

LECCIONES Y ENSAYOS

LECCIONES

- BRUZZONE, GUSTAVO:** *El error sobre los elementos normativos del tipo: entre los criterios de racionalidad final y la coherencia dogmática.*
- CÓRDOBA, FERNANDO:** *Error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación.*
- FRIELAND LÓPEZ LECUBE, ALEJANDRO:** *El Derecho penal de la integración europea y las perspectivas en nuestro Mercosur.*
- MARÍ, ENRIQUE:** *El concepto de posmodernidad de André-Jean Arnaud y Bouwendens de Sousa Santos en la sociología del Derecho.*
- WILLIAMS, SILVIA MAUREEN:** *El Derecho internacional y los vuelos espaciales tripulados.*

ENSAYOS

- ARRIGÓ, MARTÍN - DULITZKY, ARIEL:** *Las leyes "ex post facto" y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de Derecho internacional a ser aplicadas en el Derecho interno.*
- CHODOR, SERGIO:** *El sistema de protección interamericana de derechos humanos: los informes de la Comisión Interamericana. Los pedidos de opinión consultiva y las obligaciones de los Estados parte.*
- SANTOS, MARCELA - ACERO MANGO, HAYDÉE:** *Mujer y criminología.*
- VARACALLA, DANIEL C. - PICASSO, SEBASTIÁN:** *Responsabilidad precontractual y postcontractual.*



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



LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Prof. Andrés A. J. D'Alesio

Vicedecano

Prof. Guillermo E. Mancayo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director

Prof. Héctor Raúl Sandler

Subdirector

Mary Baloff

Secretario

Carlos Parise

Consejo asesor

Prof. Héctor Alegría

Prof. Julio C. Cuesta Rúa

Prof. Marcelo U. Salerno

Prof. Marcelo A. Sandinetti

Prof. Horacio Sanguinetti

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Director: Marcelo Ferrante

Subdirector: Sebastián Picasso

Secretario de redacción: Carlos Ignacio Suárez Anzorena

Secretarios Adjuntos de Redacción: Leandro Martín Passarella

Maximiliano Batista

Redactores: Paola Bergallo

Carolina Fairstein

Carolina Fernández Bianco

Guillermo Jorge

Máximo Lángier

Silvia Graciela Parabelli

Marcelo Rafael Tavarone

Colaboradores: Denise Bloch

Nicolás Di Biase

Agustín Flah

Sabrina Namer

Eliana Santanastaglia

Graciela Ledesma

Julieta Rossi

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

LECCIONES Y ENSAYOS

1994 - 60/61



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

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

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

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

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

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

EDITORIAL

DELEGACION DE FUNCIONES

El mundo del Derecho presenta en estos tiempos una tendencia a transferir funciones. Esta delegación se percibe en tres ámbitos claramente definidos, que abarcan el universo de la actividad jurídica: el Poder Judicial, la Universidad y la actividad privada.

Es sabido que en el Poder Judicial la actividad que teóricamente corresponde al juez (p. ej. presenciar las audiencias, dictar sentencia) muchas veces es delegada a los secretarios y, a veces pero no siempre, supervisada por el juez. La tarea de los secretarios es, por su parte, encargada a los prosecretarios o a los oficiales. En la Universidad, la actividad de los profesores titulares es, casi de derecho, delegada a los adjuntos (jefes de comisión), los que a su vez la delegan en los ayudantes, graduados o estudiantes. La disposición de que los estudiantes no pueden dar más de veinte minutos de clase y en presencia del profesor ha sufrido "desuetudo" hace tiempo. La realidad muestra que los estudiantes cumplen una parte apreciable de la función docente. En la actividad privada, la paulatina concentración de las tareas en los grandes estudios presenta una imagen similar. Los socios se ocupan de una ínfima proporción de las causas que lleva el estudio. La gran mayoría es llevada por abogados recientes o estudiantes. La labor de éstos va mucho más allá de la mera procuración; a menudo todo el proceso es seguido por ellos, no apareciendo del abogado titular más que la firma.

Ante esta situación observamos que las tareas de los delegados no son reconocidas por el orden jurídico vigente y que los beneficios de esas tareas son percibidos por los delegantes. Ahora bien, si se exigiera que se cumpla con el orden

jurídico, probablemente los delegados afirmarían que no pueden abarcar todas las tareas que se les imponen, siendo ésa la causa de la delegación. El argumento es válido y da sustento a la siguiente afirmación: el orden jurídico no se puede cumplir, tal como está, en la realidad y urge cambiarlo para que se logre una cierta coherencia y se protejan los derechos, no sólo de los delegados, sino también de aquellos que usan esos servicios (litigantes, alumnos y clientes) para que no se llamen a engaño sobre el funcionamiento real de los mismos.

INDICE

Editorial 1994.....	7
---------------------	---

LECCIONES

Bruzzone, Gustavo, El error sobre los elementos normativos del tipo: entre los criterios de racionalidad final y la coherencia dogmática	13
Córdoba, Fernando, Error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación	33
Freeland López Lecube, Alejandro, El Derecho penal de la integración europea y las perspectivas en nuestro Mercosur	51
Marí, Enrique, El concepto de posmodernidad de André-Jean Arnaud y Boaventura de Sousa Santos en la Sociología del Derecho	79
Williams, Silvia Maureen, El Derecho internacional y los vuelos espaciales tripulados	91

ENSAYOS

Abregú, Martín - Dulitzky, Ariel, Las leyes "ex post facto" y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de Derecho internacional a ser aplicadas en el Derecho interno	117
Chodos, Sergio, El sistema de protección interamericano de derechos humanos: los informes de la Comisión Interamericana. Los pedidos de opinión consultiva y las obligaciones de los Estados partes	177

Santos, Marcela - Acero Mango, Haydée, Mujer y criminología	195
Varacalli, Daniel C. - Picasso, Sebastián, Responsabilidad precontractual y poscontractual	209

UNIVERSITARIAS

Passarella, Leandro Martín, El profesor Manuel Atienza .	243
--	-----

MISCELANEAS

Varacalli, Daniel Carlos, Joyitas del "Common Law"	267
--	-----

LECCIONES

**EL ERROR SOBRE
LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO:
ENTRE LOS CRITERIOS DE RACIONALIDAD FINAL
Y LA COHERENCIA DOGMÁTICA**

GUSTAVO BRUZZONE

I. La elaboración de una investigación en el ámbito de la dogmática jurídico penal necesariamente debe partir de algún "fin". Aunque parezca paradójico la meta se antepone y, en cierta medida, determina toda la tarea en diferentes niveles.

Uno, específico, que intenta demostrar una tesis en particular y, dentro de lo posible, con pretensiones de ser lógica y cerrada respecto del sistema de la teoría general que se acepta como válido, y otro con la aspiración de otorgar soluciones más seguras, justas y efectivas para todos los actores del Derecho penal.

Teniendo claro esto, se pueden arriesgar diferentes tesis particulares para saber hasta qué punto son sistemáticamente consistentes y adecuadas a los criterios antes mencionados de seguridad, justicia y efectividad.

Las soluciones propuestas para los supuestos de error sobre elementos normativos del tipo se enmarcan, también, dentro de esta problemática.

II. En primer lugar se debe señalar que carecemos de una definición operativa para dar respuesta al problema del error sobre los elementos normativos que el legislador utiliza en la redacción de los tipos penales.

Para distinguir entre elementos descriptivos de los normativos del tipo penal, la caracterización realizada hasta el momento se podría describir de la siguiente manera: las cir-

cunstancias de hecho descriptas en los tipos penales pueden ser captables en forma, más o menos, directa por medio de los sentidos (empírica) o requerir una exigencia comprensiva que supera el estadio sensorial por constituir referencias valorativas jurídicas o prejurídicas, que suponen, para su captación, de la elaboración intelectual de un mayor cúmulo de información que la obtenida exclusivamente por la vía sensorial.

Pero, por otra parte, la interpretación del texto y contexto de las palabras con que el legislador construye las circunstancias de hecho de los tipos penales, constituye un punto de referencia ineludible para poder establecer su sentido y, en consecuencia, las exigencias y posibilidades de captación.

Si partimos de la afirmación de que el autor debe conocer las circunstancias de hecho descriptas en los tipos penales para que se le pueda reprochar la realización de una conducta delictiva, no resulta claro cuál es el objeto de ese conocimiento: si exclusivamente la base empírica de las circunstancias de hecho, su sentido o significado social, una forma intermedia, o ambas a la vez.

Pareciera que el mero conocimiento empírico de las circunstancias de hecho no es suficiente para poder reprochar al autor. Por ejemplo: el conocimiento de un papel escrito con tinta no constituye el conocimiento de que ese papel es, jurídicamente, un cheque.

También pareciera que no sería necesario para reprochar al autor que éste tuviera que conocer con la precisión de un jurista qué es un cheque. Bastaría con la valoración paralela a la jurídica que tiene el autor en concreto o incluso se puede hacer referencia a la valoración paralela que entendemos debe existir en cabeza de los que no son juristas. En este segundo sentido, por el proceso de internalización de pautas culturales podemos afirmar que existe un nivel de conocimiento al que cualquier persona mínimamente socializada pudo acceder.

Con ello quedan establecidos tres niveles diferentes de conocimiento:

- a) el del jurista;
- b) el del lego como nivel mínimo;
- c) el del autor en concreto.

A los efectos de la imputación del hecho criminal el tercero es el más importante, mientras que el segundo marca el límite de tolerancia posible sobre las posibilidades de error.

Esta es, en líneas generales, la posición de la doctrina desde que en 1968 el discípulo de Welzel, Karl Heinz Kunert¹, se ocupara del tema por expresa indicación de su maestro a efectos de dar por concluida la querrela que mantenía con los partidarios de la teoría del dolo, quienes insistentemente le señalaban que ante el yerro sobre elementos normativos del tipo era imposible distinguir entre error de tipo y de prohibición. Ello pone de manifiesto que lo que se está discutiendo en realidad son las cuestiones relativas al conocimiento que fundamenta el dolo; por ello, y a efectos de defender su concepto de *dolo natural*, los finalistas debían desentenderse en forma tajante del problema. Pero los elementos normativos siguieron allí marcando la inconsistencia de la ficción que sostiene que el autor puede conocer acabadamente los elementos del tipo sin conocer la antijuridicidad de lo que hace.

III. Por ello, a mi criterio, en el marco de este trabajo la tesis particular que ofrece una mejor hipótesis de trabajo es la más polémica; es decir, aquella que se oponga a una teoría a punto de situarse fuera del sistema.

En efecto, si se afirmara que el objetivo de esta investigación es intentar corroborar la siguiente tesis: *el error sobre un elemento normativo mencionado en el tipo debe ser tratado con las reglas del error de prohibición y no con las del error de tipo*. En relación a esta tesis se podrían efectuar diferentes observaciones según se atiende a la cuestión desde la teoría del dolo o desde la de la culpabilidad —en este punto, tanto en su versión estricta como limitada—. Parece claro que el mayor número de objeciones provendrían de los partidarios de la segunda. De todos los argumentos posibles, quizás el más contundente esté dado por la afirmación de que tratándose de un elemento considerado como integrante del supuesto de hecho típico, las reglas del error que se le deben aplicar sólo pueden ser las del error de tipo, toda vez que el dolo se constituye por el conocimiento y la voluntad de realizar todos aquellos elementos que integran el tipo.

¹ *Die Normativen Merkmale der Strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1968, W. de G., p. 1; para diferenciar, ante los casos polémicos, unos casos de otros, propicia ya al iniciar su trabajo una regla por exclusión basada en la constatación general de que los elementos descriptivos del tipo conciernen circunstancias cuya apreciación de fondo puede ser constatada y tener sentido sin un mayor esfuerzo de interpretación; todos los demás elementos son de clase normativa.

Si el elemento normativo es un elemento más del tipo, la tesis, en principio, y siempre desde la teoría de la culpabilidad, no se podría sostener. Una solución posible sería revisar la definición y función que les otorgamos, o efectuar alguna aclaración respecto de la especie de conocimiento exigido por el dolo. Es decir, sólo situando a los elementos normativos fuera del tipo y con una función diversa a la que hoy se le reconoce, la tesis podría aspirar a ser aceptada. Ocorre, sin embargo, que la fundamentación que en este sentido podrían dar los partidarios de tal teoría podría llevarlos a incurrir en contradicciones o a inconsecuencias con sus puntos de partida².

La razón por la cual no es posible llegar a una fácil comprobación de la tesis expuesta, sin embargo, reside en que, en el paradigma hoy vigente en la ciencia jurídico penal, el lugar sistemático que ocupa un elemento determina las consecuencias que se producen tanto en materia de error, como en lo relativo a la tentativa y la participación³.

Los elementos normativos, pese a sus especiales características, siempre han sido considerados como una circunstancia integrante del supuesto de hecho típico (del tipo) y, por ello, objeto de conocimiento del dolo (natural), ámbito en el cual, para la teoría de la culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad es irrelevante. Esto es importante para comprender de qué manera los partidarios de la teoría de la culpabilidad se vieron obligados a analizar esta clase de elementos, en donde, por regla general, encontramos expresado el *sentido social total de un suceso*, o dicho con otras palabras, *qué es lo que expresa el sentido antisocial total de un comportamiento*. La tajante separación entre dolo y conciencia de la antijuridicidad debía ser mantenida pese a advertirse la existencia de circunstancias de hecho que parecían estar referidas directamente a la antijuridicidad⁴.

² Ver en este sentido Bruzzone, Gustavo, "¿Un regreso a la distinción error de hecho y de derecho?", en *D.P.*, 1992, nros. 57 y 58.

³ Así, como lo expone Claus Roxin en *Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*, trad. de Enrique Baciglupe, Depalma, Buenos Aires, 1979, ps. 29 y sigs.; al mencionar que la significación práctica de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico reside, ante todo, en el ámbito de la teoría del error, en la tentativa y en la teoría de la participación, ello, obviamente, en el marco de las estructuras lógico-objetivas elaboradas por Welzel.

⁴ El "descubrimiento" de los elementos normativos del tipo es atribuido a Max Ernst Mayer, quien ya planteaba lo expresado. Cfr. Roxin, Claus, op. cit., ps. 60 y sigs. Asimismo, ver nota 45 del presente trabajo.

Los elementos normativos del tipo han planteado problemas dogmáticos desde la aparición del tipo penal de *Belang* en 1906⁵. Entre esa fecha y 1930, en que se publica *Die Lehre von Tatbestände*, se producen varios trabajos de importancia referidos a cuestionar la neutralidad valorativa que se le atribuye al tipo penal. Quizás, el más importante de ellos sea el *Lehrbuch* de Max Ernst Mayer, en 1915⁶, donde se describe por primera vez la categoría de los elementos normativos del tipo y se dedica especial atención a los elementos subjetivos del tipo. Las circunstancias normativas rompan la relación tipicidad/descriptiva, antijuridicidad/valorativa, y los elementos subjetivos, a su vez, la relación injusto/objetivo, culpabilidad/subjetiva. Con estos factores el carácter neutral y objetivo del tipo se conmovió y, en cierta medida, nunca se pudo recuperar, salvo en la posterior elaboración que hiciera el finalismo desde los elementos subjetivos, trasladando lo objetivo y lo subjetivo dentro del tipo, y por los claros límites que le otorgó a los elementos normativos, mediante la utilización de la teoría estricta de la culpabilidad que, desde el error, fijó los límites de lo descriptivo y valorativo en la teoría del delito.

El especial significado que los elementos normativos tienen para la teoría del tipo penal surge en cuanto estos elementos estorban la claridad de las relaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad y, con ello, afectan la columna vertebral sobre la que se asienta la distinción entre el error de tipo y el de prohibición⁷.

IV. Pero ese no es el único problema que han planteado. Saliendo del tipo del error y tipo sistemático, vistos desde el tipo garantiza los problemas que se advierten son diferentes y, en principio, no guardan conexión con aquéllos.

Desde esta perspectiva los elementos normativos que el legislador utiliza en la construcción de los tipos penales han sido vistos como una violación al mandato de certeza que se desprende del principio de legalidad. La aclaración de qué entendemos por concepto indeterminado y hasta qué punto pueden los jueces integrar un concepto en el momento de fa-

⁵ *Die Lehre von Verbrechen*.

⁶ *Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, 2ª ed. de 1928.

⁷ Cfr. Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado*, T. III, p. 385.

llar, nos puede ofrecer una vía para diferenciar el género normativo de la categoría especial de elementos indeterminados.

La vaguedad y la ambigüedad, que son de la esencia del lenguaje, impiden que exista plena vigencia del mandato de certeza. De allí que la concreción de los conceptos, en general, deba buscarse en su universo de referencia.

La afirmación genérica de que los elementos normativos del tipo constituyen un ataque al mandato de certeza es falsa. Desde la óptica del tipo-garantía los únicos elementos normativos que implican una vulneración al principio de legalidad, más allá de lo tolerable, son los de valoración cultural.

La indeterminación de los elementos normativos de valoración cultural viene dada por dejar absolutamente librado al criterio judicial su integración, en base a consideraciones morales y éticas, que exceden su función.

Si bien el ideal sería su erradicación definitiva, por la índole de lo que se pretende castigar, pareciera, por el momento, que no podemos prescindir de ellos. La tendencia legislativa tiene que dirigirse a determinar cuáles son, en particular, las conductas que se quiere sancionar por medio del Derecho penal material.

La tendencia debe orientarse a frenar el activismo judicial moralizante. Para ello la sanción de leyes que prevean "órganos más adecuados" para la determinación de cuál es el alcance de un elemento normativo de valoración cultural es perfectamente viable. En esta cuestión se debe actuar con suma cautela ante la posibilidad de afectar conductas que no sólo son lícitas, sino que son necesarias para el progreso y desarrollo cultural de una sociedad.

Los elementos normativos extra-jurídicos referidos a alguna ciencia auxiliar del Derecho penal no constituyen un ataque al mandato de certeza más allá de lo tolerable. Son adecuados para delimitar las conductas punibles. No obstante, pueden presentar algunos reparos en lo tocante a la delimitación de conceptos como "enajenado", "privado de razón", etcétera, por la arbitraria clasificación que hacemos de la locura.

Los elementos normativos jurídicos contienen un alto grado de determinación y, por ello, se presentan como indispensables para:

a) la descripción de tipos penales y reglas de la parte general del Derecho penal, ante el nivel de especialización alcanzado por su dogmática;

b) para la delimitación de conflictos provenientes de nuevas (o viejas) formas de conducta que hoy se consideran disvaliosas.

En este punto vemos, una vez más, de qué manera un Derecho penal que aspire a contribuir en facilitar soluciones racionales a los conflictos sociales debe anteponer los fines a las construcciones dogmáticas, tendiendo a integrar todas las disciplinas que operan sobre un hecho criminal.

La problemática aquí esbozada no ofrece grandes dificultades dogmáticas.

La aproximación hecha de los problemas que los elementos normativos presentan para el tipo-garantía nos permite ingresar, con algunos elementos de base, en el ámbito donde verdaderamente han ocupado a los dogmáticos. El terreno donde los elementos normativos del tipo han planteado la mayor cantidad de problemas, desde su aparición.

Pero evidentemente la aclaración de los conceptos que se intenta realizar desde el tipo-garantía fue indispensable para, luego, poder extraer consecuencias en los ámbitos mencionados. En este punto puede anticiparse que no puede tener la misma regulación un error sobre un elemento normativo jurídico que uno extra-jurídico de valoración cultural. Como vemos, las generalizaciones no son apropiadas en ningún caso.

V. Volviendo sobre el actual esquema de la teoría del delito, y muy especialmente desde la elaboración de la teoría de la culpabilidad, el actual paradigma existente en el ámbito de discusión jurídico penal determina que la posición sistemática que ocupa un elemento impone las consecuencias que se van a producir en materia de error. De allí que los dogmáticos se ocupen de delimitar claramente cuál es la ubicación sistemática de los elementos con los que opera.

No obstante, actualmente esta afirmación puede ser puesta en duda. Los siguientes problemas pueden servir como ejemplos:

a) Los denominados *elementos del deber jurídico* o *especiales elementos de la antijuridicidad*, pese a encontrarse mencionados en la descripción del hecho punible, no se rigen por las reglas del error de tipo sino por las del error de prohibición. Esta postura es sostenida por los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, enrolados en lo que puede denominarse finalismo ortodoxo. El argumento que utilizan

para llegar a esta conclusión es dogmático: la antijuridicidad, por más que se encuentre mencionada en la descripción típica, no pierde su carácter, debiendo distinguirse, por otra parte, tipo penal de descripción legal⁸.

b) Saliendo del marco de la teoría estricta de la culpabilidad, su versión limitada entiende que al error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación se les deben aplicar las reglas del error de tipo⁹.

c) El axioma según el cual el error de punibilidad carece de relevancia penal ha intentado ser sorteado por la incorporación de elementos de esa categoría en otra para hacerlo relevante. Pero se ha indicado a este respecto que, en definitiva, lo que determinará que un error sobre la punibilidad sea relevante no provendrá de la ubicación del elemento sino de la vigencia del axioma que le reconoce relevancia o no¹⁰.

Estos ejemplos se pueden unir a muchos otros en donde los dogmáticos han intentado, por partir del paradigma mencionado, ubicar elementos en uno u otro nivel de análisis con la finalidad de extender o limitar la punibilidad.

Estos intentos pretenden mantener con la coherencia interna del sistema dogmático del que parten. Actualmente, inclusive, se está abriendo camino la opinión que estima conveniente incorporar, en la teoría del delito, una nueva categoría, para responder satisfactoriamente a la solución de casos que ofrecen serias dudas a la hora de intentar ser ubicados sistemáticamente¹¹.

⁸ Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Tipo y Error*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973, p. 88; asimismo, Sancinetti, Marcelo en el comentario bibliográfico al libro mencionado en N.P.P., año 3, 1974, número único de homenaje a Hans Welzel, ps. 427 y sigs.

⁹ Joshi Jubert, Ujala, "El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo", A.D.P.C.P., 1987, ps. 697 a 720.

¹⁰ Bacigalupo, Enrique, *Delito y Punibilidad*, Civitas, Madrid, 1983.

¹¹ Günther, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtswürdigkeit: Studien zur Rechtswidrigkeit als Strafmerkmal und zur Funktion des Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Colonia, 1983. Asimismo, Bacigalupo, Enrique, quien justifica la adopción de la categoría de la "responsabilidad por el hecho" (que en su Monografía llama "atribuibilidad") poniendo en duda el tratamiento sistemático de los siguientes problemas: estado de necesidad exculpante, los agrupados por Lenckner bajo la denominación de "meras autorizaciones de acción", las situaciones análogas a la legítima defensa y el estado de necesidad y las causas materiales de exclusión de la pena, situaciones que entiende deben justificar la incorporación de ese nuevo nivel de análisis entre el injusto y la culpabilidad.

En general, la forma en que se comprueba la coherencia interna de una teoría se realiza mediante la constatación de sus consecuencias desde el error, la tentativa y la participación. Las soluciones discordantes son, en general, rechazadas, aunque existen ejemplos en los que se mantienen soluciones como excepciones a la regla pero recalcando en todos los casos su carácter excepcional.

VI. Sin embargo, hoy en día, cada vez con mayor frecuencia, se sostiene que la lógica interna de los sistemas dogmáticos va quedando de lado y la aceptación de las soluciones dogmáticas viene dada exclusivamente por sus "consecuencias". Se afirma, en este sentido que (con cierta gravitación de las teorías de la prevención general positiva) nos encontramos ante un proceso de cambio en la fundamentación del Derecho penal, que exige de la *racionalidad final* (*Zweckrationalität*), como parámetro de legitimación¹².

Esta afirmación, en principio, no representa ninguna novedad. Lo que no se puede presentar como novedoso pareciera ser, a mi criterio, lo que siempre agitó la discusión jurídica, con especial repercusión sobre la labor dogmática. Incluso en los momentos del más puro conceptualismo. Por ejemplo, en materia de error: en los tiempos en que regía el principio de que el *error iuris nocet*, los dogmáticos admitieron el denominado error de Derecho extra penal, que en sí mismo era una total contradicción, para limitar los efectos injustos del principio, especialmente cuando se reconocía vigencia al principio de culpabilidad¹³.

Los partidarios de la teoría del dolo, por su parte, limitaron, por razones político criminales, los márgenes de impu-

¹² Vid. Pérez Manzana, Mercedes, "Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva", tesis doctoral, inédita, presentada en la Universidad Autónoma de Madrid en mayo de 1988.

¹³ Cfr. v. Weber, Hellmuth, "Sobre el error iuris en las más modernas tendencias jurídicas alemanas", tr. de Quintano Ripollés en A.D.P.C.P., 1965, pá. 9 a 21; dice: "La falta de fundamento lógico de la teoría discriminatoria entre el error penal y extrapenal no entró, sin embargo, consecuencias penales en la práctica. En ella el *Reinckengericht* se limitó a optar por una u otra especie de error, según la relevancia que se le otorgara en un caso determinado y concreto, con lo que la misma indeterminación del concepto vino a posibilitar justas decisiones jurisprudenciales, que, por sus concretos resultados, han merecido la aprobación de la doctrina, incluso la más reciente", p. 14.

nidad a los que conducían sus planteamientos originarios mediante la reelaboración del alcance de la conciencia de antijuridicidad, que de formal pasó sólo a requerir conciencia en la antijuridicidad material, es decir, de la dañosidad social de la acción.

A su vez, como ya señalé, dentro de los partidarios de la teoría de la culpabilidad, la versión limitada propone para los supuestos de error sobre eximentes, el tratamiento más benigno del error de tipo. Independientemente de las actuales fundamentaciones de esa solución¹⁴, esta teoría, en su origen, reconoce la de los elementos negativos del tipo que, como ha señalado Graf zu Dohna, se originó exclusivamente en el intento de que ciertos errores, considerados irrelevantes, fueran alcanzado por el § 59 del StGB de 1871¹⁵.

Atrás de todos estos ejemplos siempre hay motivos de justicia material o, mejor dicho, razones que influyen para que se reviertan situaciones que el sentimiento jurídico de una comunidad considera inapropiadas o injustas, por ello la cuestión no es nueva, ni mucho menos.

El origen mismo del finalismo, aunque luego se convirtiera en una de las muestras más acabadas del conceptualismo jurídico, debe buscarse en esa dirección; es decir: con esa "fijalidad". Las estructuras lógico objetivas de Welzel dieron "un nuevo ropaje, más admisible, a las viejas tesis iusnaturalistas, subrayando la fecundidad y sobresaliente importancia que para los cultivadores del Derecho tienen los criterios éticos en una época que amenaza sucumbir al más extremado positivismo jurídico"¹⁶. El clima que se vivió en la Alemania de post-guerra, la vuelta al iusnaturalismo, esta vez anclado en la

¹⁴ Sobre el estado actual de la discusión cfr. Paeflgen, Hans-Ulrich, "Anmerkungen zum Erlaubnisstatbestandsirrtum", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pá. 299 y sigs. En España, especialmente en relación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cfr. Joshi Jaber, Ujela, loc. cit.

¹⁵ *La estructura de la teoría del delito*, tr. de Fontán Balestra con E. Friker de la 2ª ed. alemana de 1941, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, donde se dice: "Para fundamentar la subeunción teóricamente defectuosa de esa variante (creencia errónea de la existencia de una situación de hecho que, por haber existido, excluiría la antijuridicidad) en el § 59 (StGB de 1871), se *instituyó expresamente* la teoría de las circunstancias de hecho negativas" (lo subrayado me pertenece), p. 79.

¹⁶ Vid. la introducción de José María Rodríguez Devesa, pág. X a La doctrina de la acción finalista de José Arturo Rodríguez Muñoz, 2ª ed., Valencia, 1978.

