relator.

Detrás del estrado un gran cartel que dice *NO SMOKING*. Houin se sienta y enciende un enorme Partagás.

Abierta la sesión, el relator general lee su trabajo y se generaliza un amplio y agitado debate acerca de si el cheque viajero es un cheque o no.

En último término, un señor que está en la audiencia pide la palabra. "Señores Académicos, digo, no soy jurista: estoy aquí en representación de los ocho bancos austriacos que emiten cheques viajeros. He escuchado muy atentamente los términos de tan enjundioso debate. En Austria no tenemos legislado este instrumento bancario y funciona perfectamente. Por favor, les pido, no propongan ninguna legislación".

CUENTOS

1) El comendador del Hospital del Rey, extramuros de Burgos, trataba un pleito ante el alcalde Herrera. Uno de los testigos, después de haber depuesto mediante juramento, preguntado si quería decir más, respondió:

—No me mandó decir más el comendador.

Luis de Pinedo
1527-1580



2) Traían pleito en una Universidad sobre quién iría delante en los doctoramientos, los doctores canonistas o los de medicina. Preguntó el juez:

—Cuando llevan a ajusticiar a uno, ¿va delante el verdugo o el que llevan a ajusticiar?

Respondiéronle que el que justificaban iba delante. Entonces dio por sentencia que los juristas, como ladrones, fuesen delante, y lo siguiesen los médicos, como verdugos.

ESTEBAN DE GARIBAY Y ZAMALLOA
1533-1599

3) Abogaba el elocuentísimo Demóstenes en defensa de un hombre que estaban para condenar a muerte, y al esforzar su oración con autorizados textos del derecho, que poseyó y maestreó, hizo reparo que los jueces se divertían hablando entre sí; y, apartándose del principal asunto, encadenó un cuento conciliando la atención:

—Es el caso, señores, digno de reflexión, y acaeció así: Alquiló un aldeano a un pasajero un asno; salieron a la jornada juntos, el dueño a pie y esotro en el jumento. Era en el estío y hora de mediodía; fatigaba el sol; bajóse aquél a pie, acogiéndose a la sombra del jumento.

“Eso no —dijo el alquilador—, que yo el jumento alquilé, no la sombra, y así, apartaos y dejádmela”. “Eso no —replicó el otro—, que si el asno no se puede apartar de la sombra, cuando yo pagué el alquiler también pagué su sombra”. He aquí armado el pleito entre las partes, y que van al Tribunal con su querrela.

Estaban divertidos y silenciosos los ministros, curiosos de saber la sentencia de tal pleito, y el diestro orador, dando un golpe a la cátedra, exclamó enardecido:

—¡Oh Senado Supremo: que el despreciable litigio de un asno os merezca atención, y no la importancia de la vida de un hombre!

De que, reconvenidos o afrentados, enmendaron el yerro, y Demóstenes consiguió libertar al que defendía.

BERNARDINO FERNÁNDEZ DE VELASCO
(Duque De Frías) 1701-1789

4) Héctor Rodríguez, portugués, catedrático de prima de leyes en Salamanca, gran encarecedor de sus agudezas, dió



un sentido a una ley y no acabó de exagerar lo que le había costado y la agudeza que tenía. Acabada la lección, llegóse al postre un estudiante y díjole que aquella declaración era puntualmente de Bártulo, en tal parte. Respondió:

—Huélgome mucho de que Bártulo haya alcanzado lo que yo, y agora le estimaré en mucho más.

JUAN DE ARGUJO

1564-1628

¿LO SABÍA?

Según lo dispone el art. 3639, para ser válido el testamento ológrafo debe ser escrito todo entero por la mano misma del testador.

Cicu observa que esta expresión plantea un problema, puesto que habitualmente no se escribe simplemente con la mano, sino mediante un instrumento con el cual aquélla lo hace: pluma, lápiz, tiza, etcétera.

JOAQUÍN O. MARRIA

Manual de derecho sucesorio, p. 194

Queda así demostrado que si para civilizar a los indios la Constitución utiliza la moral católica que enseña a los seres humanos que sólo deben tener relaciones sexuales aptas para procrear dentro del matrimonio, y fuera del matrimonio han de guardar castidad; si los misioneros católicos le enseñan eso a los indígenas para civilizarlos es francamente inmoral cuando se enteren los indígenas que hay una ley que autoriza la disolución del vínculo matrimonial como lo es la 23.515, que establece lo contrario de la indisolubilidad y que ella se acija para comodidad de ciertos hombres blancos, los indígenas creerán que los hombres blancos se han vuelto locos de remate.

Queda así demostrada la segunda razón de la inconstitucionalidad de la ley 23.515 frente a la Constitución Nacional el 25 de setiembre de 1860.

ALBERTO D. MOLINARIO

ED, 2/10/87, p. 8.



La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en Editorial Astrea, y la impresión se efectuó en Gráfica Minerva, Av. República 332, Ramos Mejía, prov. de Buenos Aires, en la segunda quincena de diciembre de 1987.