"naturalidad de las cosas", ha sido puesto de manifiesto en importantes trabajos¹⁷. Las corrientes filosóficas que se generan en ese momento o, mejor dicho, que cobran fuerza no obstante reconocer puntos de partida diferentes y ser, incluso, opuestas, "tenían en común la preocupación por buscar vías de superación del positivismo jurídico al que se atribuía la responsabilidad directa de la situación de arbitrariedad legal que padeciera Alemania a partir de 1933". Radbruch, Ballweg, Fechner, Maibhofer, Schambeck, Stratenwerth y Weizel fueron algunos de los autores que se enmarcaron en esa dirección.

La tesis sostenida por Garzón consiste, precisamente, en lo contrario. Para él "la explicación de la arbitrariedad legal durante la época nacional socialista a través de la actitud iuspositivista es histórica y conceptualmente falsa". Por el contrario, la vigencia de un iusnaturalismo cargado de una buena dosis de irracionalidad en conjunción con un decisionismo que vota en el Führer al "único legislador", de quien dependía en última instancia la validez de las normas se presenta cada vez más claramente como candidato adecuado para explicar lo sucedido en el campo del Derecho entre 1933 y 1945 en Alemania¹⁸. En realidad, siguiendo los argumentos de Garzón se puede agregar apelando a Nino, que "al lado del iusnaturalismo abierto que descalifica como Derecho el orden positivo que no cumple con ciertos cánones valorativos, se encuentra el iusnaturalismo encubierto y conservador que juzga todo orden coactivo como portador de determinados valores positivos"¹⁹. Esta actitud ha sido calificada de "pseudopositivista" (Roca) o "cuasipositivista" (Carrió). En realidad el nazismo utilizó el argumento positivista *ex-post*, es decir, al momento de ser juzgados pero no antes²⁰.

Lo que se puede advertir es que, actualmente, lo que antes se hacía de manera inconsciente o encubierta en una pre-

¹⁷ Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho y "Naturalidad de las Cosas". Análisis de una Nueva Visión del Derecho Natural en el Pensamiento Jurídico Penal Contemporáneo*, Universidad Nacional de Córdoba, 1970; especialmente en la introducción que realiza al libro del que es compilador *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona, 1988, pp. 5 a 41.

¹⁸ *Derecho y Filosofía*, cit., p. 7.

¹⁹ *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencias particular a la dogmática penal)*, UNAM, México, 1974, p. 29.

²⁰ Sobre el marco ideológico, histórico y cultural en que se gestó la teoría final de la acción de Weizel, cfr. "Los orígenes filosóficos de la teoría final de la acción" de Monika Frommel, en A.D.P.C.P., 1989, pp. 621 a 632.

tendida pureza dogmática hoy se hace expresamente y con una clara intención de limitar el protagonismo alcanzado por la dogmática penal frente a otras disciplinas que se ocupan del análisis del delito desde otras perspectivas, en un intento por obtener, quizás, una ciencia global como pretendía von Liszt.

Esta tendencia, dirigida a la obtención de soluciones más racionales en su constatación con la realidad, viene propugnada modernamente, entre otros, por Roxin²¹ desde los fines de la pena en función de política criminal, por Hassemer²², apelando a la orientación de las consecuencias desde un enfoque multidisciplinario y, por Jakobs²³, atendiendo a la funcionalidad de las soluciones.

Evidentemente, el tratamiento dogmático de los elementos normativos del tipo también se ha visto conmovido por esa forma de razonar que aspira a obtener soluciones más justas. Por las soluciones propuestas para el error sobre esta clase de elementos por algunos dogmáticos españoles podemos tener una idea de la forma en que las actuales tendencias vienen influyendo sobre la discusión dogmática²⁴, pudiendo afirmarse que cuando se proponen esas soluciones se está pensando más en un cierto conjunto de delitos que en una regulación general²⁵.

Sobre esta cuestión, y desde una perspectiva global, Roxin sostiene, sobre los problemas del error, que "no es posible medir el valor de una teoría sólo respecto a si ella es en sí misma y en el sistema que representa, lógica y cerrada. La corrección de una teoría debe verificarse con respecto a un patrón exterior a ella. El juez superior sobre una teoría juri-

²¹ Cfr. especialmente, en *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. de Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972.

²² *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1982.

²³ *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, y *Strafrecht, AT, Grundlagentext und die Zurechnungslehre*, W. de G., Berlín, Nueva York, 1983.

²⁴ Cfr., en particular, Bacigalupo, Enrique, "El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad y la prohibición", en *Comentarios a la Legislación Penal*, T. V, Vol. 1.º, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1985, pp. 69 y 70, donde propone una solución más "adecuada a una mejor distribución de los riesgos de la vida social", y, en general todo el libro de Muñoz Conde, Francisco, *El Error en el Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

²⁵ En el caso de Muñoz Conde parece claro en el tratamiento que propone para los delitos económicos, *loc. cit.*, p. 103.

dica será siempre la idea del Derecho⁷⁶. Para él "el hecho de que se quiera fundamentar la solución de los problemas del error" a partir del resultado "sancionatorio al que se llega, no justifica reproche alguno. Una regulación del error debe ser en lo posible justa. Este objetivo sólo puede alcanzarse en la medida en que de su aplicación se deriven resultados razonables y merecedores de aprobación. Si se quisiera tratar al error sin consideración de los resultados, haciendo depender a estos de consideraciones abstractas sobre la posición sistemática y la naturaleza dogmática del concepto de tipo, se partiría de un método falso. Los problemas del error tienen que resolverse en primera línea a partir de ellos mismos"⁷⁷.

Ahora bien, y no obstante compartir estos argumentos en general, pareciera que una solución a estos problemas atendiendo exclusivamente a los resultados, pero sin hacerlos gravitar como factores que permitan alterar el sistema, es, en principio, peligrosa. Si es cierto que los jueces se motivan solamente atendiendo a criterios de punibilidad del hecho —si éste es o no merecedor de castigo—, entonces hay algo que falla dentro del sistema y nos impide dar una solución justa a ciertos casos. De lo que se trata, en consecuencia, es de realizar, ante cada caso injusto, un nuevo esfuerzo de corrección de la teoría. Por inciertos que sean algunos conjuntos de casos ello no debe llevar aparejado una renuncia total al sistema dejando todo librado a la solución, que en una apariencia de mayor justicia, mejor se adapte al caso particular. Aquí es donde la labor dogmática debe ponderar entre el fortalecimiento por renovación del sistema o la implementación de un método tópico.

Entre nosotros los esfuerzos de Zaffaroni y Sancinetti para dar una respuesta a la cuestión nos pueden servir de ejemplo.

Al momento de escribir su *Tratado* Zaffaroni se ocupaba de la cuestión en los siguientes términos: "La tendencia a destruir el sistema no ha prosperado en el campo penal, donde importaría un serio retroceso en detrimento de la seguridad jurídica. Una tendencia jurídica a resolver las cosas particulares sin derivar la solución de premisas generales, sino de los factores reales que concurren al problema, fue ensayada par-

⁷⁶ *Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*, trad. de Enrique Bacigalupo, Depalma, Bs. As., 1979, p. 160.

⁷⁷ *Razin, Teoría del Tipo*..., cit., p. 175.

tiendo de la tónica de Aristóteles y Cicerón por Viehweg, lo que causó cierto revuelo en el pensamiento jurídico de hace algunos años, pero sin mayor consecuencia en el terreno de nuestra ciencia²⁸. Hoy se refiere a esta cuestión en forma mucha más relativa, llegando a justificar la apelación a soluciones "tópicas" por parte de la *agencia judicial* a la hora de evaluar la culpabilidad por la vulnerabilidad²⁹. Concedor de la labor judicial y sincerándose llega a sostener que "es usual que algunos jueces —los menos burocratizados o los que no se han deteriorado canalizando su agresividad contra los criminales— fuercen un tanto los argumentos o extremen el cuidado para evitar la imposición de una pena o por imponer la más leve posible"³⁰.

Como se puede advertir, y aunque él pretenda defender la necesidad de coherencia del sistema, los puntos de partida tendrán validez sólo en función de las consecuencias que, en su caso, implican, genéricamente, la *no utilización del Derecho penal o la no aplicación de penas para resolver conflictos sociales*. Todo ello lo debe conducir necesariamente a dejar de lado el sistema. Entre ello y dejar de lado absolutamente el discurso dogmático hay un camino muy corto.

El caso de Sancinetti, por el contrario, constituye un esfuerzo notable por ser coherente con sus puntos de partida pero evitando caer en los peligros a los que puede conducir un Derecho penal exclusivamente subjetivo, sobre todo en materia de tentativa irreal o supersticiosa.

Sobre los aspectos generales de las consecuencias a las que conduce su postura dice:

"En este sentido, la teoría del ilícito necesita hoy, más que una investigación vertical, que analice la fundamentación teórica normativa del concepto de ilícito —y de la exclusión del ilícito (justificación)—, de una investigación horizontal, que demuestre qué es lo que debe suceder, en cada aspecto del

²⁸ T. III, p. 133. El Tratado de Zaffaroni es de 1961.

²⁹ Cfr. *En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimización y Dogmático Jurídico-Penal*, Ediar, 1989, Bn. An., p. 284 y sigs. Expressamente se pregunta si se pretende una nueva "tópica"? Aquí también se cita a Viehweg, pero evidentemente la influencia de Louk Hulsman —a quien le dedica el libro citado— que se menciona en el Tratado (p. 133) en relación a este tema se acentúa desde una visión crítica de la dogmática y deslegitimante del sistema penal en general.

³⁰ *Las Penas...*, cit., p. 285.

sistema de la teoría del delito, si se acepta un punto de vista que circunscriba verdaderamente el concepto de injusto al ilícito personal. Mucho más cuando el modelo de investigación dogmática de obras como las que produjo la escuela de Bonn, no es ya el estilo de la dogmática actual, mucho más preocupada que antes por su relación con las ciencias empíricas y por su 'orientación a las consecuencias' en lugar de atender al continuo mejoramiento de la formulación de los fundamentos teóricos del sistema"²¹

Y agrega:

"Este último aspecto, el de determinar las consecuencias horizontales del ilícito personal, constituye, en realidad, el objetivo más deseado de esta investigación. Y lo es, justamente porque sólo después de conocer las consecuencias de un determinado concepto de ilícito, o de delito, se puede decir si él es más 'autoritario' que 'liberal', más 'correcto' o no, o, mejor: más justo. Es decir, únicamente gracias a ello se puede resolver y corroborar el acierto del punto de partida mismo. Pues los resultados valorativos funcionan, en la ciencia del Derecho, de una manera similar a como las experiencias en las ciencias empíricas. Una determinada teoría jurídica es 'falsada' —adoptando, *mutatis mutandis*, esta idea propia de la filosofía de la ciencia (de la ciencia empírica)— cuando los resultados valorativos de la teoría no se corresponden con una solución razonable, al menos queda falsada si eso sucede inclusive desde el punto de partida valorativo del defensor de la teoría misma"²².

Concluyendo a este respecto de la siguiente manera:

"Naturalmente, la teoría se muestra lisa y llanamente como falsa, si encierra contradicciones, si principios opuestos son aplicados conjuntamente, es decir si los puntos de partida son abandonados al resolver los casos concretos"²³.

Ahora bien, en el acápite que le dedica al arrepentimiento activo en la tentativa acabada dice:

"El punto de partida tiene que ser aquí el de la irrelevancia del arrepentimiento activo ineficaz. ¿Por qué puede decidir ahora el desenlace efectivo? Porque el ilícito como tal, está absolutamente completo y sería político-criminalmente irrazonable que todo autor que hubiese llevado a cabo la me-

²¹ *Teoría del Delito y Discador de Acción*, Hammurabi, Bs. As., 1991, ps. 11 y sigs.

²² *Idem*.

²³ *Idem*.

*por acción de salvamento posible que estuviera a su alcance tras la última decisión de afectación del objeto de bien jurídico, quedará impune por haber hecho todo lo posible desde el punto de vista del 'valor de acción' contenido ciertamente en el arrepentimiento activo*³⁴.

Como se puede advertir, la necesidad de dar una respuesta político-criminalmente razonable lo conduce a efectuar una renuncia de coherencia sistemática. El impacto, como vemos, también se produce en él, pero sin llegar a tener las consecuencias que tienen en Zaffaroni.

Asimismo, en punto a la fundamentación se deben tener muy presentes las actuales investigaciones de Sancinetti. Como se ha señalado³⁵, la propuesta teórica de Welzel tuvo dos grandes postulados. El más difundido de ellos fue el que se refirió casi exclusivamente al aspecto subjetivo como principio rector del Derecho penal que dio claramente origen el finalismo. El otro, poco trabajado hasta el momento entre nosotros, se ubica en el componente social del sistema de Welzel y se enfoca primordialmente a la consideración de las relaciones sociales.

Los factores que determinaron el desarrollo del primer postulado se deben, entre otros, a que el propio Welzel puso mayor énfasis en la intencionalidad como elemento básico de su sistema, en que los críticos se concentraron casi exclusivamente en este aspecto y al hecho determinante de que sus discípulos continuaran su obra centrando sus esfuerzos en el perfeccionamiento del aspecto subjetivo del ilícito.

Entre esos discípulos se encuentra Enrique Bacigalupo, maestro de Sancinetti. Si bien él nunca llegó a sostener una posición tan extrema como la que hoy sostiene su discípulo, es el responsable inmediato, con su magisterio y su obra, de haber generado sus ideas subjetivistas. Con el impulso inicial y directo de Bacigalupo e indirecto de Armin Kaufmann y Diethard Zielinski, se puede afirmar que Sancinetti constituye, en lo atinente a las consecuencias dogmáticas, la posición más extrema y coherente del postulado subjetivista de Welzel.

Aunque no se acepte hablar de una "escuela de Bonn", esas ideas se vienen discutiendo en el seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn desde los tiempos en

³⁴ *Ibidem*, p. 394.

³⁵ Reyes Alvarado, Yeid, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", en Z.S.t.W. n° 1, 1993.

que lo dirigía Welzel. Bacigalupo y Sancinetti forman parte del grupo de argentinos que trabajaron y trabajan allí. Por ello no es casual que Sancinetti, desde el subjetivismo, se ocupe ahora de la postura —del actual director de ese seminario— Günther Jakobs, también discípulo de Welzel, pero que contrariamente al resto de sus discípulos, enfocó sus trabajos desde el componente social de la teoría de su maestro con consecuencias, hasta hoy, sumamente discutidas respecto de todos los aspectos y consecuencias que se derivan de las diferentes variantes e implementaciones de la teoría de la imputación objetiva.

Determinar hasta qué punto el subjetivismo sigue presente en la obra de Jakobs es la excusa de su actual investigación que se sigue desarrollando en el mismo marco físico e intelectual. Determinar las consecuencias es el verdadero tema de análisis pero manteniéndose siempre del más estricto discurso dogmático, incluso al proponer, referido a cuestiones de error, que se sacrifique una cuota del principio de culpabilidad (!). Ha dicho en este sentido: . . .

"Ninguna sociedad podría condicionar la eficacia de sus normas fundamentales a una duda bien concreta sobre la posibilidad de su infracción; pero sí, a su vez, el juicio es nada más que abstracto renacerá de nuevo el principio *error iuris nocet*. O se sacrifica una cuota del principio de culpabilidad en beneficio de la prevención general o se sacrifica la eficacia de la norma en beneficio del principio de culpabilidad: una alternativa que los juristas penales de cualquier teoría sólo hemos resuelto en apariencia"²⁶.

Las influencias de Jakobs —*prevención general positiva* mediante— aquí ya comenzaban a notarse de la misma forma que en la manera relativa de aproximarse a cuestiones de fundamentación "correcta" para la resolución de problemas. Ello antes le preocupaba más que la solución. De allí, por ejemplo, que criticara las soluciones —que consideraba adecuadas— de los fallos judiciales que se habían ocupado del error sobre la edad de la víctima en el delito de estupro por haber carecido, a su juicio, de una "correcta fundamentación"²⁷. Hoy reconoce este extremo y lo destaca en una nota agregada al texto original donde se puede advertir el giro

²⁶ *Sistema de la Teoría del Error en el Código Penal Argentino*, Hammurabi, Bs. As., 1990, p. 21.

²⁷ *Sistema...*, cit., p. 148.

operado de una posición que privilegia la lógica interna del sistema a otra que atiende a las consecuencias. Al ocuparse de la solución dada al caso por el entonces juez de sentencia Zaffaroni, sostenía "que un tipo penal sea calificado (agravado o atenuado) en relación a otro, es decir, que tenga un mejor derecho a ser aplicado por razón de especialidad, es una cuestión que responde a reglas, no a un mero arbitrio"³⁸. Y agregaba: "...no sería acertado creer que es factible (...) decidir libremente cuál es el tipo penal básico y cuál el calificado"³⁹. En el agregado que se realiza reconoce que "...la construcción como 'tipo atenuado' de uno, o 'agravado' del otro, se halla más condicionada por la plausibilidad de las soluciones a que se llegue en un caso, y en otro, en materia de error, que por el objeto mismo"⁴⁰.

Por ello incluso lo atinente al error, al ser relativo, puede ser pensado desde las consecuencias político criminales como expresamente se reconoce afectando exclusivamente la regla del *numerus clausus* de delitos imprudentes⁴¹.

Como se advierte, todo lo expuesto de ninguna manera conduce a delimitaciones conceptuales como hace Zaffaroni o, por ejemplo, Muñoz Conde, para quien es posible, en materia de error, elegir entre las disponibilidades dogmáticas atendiendo, desde los efectos, a la ubicación sistemática de los elementos⁴².

Pareciera, entonces, que lejos de tener que realizarse una renuncia a delimitaciones conceptuales, de lo que se trata es de analizarlas hasta el límite en que den por satisfechos aquellos requisitos, pero no aceptar las soluciones sistemáticas inconsecuentes con los patrones exteriores de justicia y seguridad jurídica para utilizar, inmediatamente, criterios orientados, supuestamente a una finalidad racional y que, quizá, respondan sólo a prejuicios o a consideraciones intuitivas. Si lo que se quiere defender es el principio de legalidad y una supuesta pureza dogmática⁴³ de la que se parte, la revisión debe

³⁸ Sistema..., cit., p. 118.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Nota agregada, Sistema... cit., p. 118 (sin bastardilla en el texto), el original publicado en D.P., año 1 (1978), n° 2, ps. 335 a 424.

⁴¹ Sistema..., cit., p. 22.

⁴² *El Error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 103.

⁴³ Dogmática que, pese a sus detractores, sólo ha traído una mayor seguridad a la hora de extraer conclusiones y ha supuesto un freno en la

darse dentro del sistema. De esta forma, a mi criterio, se evitara el *caso* y la *arbitrariedad*.

La pregunta referida a cuáles deben ser las consecuencias en materia de error sobre los elementos normativos del tipo, viene condicionada desde diferentes ángulos, y muy especialmente por la constatación de que el uso de elementos normativos se ha vuelto especialmente común para el legislador a la hora de describir las formas de criminalidad.

En España, por ejemplo, la aplicación de las reglas de los apartados primero y segundo del artículo 6º bis a) del Código Penal, especialmente el apartado segundo, conducirían a dejar impunes una enorme cantidad de casos, con lo que el efecto político criminal buscado por la incriminación de esas conductas correría el riesgo de perderse.

Por otra parte, una solución que atendiera al problema exclusivamente desde la óptica de las nuevas formas de criminalidad sería sumamente injusta para otros casos.

En consecuencia, la solución que se pretende dar al error sobre elementos normativos y que quiera mantenerse dentro de una teoría que la enmarque, debe contar con todas estas variables, para no incurrir en soluciones injustas o en inconsistencias sistemáticas.

Un buen punto de partida para iniciar esta investigación se encuentra en delimitar, dentro de lo posible, las categorías en análisis y el impacto que suponen para la tipicidad, o más precisamente, para el tipo en sus diferentes acepciones.

La aclaración de conceptos es indispensable para poder obtener algún resultado válido.

actividad discrecional de los jueces. Cfr. Nino, *op. cit.*, p. 32. En forma por demás elocuente en defensa del discurso dogmático aclarando su finalidad ver Ruseóni, Maximiliano, "El pensamiento dogmático en el banquillo: la falsa antinomia 'justicia material o sistema'", *No hay Derecho*, nº 8, XII-92, Bs. As., p. 15.

**ERROR SOBRE PRESUPUESTOS OBJETIVOS
DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACION**
¿Error de tipo, de tipo permisivo o de prohibición?

FERNANDO CORDOBA

I. Hoy se afirma, prácticamente sin discusión, que una acción será antijurídica si realiza un tipo penal y no concurre en favor de su autor una causa de justificación. Esta es la premisa base de la concepción del ilícito dominante, que propugna el análisis de la tipicidad y la antijuridicidad en dos niveles valorativos independientes.

El sistema, sin embargo, se completa con otra premisa, que termina de configurarlo, y que podría ser formulada del siguiente modo: así como la tipicidad es consecuencia sólo de la presencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo en cuestión, para afirmar que una conducta típica está justificada es preciso que ésta se adecue al tipo objetivo y subjetivo de una causa de justificación. Y como fundamento de esta afirmación se aduce: "desde un punto de vista sistemático, no cabe otra solución para la teoría de lo injusto personal: si lo injusto se caracteriza por un disvalor de acción y un disvalor de resultado, su negación reclama la negación de ambos elementos".

Pues bien, siguiendo esta línea de razonamiento, el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justifi-

¹ Bacigalupo, *Enrique: Derecho Penal. Parte General*, Hammurá, 1987, ps. 243 y 222.

cación, en la medida en que la situación justificante no se da en la realidad, constituye un caso de adecuación incompleta y, por lo tanto, no produce la justificación de la conducta típica, que deviene entonces antijurídica. El error sobre los presupuestos objetivos de la justificación sí tiene relevancia, para algunos, como error de prohibición, en tanto que, para otros, como un error que por sus peculiares características merece ser tratado "como si fuera un error de tipo" aunque en rigor no lo sea². Pero sea cual fuere la solución que finalmente se adopte, lo cierto es que en el contexto del ilícito la circunstancia de que concurra el tipo subjetivo de la justificación no es suficiente por sí sola para eliminar el carácter injusto de la acción, por lo que la antijuridicidad indicada en la tipicidad se concreta.

Como se puede ver, pues, la exigencia de que la conducta se adecue tanto objetiva como subjetivamente a la causa de justificación para que esté justificada, se funda, básicamente, en la idea de que *la exclusión de la antijuridicidad depende de la negación de todo el contenido de ilicitud fundamentado por el disvalor de acción y el disvalor de resultado*. Y la regulación del error sobre los presupuestos objetivos de la justificación es, en principio, una consecuencia directa de la aplicación inmediata de este criterio al plano de la teoría del error.

Ahora bien, no obstante la lógica de esta argumentación, todavía se podría intentar esta otra: si el ilícito consiste en la realización de una acción típica no justificada, una conducta será antijurídica si se adecua a un tipo penal y no se adecua al supuesto de hecho de una causa de justificación.

Luego, si la adecuación al tipo requiere la concurrencia de los aspectos objetivos y subjetivos, la no adecuación sólo debería verse satisfecha cuando no se diera esta doble subsunción, esto es, con la ausencia total tanto del tipo objetivo como del tipo subjetivo de la causa de justificación.

En otras palabras, la regla debería rezar así: una acción será antijurídica si se adecua objetiva y subjetivamente a un tipo y no se adecua, también objetiva y subjetivamente, a una causa de justificación.

¿Por qué debería ser esto así?

Porque si la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad,

² Cf., *supra*, pto. II para la teoría "estricta" de la culpabilidad; y pto. III para la teoría "limitada" de la culpabilidad.

de tal manera que una conducta típica va a ser antijurídica a menos que proceda aplicar una norma permisiva; y si este indicio de antijuridicidad, para surgir, ha necesitado de la presencia de un disvalor de acción y un disvalor de resultado, entonces, parece claro que para concretarse debería seguir gozando del fundamento de ambos. No es lógico que se sea más estricto cuando la antijuridicidad es provisoria que cuando se confirma.

Dicho de otra manera: *la antijuridicidad de una acción debería estar condicionada a la subsistencia de todo el contenido de ilicitud fundamentado por ambos disvalores*. Y el ilícito no sólo se ve disminuido cuando falta alguno de los disvalores (de acción o de resultado) que lo fundamentan sino también cuando concurre alguno de los valores (de acción o de resultado) que lo excluyen.

Es que, así como la conducta que se adecua objetiva y subjetivamente al tipo no equivale a la que sólo se adecua objetivamente a él (es decir, al caso del error de tipo), en la justificación la conducta que no se adecua ni objetiva ni subjetivamente a la causa de justificación tampoco tiene la misma significación que posee la que por lo menos se adecua subjetivamente a ella (esto es, al caso del error sobre presupuestos objetivos justificantes). La doctrina tradicional, al justificar sólo cuando el autor realiza objetiva y subjetivamente los elementos del permiso, trata como igualmente antijurídicos al comportamiento —por ejemplo— del que mata sin más miramientos, que al del que mata porque se cree víctima de una agresión. Valorativamente, sin embargo, ambas situaciones no significan lo mismo, sino que, como sucede en el plano de la tipicidad, también aquí la conducta del que sabe lo que hace es más grave que la del que actúa por error. Y esto justifica un tratamiento diferenciado ya a nivel de la antijuridicidad.

Se podría responder, por eso, a quienes condicionan la justificación a la negación de ambos disvalores, que si al injusto lo fundamenta un disvalor de acción y un disvalor de resultado la ilicitud nunca debería poder concretarse con uno de ellos neutralizado. En este sentido, se puede decir que la antijuridicidad se construye sobre dos pilares, de tal manera que si uno de ellos es destruido, aquélla carece ya de suficiente basamento e indefectiblemente cae.

De acuerdo con este punto de vista, entonces, la antijuridicidad de una conducta sólo podrá afirmarse cuando ésta

se adecue objetiva y subjetivamente a un tipo y no se adecue ni objetiva ni subjetivamente al tipo de una causa de justificación.

Ahora bien, el error sobre los presupuestos objetivos justificantes, al dejar intacta la parte subjetiva de la justificación, haría fallar este requisito de no subsunción total y la conducta no devendría antijurídica, sino que estaría justificada.

En otras palabras, así como el error de tipo elimina la primera subsunción, el error sobre el "tipo" del permiso excluye la segunda (que, como vimos, es una no-adequación). Luego, una no-no adecuación es una adecuación, y si la conducta es adecuada está justificada...

Pero un error que justifica definitivamente no puede ser un error de tipo; tampoco un error de prohibición, pues éste en todo caso hará a la conducta inculpable (lo que ya supone que la acción es antijurídica). La única posibilidad que queda es, pues, que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación constituya, simplemente, un error "de tipo permisivo" (o de tipo de la norma permisiva); es decir, una categoría de error distinta de las anteriormente nombradas, con una regulación propia consecuente con esta identidad también propia³.

³Por cierto, la aplicación del mismo criterio al caso inverso, esto es, al supuesto en el que el autor realiza el tipo objetivo dolosamente sin saber que se dan simultáneamente los presupuestos objetivos de una causa de justificación (rompe de una pedrada el ventanal del vecino, sin saber que aquél yacía desvanecida en el interior de la casa, víctima de un escape de gas, y que con esto le ha salvado la vida, por ejemplo), también debería conducir a la justificación de la conducta típica, pues el disvalor de resultado representado por el tipo objetivo se vería así neutralizado por el valor de resultado contenido en el "tipo objetivo de la justificación" presente. Esto no significa, sin embargo, que la conducta así justificada deba quedar impune, pues el remanente de ilícito que subsiste en virtud de que el disvalor de acción fundamentado por el dolo ha quedado intacto, perfectamente podría ser el antecedente de una consecuencia jurídica punitiva proporcional a este ilícito disminuido, si es que la ley así lo tiene previsto. Dado que, al igual que como sucede con la tentativa, aquí también el objeto de imputación lo constituye el disvalor de acción (dolo) no neutralizado, la consecuencia jurídica correspondiente debería asemejarse mucho en su quantum a la que se halla prevista para ella. De *lege lato*, incluso, esta suerte de "tentativa de actuar antijurídicamente" que ha dado comienzo el autor, y que se ha visto frustrada por la presencia de una situación de justificación objetiva que es ajena a su voluntad, podría verse ya contenida en la fórmula utilizada en el art. 42 del Cód. Pen.: "el que con el fin de cometer un delito determinado...". Una solución semejante no debería extrañar

II. Pero, ¿cómo compatibilizar esta conclusión con la afirmación que hace la "teoría estricta de la culpabilidad" de que el error sobre presupuestos objetivos justificantes constituye un caso de error de prohibición?

Ante todo corresponde hacer una aclaración. Con la expresión "error de tipo" aludimos, en realidad, al error que recae sobre el tipo de una norma prohibitiva; mientras que con la denominación "error sobre presupuestos objetivos justificantes" nos estamos refiriendo al error que recae sobre el tipo de una norma permisiva. En ambos casos se trata de errores que recaen sobre el tipo de una norma y no sobre la norma misma que da fundamento al tipo. La diferencia reside, sin embargo, en que mientras en el primer caso el autor yerra sobre los presupuestos que fundamentan la ilicitud (tipo prohibitivo), en el segundo, yerra sobre los presupuestos que la excluyen (tipo permisivo).

Ahora bien, en realidad tanto el error de tipo prohibitivo como el error de tipo permisivo son errores de prohibición, en la medida en que, al impedir el conocimiento de las circunstancias que determinan la antijuridicidad de la acción (fundamentándola o excluyéndola), importan en última instancia un desconocimiento de la antijuridicidad misma.

Así como quien supone erróneamente una situación justificante cree que su acción está permitida, quien no sabe que dispara contra un hombre, por ejemplo, tampoco sabe que su conducta está prohibida.

Para decirlo con palabras de Stratenwerth:

"Dado que la conciencia de la ilicitud — no puede ser abstracta, sino que debe apoyarse precisamente en aquellos momentos del hecho que lo hacen aparecer como jurídica-

si se tiene en cuenta que en la actualidad estos casos son solucionados por la teoría dominante mediante la aplicación analógica a ellos de las reglas de la tentativa, sobre la base de considerar, precisamente, que al igual que en esta última sólo el *divalor* de acción queda subsistente, en tanto el *divalor* de resultado ha sido compensado por el "valor" de resultado derivado de la presencia de la situación objetiva justificante. Al respecto, pero referido al caso de error de tipo permisivo que venimos tratando, cf. *infra*, III y V. Por lo demás, sobre la posibilidad de una tentativa cuando el autor comience la ejecución dolosamente, en forma antijurídica, culpable y punible, pero produce el resultado cuando alguno de esos requisitos que condicionan la posibilidad del hecho doloso consumado ha desaparecido como tal, cf. Baccinetti, Marcelo, *Casos de Derecho Penal*, 2ª ed., Hammurabi, 1986, pp. 102 y sigs.

mente prohibido, necesariamente desaparecerá en el caso de un error sobre las circunstancias de hecho, o en la suposición errónea de una situación de hecho justificante.

"El que no sabe que una cosa que daña es de propiedad ajena, no puede saber que el daño está prohibido; lo mismo vale para aquellos que erróneamente creen que realizan la acción con consentimiento del propietario."⁴

Se trata, entonces, de un desconocimiento mediato, indirecto, de la antijuridicidad, producto de suponer erróneamente los presupuestos que la excluyen, pero, también, de desconocer los presupuestos que la fundamentan. *El autor, en ambos casos, se motiva por la norma aplicable a la situación de hecho errónea y no por la norma aplicable a la situación de hecho real.*

Por eso la teoría tradicional, al llegar a la culpabilidad con un error que hasta allí no había producido ningún efecto (dado que, como vimos, la adecuación subjetiva por sí sola no bastaba para justificar), y teniendo en cuenta esta ignorancia mediata de la antijuridicidad que todo error (en el injusto) significa, lo clasificó como un supuesto más de error de prohibición. De allí el nombre de error de prohibición indirecto con el que algunos autores lo denominan por contraposición a los errores de prohibición directos, es decir, a los que recaen directamente sobre las normas (prohibitivas e imperativas o permisivas).

¿Es correcto afirmar, entonces, que el error que recaen sobre el tipo permisivo es un error de prohibición?

Sí, si se utiliza la expresión error de prohibición en sentido amplio, es decir, abarcando todo desconocimiento, incluso indirecto, de la antijuridicidad. Pero en este sentido, también el error de tipo prohibitivo deberá ser considerado un error de prohibición.

No, si se excluyen del concepto de error de prohibición los casos de error sobre situaciones de hecho que explican la antijuridicidad. En este caso, sólo los errores de prohibición "directos" serán verdaderos errores de prohibición.

Por eso, la afirmación relativa a que el error que recaen

⁴ Stratenwerth, Günter; *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 3ª ed., Carl Heymanns Verlag, K.G. Köln-Berlin-München, 1981, p. 171, nros. 568 y sigs. (*Derecho Penal. Parte General, El hecho punible*, 2ª ed., trad. de Gladys Romero, Ederas, 1976, p. 161, nros. 568 y sig.).

sobre el tipo permisivo justifica no está, en verdad, en contradicción con lo sostenido por la teoría estricta de la culpabilidad.

Se trata, simplemente, de reconocerle eficacia ya en su carácter de error sobre un "tipo" y no —como lo hace esta doctrina— por el desconocimiento indirecto de la antijuridicidad que todo "error de tipo" implica.

Ambos errores (de tipo prohibitivo y de tipo permisivo) excluirían el injusto, sólo que cada uno en el respectivo nivel valorativo al que pertenece. Dicho de otra manera: así como el error de tipo prohibitivo excluye la tipicidad (es decir, la antinormatividad), el error de tipo permisivo excluiría la antijuridicidad.

III. Pero más significativa aun resulta la confrontación de esta solución con la llamada "teoría limitada de la culpabilidad", así denominada por oposición a la anterior.

Como acabamos de ver, para la teoría estricta de la culpabilidad la adopción en el ámbito del ilícito del criterio que condiciona la justificación a la concurrencia simultánea de elementos objetivos y subjetivos determina, en el ámbito de la teoría del error, que la suposición errónea de los presupuestos objetivos justificantes sólo pueda tener relevancia como error de prohibición, atenuando o excluyendo la culpabilidad dolosa, según la evitabilidad o inevitabilidad del error.

La teoría limitada de la culpabilidad, en cambio, hoy en día doctrina mayoritaria, ve excesivamente riguroso este tratamiento y propugna una morigeración en sus efectos mediante la aplicación analógica, a estos casos, de las reglas correspondientes al error de tipo.

Dos son las vías argumentativas a través de las cuales se pretende arribar a esta solución.

El punto de partida de ambas es el reconocimiento de que este error, en rigor, no es ni un error de tipo ni un error de prohibición, sino que se trata de un error con características propias, un error *sui generis*, que comparte estructuralmente características tanto de uno como de otro, pero sin coincidir por completo con ninguno de ellos⁸.

⁸ Cf. Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-

En lo que sigue, cada una de ellas fundamenta de distinta manera el por qué se considera mayor la analogía que presenta el error sobre presupuestos objetivos justificantes con el error de tipo, y, consiguientemente, se encuentra más conveniente, a los efectos de su regulación legal, la aplicación también a él por vía de analogía de las reglas del error del tipo.

Unos sostienen que en estos supuestos, aun cuando el dolo está presente, falta en cambio el ilícito doloso, porque la presencia del valor de acción fundamentado por el elemento subjetivo de la justificación compensa, o excluye, el disvalor de la acción fundamentado por el dolo, dejando subsistente sólo al disvalor de resultado. Ciertamente, la conducta no deja por eso de ser antijurídica, pero el hecho de que cualitativamente presente un contenido de ilicitud más similar al que resta cuando el autor obra con error de tipo que cuando se ve afectado por uno de prohibición, justifica que, por vía de analogía, se le apliquen también a ella las reglas más benignas correspondientes al primero (teoría limitada de la culpabilidad excluyente del ilícito doloso)⁶.

Otros, en cambio, entienden que no es el ilícito doloso lo que está ausente sino, en todo caso, la culpabilidad dolosa; y ello es lo que justifica que se trate a estos supuestos con las consecuencias jurídicas propias del error de tipo. Quienes sostienen este punto de vista cuestionan la tesis anterior según la cual los aspectos subjetivos se neutralizarían excluyendo el injusto doloso, pues señalan que en la medida en que el error no sea inevitable permanece todavía un resto de disvalor, bajo la forma de ilícito doloso, proveniente de la falta

New York, 1991, ps. 372, 11/46, 49 y 51; Stratenwerth, *Strafrecht*, p. 153, n° 561; Wessels, Johannes, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihre Aufbau*, 22ª ed., C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, p. 137, § 11, III, 1 (*Derecho Penal, Parte General*, 6ª ed., trad. de Conrado Fíndi, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 136 y sigs.); Paeflgen, Hans, *Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Keymanns Verlag, K.G. Köln-Berlin-München, 1989, p. 400; Jescheck, Hans, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samariego, Editorial Comares, Granada, 1993, p. 418, § 41, III, 2.

⁶ Cf. Jakobs, *Strafrecht*, ps. 373, 11/49 y 374, 11/51; Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tomo I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C.H. Beck, 1992, p. 388, § VIII, nros. 55 y 56; Stratenwerth, *Strafrecht*, ps. 153 y siga, nros. 501 y sigs.; Wessels, *Strafrecht*, ps. 137 y 138, § 11, III, 1b y c; Paeflgen, *Anmerkungen...*, ps. 400, 405 y sigs., en especial, nota 33; Jescheck, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, p. 419, § 41, III, 2c.

de atención en el examen de la existencia de la situación de hecho justificante. Sostienen, sin embargo, que el hecho de que el reproche de culpabilidad sólo pueda referirse a este ilícito producto de un examen descuidado, y no a una falta de valoración jurídica, fundamenta su equiparación con la culpabilidad por imprudencia y la consiguiente utilización de las consecuencias jurídicas correspondientes a ella (teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica)⁷.

Ahora bien, más allá de estas diferencias de fundamentación, lo cierto es que ambas variantes tienen un núcleo común: tanto en una como en otra subyace la idea de una suerte de compensación entre el disvalor de acción y el elemento subjetivo de justificación, que haría menor el contenido de ilícito de la conducta, en comparación con lo que sucedería si la causal de justificación faltara íntegramente. Menor contenido de ilicitud, a causa de la neutralización del disvalor de acción, que determina, para la primera de las variantes expuestas, la exclusión del ilícito doloso, en tanto que para la segunda, la exclusión de la culpabilidad dolosa.

Pero si se observa bien, se advertirá que estas mismas consideraciones fueron las que nos permitieron formular aquel criterio para interpretar la relación tipicidad-antijuridicidad, según el cual la antijuridicidad sólo debería concretarse en la medida en que el contenido de ilicitud, fundamentado por ambos disvalores, no se viera neutralizado por la presencia de los elementos (objetivos o subjetivos, respectivamente) de la justificación. En efecto, tanto en la formulación de este criterio como en las dos variantes de la teoría limitada de la culpabilidad que acaban de ser expuestas, lo que se tiene en cuenta para cuestionar la solución tradicional de tratar como un caso más de error de prohibición al error sobre presupuestos objetivos justificantes, es la distinta significación valorativa de este último supuesto, merced a la presencia del valor de acción fundamentado por el elemento subjetivo de la justificación.

La diferencia reside en que mientras que en el primer caso esta distinta significación se hace valer ya en el ámbito del ilícito, determinando la justificación de la conducta, en

⁷ Cf. Jakobs, *Strafrecht*, p. 374, 11/61; Resin, *Strafrecht*, p. 388, § VIII, n.º 66; Wehm, *Strafrecht*, p. 138, § 11, III, 1c (*Derecho Penal*, p. 136 y sigs.); Paaffgen, *Anmerkungen...*, p. 400, 405 y sigs., en especial, nota 33; Jeschek, *Hans, Tratado de Derecho Penal*, p. 420, § 41, III, 2d.

las soluciones de la teoría limitada de la culpabilidad sólo influye en la determinación de la escala penal aplicable a ella, dejando intacto su carácter antijurídico. La pregunta que podríamos hacernos, por eso, es la siguiente: ¿tiene sentido sostener que una acción es antijurídica para luego tratarla "como si no lo fuera"?

Al optar por el criterio que condiciona la justificación a la concurrencia de los presupuestos objetivos y subjetivos justificantes, esta doctrina no puede hacer otra cosa más que negar, a este error, todo efecto justificante. Pero también la solución tradicional consistente en reconocerle eficacia como error de prohibición se evidencia, a los ojos de los sostenedores de esta teoría como insatisfactoria, pues la suposición errónea de una situación justificante no coincide valorativamente con los demás supuestos de error de prohibición, lo cual torna injusta la aplicación, también a este caso, de las reglas mucho más estrictas que rigen para ellos. Sin embargo, habiendo aceptado el carácter antijurídico de la conducta, ya no pueden volver hacia atrás y no les queda otro recurso para atenuar esos efectos más que recurrir a las reglas más benignas del error de tipo, para aplicarlas así analógicamente a estos supuestos.

Cabría preguntarse, entonces, si más que frente a un error *sui generis* no estamos en presencia de una categoría de error independiente de las antes nombradas; es decir, de un error con una identidad propia distinta a la del error de tipo y a la del error de prohibición. Así se explicaría tanto aquella comunidad estructural como esa falta de total coincidencia con alguno de ellos que tiene en cuenta esta postura, porque un error que justifica necesariamente es un error que, sistemáticamente, se encuentra a medio camino entre el error de tipo y el de prohibición (y de allí las semejanzas con ambos), pero más afín al primero, por pertenecer también al ámbito del ilícito.

Por otra parte, si la discusión se plantea, por un lado, con relación a lo excesivo que resulta la aplicación de las consecuencias mucho más estrictas del error de prohibición y, por el otro, a lo intolerable de someter estos supuestos a las reglas propias del error de tipo (sobre todo en los casos en que no está prevista la responsabilidad por imprudencia), ¿no significaría un error que justifica, por su lugar sistemático, una atenuación de los efectos de los primeros al mismo tiempo que una agravación en los de los segundos? Al ya pre-

suponer que el autor actuó con dolo, por fuerza sus consecuencias deberán ser más graves que las del error de tipo, en tanto que por verse ya excluido el carácter antijurídico de la acción deberán ser más leves que las del error de prohibición, que presupone que la acción es antijurídica⁸.

Esto implicaría no "tratar del mismo modo a quien cree que mata a una mosca que a quien cree matar a un hombre en legítima defensa", respetando de esta forma la significación autónoma del comportamiento típico. De esta manera, no sólo desde el punto de vista teórico (como lo hace la doctrina aquí comentada), sino también desde el punto de vista de los efectos prácticos se mantendrían "...las diferencias esenciales de valor entre lo permitido y lo jurídicamente irrelevante"⁹.

IV. Particular importancia tiene también para el desarrollo del tema la llamada teoría de los elementos negativos del tipo.

"Según ella no debe admitirse una diferencia valorativa entre la comprobación de la tipicidad y de la antijuridicidad: la conducta es típica si es antijurídica. El tipo penal no estaría compuesto solamente de elementos 'positivos' (que deben concurrir), como por ejemplo: en el homicidio, la acción de matar, la imputación objetiva y el resultado de muerte, sino también por elementos 'negativos' (que no deben concurrir), como por ejemplo: que la acción de matar no haya sido la acción necesaria para defenderse de una agresión antijurídica actual e inminente"¹⁰.

Para esta teoría el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, por ser estos elementos negativos del tipo, constituye un verdadero error de tipo que excluye el dolo, dejando subsistente, eventualmente, la responsabilidad por imprudencia.

No es sin embargo de interés para nuestro análisis la cuestión de qué es lo que debe abarcar el concepto de tipo, pero sí interesa aquí preguntarse lo siguiente: *¿cómo puede ser que el carácter antijurídico de una acción varíe según la cantidad de niveles en que se estructure el ilícito?*

⁸ Para las restantes consecuencias diversas de la posibilidad del hecho principal, ver *infra*, pto. V, nota 17.

⁹ Walsel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Ed. Jur. de Chile, p. 118 y sig.

¹⁰ Badgualupo, *Derecho Penal*, cit. p. 160.

Lo que se le critica a la teoría de los elementos negativos del tipo es el desconocimiento que hace de "las diferencias esenciales de valor entre lo permitido y lo jurídicamente irrelevante", lo cual lleva a tratar, dentro de lo que es adecuado a Derecho, a la conducta prohibida pero permitida y al comportamiento que desde el inicio está en consonancia con el orden jurídico como valorativamente idénticos¹¹. Nada se le critica, en cambio, en relación a que con su forma de concebir el ilícito estaría tomando en lícito lo que en verdad es antijurídico: la conducta del que yerra sobre los elementos objetivos justificantes.

Es más, no sólo no se le critica a esta teoría que excluya la antijuridicidad allí donde realmente existe, sino que además, como vimos, actualmente se reconoce que los casos de justificación putativa se asemejan más, valorativamente más, a los casos de error de tipo (causal de exclusión del ilícito) que a los de prohibición (que supone el carácter ilícito de la conducta)¹².

Ahora bien, si un ilícito estructurado en un solo nivel puede ser excluido tanto por el error de tipo como por el error sobre las circunstancias objetivas justificantes, un ilícito estructurado en dos niveles debería poder ser excluido también por ambos errores y no sólo por el primero. Ambos deberían conservar el mismo efecto; sólo que cada uno en el respectivo nivel al que ahora pertenece. El dividir en dos sub-categorías el contenido del ilícito sólo debería tener como consecuencia el reagrupamiento de ese contenido, pero de ninguna manera la eliminación de parte de lo que antes incluía; esto es, sus dos causales de exclusión, que sólo deberían sufrir las consecuencias de esta reestructuración en lo que se refiere al ámbito (dentro del ilícito) en el que ahora deberían producir sus efectos. De otra manera, en la medida en que desdobláramos en dos categorías o uniéramos en un tipo amplio la totalidad de las circunstancias relevantes para lo ilícito, le estaríamos negando o reconociendo absurdamente una causal de exclusión.

¹¹ Por el contrario, más allá de estas objeciones valorativas, la doctrina acepta la posibilidad de estructurar un tipo amplio que contenga la totalidad de los elementos relevantes para la antijuridicidad señalando, por ejemplo, que "ambas concepciones pueden ponerse en práctica sin que se den contradicciones lógicas internas" (Stratenwerth, *Strafrecht*, cit., p. 72, n° 178), o que "las dos concepciones del tipo...son lógicamente posibles" (Welzel, *Derecho Penal Alemán*, cit. p. 118 y sigs.).

¹² Cf. la solución de las distintas variantes de la teoría limitada de la culpabilidad, *supra*, pto. III.

El hecho de adoptar un tipo que contenga la totalidad de los elementos relevantes para la antijuridicidad, o un tipo restringido únicamente a aquellos que la fundamentan, puede tener por efecto la disminución o ampliación de la cantidad de casos que excluirán el ilícito ya en el nivel de la tipicidad, pero de ninguna manera cambiar la naturaleza de causal de exclusión del ilícito del error que recaer sobre el resto de esos supuestos.

Quizás hallemos la respuesta a este interrogante si analizamos los criterios que una y otra concepción del ilícito utilizan para determinar el carácter antijurídico de una conducta. En efecto, ¿cuál es la relación que existe, para la teoría de los elementos negativos, entre los presupuestos que fundamentan la antijuridicidad (positivos) y los que la excluyen (negativos)?

Ya vimos que para esta teoría una acción típica es una acción antijurídica; y un comportamiento será típico (= antijurídico) siempre que concurren los elementos positivos del tipo y no concurren los negativos (los presupuestos de las causas de justificación). Por consiguiente, la teoría de los elementos negativos del tipo condiciona la antijuridicidad de una conducta a que se dé una adecuación (positiva) con respecto a los presupuestos objetivos y subjetivos que la fundamentan y una no adecuación (adecuación negativa), también objetiva y subjetiva, con relación a los que la excluyen. Es decir, a que concurren el disvalor de acción y de resultado y no lo hagan ni el valor de acción ni el de resultado.

Y trasladado este razonamiento a la terminología de la teoría tradicional, ¿no estaría la antijuridicidad condicionada a la adecuación objetiva y subjetiva a un tipo y a la no adecuación, también objetiva y subjetiva, a una causa de justificación? En otras palabras ¿no coincide este criterio con aquel que expusimos al comienzo como forma alternativa para interpretar la relación tipicidad-antijuridicidad?

La teoría de los elementos negativos, al agrupar la totalidad de los elementos esenciales para la antijuridicidad en un solo tipo, respecto del cual debe darse la adecuación, debe, por fuerza, ser coherente en cuanto a pedir tanto la presencia como la ausencia total de los elementos positivos y negativos, respectivamente, para que surja la tipicidad (y por consiguiente la antijuridicidad) de la acción.

La suposición errónea de una situación justificante, en

tanto deja intacta la parte subjetiva de aquellos elementos negativos, que no deben concurrir, hace fallar el requisito de no adecuación con respecto a ellos, excluyendo, por tanto, la tipicidad (= antijuridicidad) de la conducta.

Es ésta y no otra la razón del por qué el error sobre presupuestos objetivos justificantes excluye o no la ilicitud de la acción, según se adopte una u otra concepción del tipo. Que el carácter antijurídico de una acción realizada en la creencia de que concurría una situación justificante varíe, de acuerdo al número de niveles en que se estructure al ilícito, no se debe, entonces, al hecho de reconocer o negar la significación valorativa independiente de normas prohibitivas y normas permisivas; se debe, exclusivamente, al criterio que para determinar esa antijuridicidad se adopte, pues —como hemos visto— también es posible fundamentar la exclusión de un ilícito estructurado en dos niveles mediante la adopción de un criterio más conveniente.

V. Al afirmar que el error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación era un error que justificaba, ya estábamos haciendo alusión a su eficacia. Ahora corresponde tratar la cuestión de las consecuencias prácticas que se derivan de esta concepción con más detenimiento.

En este punto es preciso señalar que, en lo que hace a la regulación de estos supuestos, el paralelo con el error de tipo es evidente. En efecto, en ambos casos se trata de errores que recaen sobre "tipos", es decir, sobre la "materia" de la norma. Normas prohibitivas, por un lado, y normas permisivas, por el otro, describen sendos tipos, que consisten en los comportamientos a los que se dirigen, sólo que en un caso prohibiéndolos (tipo de la norma prohibitiva), mientras que en el otro permitiéndolos (tipo de la norma permisiva facultativa).

Ambos errores se diferencian, entonces, en que, en el primero, el autor desconoce que realiza un hecho que objetivamente coincide con un tipo penal, en tanto que, en el segundo, lo que desconoce es que realiza un hecho que no se subsume objetivamente bajo el tipo de una causa de justificación. En ambos casos, sin embargo, el sujeto supone una situación que, de existir, o no estaría prohibida o estaría permitida; es decir, que estaría en consonancia con el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, así como el error de tipo prohibitivo determina que el hecho no sea típico (antinormativo), el error sobre

los presupuestos objetivos justificantes determina que el hecho típico no sea considerado antijurídico. Ya vimos que no sólo la falta de voluntad de actuar típicamente, sino también la voluntad de obrar justificadamente es decisiva para la exclusión del carácter antijurídico de la acción¹³.

Pero entonces, ¿qué sucede cuando en los casos de justificación putativa el error podría haberse evitado con un obrar más diligente? A la persona que mata a otra, creyéndose agredida por ésta, todavía podría reprochársele la falta de cuidado en la verificación de que realmente se trataba de una agresión antijurídica. Aquí también se pone de manifiesto el paralelo entre ambos errores a que hacíamos referencia: así como excluido el dolo (voluntad de realización del tipo), el autor responde por la realización del comportamiento típico si ha infringido un deber de cuidado (y si el respectivo tipo imprudente existe), presente la voluntad de realizar el tipo objetivo de la justificación, al autor se le podría reprochar, todavía, el haber actuado en ausencia de la no realización de los elementos objetivos justificantes como consecuencia de un obrar descuidado, negligente.

En otras palabras, en ambos casos la eliminación de la responsabilidad por la realización de la acción final dirigida a la producción del tipo y de la situación de justificación, deja subsistente la posibilidad de responsabilizar al autor por la realización de la acción precedente, consistente en el examen descuidado previo. De esta manera, no sólo el error de tipo, sino también el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación abre la posibilidad de verificar si la conducta es la consecuencia de un obrar negligente¹⁴.

Pero en tanto en el error de tipo el autor "en cierta medida carece completamente de representación respecto de lo que ocurre", en estos supuestos, en cambio, sabe de la realización

¹³ Ver lo dicho en igual sentido, *supra*, punto II.

¹⁴ Cf., en este sentido, Sancinetti, Marcelo, *Teoría del Delito y Desarrollo de Acción*, Hammurabi, 1991, ps. 568 y sigs. "Lo que produce, por tanto, el error, es que la norma prohibitiva referida a la lesión del objeto de bien jurídico no se concreta en dolo, por el valor de acción... pero sí se concreta en dolo la norma que le impone conducirse con mayor cuidado en la apreciación de la situación. ..." "la conducta dolosa que él emprende, como tal, pueda ejecutarse; lo que no puede ser creer que concurre la situación de necesidad que le permite ejecutarla; dicho en sus palabras (se refiere a Zlebnik): 'aquello que el autor creía hacer lo estaba permitido hacerlo, pero no le estaba permitido creerlo'".

del tipo, lo que "le da o debería darle el impulso de verificar la existencia real de la situación justificante que supone". Ahora bien, precisamente porque esta forma "imprudente" presupone la existencia de una conducta dolosa justificada (función de llamada del dolo), deberán ser sus consecuencias más estrictas que aquellas que se derivan de la realización imprudente en que justamente el autor carece de la voluntad dirigida a la realización del tipo. Es la consecuencia lógica de estructurar en dos niveles el ilícito, de manera tal de mantener la distinta significación valorativa que existe entre el comportamiento atípico y el comportamiento típico pero permitido.

Puede decirse, entonces, que para no tratar del mismo modo a quien cree que mata a una mosca que a quien cree que mata en legítima defensa, no hace falta considerar a esta última situación como un supuesto más de error de prohibición; en ambos casos se trata de errores sobre los elementos determinantes de la antijuridicidad, pero no sobre la antijuridicidad misma y, en tal carácter, debe reconocérseles ya eficacia. Las diferencias valorativas de estas situaciones surgirán del hecho de que el autor, en el segundo de los casos, conozca ya la realización del tipo, lo que se traducirá, por un lado, en la mayor rigurosidad en cuanto a los criterios que para decidir sobre la evitabilidad de este error se utilicen (es decir, en los mayores recaudos que deberá tomar el autor para verificar la existencia de la situación de la que parte)¹⁵ y, por otro, en una escala penal más alta que la prevista para el tradicional delito imprudente en el que el autor no quiere la producción de la situación típica; o por lo menos, la previsión de un *numerus apertus* de tipos imprudentes para este tipo de error¹⁶.

En nuestro Derecho positivo, sin embargo, el precepto que contempla los casos de error evitable sobre los presupuestos objetivos justificantes, esto es, el artículo 35 del Código Penal, dispone que en estos supuestos el autor "...será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia". Esto significa que el legislador, por medio de esta disposición, ha decidido no sólo castigar estos casos con la misma pena a ambos supuestos de imprudencia, sino también que la punibilidad de estos supuestos queda condiciona-

¹⁵ Sancinetti, *Teoría del Delito...*, cit., p. 596.

¹⁶ Cf., en este sentido, Sancinetti, *Sistema...*, cit. pá. 4 y sigs. en especial, p. 22.

da a la existencia del correspondiente delito imprudente. También en lo referente a estos errores rige un sistema de *numerus clausus*.

Si bien es cierto, entonces, que en teoría ambas formas imprudentes no reclaman un tratamiento idéntico, en la práctica, sin embargo, sucede lo contrario; por lo menos en lo que a la ocasión en la que podrá penárselas y a la pena con la que deberá hacérselo se refiere¹⁷.

¹⁷ Al momento de tratar las consecuencias de la postura aquí sostenida no es posible pasar por alto algunas objeciones. Se podría objetar que la atribución de efectos justificantes al error sobre presupuestos de justificación cerraría la posibilidad de responsabilizar penalmente al partícipe con más conocimiento, que actúa sabiendo del error en el que se halla el autor. De acuerdo con las premisas de la teoría limitada de la accesoriedad, en efecto, la participación sólo es posible en relación a un hecho principal típico y antijurídico.

Se podría objetar, también, que el titular del bien jurídico agredido perdería el derecho de defensa frente a una agresión objetivamente innecesaria que no tiene por qué soportar, porque la unidad del ordenamiento jurídico determina que no sea posible la legítima defensa contra el que obra justificadamente. La justificación de la conducta del que actúa por error, además, provocaría no sólo la exclusión de la responsabilidad penal, sino también de la civil, administrativa, etc.

Todas estas objeciones han sido suficientemente rebatidas por Ziehlinski (*Discusión de Acción y Discusión de Resultado en el Concepto de Ilícito*, Hammurabi, 1990, trad. de Marcelo Sancinetti, ps. 346 y sigs.) y, en particular en lo referente a la accesoriedad de la participación, por Sancinetti (*Teoría del Delito y Discusión de Acción*, ps. 731 y sigs.), quienes desde otro punto de partida llegan a la misma propuesta y a las mismas consecuencias. No obstante, su tratamiento en este lugar excedería los límites de este trabajo, que no pretende agotar la discusión sobre este tema en todos sus detalles, por lo que corresponde remitirse a ellos para su desarrollo.

EL DERECHO PENAL DE LA INTEGRACION EUROPEA Y LAS PERSPECTIVAS EN NUESTRO MERCOSUR*

ALEJANDRO FREELAND LÓPEZ LECUBE**

I. DERECHO PENAL Y COMUNIDADES EUROPEAS

A) Introducción:

1. A cuarenta años del nacimiento de la primera de las comunidades europeas, la CECA¹, y de sus continuadoras, la CEE y el Euratom², no existe un Derecho penal comunitario ni tampoco un Derecho procesal penal común. Esto es: no existen tipos ni sanciones penales a nivel de la Comunidad ni un sistema comunitario de investigación y persecución penal³. Las comunidades europeas a la hora de perseguir y castigar

* Ponencia presentada en el 2º Seminario Internacional sobre la Regionalización del Derecho Penal en el MERCOSUR, Maldonado, noviembre de 1993.

** Abogado y docente USA. Posgrado en Derecho de las Comunidades Europeas por la Universidad de Navarra.

¹ Comunidad Europea del Carbón y del Acero fundada por Francia, Alemania, Bélgica, Holanda, Italia y Luxemburgo con el Tratado de París del 18 de abril de 1951, y cuyo objetivo principal fue poner bajo una autoridad común a los dos sectores industriales claves de la época, el del carbón y el del acero.

² Comunidad Económica Europea y Comunidad Europea de la Energía Atómica iniciada con los Tratados de Roma del 24 de marzo de 1957 por los mismos países signatarios de la CECA.

³ Existe, sin embargo, un caso particular. Es el del art. 104 del T.CEEA que se refiere a Derecho penal de los Estados parte en orden a la persecución de lo que puede llamarse un delito propiamente comunitario: la

tigar penalmente las infracciones a las normas comunitarias, de Derecho originario o derivado, son todavía dependientes de las legislaciones de los Estados parte.

2. El Derecho penal no se presenta como una prioridad para la construcción de un mercado común y tampoco fue prioridad en el proceso de integración europeo. Un mercado común implica, en lo esencial, la consagración de las cuatro libertades básicas (la de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales), la adopción de un arancel aduanero externo común, la coordinación de políticas macroeconómicas y la armonización de legislaciones de los Estados parte en los sectores pertinentes. Por ello, a diferencia de otros sectores vinculados "a lo económico", ni en los orígenes de la CEE ni hasta el presente, existió cesión de soberanías o transferencia en el ejercicio de la potestad punitiva estatal a las instituciones comunitarias, por lo que aquéllas permanecieron en la esfera soberana de los Estados miembros. Recordemos que las competencias comunitarias son, en principio, "de atribución", es decir que las comunidades sólo pueden legislar en las áreas específicamente cedidas a su esfera de acción por los acuerdos constitutivos y por sus modificaciones. "...La Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros, sino también sus nacionales" (sentencia van Gend & Loos, del 5/II/63). Los Estados parte no han investido de competencias penales a la Comunidad hasta el presente.

3. Pero la afirmación anterior merece dos comentarios. El primero es que los países integrantes de la, ahora, Unión Europea, de hecho han restringido y limitado sus derechos soberanos en este campo, tal como luego veremos. El segundo es que, afirmar que no ha habido aún delegación directa de competencias penales de los Estados a la Comunidad no quiere decir que en el futuro ella no pueda existir. Antes

violación de la obligación de los funcionarios de la Comunidad de resguardar el secreto profesional. El artículo obliga a los Estados parte a tratar las infracciones a esta obligación como ofensas cometidas en su propio territorio y, por lo tanto, a perseguir al funcionario con su propia ley interna. También son relevantes los artículos 3º y 27 del Estatuto del Tribunal de Justicia, relativos al enjuiciamiento de jueces, testigos y peritos. La última parte del artículo 27 tiene una disposición similar a la vista del Euratom.

bien, el propio funcionamiento y la continua evolución del mercado común y el ejercicio de las amplias competencias cedidas a las instituciones supranacionales van señalando la necesidad de buscar vías de acción comunitarias para la previsión y sanción de diferentes acciones de especial interés para todo el sistema.

4. Ante la inexistencia de atribuciones o de vías de acción comunitarias en los tratados en el área de Derecho penal, o en cualquier otra, existen en el Derecho comunitario dos posibilidades:

4.1. La ampliación de las competencias por la vía del artículo 235 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (en adelante T.CEE) por el que las instituciones han logrado extender su acción a sectores en principio no previstos⁴. Este artículo permite a las instituciones dictar normas en cualquier ámbito siempre que algún objetivo de la Comunidad (de los enunciados en el artículo 2º del T.CEE) esté en juego⁵. La amplitud de los objetivos enumerados en el artículo 2º del T.CEE deja abierta la posibilidad de que la Comunidad "se tome" atribuciones en prácticamente cualquier área por lo que los contornos de su competencia no parecen muy delimitados⁶. Una respuesta a la histórica preocupación por la am-

⁴ El artículo 235 del T.CEE dice: "Cuando una acción de la Comunidad resulta necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes". Este artículo no ha sido modificado por el Tratado de Unión Europea.

⁵ El nuevo artículo 2º del T.CEE, reformado por el T.U.E., dice: "La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas y acciones contempladas en los artículos 3º y 3ºA, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros".

⁶ Esta indefinición y atribución inicial de competencias en términos no pose ambigüos hace que sea impredecible determinar a qué sectores o ámbitos se irá extendiendo la legislación europea. La Comunidad ha legislado por esta vía (art. 235) en campos no cedidos ni imaginados en el origen, v.g.: en materia de medio ambiente, consumidoras, política industrial y social. Los autores (véase por todos Nuria Bouzá Vidal en "Significado y alcance de

pliación de competencias comunitarias no cedidas expresamente por los Estados parte se ha encontrado por la vía del reforzamiento de los poderes legislativos del Parlamento Europeo (en adelante PE) y la consagración del principio de la "subsidiariedad" en el recientemente vigente Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) firmado en Maastricht⁶.

4.2. La otra posibilidad es la reforma de los tratados por los mecanismos previstos en cada uno de ellos. Ello, aunque más lento y difícil, parece satisfacer mejor la legítima aspiración de los pueblos de que cada cesión de soberanías a la estructura supranacional sea convalidada por los parlamentos nacionales.

5. El pacto asumido compromete a sus firmantes indefinidamente en la empresa⁷ y los obliga a adecuar sus legislaciones a la comunitaria y a no obstaculizar su ejercicio. Esta obligación surge del artículo 5^o del T.CEE que dice: "Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de

la armonización de legislaciones en la Comunidad Europea", R.I.E., 1981, ps. 397 y sigs.) expresan sus temores ante esta ampliación indeterminada de las competencias legislativas de la Comunidad más allá de los límites fijados por el T.CEE, debido, sobre todo, al escaso control democrático con que cuenta el legislativo europeo. Hasta ahora, el Parlamento sólo intervenía en el proceso de elaboración de normas a título consultivo, y el Consejo, órgano de tipo intergubernamental compuesto por representantes de los ejecutivos de los Estados parte, era el legislador comunitario. Ha variado en algo esta situación con la vigencia del TUE. El Parlamento ha sido elevado a la categoría de co-decisor, co-legislador, con el Consejo, aunque esta atribución de competencia no es total y aparece limitada a ciertas áreas. Véanse al respecto mis artículos "Las instituciones de las comunidades europeas, aspectos jurídicos", en *L.L.*, t. 1992-E, ps. 810 y sigs. y "Europa en perspectiva, un análisis del Tratado de Maastricht" (en prensa), en *L.L.*

⁷ Consagrado en el artículo 38, dice: "La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

⁸ El único tratado que tiene un período de vigencia es el de la CECA, y es de cincuenta años. Los demás se han concluido por un "período de tiempo ilimitado" (ver art. 240 del T.CEE).

las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado*.

6. Este artículo obliga a los Estados miembros a abstenerse de dictar normas de cualquier tipo, incluso penales, que colisionen con una norma comunitaria u obstaculicen su aplicación impidiendo la consagración de las cuatro libertades básicas. Además los obliga a adaptar sus ordenamientos internos al comunitario. Más adelante, veremos cómo se realiza esta adaptación. Por ello es que decíamos que, si bien no existe un Derecho penal común, por las relaciones que se establecen entre el Derecho supranacional y el interno, los Estados miembros han limitado y restringido su soberanía en el campo del Derecho penal nacional en favor de la Comunidad. Tanto los tratados como el Derecho derivado de los mismos por la acción de las Instituciones, son fuente de derechos y obligaciones para los Estados miembros en la esfera del Derecho penal. Dedicaremos buena parte de este trabajo al análisis de las manifestaciones más claras de esta influencia.

7. Previamente señalemos que, aunque carente por ahora de competencias específicas directas en el campo de lo penal, la Comunidad sí tiene facultades sancionatorias de naturaleza administrativa: por ejemplo, en materias como la protección al régimen de la competencia estatuida en el Tratado de Roma (arts. 85 y sigs.⁹). También existen sanciones civiles como la nulidad de los acuerdos entre empresas contrarios a las disposiciones del Tratado¹⁰. Por su parte, el Tra-

* Véase el Reglamento nro. 17 del Consejo, del 6-XI-1962. Las sanciones, impuestas por la comisión, pueden ser: multas por infracciones y multas coercitivas o atreites, supresión de subsidios; obligación de devolver una cantidad indebidamente percibida y la retirada forzosa de licencias de importación o exportación; y pueden ser aplicadas tanto a particulares como a personas jurídicas. Véase al respecto el trabajo de Blanca Vila Costa "El régimen jurídico de las sanciones por infracciones a las normas comunitarias", en *Revista de Instituciones Europeas (R.I.E.)*, 1989, pp. 805 y sigs.

¹⁰ El artículo 85, párrafo 2º del T.CEE dice: "los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho". Se refiere a los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el

tado de la Unión Europea concede al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) la facultad de aplicar sanciones a los Estados miembros que incumplan las normas comunitarias luego de la sustanciación de recurso de incumplimiento (arts. 169 a 171, T.CEE)¹¹.

B) La influencia del ordenamiento jurídico comunitario en los ordenamientos jurídicos penales nacionales:

8. El ordenamiento jurídico comunitario tiene sus rasgos fundamentales en los principios de aplicabilidad, efecto directo y primacía de sus normas. En virtud de la aplicabilidad y efecto directo, las normas comunitarias dotadas de esta virtualidad (los reglamentos y, bajo ciertas condiciones, también las directivas) se aplican, una vez publicados, sobre todo el espacio comunitario, y no precisan de actos de recepción interna. Los destinatarios de las normas son no sólo los Estados miembros sino también los particulares que quedan directamente obligados por las mismas y pueden exigir su aplicación por los tribunales internos¹².

juego de la competencia dentro del mercado común. Y, en particular, los que enumera el artículo 85, incs. a) a e).

¹¹ Art. 171 del T.CEE, inc. 2^a, párr. 3<º>, modificados por el TUE: "... Si el Tribunal de Justicia declara que el Estado miembro de que se trate no ha cumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o una multa coercitiva". Hasta ahora, las sentencias del Tribunal eran meramente declarativas del incumplimiento, lo que acarrea consecuencias de tipo "político", pero no sanciones.

¹² Resumiremos, para ilustrar algo más el crucial punto, la doctrina del Tribunal en el fundamental asunto "Costa c/ Enel" (Caso 6/64 del 15-VIII-1964, Rec. 1964, p. 1169): De manera distinta a los tratados internacionales ordinarios, el T.CEE ha creado su propio sistema legal. Este tras la entrada en vigor del Tratado se convirtió en parte integrante de los sistemas legales de los Estados miembros y sus tribunales están obligados a aplicarlo... Por ser una Comunidad de duración ilimitada, con sus propias instituciones, su propia personalidad, su propia capacidad jurídica y capacidad de representación en el plano internacional y, más particularmente, poderes reales dimanantes de una limitación de la soberanía o traspaso de poderes de los Estados a la Comunidad, los Estados miembros han limitado permanentemente sus derechos soberanos y han creado así un cuerpo legal que obliga tanto a sus nacionales como a ellos mismos... La integración en las leyes de cada Estado miembro de disposiciones que derivan de la Comunidad, y más generalmente, los términos y el espíritu del Tratado, hacen imposible a los Estados, como conjunto, el acordar primacía a una medida unilateral, anterior o posterior sobre un sistema legal acep-

9. Además, las normas comunitarias prevalecen sobre cualquier norma de Derecho interno, cualquiera que sea su rango (aun por sobre las constitucionales) y con independencia de que sean anteriores o posteriores a aquéllas. Dijo el TJCE en "Internationale Handelsgesellschaft mbH"¹³, que "el Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, no puede en razón de su naturaleza, aceptar que se le opongan judicialmente reglas de Derecho nacional, cualesquiera que sean, sin perder el carácter comunitario y sin que sea puesta en entredicho la base jurídica de la Comunidad misma". Las normas penales nacionales no quedan excluidas de esta afirmación.

10. Por la plena vigencia y aplicación de estos dos principios, fundamentales en la estructura comunitaria¹⁴, las legislaciones de los países miembros experimentaron, desde el inicio, un proceso de adecuación constante a la existencia de este ordenamiento jurídico distinto, que, aunque de naturaleza extrapenal, tiene consecuencias directas para los ordenamientos penales internos. Entre las más destacables están: la reducción del ámbito de aplicación de algunos preceptos penales por la posición prevalente que ocupa el ordenamiento jurídico comunitario, la inaplicabilidad de los tipos penales que se oponen o colisionen con normas comunitarias; la necesidad de armonización de los preceptos penales de los Estados miembros y la aparición de conductas que afectan bienes jurídicos supranacionales.

11. Dijimos que por aplicación del principio de la primacía de la norma comunitaria, los conflictos entre las normas comunitarias y las internas se resuelven en favor de las primeras. Veamos ahora cómo. Conforme la doctrina del TJCE en el caso "Simmenthal"¹⁵, una norma comunitaria "hace

tado por ellas sobre la base de la reciprocidad. Esta medida puede, por lo tanto, no ser aplicada si se contraria a ese sistema legal. La ley que dimana del Tratado, una fuente independiente del Derecho, no puede, por su naturaleza especial y original, ser anulada por disposiciones legales domésticas, como quiera que se encuadren, sin ser privadas de su carácter de Derecho comunitario y sin poner en tela de juicio la propia base jurídica de la Comunidad.

¹³ Sentencia del 17-XII-1970.

¹⁴ Véase mi trabajo "De la primacía y el efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario" en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1991-III, Abelardo Perrot, Bs. As., pp. 107 y sigs.

¹⁵ TJCE, As. "Simmenthal", Rec. 1978, pp. 643 y sigs.

inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional existente" (las penales no están de ningún modo excluidas). También dijo el TJCE que en el supuesto de que la norma nacional en conflicto con la comunitaria sea posterior a ésta "la vigencia de la norma comunitaria impide la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias". El juez de un Estado miembro, como órgano del gobierno del Estado¹⁶, ante el conflicto de su orden interno penal (o de cualquier naturaleza) con el comunitario, "debe dejar inaplicada toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, ya sea anterior o posterior a la regla comunitaria". El Estado miembro, por imperio del artículo 5º del T.CEE, debe proceder luego a arbitrar los mecanismos internos necesarios para evitar los conflictos normativos que puedan obstaculizar su vigencia¹⁷.

12. A pesar de lo borroso que puedan parecer los límites de las competencias de la Comunidad y a la posibilidad de que ésta "adquiera" nuevas potestades por la vía del artículo 235, puede afirmarse, con timidez, que la incidencia comunitaria en "lo penal" de un Estado miembro es sólo respecto de los ámbitos estrictamente comunitarios, teniendo amplia libertad en los demás¹⁸. Así, no viola el Tratado de Roma un texto penal que:

a) No interviene en un dominio no regido por el Tratado o sus modificaciones.

b) Interviene en una materia cedida (competencia exclusiva comunitaria) pero que aún no ha sido objeto de tratamiento comunitario. Ello sujeto a la posibilidad de que cuan-

¹⁶ Esta obligación se ha extendido, a partir de la sentencia "Frabelli, Constanza" (As. 103/88, Rec. 1989, p. 1839), al resto de las instituciones del Estado y cualquiera sea su estructura, federal, autonómica o descentralizada. Ello por aplicación del artículo 5º del T.CEE.

¹⁷ La norma comunitaria no deroga la interna. La sanción es mínima: la hace inaplicable para el caso concreto. La ley continúa vigente y se trata de los órganos competentes de cada Estado miembro, conforme a sus procedimientos constitucionales internos, proceder a su anulación, derogación, declaración de inconstitucionalidad, etc. No hacerlo coloca al Estado en infracción al artículo 5º T.CEE y a la norma comunitaria inaplicada.

¹⁸ Mis reservas se fundan precisamente en la imposibilidad de determinar con seguridad cuáles son los "ámbitos estrictamente comunitarios" en un esquema que se ha caracterizado por legislar prácticamente en todos los imaginables.

do la Comunidad legisla en la materia, la norma interna que resulte en conflicto con ella, pierda su eficacia.

c) Legisla en materia de competencia compartida entre la Comunidad y los Estados miembros y no obstatuliza la actividad comunitaria desplegada en dicho campo¹⁹.

d) Interviene en materias que han sido objeto de disposiciones precisas en el Tratado o en reglamentos comunitarios con la finalidad de completarlos, sin modificarlos²⁰.

13. Veamos algunos casos en los que la incidencia comunitaria en el ámbito penal interno se ha dado por la vía de "reglamentos". Los reglamentos son normas de alcance general, obligatorias en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro (art. 189, TCEE).

14. Algunos reglamentos de la Comunidad obligan a los Estados miembros a adoptar "todas las medidas apropiadas" a fin de sancionar las conductas contrarias a las disposiciones que contiene²¹. Los Estados miembros tienen absoluta libertad en la elección de los mecanismos internos puestos al servicio de la Comunidad para asegurar la eficacia de sus normas. Esos instrumentos pueden ser o no de índole penal.

15. Otros reglamentos imponen a los Estados la obligación de sancionar leyes penales para proteger algún interés que se considera esencial. Es el caso del "Reglamento sobre la manufactura ilícita de drogas y narcóticos"²², cuyo artículo 8º obliga a los Estados miembros a imponer penas que sean "suficientes" para compeler al efectivo cumplimiento de sus previsiones.

16. ¿Cuándo serán estas penas suficientes? El TJCE en "Hansen", al pronunciarse sobre la conformidad con el Derecho comunitario de un régimen de responsabilidad penal objetiva por el que se sanciona la violación del Reglamento nro.

¹⁹ Por ejemplo la política de competencia.

²⁰ Tema por demás espinoso si se pretende respetar a ultranza los principios de efecto directo, aplicación directa y primacía de las normas comunitarias.

²¹ Así, el artículo 29 del Reglamento 1619-68 del Consejo del 15-X-1968 relativo al comercio intracomunitario de huevos que dispone que: "Los Estados miembros adoptarán todas las medidas apropiadas a fin de sancionar las infracciones a las disposiciones de este reglamento" (M. Bigay "L'application des règlements communitaires en Droit penal français", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1971, p. 54).

²² Reglamento 3671/90, DOCE 1990, L 357/1.

543/49 del Consejo, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera, precisó el alcance de las obligaciones de sancionar la violación de los reglamentos comunitarios que pesa sobre los Estados miembros. Declaró entonces que "cuando un reglamento comunitario no contiene ninguna disposición específica por la que se prevea una sanción en caso de violación del mismo o cuando, en este punto, reenvíe a disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas nacionales, el artículo 5º del T.CEE impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance de la eficacia del Derecho comunitario. Para ello, los Estados miembros, aunque conservan la libertad de decidir las sanciones, deberán, no obstante, procurar que las violaciones del Derecho comunitario se sancionen de acuerdo con unas condiciones de fondo y de procedimiento que sean análogas a las aplicables a las violaciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y, en cualquier caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio"²³.

17. Se ha experimentado la integración de las normas comunitarias en el ordenamiento penal interno por el sistema de remisión (*par référence*). Esta solución aparece como la más respetuosa del sistema de las fuentes del Derecho comunitario, ya que permite al reglamento conservar "sus caracteres de autoridad superior a la ley", pero suscita algunas objeciones respecto, por ejemplo, del principio de legalidad. Un ejemplo es, en Francia, el decreto 62-1435 del 26 de noviembre de 1962 en materia de transportes. Su artículo 4º castiga con multa de 200 a 1.000 francos franceses "a los transportistas que no se adecuen a las disposiciones de los artículos 6º, 8º y 9º del Reglamento nro. 11 del 27 de junio de 1960 de la Comunidad". La remisión que realiza esta ley penal "en blanco" es un reglamento de la Comunidad. Reglamento que, como vimos, tiene primacía por sobre la ley interna y algunos de los caracteres de una "ley" (su obligatoriedad y su alcance general), y puede ser modificado, una y otra vez, por el Consejo CEE con el logro de las mayorías establecidas en el Tratado. Pero importante es recordar que el Consejo, único legis-

²³ TJCE, As. 326/88 "Hansen", del 10-VII-1990. Véase al respecto, Jean Victor Louis "El ordenamiento Jurídico Comunitario", Comisión de las Comunidades Europeas, 1991, pp. 202 y 203.

lador comunitario hasta el TUE y co-legislador con el Parlamento desde entonces, se integra con ministros de los Ejecutivos de los Estados miembros, por lo que estas normas supranacionales que desplazan a las propias leyes internas, no emanan de los representantes de los pueblos de Europa.

18. A diferencia de los reglamentos, las "directivas" comunitarias son normas que obligan a los Estados destinatarios en cuanto al resultado que deba obtenerse, dejándoles sin embargo, la libre elección de la forma y de los medios para alcanzarlo (art. 189, T.CEE). Por ello, difícilmente uno encuentre sanciones incluidas en las directivas, aunque sí existen fórmulas como las vistas para los reglamentos que obligan a los Estados miembros a legislar penas suficientes para compeler a su efectivo cumplimiento por los particulares²⁴.

19. Ahora bien, esa libertad en la elección de "la forma y de los medios" no es total. En primer lugar, la directiva fija un lapso al Estado destinatario para su desarrollo. Si el Estado no la desarrolla en tiempo y la directiva es clara y precisa y no deja margen de apreciación al legislador nacional, adquiere efectos directos al vencimiento del plazo fijado. Además el Estado infractor se expone al procedimiento de incumplimiento que inicia la Comisión y que puede dar lugar a sentencias declarativas del Tribunal en dicho sentido. En segundo lugar, las normas de desarrollo deben ser respetuosas de los Derechos internos, claras y precisas y publicadas de manera que sus destinatarios conozcan los derechos y obligaciones que de ellas emanan²⁵.

20. A la hora de legislar en determinado sector, no es lo mismo elegir entre "directivas" o "reglamentos". La directiva es el instrumento ideal de armonización y se la utiliza en áreas en las que las posibilidades de regulación nacional o interna son amplias. El reglamento, en cambio, es el instrumento preferido para unificar o uniformar la legislación y se lo utiliza en materias de competencia comunitaria exclusiva o compartida, especialmente en las de larga tradición comunitaria (agricultura, transporte, política comercial común, etc.).

²⁴ Proyecto de Directiva de "Lavado de Dinero", artículo 13, DOCE 1990 C 166/6 y Directiva 91/306 de "Lavado de Dinero" aprobada por el Consejo, que recoge la misma fórmula; DOCE 1991 L 166/77. Véase este y otros ejemplos en Sevener "Criminal law and EC law", *Common Market Law Review* 29-30, 1992, p. 34.

²⁵ Sentencias 96 y 97/91, "Comisión o/Holanda".

21. La incidencia de la norma comunitaria en el ordenamiento interno ha modificado también el sistema de fuentes del Derecho penal. La adhesión a las comunidades implica la asunción del "acervo comunitario" (*acquis communautaire*), es decir del conjunto entero del plexo normativo conformado por el Derecho primario y el derivado. La "ley", consagrada como única fuente del derecho penal en los sistemas de Derecho continental, es a veces reemplazada o limitada no sólo por las disposiciones de los tratados (que fueron ratificadas por todos los Estados miembros), sino también por reglamentos o por directivas que también integran el acervo comunitario y que no requieren ratificación interna (en rigor la excluyen), y que además son de dudosa legitimidad democrática en virtud de su órgano emisor (el Consejo, órgano intergubernamental integrado por representantes de los Ejecutivos de los Estados miembros); o la Comisión (Ejecutivo comunitario, sin representatividad popular). Estas normas pueden interferir, veremos enseguida cómo, en áreas protegidas o relevadas por el Derecho penal de los Estados comunitarios.

C) *Algunos ejemplos de sentencias del tribunal relacionadas con procedimientos penales internos:*

22. Una gran cantidad de fallos del tribunal, especialmente los dictados a pedido de los jueces nacionales en consulta de interpretación de la norma comunitaria por el procedimiento del recurso de prejudicialidad²⁶, ilustran sobre la influencia del ordenamiento supranacional sobre el penal interno²⁷. Como el sistema jurídico comunitario es fuente de derechos y obligaciones no sólo para los Estados firmantes sino también para sus ciudadanos, es posible para un particular ampararse en un reglamento comunitario o en una directiva

²⁶ Artículo 177 del T.CEE. La consulta es obligatoria cuando la decisión del tribunal interno no es susceptible de ulterior recurso y siempre posible cuando, aun admitiendo recurso, el juez estime necesaria una decisión del Tribunal europeo para emitir su fallo.

²⁷ Sevenater, *op. cit.* [nota 24] ps. 38 y 39, clasifica esta influencia en "negativa" cuando un Estado debe abandonar parte de su derecho penal porque entra en conflicto con el comunitario; e influencia "positiva" cuando la norma comunitaria impone la obligación de activar los mecanismos penales internos. En ambos casos, sostiene la autora, puede hablarse de limitaciones a la soberanía de los Estados miembros, tanto en materia penal sustantiva como adjetiva.

que tenga características de directamente aplicable²⁸ cuando es juzgado por una ley que colisiona con aquéllas y acudir al Tribunal de las Comunidades solicitando al juez interno que abra el incidente de prejudicialidad.

Veamos algunos casos que han afectado dos de los pilares de la Comunidad: sus libertades de circulación de personas y bienes.

22. a) *Afectación por normas penales internas de la Libre circulación de Mercancías:*

22. a.1) *Caso "Gilli y Andres" o del vinagre italiano*²⁹: La denominación "vinagre" estaba sólo reservada por una ley italiana de 1964 a productos obtenidos de la fermentación ácida de los vinos. Por lo tanto, para Italia sólo era "vinagre" el vinagre de vino. La ley era aplicable tanto a los productos nacionales como a los importados, y su infracción acarrea sanciones penales de multa y de prisión de hasta tres años. Herbert Gilli era un importador de productos alimenticios de la provincia italiana de Bolzano, y Paul Andres, un comerciante residente en la misma provincia. En un proceso penal seguido por infracción a la ley indicada, se les reprochaba la puesta en circulación para la venta de vinagres de origen alemán obtenidos a partir de la fermentación de semillas y no del vino. Gilli se defendió invocando el artículo 30 del T.CEE que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación y las medidas de efecto equivalente, argumentando que la ley penal italiana constituía una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la exportación, es decir una reglamentación nacional susceptible de obstaculizar los intercambios comunitarios³⁰. El gobierno italiano defendía y justificaba su ley con argumentos excepcionantes del principio de la libre circulación de bienes y servicios³¹, como la defensa de los consumidores (cuyas expectativas se venían defraudadas

²⁸ Me refiero a las directivas que contengan obligaciones claras, precisas e incondicionadas y que no hayan sido desarrolladas en tiempo por el Estado parte. Un país miembro no puede invocar como argumento en contra del proceso su propia falta en el desarrollo oportuno de la norma comunitaria.

²⁹ TJCE, As. 788/79, "Gilli", Rec. 1980-3, p. 2071.

³⁰ Para el concepto de MEE y otros, véase mi artículo, en colaboración con Juan Díez-Ceppi, "La libre circulación de mercancías en la CEE", en *L.L.*, t. 1992-D, pp. 1275 y sigs.

³¹ Evocadas en el artículo 36 del T.CEE.

si se les vendía un vinagre distinto al que estaban habituales); la protección de la salud pública (por el carácter nocivo de productos con contenido de ácido acético no derivado del vino) y la lealtad de las transacciones comerciales. El tribunal penal de Bolzano acudió al TJCE por la vía incidental del recurso de prejudicialidad para saber si la prohibición que contenía la ley penal constituía o no una restricción cuantitativa a la importación o una medida de efecto equivalente en los términos del artículo 30 del T.CEE, y por lo tanto, era contraria al principio liminar de la libre circulación de mercancías en el espacio comunitario. El Tribunal dijo en su sentencia que "en ausencia de reglamentación comunitaria acerca de la producción o comercialización de un producto, los Estados miembros pueden regular en sus territorios todo lo que concierne a su producción, distribución o comercialización, con la condición de que sus reglamentaciones no constituyan obstáculo directo o indirecto, actual o potencial, al comercio intracomunitario"²². Consideró que el vinagre obtenido a partir de semillas no era nocivo para la salud y que, mientras en su etiqueta se explicara suficientemente su origen, no se confundiría a los consumidores. Así, en el caso, ni la protección de la salud pública, ni la defensa de los consumidores ni la lealtad de las transacciones comerciales justificaban una restricción a la libre circulación del producto. No dijo el Tribunal qué debía hacer Italia con su ley, pero esta sentencia le impuso al juez de Bolzano la interpretación que debía hacer, que, por imperio del principio de la primacía de la ley comunitaria sobre la nacional, dejaba inaplicada la ley penal italiana y a Italia con la obligación de hacer lo necesario para adaptar su legislación a esta interpretación so pena de quedar expuesta a una declaración de incumplimiento.

22. a.2) Caso "Henn y Darby" o de las películas y revistas obscenas:²³ Los demandados estaban acusados de estar "implicados a sabiendas en la fraudulenta evasión de la prohibición de importación de objetos indecentes u obscenos" en violación a las leyes inglesas. Habían importado una cantidad

²² Se repite la definición de "Medida de Efecto Equivalente" (MEE) dada por el Tribunal en el asunto "Procurador del Rey o Dassonville". Sobre este y otras temas véase mi trabajo en colaboración con Juan Díezell "La libre circulación..." citado [nota 20].

²³ TJCE, As. 34/79, "Regina o/Henn y Darby" del 14-XII-1979, Rec. 3975.

de cajas conteniendo películas obscenas y revistas a Inglaterra y Dinamarca desde Holanda. Existen restricciones a la importación de estos artículos en el Reino Unido. Así, cualquier artículo indecente u obsceno es susceptible de ser requisado y destruido al llegar a su territorio, y cualquiera que fraudulentamente intente introducirlos es pasible de ser sometido a proceso penal y condenado por un delito. La cuestión era saber si esta ley era contraria al artículo 30 y si era una violación justificada al amparo de la protección legítima de la moralidad pública excepción a la libre circulación de mercancías admitida por el artículo 36 del T.CEE. El Tribunal dijo que, en principio, corresponde a cada uno de los Estados definir y determinar sus propios estándares de moralidad y cada Estado tiene derecho a imponer restricciones a las importaciones justificadas por la protección de la moralidad pública en su territorio, por lo que no prosperó la defensa de los acusados y se consideró a la ley inglesa como una restricción justificada a la LCM en el espacio comunitario.

22. a.3) *No sucedió lo mismo en el asunto "Congate" o de las muñecas inflables*²⁴, en el que el Reino Unido alegó también razones de moralidad pública para impedir la introducción a su territorio de muñecas inflables fabricadas en Alemania. Conforme el artículo 40 de la *Customs Act* de 1876 (misma ley que la utilizada en el caso anterior) se consideraba que dichos objetos eran obscenos, por lo que se decomisó el embarque. Pero resultó que las muñecas inflables también se fabricaban y comercializaban en el Reino Unido, sujetas a una serie de condicionamientos. El TJCE dijo en su sentencia que "un Estado miembro no puede invocar razones de moralidad pública, con arreglo al artículo 36 del Tratado, para sujetar la importación de determinadas mercancías a una prohibición alegando que son indecentes u obscenas, cuando esas mismas mercancías pueden fabricarse libremente en su territorio y cuando su comercialización está sometida únicamente a una prohibición absoluta de envío por correo, a una restricción relativa a su exhibición en público y, en determinadas regiones, a un régimen de autorización de las tiendas habilitadas para vender estas mercancías a clientes de 18 años o más.

Lo que el Tribunal intenta en todos los casos es preservar el principio de la libre circulación de mercancías dentro del espacio comunitario, evitando medidas de tinte proteccio-

²⁴ TJCE, As. 121/86, "Congate o HM Customs".

nista adoptadas por los Estados miembros que producirían un parcelamiento del territorio comunitario, efecto exactamente opuesto al que persiguen los tratados.

22. b) *Casos en que las leyes penales internas colisionaron con el principio de la libre circulación de personas en el espacio comunitario:*

22. b.1) *Caso "Cowan" o del derecho a la compensación de un turista tras un abuso:*³⁵

La "Comisión Francesa de indemnización de las víctimas de un delito" sometió al Tribunal, por la vía del incidente de prejudicialidad, esta cuestión que tenía que ver con el derecho del reclamante Sr. Cowan, ciudadano inglés, de obtener una compensación por el daño físico resultante de un atraco violento que había sufrido en París a la salida de una estación de metro. El rechazo de la petición del reclamante se basó en que no cumplía con las condiciones de legitimación activa que dispone el artículo 706/15 del Código de Procedimientos Penal francés para poder ser compensado: o bien disponer de un permiso de residencia o bien ser nacional de un país que hubiere concluido un acuerdo de reciprocidad con Francia. El Tribunal Comunitario consideró a esta ley nacional incompatible con el artículo 7º del Tratado CEE que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad y que impone a los Estados miembros la obligación de tratar a los ciudadanos de cualquier país comunitario de manera igual a los nacionales del país anfitrión. Así, aunque en principio, la legislación penal y las reglas de procedimiento criminal, en las que la cuestión estaba enmarcada, son de jurisdicción de los Estados miembros, el Derecho comunitario limita esa jurisdicción con el efecto de que esas disposiciones no pueden resultar en una discriminación prohibida por los tratados o por la legislación derivada de ellos.

22. b.2) *Caso "Bonsignore" o del test de conducta personal:*³⁶

El Sr. Bonsignore, ciudadano italiano residente en la República Federal Alemana, accidentalmente dio muerte de un tiro a su hermano debido al descuido en el manejo de un arma de fuego. Fue hallado culpable de homicidio culposo pero

³⁵ TJCE, As. 186/87, "Ian Williams Cowan c/el Tesoro" del 2-II-1989.

³⁶ TJCE, As. 61/74, "Bonsignore c/Oberstadtdirektor Köln", del 26-II-1975, Rec. 297.

al tribunal alemán le impuso sólo una pequeña multa por la posesión ilegal del arma de fuego. Por razones preventivo-generales, en orden a impedir que otros extranjeros cometieran faltas similares, se ordenó su deportación. A pedido de la defensa se preguntó al TJCE, siempre por la vía del incidente de prejudicialidad, si una medida tal era compatible con el Derecho comunitario, especialmente con los artículos 48 y 56 del T.CEE que consagran la libre circulación de los trabajadores y las excepciones a la misma fundadas en razones de orden, seguridad y salud públicas. El Tribunal dijo que las excepciones al fundamental principio de la libre circulación de personas deben ser interpretadas restrictivamente, y no sólo consideró la ley penal cuestionada incompatible con las normas comunitarias sino que impuso a los tribunales alemanes algunos criterios de interpretación de sus propias leyes para adaptarlas a las comunitarias. Así, dijo el Tribunal que según el artículo 3º de la Directiva 64/221, las medidas tomadas en base al orden público o a la seguridad pública deben fundarse exclusivamente en la conducta personal del individuo en cuestión, por lo que la deportación no puede ser impuesta por razones de naturaleza preventivo general, o sea en consideración a otros.

D) De los "delitos" propiamente comunitarios:

23. Saliendo ya del análisis de la forma indirecta en la que el Derecho comunitario incide en el orden jurídico penal interno y lo condiciona, mostraremos algunas situaciones que van llevando a la Comunidad a plantearse seriamente la necesidad de crear tipos penales comunitarios que abarquen el catálogo de conductas que afectan directamente bienes jurídicos supranacionales y que socavan las bases mismas de la Comunidad.

24. Un grupo de hechos que se han venido verificando y que se multiplican día a día son los fraudes específicos en la administración de los fondos comunitarios (apropiaciones, desvíos). Su crecimiento se debe a la multiplicación de los fondos estructurales administrados por la Comisión y que utiliza la Comunidad para su política de cohesión (eliminación de las disparidades entre las regiones ricas y las pobres) y a la intervención en economías de signo muy dispar y con hábitos y estructuras no siempre transparentes. Desde hace tiempo se viene reclamando por un sistema autónomo de san-

ciones específicas para estos casos, y ciertamente ha habido algunos esfuerzos, no exitosos, en dicho sentido³⁷. Algunos autores³⁸ sostienen que, como en la mayoría de los Estados miembros el sujeto pasivo de los delitos económicos (fraude fiscal, obtención ilegal de subsidios, desgravaciones) es el propio Estado a través de sus distintas administraciones (v.g. arts. 349 y 350 del Código Penal español en el título de los delitos contra la hacienda pública) y los fondos son cedidos por la CEE a aquéllos para su aplicación, su mala gestión afecta al mismo Estado y puede, por tanto, ser perseguible por las leyes internas. Otros, reclaman la sanción de un código penal tipo para Europa en el que se incluya la figura del fraude en la administración de los fondos comunitarios.

25. También se reclama o un sistema comunitario de sanciones penales³⁹, o una extensión de los nacionales al comunitario⁴⁰, para prevenir o castigar conductas de los funcionarios comunitarios en el ejercicio de su función, como el cohecho activo y pasivo, la violación del secreto profesional y la malversación.

26. Asimismo, se discuten mecanismos de acción para castigar el contrabando comunitario⁴¹. Al desaparecer las fronteras interiores con la puesta en vigencia del mercado interior a principios de 1993, las mercancías que ingresan de terceros países o egresan de cualquier país comunitario, lo

³⁷ Proyecto de Tratado que la Comisión transmitió al Consejo sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios (DOCE C 222, del 22-IX-76). Se prevé un sistema de "coordinación" en materia de sanciones penales para el principio de territorialidad y la ausencia de competencias comunitarias propiamente penales supuso un importante obstáculo.

³⁸ Ver sobre el tema Arroyo Zapater, *Delitos contra la Hacienda Pública en Materia de Subvenciones*, 1987; Grassi, "La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità Europea", *Rev. Trim. Dir. Penal dell'Economia*, 1983, 373; Vila Costas op. cit., p. 815; Tiedemann, K. "La grande dans le domaine des subventions: Criminologie et politique criminelle", *Revue du droit penal et de criminologie*, vol. 56 (1975-6), p. 129 y sigs.

³⁹ A ello se dirige el fallido "Protocolo sobre la responsabilidad y la protección en materia penal de los funcionarios y otros agentes de las Comunidades Europeas" (DOCE, num C-222 del 22-IX-76). Véase Vila Costa, op. cit., p. 816.

⁴⁰ Así Mertens de Wilmars, "L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales e les particuliers", *CDE*, (1981), p. 3945.

hacen hacia o desde "la Comunidad", por lo que cualquier violación a las normas comunitarias aduaneras afecta a la economía comunitaria. Recordemos que el presupuesto comunitario se nutre, en buena medida, de los fondos obtenidos por la aplicación del Arancel Aduanero Externo Común (AAEC).

E) Armonización, disparidades, problemas:

27. Pueden existir diferencias entre la legislación penal de los Estados miembros (disparidades) que de alguna manera obstaculicen la vigencia de las normas comunitarias y su efectividad y que son sólo eliminables mediante la armonización. Las disparidades en la legislación penal pueden causar, por ejemplo, distorsiones en el régimen de competencia comunitaria, al coexistir Estados que son más estrictos en su legislación con otros que lo son menos. El artículo 101 del T.CEE prevé un sistema de consultas entre Estados cuando la Comisión constata divergencias en las legislaciones que pueden falsear las condiciones de competencia en el mercado común y provoca distorsiones que es preciso eliminar. Ante ello se sugiere a los Estados miembros su eliminación o el Consejo adopta directivas armonizadoras.

28. La finalidad del sistema es eliminar, en todo lo posible, las distorsiones de la competencia y, con iguales condiciones para todos, que el mercado haga el resto. El problema es si en el marco del Derecho penal, las soluciones del mercado son las mejores⁴¹. Así, el Estado con una legislación más permisiva, en materia medioambiental por ejemplo⁴², atraerá más industrias a su territorio que otros. Por el contrario, un Estado con una legislación penal más represiva y estricta puede provocar una salida de su territorio de empresas en busca de condiciones más ventajosas; o, lo que es aún más inquietante, si la severidad en la represión se constata en todo el espacio comunitario, provocar la radicación de las empre-

⁴¹ "Lineamientos para el estudio de la armonización de sanciones por infracciones al Derecho aduanero comunitario", Comisión de las Comunidades, DOCE, 1990, C 193/8.

⁴² Severster, *op. cit.* [nota 24], p. 54.

⁴³ Estas ideas pueden surgir particularmente en el campo del Derecho penal económico. En materias como drogas, armas, terrorismo y otros delitos graves, es dable esperar que todos los Estados adoptarán la legislación más severa posible.

sas fuera de la Comunidad. Por el momento, lo que se pretende es armonizar allí donde se constaten las disparidades más relevantes.

29. Puede que la armonización de la legislación interna con la comunitaria se produzca de manera "espontánea", es decir que un Estado miembro, para no quedar en desventaja competitiva con otro, adapte su legislación interna, incluso la represiva, a los parámetros que fija la Comunidad. Piénsese de nuevo en materia de Derecho ambiental o de protección al consumidor.

30. No son menores los problemas en cuanto a la disparidad en las legislaciones respecto a los criterios de aplicación de las leyes penales en el espacio. Algunos Estados suman al principio de la territorialidad el de la personalidad activa, por ejemplo. Así los transportistas holandeses pueden ser penados, a su regreso a Holanda, por delitos cometidos en algún otro Estado comunitario, lo que, en términos de competencia, significa también una distorsión⁴⁴.

31. No parece cercana una armonización del Derecho penal europeo. Los dos borradores de tratado, que datan de 1976 y 1977⁴⁵, pensados sobre todo para combatir el fraude comunitario, están todavía pendientes de aprobación por el Consejo. Se pretende con ellos codificar los principios de asimilación (la protección contra las infracciones al Derecho comunitario debe ser la misma que la que se ofrece contra las de Derecho interno) y el principio de "territorialidad comunitario" (según el cual el Estado que ejercita la acción penal debe considerar un delito cometido en otro Estado miembro como cometido en el propio).

F) 1993: El mercado interior y Maastricht. Perspectivas.

32. Luego del despliegue de una furiosa actividad de armonización y de eliminación, uno a uno, de los obstáculos físicos, técnicos y fiscales, el "mercado interior" comunitario, principal objetivo del Acta Unica Europea de 1987, está vigente desde el 1º de enero de 1993. Ello significa que, a partir de entonces, la Comunidad es un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas,

⁴⁴ Ejemplo recogido de Sevenster, *op. cit.*, [nota 24] p. 56.

⁴⁵ DOCE 1976, C 2222.

servicios y capitales está garantizada según las disposiciones del T.CEE.⁴⁶

33. Las divergencias legislativas existentes se hacen desde entonces más visibles, y si todos y todo puede moverse libremente, se ofrecen a los europeos oportunidades de involucrarse en actividades muy distintas a los fines que las cuatro libertades que persiguen. Digamos, por ejemplo, la de cometer un delito en un país distinto al propio para escapar a una legislación interna más severa. Y no imaginamos nada. Un acusado de robar un banco en Holanda declaró que eligió ese país para cometer un delito "porque allí las penas son muy leves". Esta singular "confesión" llevó a un miembro del Parlamento Europeo a preguntar a la Comisión "si no sería necesario considerar seriamente la armonización de la legislación penal y mejorar los procedimientos de extradición en la Comunidad"⁴⁷.

34. El ya vigente Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, dedica su Título VI a las "Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior" (arts. K. 1ª al K. 9ª). En ellos se enumeran algunos "ámbitos de interés común", entre los que se encuentran la lucha contra la toxicomanía y contra la defraudación a escala internacional, la cooperación judicial en materia penal, la cooperación policial para la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional, en los que los Estados parte se informarán y consultarán "con objeto de coordinar su acción". Hasta ahora sólo existía intergubernamentalismo en estas materias y no siempre "a Doce". El Tratado habilita la "comunitarización" de esta acción, concediéndole al Consejo la facultad de coordinarla mediante el dictado de normas en esos ámbitos por unanimidad o por mayoría según los casos. Pero hasta ahora todo se plantea en términos de cooperación y no se habla de cesión.

35. A la cada día más evidente necesidad de armonizar, se le oponen argumentos de tipo político y de tipo ideológico. Respecto de los primeros el principal es, como siempre, la cesión de soberanía nacional al sistema supranacional en áreas

⁴⁶ Artículo 8º A, último párrafo, introducido por el artículo 13 del AUE.

⁴⁷ Pregunta escrita 765/86, DOCE 1987, C 72/13.

por demás sensibles. Creo que Europa ha superado repetidas veces esta objeción en estos cuarenta años. Por lo demás, como hemos visto, la soberanía en materia penal, si bien no perdida está severamente limitada.

36. Respecto de los argumentos de tipo ideológico contrarios a la armonización, se sostiene, por ejemplo, que las diferencias en el Derecho penal de los diferentes Estados están justificadas y son necesarias por las diferencias ideológicas y culturales que presentan. Así, un mercado unificado como el de los EE.UU. exhibe diferencias entre las leyes penales de los estados miembros de la Unión. A esta objeción puede responderse que en los EE.UU. también existe un Código Penal Federal, por lo que las dos situaciones no son comparables. Además, habría que verificar si en materia penal económica realmente existen diferencias entre la legislación federal y la local y, si existieran, si éstas pueden conducir a abusos en materia de competencia⁴⁸.

39. Digamos, para finalizar este comentario sobre la experiencia europea, que a medida que la integración se profundiza, la necesidad de armonizar todo, incluso lo penal, aumenta. Pero repetimos, por fundamental, que no se plantea la armonización de todo el Derecho penal, empresa innecesaria y por demás difícil⁴⁹, sino la necesidad de armonizar las leyes penales allí donde colisionen o impidan la plena vigencia de las normas comunitarias. Es bastante claro que, conforme la Comunidad adquiere más y más competencias, a veces de ejercicio exclusivo, el ámbito de actuación interna es menor, y también la soberanía de los Estados para tipificar y sancionar penalmente conductas vinculadas o referidas a áreas de influencia comunitaria.

II. DERECHO PENAL Y MERCOSUR

1. Hemos resumido hasta aquí los aspectos que consideramos más relevantes de la experiencia integradora europea

⁴⁸ Sevenster, *op. cit.*, [nota 24], p. 64.

⁴⁹ Recuerde el lector que coexisten en el espacio comunitario sistemas jurídicos bien distintos como el Common Law y el Derecho Continental, más de una decena de lenguas diferentes, tradiciones y culturas muy poco similares.

examinada desde el prisma del Derecho penal. Analicemos ahora el tema desde la perspectiva de nuestro Mercosur.

2. El Tratado de Asunción (en adelante T.A.) no ha creado una estructura supranacional. No existen atribuciones soberanas cedidas o transferidas a la competencia de las instituciones, de tipo intergubernamental, que pilotean el proceso.

3. Ya hemos dicho⁶⁰ que, conforme lo sostiene la doctrina más autorizada, no es posible concebir un sistema de integración, en los niveles en los que la T.A. plantea, sin una estructura supranacional y sin cesión de soberanías a la misma⁶¹. Es que, para regular toda la compleja materia que abarca la integración económica, es preciso adoptar millares de normas y decisiones, muchas veces en contra del interés de alguno de los Estados parte. Si se somete la aprobación de cada una de ellas a los procesos sancionatorios de los países miembros, la experiencia se ve condenada al fracaso. Por otro lado, se paraliza al sistema si se exige la unanimidad en todas las decisiones como lo hace nuestro T.A. y como alguna vez se exigió en la CEE. Ello, porque como dijimos, muchas veces el interés superior, que encarna el ideal integrador, colisiona con el interés particular de uno de los países integrantes que puede vetar a su antojo cualquier medida.

4. Creo, con otros, que la cesión o transferencia de soberanías no puede realizarse sin una habilitación constitucional expresa⁶².

5. Pero mientras se deciden estos puntos fundamentales, y si es que se puede avanzar algo sin definirlos, será preciso delinear la estructura institucional definitiva que dirigirá y desarrollará el proceso; definir sus atribuciones específicas; el sistema de adopción de decisiones y la tipología de ellas y los efectos que desplegarán en el espacio comunitario, según lo dispone el artículo 18 del T.A.⁶³

⁶⁰ Véase mi trabajo "Los procesos de integración subregional del Cono-Sur y su déficit institucional. La experiencia de las comunidades europeas", en E.D., 151-623.

⁶¹ Ver, por todos, Nicolás Catalano y Ricardo Scarpa, *Principios de Derecho Comunitario*, Teores, 1988, p. 28.

⁶² Los "Doce" países integrantes de la CEE han reformado, antes o después de su incorporación sus textos constitucionales, permitiendo la transferencia en el ejercicio de soberanías o la directa cesión de las mismas a organismos de tipo internacional. Sostienen la necesidad de la reforma de la Const. Nac. argentina, entre otros, Vanossi y Elmskédjian.

⁶³ Me parece que no puede encararse semejante tarea sin una defini-

6. Cuando ello se complete veremos con claridad, o por lo menos es deseable que así sea, la incidencia que las normas comunitarias tendrán sobre las legislaciones de los Estados parte, las soluciones posibles en casos de conflicto entre normas internas y comunitarias y las instancias puestas al servicio del esquema para resolverlas. Hasta que se definan estos aspectos fundamentales sólo podremos combinar, con mayor o menor éxito, expresiones de deseos con algo de futurología.

7. Por el artículo 1º se crea un Mercado Común del Sur "que deberá estar conformado para el 31 de diciembre de 1994". El Mercado Común implica, tal como lo reconoce el mismo artículo, la libre circulación de los factores de producción, la eliminación de los derechos aduaneros y las restricciones arancelarias a la libre circulación de mercancías, el establecimiento de un arancel aduanero externo común y la adopción de una política comercial común, la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales más esenciales para el sistema (de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, cambiaria, monetaria, de transportes, etc.) a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia, y el *compromiso de los Estados parte de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso*. Sí, tal como en Europa.

8. ¿Será todo ello para el 31 de diciembre de 1994? El texto del artículo 1º no deja muchas dudas. "Conformar" significa "formar", dar forma a una cosa; particularmente "adaptar", dar a un objeto su propia forma para que se adapte a otra cosa²⁴. Así, para esa fecha, en verdad la fecha es lo menos importante, la estructura que implique la consagración de todos los aspectos señalados deberá estar "formada". Alcanzar este objetivo, a un año vista, parece poco probable. Los plazos seguramente se ampliarán, y es de esperar que frente a fracasos transitorios, a los que habrá que acostumbrarse en una empresa tan compleja como la que se emprenden

ción sobre lo anterior. Es que la estructura definitiva del sistema deberá decidirse a partir de que decidamos si realmente queremos un mercado común o un sistema de integración más modesto en sus pretensiones (como una zona de libre comercio o una unión aduanera) y la gestión de atribuciones soberanas a una superestructura que las administre, previa habilitación constitucional.

²⁴ Diccionario del uso del español de María Moliner, Gredos, 1991, p. 720.

de, el ímpetu de nuestros países, su compromiso y las esperanzas depositadas en la improbable tarea, no decaigan, palidezcan o desaparezcan.

9. Veamos qué pueden, a nuestro criterio, hacer los penalistas en aras de colaborar con este sueño integrador, cuya necesidad pocos discuten. El Mercosur necesita consolidarse para que nuestros países se inserten en el mundo, no ya futuro sino actual, en condiciones aceptables de competencia.

10. Armonizar, es una de las palabras clave. A medida que el "tren" de la integración vaya adquiriendo velocidad, la estructura que se proyecte, cualquiera sea su forma, adquirirá cada vez mayores competencias, conforme lo señala la experiencia comunitaria europea. Y ello, cuando se integra "desde" lo económico, es indiscutible por los efectos que tiene la economía sobre todo lo demás. Pero, tal como lo venimos sosteniendo, no se trata de armonizar "todo" el sistema penal en los Estados parte, sino de individualizar y atacar las diferencias concretas que se vayan detectando y puedan afectar el normal desenvolvimiento del Mercado Común.

11. Parece más prudente prepararse, antes que esperar que las exigencias de la propia evolución del proceso indiquen la necesidad de tomar apuradas medidas urgentes.

12. Mientras se consagra en el Tratado un instrumento de armonización apto y el sistema se pone en marcha, podemos ocuparnos de relevar las asimetrías jurídico penales que puedan eventualmente obstaculizar el funcionamiento del Mercado Común y plantearnos estrategias de armonización de las mismas. Evidentemente entre las áreas más importantes en el campo del Derecho penal económico estarán la de la competencia, la del Derecho penal fiscal y la de los delitos aduaneros. Muchos de los trabajos presentados en estas Jornadas encaran esta importantísima tarea.

13. El T.A. habla de la necesidad de eliminar "cualquier otra medida de efecto equivalente" a restricciones arancelarias o no arancelarias (artículo 1º). Pero, a semejanza del T.CEE, tampoco el T.A. define qué es lo que debe entenderse por "medida de efecto equivalente". Seguramente, a la hora de definir esta expresión (¿será un tribunal del Mercosur quien lo haga?) se tendrá en cuenta lo que han adoptado el Tribunal y la Comisión de las Comunidades Europeas: "es toda medida de los Estados parte susceptible de entorpecer directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio

intracomunitario". Las leyes penales capaces de entorpecerlo u obstaculizarlo quedan incluidas en esta definición.

14. Nuestros países ya han asumido en el T.A., como vimos, el compromiso de armonizar las legislaciones en las "áreas pertinentes" para lograr el fortalecimiento del proceso. La evolución del sistema mostrará, en algún momento, que el Derecho penal, que hoy no es la prioridad para la construcción del Mercado Común, puede constituirse en un obstáculo a las libertades que el Tratado consagra o provocar serias perturbaciones en términos de competencia comunitaria.

15. Aunque la obligación de colaborar activamente y de no obstaculizar la acción de las instituciones, no está consagrada tan claramente como en el artículo 5º del T.CEE, el T.A. funda la Comunidad en el principio de "reciprocidad" de derechos y obligaciones entre los Estados parte. Volvamos por un momento a las Comunidades Europeas y recordemos que el TJCE dijo en "Costa-Enel", donde se consagra el principio de primacía, que "el tenor literal y el espíritu del Tratado" tienen por corolario "la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, en contra de un ordenamiento jurídico aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que, por consiguiente, no se puede oponer a dicho ordenamiento". El artículo 2º del T.A. puede ser una buena base para la consagración entre nosotros de la primacía de las normas comunitarias sobre las internas, si es que no recibe una consagración expresa en su texto.

16. Pero veamos qué instrumentos tenemos por ahora consagrados en el T.A. para el llamado "período transitorio". El Grupo Mercado Común es el encargado de "velar por el cumplimiento del Tratado" aunque no se lo dota de ningún mecanismo disuasorio o potestad sancionatoria para el caso de que los Estados lo incumplan. Conforme lo marca la estructura actual, le corresponderá también al Grupo Mercado Común fijar el programa de trabajo que asegure el avance hacia la constitución del Mercado Común (art. 13, T.A.) y al Consejo implementarlo por medio de "decisiones" (art. 10, T.A.), cuyo alcance y efectos no se explicitan.

17. Creemos necesaria una activa participación de los penalistas en los estudios que están realizando los diferentes Subgrupos de Trabajo dependientes del Grupo Mercado Común (merced a los acuerdos de Las Leñas del 22 de mayo de 1992) para relevar asimetrías y armonizar legislaciones en

los sectores señalados, con el fin de presentar propuestas concretas al Grupo para su elevación al Consejo.

18. El desafío a la imaginación es muy grande y todo está por hacerse. Pero que empecemos a plantearnos los problemas que la integración plantea para principios fundamentales como los de legalidad y territorialidad, entre otros; o la necesidad de armonizar leyes penales relevantes para el Mercado Común en países con diferentes historias, culturas, ideologías y necesidades es, sin dudas, avanzar.

**EL CONCEPTO DE POSMODERNIDAD
DE ANDRE-JEAN ARNAUD Y
BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS
EN LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO**

ENRIQUE E. MARI

I. Instalada en el centro de la Modernidad se encuentra la Razón concebida como una potencia iluminadora del hombre y el mundo. Con ella, con el racionalismo, se produjo el colapso y ruptura de un principio, el de la *unidad del saber*, que acompañó el pensamiento de la antigüedad y el mundo medieval, en el que se aglutinaban la ciencia, la metafísica y la religión. El resultado histórico de este cambio revolucionario fue, por un lado, que la religión no pudo ya dar la espalda al pensamiento científico y, por el otro, que la escasa diferencia anterior de significado entre la ciencia y la filosofía se ahondó en una brecha profunda: los científicos vieron con recelo las especulaciones filosóficas y los filósofos se desinteresaron de las ciencias particulares por considerar sus resultados excesivamente estrechos.

Enriquecido en su nuevo estatuto independiente, el saber se transformó en conocimiento, inscripto en el referente de las ciencias físico-naturales empíricas, con su principio fundamental de la objetividad, la neutralidad de las observaciones, y el desarrollo progresivo causal, lineal y acumulativo. En el paso del saber de la antigüedad al conocimiento de la modernidad no se pudo, por cierto, retornar a las fuentes religiosas para acreditar la certeza de las observaciones empíricas, la objetividad descriptiva y la confiabilidad de las predicciones. Se necesitaron categorías procedentes del otro polo, el de la filosofía, a fin de cumplir el papel de garantía y fundamento del conocimiento científico (y el común en general). De este

modo la filosofía, no resignada a su completa separación de la ciencia, redefinió sus vínculos con ésta y pretendió someterla a su jurisdicción, constituyéndose en su sostén y garante a través de una categoría básica, la de la Verdad. La verdad quedó sellada a la objetividad, como si entre una y otra hubiese una ecuación; redujo la teoría a los hechos, y expulsó de su universo la subjetividad, la interpretación, lo valorativo, intelectual, hermenéutico, e intuitivo, juzgándolos más cercanos al plano de la creación poética y la literatura. Desde luego para poder ofrecer a la ciencia la seguridad de la conexión y el enlace entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, la categoría de la verdad se desarrolló en el marco de piezas maestras de la filosofía: el cogito cartesiano y el *Sujeto* trascendental y constitutivo de la crítica kantiana.

Objetividad, neutralidad política, impersonalidad valorativa y ética, separación del conocimiento científico de sus relaciones con las estructuras políticas y económicas de la sociedad; he aquí las características esenciales del modelo de la modernidad, modelo al que llamaremos en el estado actual de la evolución de las ideas, el modelo tradicional moderno.

II. *La teoría del Derecho y la sociología se desarrollaron en el marco de ese modelo y, en particular con el standard positivista (y utilitarista) como continentes no sólo autónomos sino aislados. Ciencias sociales y por lo tanto "no duras" según el método de la observación y la experimentación, y la clasificación propuesta por Francis Bacon en su obra *Of the Proficiency and Advancement of Learning Divine and Humane*, al dividir filosofía, historia y poesía conectando cada una de estas disciplinas con distintas facultades humanas: la filosofía con la razón, la historia con la memoria y la poesía con la imaginación.*

Método y clasificación que establecieron un dualismo tajante por un lado entre lo duro-físico y lo blando-social (equivalente a impuro) del pensamiento científico y, por el otro, entre verdad-cognoscitiva y ficción-imaginativa. El primero, el concepto fuerte de verdad se asignó a las ciencias duras, las físico-naturales, es decir a un universo semántico-referencial en el que lenguaje y realidad se conectan en forma rígida con arreglo a una serie de correlaciones ordenadas, que filósofos del área anglosajona de nuestra centuria se encargaron de explicitar: Ludwig Wittgenstein (*Tractatus Logico-*

Philosophicus); Keith S. Donellan, (*Historical Explanation*); Saul Kripke (teoría causal de la referencia) y otras concepciones realistas y fiscalistas como las de Donald Davidson, Hillary Putnam y D. Føllesdal (*Meaning and Experience*). En cuanto al concepto de ficción-imaginativa, quedó remitido a un mundo de "boundless freedom imagination", a una suerte de espacio-ímago conformando una zona donde se han descomprimido fuertemente las tensiones hacia lo verificativo y ha aumentado radicalmente la expresión de lo simbólico, lo figurado y lo alusivo. Es esta la zona con nubes de misterios, poblada de imágenes, de sentidos alegóricos, de metáforas y paráfrasis que entran para embellecer más que explicar, aclarar o describir este universo.

Todo el mundo sabe cómo en el siglo XIX Augusto Comte acordó a las ciencias sociales un alto estatuto, pero considerándolas la combinación de lo duro y lo blando, ya que para ser ciencias tenían que responder al mismo método que las ciencias físico-naturales. En su taxonomía, fijó una marcha que va de los fenómenos más generales o más simples a los más particulares o complicados. Como los más complejos son los políticos y sociales y el espíritu humano ya ha fundado la física celeste, la física terrestre —sea mecánica o química—, y la física orgánica —sea animal o vegetal—, Comte corona el sistema con la física social. Dos palabras del "Opúsculo" de su *Curso de Filosofía Positiva* retratan su reflexión: la regla de formación de los fenómenos sociales es en la misma regla de formación que la de los fenómenos físicos.

Todo el mundo conoce también cómo inolvidables autores procedentes del mundo de las letras trataron de adaptarse a este universo de la modernidad planteando el "naturalismo literario": Flaubert, Balzac, Stendhal, los hermanos Goncourt y, sobre todo, Émile Zola con *Le Roman Expérimental*. La *Faintful Imagination* tenía que ser preservada y garantizada en el modelo del realismo natural.

En cuanto al derecho su historia epistemológica no se apartó de estos hitos. En el positivismo de Comte ni siquiera se le cuenta en la clasificación de las ciencias. En el de Hans Kelsen, el jurista de nuestro siglo, sólo interesó al esqueleto formal, con el concepto de validez, desprendido de la psicología, la sociología, la moral y los valores.

Luego de la segunda guerra mundial todas las raíces de la teoría del conocimiento fueron cuestionadas por el estruc-

turalismo. La confianza en el racionalismo, en la filosofía del progreso, en la teoría del contrato, en la noción del sujeto se resquebrajó. Gastón Bachelard, en epistemología plantea la noción de ruptura y la discontinuidad. Los intelectuales desde Lévi-Strauss a Lacan, desde F. de Saussure a Althusser pusieron sus miradas en las estructuras. Althusser en su crítica a John Lewis lo dijo a su manera: "Los hombres actúan en la historia como *sujetos* pero no hay *Sujeto* de la historia. Los hombres no son los sujetos 'libres' y 'constituyentes', en el sentido filosófico de la modernidad, sino *Träger*, agentes portadores de relaciones sociales. Los agentes-sujetos sólo son activos en la historia bajo la determinación de las relaciones de producción y reproducción, y en sus formas".

Una nueva etapa la cumplen los pensadores posestructuralistas: Derrida, con su filosofía de la deconstrucción. Foucault, el arqueólogo del saber, baja como una nube sobre el cuadro de la modernidad, remueve el polvo empírico de las disciplinas, relaciona el saber con el poder, opone a los enunciados o proposiciones de las ciencias clásicas, la noción de discurso, más abarcativa. En su juego interpolar no sugiere ver los discursos, como una serie de enunciados, de signos, de elementos significantes, que remiten a un contenido, sino como constituidos por un conjunto de prácticas y reglas que forman sistemáticamente los objetos de los que hablan.

Luego de todos estos hitos el terreno parecía abonado para la nueva era de la posmodernidad. En el *orden de lo jurídico*, André-Jean Arnaud y Boaventura de Sousa Santos, digamos dos académicos de máximo nivel, plantean nuestro ingreso en este nuevo horizonte histórico, apreciando que con sus *standards* sería posible reconstruir los cambios profundos, casi revolucionarios, acaecidos en la Sociología del Derecho en los últimos años. Cada uno a su manera.

III. Mi referencia es a los siguientes *readings*: a) "Droit et Société: du constat à la construction d'un champ commun", de André-J. Arnaud. *Droit et Société* 20-21.- b) "Towards a postmodern understanding of law et droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit", de Boaventura de Sousa Santos en *Oriati Proceedings*, 1989 y *Droit et Société*, n. 10, 1988.

ANDRÉ-JEAN ARNAUD

Uno de los puntos centrales es la coincidencia de Arnaud con Cornelius Castoriadis en tanto éste estima que la práctica del Derecho, la aplicación efectiva de un sistema jurídico por aquellos que tienen a su cargo esta tarea no puede delimitarse de la consideración de los fines del sistema social. El jurista tiene que ser a la vez psicólogo, sociólogo, no menos que lógico capaz de preservar la coherencia de un sistema que va más allá del Derecho. Desde el comienzo del debate epistemológico éste ubica a los prácticos, separados por una fosa de la teoría, en la cuestión de la pluridisciplinariedad. En los confines de la política, de la psicología, la sociología y el Derecho, comienza a operar la sociología jurídica o, como se llama en otras tendencias, *Socio-legal Studies*, *Sociología del Derecho*, *Law and society studies*, *Law in context*, en donde se encuentran investigadores que piensan escapar tanto del derecho dogmático de los prácticos y otros operadores, como de la pura teoría. La historia del Derecho muestra cómo se van estructurando nuevos moldes que se apartan de la epistemología positivista y los criterios críticos que sostienen el perfil social de la captación de los fenómenos. De la crítica se pasa a ver las epistemologías llamadas constitutivas, en las que prácticos e investigadores toman el rol de constructores. Se trata de un paso, convenzamos, que se da asimismo en los programas de reconstrucción de las ciencias naturales. Ni Popper, ni Kuhn, ni los partidarios de la concepción estructural de las teorías (Stegmüller, Sneed, Moulines, Banzler), se pueden asimilar a Carnap, a Neurath, o a Schlick del primer período lógico-positivista de la Viena de los años treinta.

En el plano de lo jurídico una búsqueda frenética de nuevos paradigmas intenta poner distancias con la tradición desarrollándose pensamientos interaccionistas. Se advierte la complejidad de los fenómenos jurídicos que deben reconstruirse con estos cambiantes modos de reflexión, se identifican las relaciones de éstos pensados como sistemas con los sistemas sociales, se intenta pasar de sistemas cerrados a sistemas abiertos, se piensa en un contexto estructural mundial. La apertura a una epistemología de la complejidad, con sus múltiples variantes es percibida como un modo de evitar las características que eran admitidas en primera fila en el modelo clásico: las del determinismo, las del dualismo absoluto entre lo verdadero y lo falso y las del reduccionismo.

El sistema global de la decisión compleja, *novum jurídico* examinado por Arnaud, es el resultado de la conjunción recursiva de tres operaciones sistemáticas (lo que demuestra que la elección óptima derivada de una operación de nivel superior no es la única); la construcción de problemas, que se corresponde institucionalmente con los sindicatos, movimientos de lucha, grupos de interés, etcétera; su proyección en forma de planes que absorbe también los prácticos de base, con los centros de investigación, los estudios de abogados y los gabinetes de prácticos; y el subsistema de selección de decisiones a nivel de la norma jurídica, las asambleas y los órganos ejecutivos.

Para Arnaud, el punto crucial es, paralelamente al examen de todas estas innovaciones, que los estudios socio-jurídicos en general permitirán a las ciencias jurídicas acceder a una epistemología, a condición de que ellos acepten tomar por objeto no sólo el Derecho positivo sino los sistemas jurídicos *lato sensu*. La sociología jurídica es un proyecto científico y, en virtud del principio de proyectividad, hay que reconocerle especificidad disciplinaria.

La enseñanza, la investigación y la práctica de la sociología jurídica pueden concurrir a una reconstrucción de los fundamentos epistemológicos necesarios para la cultura científica, a fin de que ésta se pueda insertar en una cultura ajena a las *ilusiones de la modernidad*. Ilusiones en las que cabe computar la idea del progreso ininterrumpido y programado, simplicidad y rigor de la razón, disolución del tiempo en un presente perpetuo, sometimiento irreversible a la norma.

El análisis de Arnaud nos permite interpretar su pensamiento de esta manera: si se lograra reconstruir una epistemología del tipo que propone, el conjunto de mutaciones operadas de las que se hace cargo tal reconstrucción, determina que ella deba insertarse en un *horizonte diverso del de la modernidad, universo que no parece ser otro que el de la posmodernidad*. Esta última conclusión no es expuesta explícitamente por él, pero este paradigma es el que se deduce del conjunto de sus estudios. Adelanto mi punto de vista, a precisar luego del examen de los textos de Boaventura de Souza Santos, contrario a conceptualizar los cambios operados —no obstante su correcta traducción— en el esquema del posmodernismo, conforme se desarrolla este pensamiento en la obra de Lyotard, Vattimo y otros.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

En su trabajo recepcionado por los *Oñati Proceedings*, "Towards a postmodern understanding of law", el profesor de la Universidad de Coimbra se ubica "expresamente", a diferencia de Arnaud, en el modelo crítico pro-posmodernista. Aquí nos dice: *"In my view the meaning of the twentieth century lies in that it marks the beginning of a transition from modernity to another socio-cultural paradigm which for the lack of a better name we could call postmodernity. In the following I will sketch the boundaries of such a transition and will then mention some of the themes or topoi towards a postmodern understanding of law"*¹.

El análisis puntualiza la incompletitud o el fracaso en el siglo XIX del logro de los tres principios esenciales de la modernidad: el principio del Estado formulado por Hobbes en el *Leviathan*; el del mercado desarrollado por Locke y Adam Smith, y el principio comunitario que está a la cabeza de la teoría social y política de Rousseau. En lo ideológico, la aparición en nuestra centuria de un más estrecho concepto de modernidad que Huyssen denomina la ansiedad de la contaminación, la ansiedad del arte ante el riesgo de ser contaminado por la política, la moral, y la cultura popular de masas. Esta misma ansiedad se percibe en los paradigmas de Merton de la ética científica, de Bachelard sobre la ruptura entre conocimiento científico y común y, en nuestra disciplina, en el sofisticado formalismo kelseniano de la *Reine Rechtslehre*.

A fines de la década de los sesenta y mitad de los setenta, de Sousa Santos percibe una acumulación de signos de que un nuevo paradigma socio-cultural surge como consecuencia de la crítica radical del modelo moderno, signos que pueden registrarse en los más diversos polos, como la estética, la arquitectura, la ciencia desde el principio de incertidumbre de Heisenberg y la indecibilidad de la lógica puntualizada por el teorema de Gödel. Una serie de nombres, entre los cuales encontramos los más recientes de Prigogine, Maturana y Varela, Capra y Bateson, pertenecen todos al

¹ "A mi modo de ver, el sentido del siglo XX se encuentra en que marca el comienzo de una transición entre la modernidad y otro paradigma sociocultural, el cual, a falta de otro nombre mejor, podríamos llamar posmodernidad. A continuación esbozaré los límites de esa transición y mencionaré algunas de las temas o tópicos tendientes a una comprensión posmoderna del Derecho".

portafolios de la *postmodern science*. En lo político, la crisis del Welfare State y la devaluación del Estado, termina con la disgregación de la vida social y personal en miriracionalidades al servicio de una incontrolable irracionalidad. La tarea de una *teoría crítica postmoderna*, consistiría en desmascarar esta irracionalidad, su estrategia, su modo de funcionamiento y en favor de quién funciona.

En el orden jurídico se encuentran aludidos puntos que aparecen también en el trabajo de Arnaud, en especial los estudios del pluralismo legal en las sociedades complejas y su focalización en la informalización de la justicia. Una buena síntesis de las diferencias de comprensión de los modelos moderno y posmoderno, es planteada de este modo: *The modern understanding of law sacralized law and trivialized rights. The postmodern understanding of law trivialized law and sacralizes rights*². El derecho se encuentra atrapado por este dilema: o permanece estático y es ignorado, o se adapta a la dinámica y es devaluado en tanto referencia normativa. En lo político social se revalorizó, a la manera de Eric Hobsbawm, un neoluddismo que, acorde con las nuevas tecnologías, convirtió su símbolo de protesta con la destrucción de los telares, en otras formas de innovación social para librarse de los prejuicios del fetichismo legal.

De Sousa Santos sintetiza sus ideas de este modo: la democracia participativa apela a un nuevo concepto del Derecho basado en el pluralismo legal, en el minimalismo legal y en el carácter microrevolucionario de la lucha por los derechos. En esta moderna expansión de la democracia radica el verdadero sentido de un nuevo sentido común legal.

En el segundo artículo, el de *Droit et Société* nº 10, reitera las características de la cultura post-moderna y, en particular la conversión del Derecho estatal en una pluralidad de sistemas jurídicos. La distinción entre lo duro y lo blando propia de las ciencias físico-naturales y las sociales se deposita respectivamente en el *Law in book* y *Law in action*, correlacionándose en forma doble, en rigor, con el derecho (lo duro) y la sociología o sociología del Derecho (lo blando). Entre el Derecho y la sociedad, afirma con todo acierto, hay otras relaciones que las de correspondencia o no correspondencia. Se trata de relaciones más complejas, poniéndose así

² "La comprensión moderna del Derecho sacraliza la ley y trivializa los derechos. La comprensión posmoderna del Derecho trivializa la ley y sacraliza los derechos".

a distancia crítica del positivismo y de las autoconcepciones de los profesionales del Derecho.

El artículo sugiere una línea entre las relaciones económicas privadas en el mercado que constituyen el super-hecho subyacente a la legalidad burguesa moderna, y el terreno y el alojamiento en tanto relaciones extra-económicas, sociales y políticas, que son el super-hecho subyacente al Derecho de los barrios clandestinos de Río de Janeiro.

Una metáfora nietzscheana y la brillante introducción de las metáforas espaciales alrededor de las cartas geográficas son expuestas con todo interés para definir o avalar el enfoque posmoderno crítico que se propone. Comencemos con la cuestión cartográfica. De Sousa Santos aplica las características de lo espacial, en lugar de lo temporal, en forma convincente y no exenta de brillo, profundiza el tema de las cartas, a partir de un fino relato de Borges, apoyándose en Josef Konvitz, en J. S. Keates, en M. Monmonier y en P. C. Muehrcke, para hacer ver cómo la necesaria representación/distorsión de la realidad en la escala, es decir, la relación entre una distancia sobre la carta y la distancia correspondiente sobre el terreno. La escala implica la decisión de trazar una carta con más o menos detalles. Es esto lo que hace útil a una carta, cuyo genio es la omisión, puesto que ordena la realidad reduciéndola a su esencia y, por ende, despojándola de todo menos de lo esencial. La geografía comparte con la cartografía el interés por los espacios, y por las relaciones espaciales así concebidas. La diferencia de escala puede ser cuantitativa o cualitativa y, al intervenir la escala entre la intención y la acción, se aplica a las relaciones sociales. Cambiar la escala, como asimismo la proyección que es el segundo procedimiento de la representación/distorsión, siempre bajo la forma del "olvido coherente", implica cambiar el fenómeno.

Los urbanistas, como los jefes militares, los legisladores, los jueces y los juristas, definen las estrategias a pequeña escala y las tácticas cotidianas a gran escala. El poder que funciona en el campo del Derecho, nos dice foucaultianamente, representa la realidad física y social a la escala escogida en razón de su capacidad de crear los fenómenos que maximizan sus condiciones de reproducción. De este modo distorsión y ocultamiento de la realidad son los presupuestos del ejercicio del poder. Los diferentes órdenes jurídicos que obran con escalas diferentes, transforman los mismos objetos sociales en objetos jurídicos diferentes.

El texto bajo comentario relaciona la cuestión de la cartografía y la geografía, y toma la problemática de eficacia simbólica de lo especial aplicándola al orden del Derecho. Un orden que no fuera previsto en forma muy extensa por el examen de lo espacial realizado por Foucault en el debate al que lo empujaron los geógrafos en 1976 (publicado por la revista *Heródoto*, nº 1, y reproducido por *La Microfísica del Poder* (Gedisa, 1978). De Sousa Santos reproduce lo afirmado por Konvitz, "Es una suprema ironía que las cartas a despecho de ser una de las metáforas culturales más corrientes, estén todavía lejos de ocupar el lugar que merecen en la historia de las mentalidades". Algo parecido a la sorpresa de Kovitz, fue la de los geógrafos quienes la plantearon a Foucault de esta manera: "... nos ha sorprendido su silencio en lo que concierne a la geografía (salvo error usted no evoca su existencia más que en una comunicación dedicada a Cuvier, y además no la evoca más que para relegarla a las ciencias naturales. Paradójicamente habríamos quedado estupefactos si la geografía hubiese sido tenida en cuenta, pues, a pesar de Kant y Hegel, los filósofos ignoran la geografía. ¿Hay que echar la culpa a los geógrafos que desde Vidal de la Blanche, estuvieron cuidando en encerrarse al abrigo de las ciencias sociales, del marxismo, de la epistemología y de la historia, o hay que inculpar a los filósofos...?". Como en el caso que nos pone de relieve nuestro texto se verifica el privilegio asignado al factor tiempo y la preocupación por la periodización rigurosa en contraste con la vaguedad y la relativa indeterminación de sus localizaciones. La cuestión tiene su importancia pues como observa Foucault en su respuesta: "Metaforizar las transformaciones del discurso por medio de un vocabulario temporal conduce necesariamente a la utilización del modelo de la conciencia individual con su temporalidad propia. Intentar descifrarlo, por el contrario a través de metáforas espaciales permite captar con precisión los puntos en los que los discursos se transforman en, a través de y a partir de las relaciones de poder". De Sousa Santos ha captado, pues, la importancia de las metáforas espaciales y, al aplicarlas al mundo jurídico, intenta una labor de sumo interés que vale consignar no menos que sugerir la expectativa de nuevas profundizaciones como la que le debemos.

La segunda metáfora procede de *Así hablaba Zaratustra*, libro en el que Nietzsche distinguía las tres metamorfosis del espíritu: la primera transformación en camello, luego en león, finalmente en niño. En la primera etapa, el

espíritu admite asumir la carga de todos los valores, o creencias de la humanidad; en la segunda, el león se rebela contra estos valores y creencias. Se convierte en un ser negativo y, para franquear el paso que le permita crear nuevos valores, se convierte en niño inocente, dando origen a un nuevo ciclo.

IV. Hemos recorrido exhaustivamente los puntos de vista de Arnaud y de Boaventura de Sousa Santos, quienes, en base a los nuevos cambios y fenómenos que experimenta nuestra época en el orden de la sociología del Derecho, propugnan su cobertura con un modelo de epistemología crítica pos-moderna. En ambos casos han presentado con acierto y precisión dichos cambios, en particular las características del pluralismo jurídico, la interlegalidad, la disolución del concepto central de Estado, la disgregación, en fin, de los principios de la modernidad.

Autores como Lyotard, Vattimo, Baudrillard y otros, poniendo su mirada en estas modificaciones, aunque no en la especificidad de lo jurídico, dejaron en el aire de los tiempos el concepto de posmodernidad para referirse a este desencantamiento del mundo, desencantamiento en el doble sentido de la fuga de los dioses de la ciudad, y en el sentido de crisis e intemperie permanente.

En el lenguaje de Lyotard, la incredulidad acerca de lo que llama los grandes "metarelatos" modernos del Sujeto, la filosofía de la historia, la ley del progreso, el marxismo, desembocan en el posmodernismo. La metáfora del hombre con su casa en orden y el inventario laplaciano de todas las cosas terminada, tendrías en la posmodernidad el *pendant* de otra metáfora poco agradable a los ojos de Einstein en su polémica con el indeterminismo cuántico: en la naturaleza, añadamos, en la sociedad, Dios juega a los dados. En el orden jurídico, agreguemos por nuestra cuenta, Dios también jugaría a los dados, conforme a los textos en examen. Una dispersión de deconstrucciones, la multiplicación de los centros, el vacío de los significados, el fin de la historia exhibido como la victoria de la "historia de los vencedores", el pluralismo sistemático desplegado en una nube de valencias, he aquí a lo que arriba la visión de la posmodernidad. La posmodernidad sería el triunfo de la irracionalidad sobre la racionalidad moderna y, a ésta, habría que enfrentarla con una epistemología crítica posmoderna.

Ahora bien, lo que sostengo es que esta irracionalidad no expresa otras cosas que la "racionalidad del sistema", para mantener la dominación en la forma de los vacíos, desagregaciones

y nubes por él mismo creados. El sistema económico que subyace a la modernidad es el capitalismo y el sistema económico que subyace a la así llamada incorrectamente "posmodernidad", es el capitalismo tardío. No hay cambio de sistema. Entre un tipo de capitalismo y el otro existe más una ecuación que una transformación o mutación de fondo. No hay irracionalidad en nuestra época sino "la racionalidad" más extrema puesta en escena para la preservación de los mismos intereses.

Jurgen Habermas, el autor de la utópica teoría consensual de la comunicación, sostiene, en contra del concepto de posmodernidad, que la modernidad no se ha consumado. Cabe concordar con este punto de vista, siempre que por "consumación" se entienda la transformación del modelo económico estructural de base de la modernidad. Hasta que esta transformación no se opere lo que existe es un único sistema que metamorfosea sus formas para la pervivencia y control de su esencia. Modernidad metamorfoseada no es posmodernidad. Una epistemología posmoderna, aún crítica y ajustada en la descripción de los cambios y fenómenos puntualizados, corre el riesgo de quedar prisionera del concepto de posmodernidad, para el cual no existen sino conexiones efímeras.

Boaventura de Sousa Santos termina su metáfora nietzscheana sugiriendo que la concepción posmoderna del Derecho pone el acento en la pluralidad, la interlegalidad, el no-sincronismo y la mezcla de códigos. Habría que visualizar a la posmodernidad, entonces, no como un camello, ni como un león, ni como un niño, sino como un camaleón, por la diversidad de sus tonos y colores. La figura es simbólicamente acertada, pero a condición de asignarle el sentido de que el camaleón no está en la posmodernidad, sino en "el camouflagé" de la modernidad. El camaleón, como signo, no expresa meramente la aparición de diferentes coloridos en la posmodernidad, tal como lo piensa de Sousa Santos, sino, por el contrario, el obrar del sistema económico de la modernidad, al mutar sus matices y no su matriz, con el fin de postergar y dilatar el verdadero cambio. Equivale al más sinuoso, aunque poco transparente, dispositivo de pillaje y maquillaje del sistema económico sustentado por la modernidad que, contradictoria y paradójicamente, obstaculizó el efectivo logro de su propio ideario y principios. Atribuirlo a la posmodernidad es, teórica y políticamente, erróneo. En cuanto al verdadero cambio, Jacques Derrida, el filósofo más deconstruccionista de los deconstruccionistas, acaba de recordarnos su nombre: el socialismo.

**EL DERECHO INTERNACIONAL
Y LOS VUELOS ESPACIALES TRIPULADOS***
(Propiedad Intelectual - Solución de Controversias)

SILVIA MAUREEN WILLIAMS**

I. REFLEXIONES INICIALES

Las imágenes de la Tierra obtenidas desde el espacio y las descripciones hechas por los astronautas a su regreso de misiones en esos ámbitos han cambiado radicalmente nuestra percepción del planeta. Luego de los programas Apolo se pudo ver, por primera vez, a la Tierra como una bellísima isla de color azul, solitaria en el inmenso vacío del espacio. Pocos años más tarde, en virtud de tecnologías espaciales avanzadas, fue posible medir las variaciones en los niveles del ozono estratosférico cuya protección concierne hoy a la totalidad del género humano. Han quedado definitivamente atrás los estudios sobre modelos simulados con el consiguiente progreso en celeridad y precisión.

Es hoy sentir generalizado en la comunidad científica internacional que los laboratorios espaciales ofrecen condiciones ideales —o, por lo menos, mucho más adecuadas que las terrestres— para la investigación en el campo de la biotecnología y otras ciencias.

* Parte de este trabajo se basa en el realizado por la autora para *International Relations* (Londres), en idioma inglés, titulado "Manned Space Missions and International Law", publicado en el vol. XI, nº 6, dic. 1993.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora titular regular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UBA. Investigadora Principal del Comité Relatora Permanente de la Comisión de Derecho Espacial de la *International Law Association*.

No es, por cierto, realista pensar que en un futuro cercano las misiones espaciales tripuladas serán rutina. Menos realista aún es esperar que los países en desarrollo tomen parte activa en tales misiones. Su costo es astronómico. Las últimas cifras indican que mantener una sola vida humana en órbita terrestre, durante una hora, cuesta aproximadamente veinticinco mil dólares¹. En consecuencia, resulta fundamental que aquellos recursos a disposición de países participantes en vuelos espaciales tripulados, así como los descubrimientos que de ellos resulten, sean utilizados al máximo.

Este tema, naturalmente, se vincula con la comercialización de las actividades en el espacio ultraterrestre y la interpretación que se dé a la fórmula "...en provecho e interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico...", consagrada por el Tratado del Espacio de 1967 en su primer artículo y que constituye el marco jurídico dentro del cual ha de conducirse la exploración y utilización de esas áreas², actividad que hoy sí puede considerarse rutina.

Esto, a su vez, nos lleva al campo de la propiedad intelectual y al delicadísimo problema de los descubrimientos e inventos, el derecho al secreto y el desafío de lograr un equilibrio aceptable entre las posiciones contrapuestas. Ello significa la protección del invento, por una parte, y el interés de la comunidad internacional en conocer los resultados, por otra. Este tema es de particular importancia en los casos en que derive un beneficio para toda la humanidad.

Hasta el presente, la comunidad internacional carece de un instrumento específico para regular los aspectos jurídicos de misiones espaciales tripuladas. Hay quienes se preguntan si ello es verdaderamente necesario. Se afirma, por ejemplo, que dicho instrumento tendría que concentrarse, esencialmente, en problemas de propiedad intelectual³.

¹ Ver Stephen Doyle, "Astronauts and cosmonauts in international cooperation. A view of the american experience", *Manuscript Space Flight* (Carl Heymann Verlag, Köln, Berlin, München, 1993, p. 43-46, en la p. 57.

² Artículo I, 1 del Tratado sobre los Principios que deberán regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, la Luna y otros Cuerpos Celestes.

³ Ver Michael Milda, "Intellectual property introduction", op. cit. en nota 1, p. 93-95, en p. 94.

Disentimos con esa posición. En rigor, estamos frente a un nuevo aspecto del Derecho internacional del espacio derivado del avance tecnológico. El fuerte acento territorialista que caracteriza a los regímenes tradicionales de propiedad intelectual debe ser atemperado para responder a situaciones nuevas originadas por la actividad del hombre en un nuevo ámbito.

Por lo tanto, es preciso desarrollar progresivamente el Derecho y no revivir normas ya anacrónicas. Claro que, en este intento, no deben resultar afectados los sólidos pilares sobre los que se apoya el Derecho internacional del espacio ni tampoco soslayar la valiosa experiencia adquirida a través de los años en materia de propiedad intelectual.

En este escenario el principio de la cooperación internacional está llamado a tener una misión significativa.

II. PROVECHO E INTERÉS DE TODOS LOS PAÍSES (Artículo I, del Tratado del Espacio de 1967)

En mayo de 1992, quien suscribe fue invitada como relatora a un Coloquio Internacional sobre la materia organizado por la Universidad de Colonia con los auspicios del Organismo Espacial de Alemania (DARA - *German Space Agency*) y el Establecimiento de Investigación Aeroespacial de ese país (DIR - *German Aerospace Research Establishment*)⁴. El tema específico del relato consistió en los problemas de la propiedad intelectual y beneficios para aquellos terceros países no involucrados aún en misiones espaciales tripuladas⁵. Uno de los primeros escollos fue determinar el alcance de la expresión "provecho e interés de todos los países" incluida en el Tratado del Espacio de 1967 así como en el *Predibulo* de un Proyecto de Convención Internacional sobre Vuelos Espaciales Tripulados analizada en la reunión de Colonia y cuyo texto veremos luego.

Ello no fue tarea fácil. Los beneficios emergentes de la exploración y utilización del espacio ultraterrestre no sólo son de tipo material (y con un valor definido en el mercado) sino también de carácter inmateral o intangible. Estos últi-

⁴ Ver *op. cit.* en nota 1.

⁵ Ver "Intellectual property. Benefits for third countries", *op. cit.* en nota 1, pp. 131-141.

mos se traducen en un mayor beneficio para todo el género humano.

En octubre de 1993, durante las XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio celebradas en Curaçao, se aprobaron conclusiones que significan un adelanto interesante en la elucidación de este punto. Así, a propuesta del relator Manuel Augusto Ferrer, se acordó que

Se entiende que la actividad es de beneficio para la Humanidad cuando lleva la presencia del hombre al espacio ultraterrestre y es aceptada por la comunidad internacional. La conformidad de ésta se presume mientras la actividad espacial de que se trate no sea materia de las consultas contempladas en el Artículo IX del Tratado del Espacio o que, fracasadas esas consultas, la cuestión no haya sido admitida por la Comisión de Reclamaciones prevista en el Convenio de Responsabilidad de 1972.

Esta propuesta, seguramente, será objeto de prolijo estudio en un futuro cercano y constituye un aporte valioso para el desarrollo progresivo del derecho internacional del espacio.

Otra cuestión conexas, y no menos espinosa, consiste en establecer, con pragmatismo, el alcance del término "participación equitativa", con respecto a la Luna y sus recursos, utilizado en el artículo 11 del Acuerdo de la Luna de 1979. Podrá argumentarse que ésta es una discusión puramente académica dado el escaso número de ratificaciones que, a pesar de estar en vigencia, tiene el referido Acuerdo. Sin embargo, es válido afirmar que ya se ha dejado atrás la etapa meramente exploratoria del espacio y se ha entrado en una fase de real explotación de varios recursos, como es la utilización de la órbita geoestacionaria con fines comerciales. Por ende, es necesario dirigir el esfuerzo hacia la interpretación de las disposiciones polémicas y, si cabe, ajustarlas a la realidad actual.

III. BENEFICIOS EMERGENTES DE MISIONES ESPACIALES TRIPULADAS

Veremos ahora algunas situaciones específicas y, en este cometido, seguiremos los lineamientos del trabajo de Colonia

mencionado antes. En primer lugar se examinarán las perspectivas de vuelos espaciales tripulados en el corto y mediano plazo.

Como quedara dicho, no se espera que en un futuro previsible sean muchos los países que participen en este tipo de misiones. Seguramente no lo harán los países en desarrollo. Naturalmente, esto no implica que científicos u otra clase de expertos de esos países puedan tomar parte, a título individual, en programas de esa naturaleza.

Debe asimismo tenerse en cuenta que, por lo general, los países en desarrollo avanzan lentamente hacia la industrialización. El camino suele estar plagado de obstáculos. Por el contrario, el progreso de la ciencia y de la técnica en los países desarrollados es veloz. Esta afirmación es particularmente válida en el caso de aquellos países más seriamente comprometidos en el desarrollo de nuevas tecnologías y, por lo tanto, en mejores condiciones de embarcarse en misiones espaciales tripuladas. Parece entonces razonable que recursos y descubrimientos a disposición de aquéllos involucrados en esas nuevas tecnologías sean accesibles a terceros países —sean en desarrollo o industrializados— de manera de utilizarlos exhaustivamente.

En términos económicos, esto implica determinar la relación costo-beneficio. En términos jurídicos apunta a la necesidad de elaborar un marco donde no quepan posibilidades de abuso de las posiciones dominantes⁶.

El lenguaje precedente nos trae a la memoria algunas decisiones judiciales, especialmente dentro de la esfera de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea y con relación a derechos de propiedad intelectual. Creemos adecuado, a esta altura, una breve referencia al caso "Magill"⁷ donde la Corte de Luxemburgo decidió que una negativa (sua cuando no arbitraria) a licenciar derechos de propiedad intelectual, podría conducir a abuso en el ejercicio de tales derechos.

⁶ *Ibid.*, p. 133.

⁷ Ver "Radio Telekios Eireann v. Comisión", caso 69/89. El fallo del tribunal de Primera Instancia del 10/VII/1991, ver *Common Market Law Reports* 4 (1991), p. 588. Asimismo "Independent Television Publications v. Comisión", caso T 76/89, *Common Market Law Reports* 4 (1991), p. 745 y "BBC and BBC Enterprises v. Comisión", caso 70/89, *loc. cit.* 4 (1991), p. 669.

Este fallo es ejemplo claro de la confrontación que existe entre la protección de los derechos del dueño de un invento, que le dan la posibilidad de restringir la competencia, y la protección de consumidores y posibles licenciatarios frente a un ejercicio anticompetitivo de esos derechos.

Dentro de la Comunidad Europea la tendencia es decididamente proteccionista dado que el Derecho interno de cada uno de los Estados miembros es el que determina la creación y alcance de los derechos de propiedad intelectual. En lo que hace a este campo, el Derecho interno prevalece sobre el Derecho comunitario.

De igual modo sucede en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América donde la ley protege al primer inventor. Esto se traduce en que, si dos o más personas que trabajan independientemente llegan a un mismo descubrimiento, la ley amparará al primero que lo haya logrado aun cuando éste haya presentado su solicitud de protección más tarde que el segundo. Sin embargo, este principio no se aplica en términos tan absolutos y hay una inclinación creciente a conceder la patente al primero en solicitarla⁸. El Derecho interno de este país extiende su soberanía, en materia de patentes, a los vehículos espaciales bajo su jurisdicción o control⁹. No obstante, hoy día se acepta que las leyes sobre propiedad intelectual aplicables en el Estado de registro del vehículo espacial tripulado rigen las actividades que tengan lugar a bordo¹⁰.

IV. LA DOCTRINA

Algunos autores de EE.UU., como Gorove, sostienen que las plataformas espaciales tripuladas serán de especial utilidad para la explotación de metales preciosos existentes en asteroides. La idea general, no obstante, es que es en el campo de la biotecnología donde se esperan los resultados de mayor trascendencia¹¹.

⁸ Ver Dieter Stauder, "Intellectual property regimen for scientific research", cit. en nota 1, ps. 113-120, en p. 118.

⁹ Ver 35 USC SEc. 305 (*Inventions in Outer Space*).

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Ver Stephen Gorove, "Developments in space law", *Studies in Air and Space Law*, Martinus Nijhoff, 1991, p. 340.

Entre los argentinos, Cocco insiste en la importancia de no considerar solamente los aspectos monetarios de los beneficios emergentes. "Compartir", afirma, significa a la vez participación y responsabilidad, particularmente en lo que hace a los servicios a prestarse¹³. Es en este campo donde se encuentran la mayores expectativas para los países en desarrollo en el corto y mediano plazo.

Otro especialista argentino, Ferrer, considera que cuando un vehículo espacial tripulado está operando en el espacio ultraterrestre lo está haciendo en un área que incumbe a la humanidad. En consecuencia, según lo establece el Tratado del Espacio de 1967, se origina una obligación de informar a la comunidad internacional sobre los resultados de la actividad¹⁴.

Está más allá de toda duda que aquellos que han realizado una actividad en el espacio, resultante en un descubrimiento, no deben a la humanidad ninguna clase de regalía. Más opinable, sin embargo, es la exigencia de una estricta obligación de informar.

V. ANÁLISIS DE UN EJEMPLO

Analizaremos a la luz del desarrollo más reciente y los debates del Coloquio de Colonia antes mencionado, un caso teórico que bien podría, en el corto plazo, convertirse en realidad¹⁵.

Intentaremos llevar adelante algunos puntos de vista originariamente expresados en Córdoba, en 1981, durante una reunión interdisciplinaria que convocara a abogados, economistas y científicos en un esfuerzo para encontrar denominadores comunes en el entonces incipiente tema de la comercialización de las actividades espaciales¹⁶.

Consideraremos que, en el curso de una misión espacial tripulada, se ha logrado un invento con valor definido en el

¹³ Ver *Encuadre Jurídico de la Actividad Económica en el Espacio*, publicado por el Consejo de Estudios Internacionales Avanzados, 1982, p. 90.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 91-92.

¹⁵ Ver, de la presente autora, "International law and the exploitation of outer space: A new market for private enterprise?", *International Relations*, vol. VII, n° 6, Londres, noviembre de 1983, pp. 2476-2493, en la p. 2486.

¹⁶ Ver *op. cit.* en nota 12, pp. 83-86 (observaciones por William Leslie Chapman).

mercado terrestre. Supongamos que este invento significa la solución definitiva para el resfrío común. Dicho invento, al tener un valor económico incuestionable, tendrá, por lo tanto, un precio en el mercado.

Para hacer más estimulante el ejemplo consideraremos que el producto inventado ha de ser procesado en una forma compleja, a bordo de la estación espacial, antes de ser llevado a la Tierra y puesto en el mercado. El producto final será un frasco que contenga cápsulas que han de ser tomadas por el consumidor frente al primer síntoma de un resfrío.

Una de las primeras inquietudes que surgen, sobre la base del Tratado de 1967, es establecer quién debe beneficiarse con este invento¹⁸. ¿Será el científico autor del invento? ¿Será la compañía inversora? ¿O serán todos aquellos que posibilitaron la reunión de los recursos humanos y financieros que llevaron al descubrimiento? Posiblemente todos ellos.

Si miramos estrictamente al beneficio material, todas las cuestiones precedentes han de contestarse por la afirmativa. Pero no puede negarse que la humanidad, como un todo, ha recibido un beneficio aún mayor: por fin, un remedio definitivo para el resfrío. Esto es una clara ilustración de un beneficio inmaterial, o intangible, directamente relacionado al bien común.

Por cierto que el producto inventado (o fórmula, según sea el caso) no constituye, en sí, un patrimonio común de la humanidad, particularmente si tenemos en cuenta el esfuerzo y la inversión de todos aquéllos involucrados en el invento. Pero es justo reconocer que el requisito del "provecho e interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico" está presente en el ejemplo si tenemos en consideración las ventajas ofrecidas a la humanidad por el nuevo producto.

Va de suyo que la cuestión de determinar en qué casos tales inventos deben estar protegidos, y por cuánto tiempo, y el mercado en el cual habrán de operar, constituye la raíz del problema.

En lo que concierne a los beneficios inmateriales, como el referido más arriba o, en general, cuando está en juego la protección, bienestar o seguridad de la humanidad, los inventos protegidos por ley deberán ponerse a disposición de terce-

¹⁸ *Ibid.*

ros países sobre una base no comercial. Juntamente con ello, el período para la protección de estos inventos deberá ser más reducido que aquél acordado para supuestos esencialmente comerciales.

VI. EL PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE VUELOS ESPACIALES TRIPULADOS

Fácil es advertir que hay serias lagunas en el Derecho en materia de vuelos espaciales tripulados. Se han hecho importantes esfuerzos para corregir esta situación. Así, el trabajo conjunto realizado por un grupo de especialistas de la Universidad de Colonia bajo la dirección del profesor Böckstiegel, la Academia de Ciencias de la ex Unión Soviética bajo la dirección del profesor Vereschetin y la Facultad de Derecho de la Universidad de Mississippi bajo la dirección del profesor Gorove. El resultado de esta tarea, iniciada en 1988, fue un proyecto de convenio sobre vuelos espaciales tripulados. Su texto fue discutido en profundidad en 1992 durante el Coloquio de Colonia antes mencionado.

Este instrumento, en once artículos y un breve preámbulo, cubre prácticamente todos los temas relativos a los aspectos jurídicos de misiones espaciales tripuladas. Siguiendo el modelo anglosajón, se incluye al comienzo una lista de definiciones y, más adelante, se establecen normas sobre registro, jurisdicción y control, derechos y obligaciones del personal a bordo de vuelos espaciales, seguros, seguridad y asistencia mutua en el espacio, responsabilidad, propiedad intelectual, procedimientos de consulta y solución de controversias. La característica de este Proyecto es su enfoque pragmático. Al elaborarlo, los participantes se fijaron como objetivo principal que el texto resultara aceptable tanto para las potencias espaciales como para aquellos países que aún no realizan actividades de esta naturaleza. En este contexto quisieramos destacar dos áreas de indudable importancia práctica, a saber: los derechos de propiedad intelectual y la solución de controversias.

VI.1. Propiedad intelectual

Uno de los temas cruciales originados por las misiones espaciales tripuladas es el relativo a los derechos de propie-

dad intelectual. En el Proyecto se le da un significado equivalente al del artículo 2º de la Convención de Estocolmo de 1967 sobre propiedad intelectual, el cual es suficientemente amplio como para encuadrar —por lo menos en un futuro previsible— la mayor parte de los supuestos. El artículo VIII del Proyecto establece que:

1. Sujeto a las disposiciones de este artículo, a los fines del derecho de propiedad intelectual, toda actividad que tuviera lugar en un objeto espacial tripulado o en un elemento separado de éste será considerada como ocurrida solamente en el territorio del Estado Parte en este Acuerdo que haya registrado el objeto espacial o elemento de vuelo respectivamente.

2. En lo que hace a inventos hechos por personas que no son nacionales ni residentes del Estado de registro, un Estado Parte en este Acuerdo no aplicará sus leyes concernientes al secreto de los inventos de manera de impedir la presentación de una solicitud de patente (por ejemplo, estableciendo demoras o exigiendo autorización previa) en otro Estado Parte en este Acuerdo que contemple la protección del secreto de las solicitudes de patente que contengan información confidencial o de otra manera protegida por razones de seguridad nacional. Esta disposición es sin perjuicio de: (a) el derecho de todo Estado Parte en este Acuerdo, en el cual se presente por primera vez una solicitud de patente, a controlar el secreto de tal solicitud o restringir su presentación futura, o

(b) el derecho de cualquier otro Estado Parte en este Acuerdo en el cual se presenta una solicitud subsiguiente a restringir, conforme a alguna obligación internacional, la divulgación de la solicitud.

3. La presencia temporaria en el territorio de un Estado Parte en este Acuerdo de artículos, incluidos los componentes de elementos de vuelos espaciales, en tránsito entre cualquier parte de la Tierra y la estación espacial tripulada o cualquier elemento de vuelo registrado por otro Estado Parte en este Acuerdo no constituirá, en sí, una base para accionar en el primer Estado Parte con respecto a la violación de patentes.

Estas normas nos conducen a las siguientes observaciones. En primer lugar, es razonable suponer que, en una misión espacial tripulada, existirán marcadas diferencias entre los distintos regímenes nacionales de propiedad intelectual. Esto necesariamente nos lleva a la compleja tarea de determinar qué norma de conflicto de leyes se aplicará en cada caso. En segundo lugar, como lo subraya Böckstiegel, es preciso tener en cuenta la magnitud de los intereses en juego en estos supuestos¹⁷.

En el nivel internacional es razonable evitar normas demasiado detalladas y excesivo reglamentarismo estableciendo, en cambio, principios más generales y flexibles que son más aptos para perdurar en el tiempo. Para la efectividad de un instrumento internacional, en especial en el campo de la propiedad intelectual y donde se contemple el uso de tecnologías altamente avanzadas, es esencial lograr un compromiso entre los distintos sistemas jurídicos nacionales.

Dicho esto es oportuno agregar un párrafo con respecto al artículo VIII del Proyecto en lo que hace a aquellos países que, por el momento, no participarán en misiones espaciales tripuladas. Y aún más necesario es tener en cuenta la situación de los países en desarrollo que, por un lado, carecen de la tecnología pero, por otro, tienen los números a su favor. La posición de éstos debe ser considerada siendo que el objetivo es concluir una convención que sea aceptable a escala global.

En consecuencia, el artículo VIII del Proyecto debería incluir un último párrafo según el cual

Los terceros países tendrán acceso a los inventos ocurridos durante una misión espacial tripulada de manera que no resulte un abuso de la posición dominante.

Esta disposición —que podría ser incluida en un protocolo a la Convención sobre Vuelos Espaciales Tripulados, tal vez justamente con todo el tema de los derechos de propiedad intelectual— tendría que aplicarse, específicamente, a situaciones directamente relacionadas con la anticipación o prevención de desastres naturales, con la salud y, en general, con

¹⁷ Ver Karl-Heinz Böckstiegel, "Commercially relevant aspects of the draft for a Convention of Manned Space Flights", cit. en nota 1, pp. 176-184, en las pp. 179-180.

todo lo que concierna a la seguridad y bienestar de la humanidad. En su aplicación deberá procurarse un cuidadoso equilibrio de las distintas aspiraciones e intereses, y es aquí donde la cooperación internacional tendrá un papel preponderante.

Observemos ahora el artículo VIII del Proyecto desde otro ángulo. Tal como está redactado difícilmente podrá tener el apoyo de los EE.UU. La principal razón es que evitaría la aplicación del Derecho nacional¹⁸. Esto es consecuencia directa del principio del "primer inventor" y de la fuerte tendencia territorialista del derecho de patentes en ese país. Las leyes de los países de la Comunidad Europea sobre el tema, que como ya se expresara priman sobre el Derecho comunitario, revelan una tendencia similar.

Vayamos ahora a la opinión de los expertos. Milde¹⁹, en el referido Coloquio de Colonia observó que había fuertes razones éticas para que todos los descubrimientos hechos a bordo de vuelos espaciales tripulados sean un "patrimonio común de la humanidad" y, por lo tanto, pasen al dominio público, y que patentar estos inventos bloquearía por un número de años el beneficio emergente. Sin embargo, agregaba este autor que en el mundo de hoy la protección jurídica de la propiedad intelectual es un incentivo fundamental para el desarrollo científico. Asimismo opinaba Milde²⁰ que el artículo VIII en su presente lectura no sería de aplicación a las organizaciones internacionales dado que establece la presunción de que la actividad ha ocurrido en "el territorio" del Estado de registro.

Dieter Stauder, de la Oficina Europea de Patentes²¹, formula reflexiones en torno al tema del secreto concluyendo que la restricción en la aplicación de las disposiciones sobre el secreto a la actividad de los residentes o nacionales de un país en el Estado de registro, según reza el artículo VIII del Proyecto, parece razonable.

En consecuencia, el artículo VIII del Proyecto implica un ligero progreso con respecto al régimen tradicional de la pro-

¹⁸ Ver Stephen E. Doyle, "Comments regarding the draft Convention", cit. en nota 1, pá. 198-200, en la p. 199.

¹⁹ Ver Michael Milde, "Intellectual property" (Introduction), cit. en nota 1, p. 94.

²⁰ Ver Michael Milde, "Comments regarding the draft Convention" cit. en nota 1, p. 208.

²¹ Ver Dieter Stauder, *op. cit.*, en nota 8, p. 117.

piedad intelectual aplicable en la Tierra. Armoniza, a la vez, con las disposiciones del Acuerdo celebrado entre los gobiernos de los EE.UU., los países integrantes de la ESA (Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Noruega, España, Gran Bretaña e Irlanda del Norte), Japón y Canadá (artículo 21, 1).

VII. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Dado que, como antes se dijera, ya ha quedado atrás la etapa puramente exploratoria del espacio, es esencial contar con un sistema ágil y efectivo de solución de controversias. En este ámbito específico de la actividad espacial —donde predominan los intereses comerciales— un diferendo indefinido podría llevar a consecuencias graves y a veces caóticas.

El Proyecto de Convenio sobre Vuelos Espaciales Tripulados se ocupa del tema en su artículo IX, según el cual:

1. Un Estado Parte en este Acuerdo podrá pedir consultas con otro Estado Parte cuando tuviera razones para creer que el otro Estado Parte no está cumpliendo con las obligaciones que le incumben de conformidad con este Acuerdo, o que el otro Estado Parte interfiere con el vuelo espacial tripulado del Estado que pide la consulta. Cuando un Estado Parte recibe tal pedido deberá mantener consultas sin demora.

2. Si en el plazo de tres meses las consultas no conducen a un arreglo mutuamente aceptable y los Estados Partes en cuestión no pueden solucionar el diferendo por algún otro medio pacífico de su elección, a pedido de uno de los Estados Partes en cuestión, la controversia será decidida por un Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral será nombrado de la misma manera en que lo disponen los artículos XV al XVII del Convenio sobre responsabilidad para la Comisión de Reclamaciones. El Tribunal Arbitral establecerá su propio procedimiento y dará su decisión lo más pronto posible. El laudo será final y obligatorio. Los Estados Partes en la controversia se obligan a cumplir sin demoras el laudo del tribunal.

3. Salvo que los Estados Partes en la controversia lo acordaran de otro modo, la ejecución de este Acuerdo y de cualquier otro acuerdo entre los Estados Partes en la controversia con respecto a vuelos espaciales tripulados conti-

nuará y no será suspendido mientras esté pendiente el arreglo o solución de controversias conforme a este artículo.

Lo ideal, naturalmente, sería que toda controversia quedara resuelta en la etapa de las consultas. Lamentablemente, éste no es siempre el caso. Los tres meses establecidos en el punto 2 de este artículo constituye un plazo realista que ayudará a que los diferendos no se prolonguen indefinidamente.

La segunda parte del punto 2 de este artículo contempla la posibilidad de un arbitraje obligatorio si fracasa la primera etapa de consultas. Consideramos que este enfoque es acertado, particularmente porque impedirá las peligrosas consecuencias de la autointerpretación del Derecho.

Asimismo, el Proyecto se aparta decididamente del sistema previsto en el Convenio de Responsabilidad por Daños Causados por Objetos lanzados al Espacio Ultraterrestre, donde la regla general es que los laudos son recomendarios a menos que las Partes hubieran acordado lo contrario de antemano. La obligación impuesta a las partes de cumplir el laudo sin demoras (seg. párr. del art. IX, *in fine*) concuerda enteramente con el espíritu del Proyecto.

Igualmente realista es el punto 3 del artículo IX del Proyecto en su objetivo de no interrumpir el desarrollo normal de una misión espacial tripulada mientras se acuerdan las soluciones a una determinada controversia.

Finalmente, parece adecuado que, en vista de las características especiales de esta clase de vuelos, las normas relativas a la solución de controversias estén contenidas en el mismo texto de Proyecto y no en instrumentos separados de alcance más general.

La doctrina ve con buenos ojos el artículo IX del Proyecto, tanto en su redacción como en sus implicancias. Gilbert Guillaume, juez de la Corte Internacional de Justicia, sostuvo con énfasis la inclusión de mecanismos de jurisdicción obligatoria durante el Coloquio de Colonia de 1992. Casi no existen opiniones disidentes al respecto excepto que, como lo señalara Guillaume²⁹, debería haberse incluido a la Corte Internacional de Justicia para entender en controversias entre Estados Partes relativas a la interpretación y aplicación del

²⁹ Ver Gilbert Guillaume en "Comments regarding the draft Convention", cit. en nota 1, p. 203.

Convenio. Concordamos plenamente con esta postura de extender la jurisdicción del principal órgano judicial de la comunidad internacional a este nuevo dominio.

VIII. REFLEXIONES SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO AL SECRETO EN MISIONES ESPACIALES TRIPULADAS. TENDENCIAS RECIENTES EN LA JURISPRUDENCIA.

Según se indicara, el derecho al secreto en el caso de misiones espaciales tripuladas quedaría restringido por una posible obligación de informar. Buena parte de la doctrina considera el deber de informar como una obligación inasoslayable que surge del Tratado del Espacio de 1967. De ello se sigue que existe una abierta confrontación entre el derecho de patentes en general y los principios básicos aplicables a la exploración y utilización del espacio ultraterrestre²³.

Desde luego que la industria tiene derecho a mantener en secreto su producto. Así el caso de las "Maltesers", golosinas de gran aceptación en casi todo el mundo que se fabrican según una receta especial desde 1936. Aun cuando los ingredientes son conocidos por el público, hasta el día de hoy solamente los fabricantes conocen el proceso secreto por el cual el centro es recubierto de chocolate.

Otro ejemplo altamente ilustrativo es la "Coca Cola" cuya fórmula permanece sin revelar desde comienzos de siglo. Por este motivo su comercialización fue prohibida en algunas provincias argentinas como Santa Fe²⁴. Sería un tanto absurdo exigir la revelación de la fórmula de la Coca Cola sobre la base de que se trata de un patrimonio común de la humanidad. Lo mismo podría decirse con respecto a fórmulas inventadas a bordo de vuelos espaciales. Pedir la revelación de la fórmula secreta sobre la base de que la misión espacial se encontraba operando en un área que incumbe a la humanidad (art. I, 1 del Tratado del Espacio de 1967) sería una postura difícil de sostener.

No obstante, si este razonamiento se aplica en términos tan absolutos, cabría preguntarse si no entraría en conflicto

²³ *Op. cit.* en nota 6, p. 136.

²⁴ *Op. cit.*, *loc. cit.* en nota 15.

con la obligación de informar que tan fuertemente enraizada está en el Derecho internacional contemporáneo, sobre todo en áreas vinculadas a la protección del ambiente, el espacio ultraterrestre y la Antártida. El Derecho no es claro al respecto y volvemos a encontrarnos con la necesidad de tener debidamente en cuenta aquellos casos donde está en juego el bien común y que, por ende, merecen un tratamiento especial.

Veamos algunas situaciones concretas. En la Comunidad Europea, por ejemplo, no cabe duda de que los derechos de propiedad intelectual están en conflicto con los principios que inspiraron el Tratado de Roma de 1957 que estableciera la entonces Comunidad Económica Europea. En este ámbito geográfico, como se observa, estos derechos tienen un marcado tinte territorialista. En contraste, el objetivo principal del referido Tratado de Roma fue la eliminación de barreras nacionales. La Comisión de la CE ha intentado corregir esta situación. En 1985 se publica un documento que contempla una "patente comunitaria" a ser creada por una Convención sobre Patentes Comunitarias, así como una marca registrada comunitaria. Esta Convención se firmó en 1989 por los doce Estados miembros y entró en vigencia el 31 de diciembre de 1991. En la práctica, sin embargo, no fue de mayor utilidad. Para mejorar la situación se elaboró un Protocolo por el cual se permitió que la Convención entrara en vigencia entre los Estados que la hubieran ratificado sin tener en cuenta a aquellos que no lo habían hecho²⁵.

Al mismo tiempo, la Comisión de la CE ha tratado de lograr denominadores comunes entre los derechos de propiedad intelectual reconocidos por las diferentes leyes nacionales. Se puso el acento en las nuevas tecnologías y los nuevos derechos de propiedad intelectual. El resultado final reflejó el hecho de que, en la esfera de la biotecnología, por ejemplo, el proteccionismo es aún pronunciado²⁶. De más está decir que este modelo no es el más apropiado para aplicar a inventos hechos a bordo de vehículos espaciales.

La polémica continúa en las candilejas. Un ejemplo reciente está dado en el documento sobre política emitido por el Instituto Europeo relativo a la *standardización* de las teleco-

²⁵ Ver James Moller y Daniel Alexander en "Intellectual property" (Current developments in EC law), *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 41, enero 1992, pp. 205-206.

²⁶ *Op. cit.* en nota 5, p. 137.

municaciones. La Comisión de la CE produjo un documento oficial sobre el tema en octubre de 1990 donde se admitió la existencia de un problema pero no se proporcionaron respuestas²⁷. En este ámbito la *standardización* podrá colocar uno o varios grupos titulares de derechos intelectuales en una posición dominante.

En el campo de la biotecnología la Comisión de la CE publica en 1972 un proyecto revisado de directiva sobre la Protección Jurídica de los Inventos Biotécnicos²⁸. Esta tendencia, asimismo, es de naturaleza fuertemente proteccionista y no recomendable para su aplicación a inventos ocurridos durante vuelos espaciales tripulados.

Analizaremos brevemente tres casos recientes decididos por la Corte Europea de Justicia que resultan útiles en la dilucidación del Derecho y la armonización de los distintos intereses relativos a derechos de propiedad intelectual. Sin entrar en los detalles de cada uno de ellos nos detendremos en los casos "Volvo"²⁹, "Electrola"³⁰, y "Magill"³¹.

El caso "Volvo" consistía en un derecho de diseño. La Corte de Luxemburgo entendió que no era de por sí un abuso de la posición dominante (art. 86 del Tratado de Roma) negarse a otorgar una licencia para derechos de diseño aun cuando podría constituir abuso si la negativa reflejara una conducta abusiva.

En el caso "Electrola" la Corte resaltó los problemas derivados de los distintos niveles de protección de derechos de propiedad intelectual. Sobre la base de los artículos 30 y 36 del Tratado de Roma decidió que el titular de un derecho de autor podía impedir su importación a un territorio donde la protección hubiera finalizado.

En el caso "Magill" la Corte dispuso que la BBC, la Independent TV Publications y la Irish State Network habían abusado de su posición dominante al negarse a otorgar a Magill una licencia de su derecho de autor para listar programas de televisión. La Corte confirmó el punto de vista de la Comisión

²⁷ Ver "Intellectual property newsletter", *Denton International*, n° 5, marzo de 1990, p. 6.

²⁸ *Ibid.*, p. 9.

²⁹ Caso 238/87 (1989), 4 *Common Market Law Reports*, 122.

³⁰ Caso 341/87 (1988), 2 *Common Market Law Reports*, 413.

³¹ Ver nota 7 (caso "Magill").

de que, para los fines del artículo 86 del Tratado de Roma, las tres radiodifusoras tenían una posición dominante en una parte considerable de la CE y habían abusado de esa posición. La Corte admitió que el listado de programas estaba protegido por derechos de autor y que los derechos de propiedad intelectual tenían una protección especial dentro del Derecho comunitario. Sin embargo, al negar a terceros, tales como Magill, la posibilidad de publicar los listados, habían utilizado la protección de que eran titulares como un instrumento de abuso.

A primera vista se detecta una abierta contradicción entre los casos Volvo y Magill. Sin embargo, a poco que se analice, surgen diferencias sustanciales. Los derechos controvertidos no eran los mismos: en Volvo se discutía un diseño mientras que Magill giraba en torno a la protección de derechos de autor. También difería el mercado: los posibles licenciatarios de Volvo estarían operando en el mismo mercado (de repuestos); no así en el caso de Magill. Por último, la naturaleza de los productos en cuestión variaba: los posibles licenciatarios de Volvo estarían fabricando el mismo producto mientras que en el supuesto de Magill el producto era nuevo en el mercado y su introducción era impedido por la BBC y otros³².

El acento puesto por la Corte de Luxemburgo en la detección de abusos de las posiciones dominantes constituye una importante línea rectora para el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual derivados de la utilización del espacio ultraterrestre.

IX. CONCLUSIONES

La idea básica es que la protección de inventos y descubrimientos ocurridos durante misiones espaciales tripuladas no deberá resultar en abusos de la posición dominante.

De este concepto general derivan varias conclusiones específicas, a saber:

1. La fuerte tendencia hacia el proteccionismo existente en el ámbito de la Comunidad Europea y, en general, en los países industrializados, en torno a los derechos de propiedad intelectual, deberá moderarse en lo que respecta a inventos y

³² Ver "Intellectual property newsletter", *Denton Hall*, n° 3, marzo de 1992, p. 4.

descubrimientos hechos a bordo de misiones espaciales tripuladas.

2. La protección del secreto de inventos y descubrimientos deberá restringirse y el tiempo de protección hacerse más breve.

3. El acceso de los países en desarrollo a inventos y descubrimientos hechos a bordo de misiones espaciales tripuladas —en el caso de que aquéllos estén protegidos— habrá de facilitarse.

4. La propuesta precedente es aún más importante en situaciones que conciernan al bienestar y seguridad de la humanidad, particularmente en el campo de la salud y acceso a nuevas tecnologías relativas, por ejemplo, a la posibilidad de anticipar desastres naturales u otras situaciones de emergencia similar. En tales supuestos, la cooperación internacional será de fundamental importancia para el logro de un equilibrio razonable entre los intereses en juego.

Finalmente, vaya una palabra de reconocimiento para la iniciativa de la Universidad de Colonia, la Academia de Ciencias de Moscú y la Facultad de Derecho de la Universidad de Mississippi que resultara en una valiosa contribución al tema. El Proyecto de Convención que elaboraran conjuntamente constituye una base excelente para la discusión en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para los Usos Pacíficos del Espacio Ultraterrestre. La inclusión de este tema en el orden del día de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de esa Comisión es no sólo necesaria sino también urgente.

ENSAYOS

**LAS LEYES "EX POST FACTO"
Y LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES
INTERNACIONALES COMO NORMAS
DE DERECHO INTERNACIONAL A SER APLICADAS
EN EL DERECHO INTERNO***

MARTÍN ARRÉGU - ARIEL DULITZKY

I. INTRODUCCIÓN**

El "caso Schwammburger" es un pedido de extradición¹. Se trata de una solicitud de la República Federal Alemana a nuestro país a causa de los delitos que Josef Franz Leo Schwammburger habría cometido durante la Segunda Guerra Mundial cuando era jefe de las SS. Josef Schwammburger es acusado de ser responsable de la muerte de centenares de

* Con especial referencia al caso Schwammburger.

** El presente trabajo se inició en el curso sobre "El derecho internacional público en la jurisprudencia de la Corte Suprema" dictado por el Dr. Guillermo Moncayo, quien nos dio el marco de libertad académica, reflexión y crítica necesarios para que el mismo pudiera concretarse. Para el nuestro reconocimiento, Queremos agradecer asimismo muy especialmente al Dr. Schiffrin, por habernos recibido, respaldado y aconsejado en la redacción final. A la Dra. Métrica Pinto por escuchar muchas de nuestras dudas, siempre con paciencia; y al Dr. Zuppi por el tiempo dispensado y por lo útil que nos ha sido su publicación (ver bibliografía).

¹ Fallo de la Sala III de la Cámara Federal de La Plata del 30 de agosto de 1989 (J.A., 27-XII-1989 y 3/190 y E.D., 27-28-29-XI-1989). Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 20-III-1990 —S 645 XXXII— (E.D., 15-VI-90 y L.L., 16-VII-90).

Es necesario destacar que al momento en que este artículo fue escrito no se había producido aún la unificación alemana.

personas estando al frente de un campo de trabajos forzados. Estos delitos son considerados por el Derecho penal internacional como crímenes internacionales.

De todos los aspectos de esta causa nos interesa detenernos solamente en la prescripción de la acción penal². Al tratarse de un pedido de extradición sin que haya acuerdo previo entre las partes, nuestros tribunales deben comprobar que la acción no esté precepta de acuerdo a las normas del país requirente (art. 665, Cód. Proc. Crim.). La República Federal Alemana esgrimió, entonces, dos causales a favor de la no prescripción: 1) las interrupciones que ésta habría sufrido como consecuencia de diversos actos de los tribunales alemanes, y 2) una norma sancionada con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial que declara imprescriptibles estos delitos³. Es este segundo supuesto el que nos parece importante analizar. Se trata, obviamente, de una norma *ex post facto* que rige la prescripción de crímenes internacionales. Estudiaremos a partir de este fallo qué posibilidades tienen nuestros tribunales de hacer lugar a un pedido de extradición como éste, fundado en una norma *ex post facto* respecto a crímenes internacionales.

El primer punto a definir es a qué nos referimos cuando hablamos de crímenes internacionales. El Derecho internacional público distingue dos tipos de ilícitos internacionales: 1) los delitos internacionales y 2) los crímenes. La diferencia entre unos y otros reside, se puede decir simplificando, en la gravedad. Un delito internacional se produce cuando una nación que forma parte de la comunidad internacional no cumple con una obligación internacional que le fuera exigible, cualquiera sea la fuente de la norma en cuestión. En este caso, los perjuicios no alcanzan a la comunidad internacional en su conjunto, sino que el ilícito tendrá como consecuencia el incurrir en responsabilidad internacional respecto de una o de un grupo determinado de naciones. En el caso del crimen in-

² En este fallo se plantean otras cuestiones tan o más importantes que ésta, sin embargo nuestra atención se centrará en este aspecto y sólo haremos mención de los demás (ver pto. VIII.a.).

³ El camino hasta la sanción de la norma que declara imprescriptibles estos delitos no es tan simple, ya que se dictaron también leyes intermedias que sólo alcanzaron a extender los plazos. De cualquier forma, como el problema que se plantea al momento de aplicar cualquiera de estas leyes es el mismo (que son todas ellas leyes *ex post facto*) reduciremos nuestro análisis sólo a la última y definitiva de estas normas.

ternacional, no puede hablarse de un único Estado perjudicado. El ilícito será de tal gravedad que perjudicará a la comunidad internacional organizada en su totalidad, hiriendo los principios rectores de su estructura. Son particularmente claros los términos en que lo explica la Comisión de Derecho Internacional: Art. 19¹. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito, sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada. 2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional" (CDI, 1986-1-, pág. 73). Si bien no nos satisface la remisión al reconocimiento como crimen para ser considerado precisamente eso, un crimen internacional, la distinción nos parece acertada. En este informe de la Comisión se hace, sin perjuicio de la descripción genérica que hemos reproducido, una enumeración que incluye los crímenes contra la paz y la seguridad; contra la libre determinación de los pueblos; contra la salvaguardia del ser humano, por ejemplo la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*; y contra la salvaguardia y protección del medio humano. Esta no es la única clasificación de los crímenes internacionales, por lo que creemos que es más útil remitirnos a la diferenciación genérica hasta que la codificación de estos crímenes se halle más acabada. Por otro lado, no cabe duda de que las atrocidades de que fue acusado Schwammberger están consideradas como crímenes internacionales por todas las clasificaciones.

Nos sentimos obligados a hacer ciertas aclaraciones con respecto a los alcances de este trabajo. En primer término, es necesario precisar que no nos referiremos a la polémica sobre sí, en temas tan espinosos como el de los crímenes de lesa humanidad, son necesarios los argumentos jurídicos o si los tribunales podrían apelar a fundamentos morales o humanitarios. Ambas posturas tienen parte de razón y no queremos que este análisis jurídico de la cuestión sea considerado como un implícito respaldo a la primera postura, aunque sabemos que lo es. En los comentarios al fallo del Tribunal Constitucional alemán sobre la prolongación del plazo de prescripción por normas *ex post facto*, un sector de la doctrina apuntó que la solución no tenía por qué respaldarse sólo con argumentos

jurídicos debiendo considerarse también las razones morales que respaldaban la decisión de la Corte. Sin embargo, un adecuado tratamiento desde el campo del Derecho nunca puede ser negativo. Por otro lado, una crítica como ésta, puede ser válida respecto de un juicio del Tribunal Constitucional alemán, pero, salvo excepciones, no respecto a uno de nuestros tribunales donde las sentencias suelen estar plagadas de argumentos morales y, por desgracia, en muchos casos ausentes de un adecuado respeto por la norma⁴.

Sabemos de la trascendencia que tiene para nuestro país una definición sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales (fundamentalmente los de lesa humanidad), sin embargo, sólo nos referiremos a la imprescriptibilidad de ellos como norma del Derecho penal internacional, analizando si ésta le es oponible o no a nuestro país. En ningún caso nuestras conclusiones pueden alcanzar doctrinas que sostienen la imprescriptibilidad de estos crímenes como norma de Derecho interno, resultado exclusivamente de normas vernáculas. Se trata de cuestiones independientes⁵.

La última disquisición en nada se refiere a los alcances del trabajo, sino a los móviles que nos llevaron a realizarlo. No nos gusta la impunidad de ciertos delitos y por eso profundizamos en el análisis de los medios que pueden permitir

⁴ Schifrin parece respaldar, al menos parcialmente, la postura crítica cuando, en el consid. 49, dice: "en cuestiones de tal envergadura, como las que nos enfrentan, más vale el apoyo de la filosofía que el de la mera técnica jurídica, que siempre encierra —aunque inconfesadamente— algún presupuesto de esta índole".

Herrendorf (1990), por su parte, en su comentario a este fallo se opone al camarista. Si bien reconoce que "es visible en la ideología que la humanidad sobreleva con la fuerza de un convencimiento profundo a toda prueba, una vocación por condenar a delincuentes que han cometido delitos atroces" no está de acuerdo que en el marco del Derecho penal se hagan elaboraciones muy elásticas que podrían ser peligrosas en manos de jueces con una ideología distinta a la de sus elaboradores.

Hart (1980) parecería estar más cerca de la postura del camarista, al considerar que fundamentos morales son necesarios para dar respuesta a determinados problemas irresolubles desde el ámbito estrictamente jurídico.

⁵ Nos referimos, por ejemplo, al voto del Dr. Bazquén en el fallo "Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional" o al análisis que hace Sancinetti (1988) de la Constitución Nacional, por el cual este tipo de delitos no podrían ser amnistiables ni, agregamos nosotros, prescribir, debido a las similitudes que este mismo autor reconoce entre ambos institutos.

su punición. No obstante, esta postura no debe pensarse como un respaldo a las modalidades que el castigo de los crímenes internacionales normalmente ha tenido. En particular, no creemos que el genocidio se solucione con más muertes. Sin considerar el fondo de la cuestión, queremos dejar sentado que, desde nuestro punto de vista, no hay sólo un medio por el que estos delitos pueden ser reprimidos.

II. LAS LEYES EX POST FACTO EN EL DERECHO INTERNO

La norma que declara imprescriptibles los crímenes por los que es acusado Schwammberger es una norma posterior a la comisión del hecho, por lo que nuestros tribunales deberían aplicar una ley *ex post facto* para no declarar extinguida la acción y poder otorgar la extradición. Debemos, como primer paso de este trabajo, detenernos a analizar cuáles son las posibilidades, si es que las hay, de nuestros tribunales de aplicar una norma que vulnera el principio de legalidad (del que se deriva la prohibición de normas *ex post facto*). Nos adentraremos en el Derecho interno para analizar luego el mismo aspecto en el ámbito del Derecho internacional y la relación que existe entre ambos.

Para comprender el principio en toda su magnitud es importante analizar su origen. La prohibición de leyes *ex post facto*, o el correlativo principio de legalidad, deben su formulación actual al Iluminismo, y en especial a Feuerbach⁶. Es en los albores del racionalismo cuando se empieza a forjar esta garantía contra la omnipotencia estatal. Los pensadores iluministas entendieron como insoportable que un poder absolutista pudiera penar acciones que en el momento de su ejecución eran impunes, aunque el comportamiento estuviera prohibido por los usos y costumbres (aquí se halla una de las grandes diferencias con los antecedentes romanos). La prohibición se convirtió entonces, a la función de garantía que Locke y Montesquieu, le habían dado a la ley penal. Fue Feuerbach quien, uniendo a esta función garantista la teoría de la prevención general de la pena⁷, elaboró el principio latino *nullum crimen*

⁶ Para Stratenwerth (1982) el primer antecedente de este principio lo podemos encontrar en Cicerón, pero este autor reconoce que el origen más remoto del principio de legalidad guarda con éste diferencias esenciales.

⁷ Al hablar de teoría de la prevención general hacemos referencia a

sine lege (Stratenwerth, 1982), al que con posterioridad se le complementó con el principio de legalidad de la pena, el *nulla poena sine lege*. Este segundo principio es el que más nos interesa, ya que parece unánime la opinión que respecto de los crímenes internacionales es muy difícil ofender el *nullum crimen sine lege* cuando se les pena, ya que todos ellos se hallaban legislados como delitos al momento de ser cometidos (Zaffaroni, 1987). Roxin, tratando de sistematizar los fundamentos que históricamente dieron lugar al principio, se refiere a dos motivos jurídico-políticos y a dos motivos jurídico-penales. Entre los primeros enumera al liberalismo político y su consiguiente limitación al poder del Estado y a la división de poderes como nueva forma de organización del gobierno central. Las razones jurídico-penales que, para este autor, fundamentaron dicha prohibición fueron el principio de culpabilidad, según el cual no podría haber en estos casos reproche al autor, y, por otra parte, lo que él denomina la teoría de la coacción psicológica, para la que la pena tendría como finalidad apartar del delito a los potenciales delincuentes (coincidentemente con Stratenwerth en el fundamento de la prevención general) (Roxin, 1981).

Sin embargo, estos fundamentos históricos no son considerados por todos los autores como elementos fundacionales del principio de legalidad. Jescheck, por su parte, entiende que lo esencial en la prohibición de las normas *ex post facto* es la seguridad jurídica. Este autor sostiene, haciendo una crítica implícita a algunas de las posturas que hemos revisado, que la prohibición de retroactividad, a diferencia de los otros efectos del principio de legalidad, no tiene el de garantizar la representación popular, pues más bien limita la libertad decisoria del legislador. Tampoco, piensa este autor, puede fundamentarse siempre en el principio de culpabilidad, pues la fuente del reproche no es la ley³ (Jescheck, 1978).

aquellas teorías que, en oposición a las de la prevención especial, pretenden accionar sobre los que no han delinquido motivándolos con la pena y una conducta respetuosa del Derecho. Distinta es la justificación de las teorías de la prevención especial que buscan actuar sobre el mismo autor del delito (por ejemplo con su reinserción en la sociedad o sólo impidiendo que continúe delinquiriendo).

³ Acordé con este punto de vista, Jescheck piensa que el juicio de Núremberg sólo se ha basado en la circunstancia de ser fuerza de ocupación y fuerza vencedora.

Dentro de la doctrina nacional, el reconocimiento al principio de legalidad y a la prohibición de leyes *ex post facto* ha sido unánime⁹. Tanto desde el campo del Derecho constitucional como del penal, se le reconoce a este principio jerarquía constitucional a partir, fundamentalmente, de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional¹⁰.

De cualquier manera, también se mantienen en nuestra doctrina las diferencias respecto a los fundamentos. Para citar sólo dos ejemplos podemos nombrar a Zaffaroni (1987), quien le da como finalidad esencial el fundar la culpabilidad, y la opinión del Dr. Schiffrin, quien, en su voto del fallo en estudio, dice textualmente: "el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* no está destinado a establecer la previa culpabilidad sino que se vincula con una acentuación muy marcada en el campo penal del principio de división de poderes. Se trata de quitar todo empleo al Ejecutivo en el magisterio penal, reducir enérgicamente la creatividad judicial y limitar la función del Parlamento estrictamente a la formulación de normas generales y abstractas" (consid. 33).

La doctrina y jurisprudencia norteamericana remiten, por lo general, a los razonamientos llevados a cabo por su Corte Suprema en el caso "*Calder v. Bull*" (3 U.S. 386 - 1796). En este fallo, al que tendremos que volver cuando analicemos

⁹ Distinto es el caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia civil y tributaria. En la causa "*Inada, Juan P.*", fallada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 2-X-1987, fue ampliamente tratado el tema de la retroactividad de la ley por el Procurador Fiscal, Dr. José Casas (E.D., 39-III-88). Su análisis, por la naturaleza del caso planteado, se detiene especialmente en la cuestión de si es posible o no aplicar leyes retroactivas en cuestiones civiles y, fundamentalmente, tributarias. Sin perjuicio de ello, el Procurador demuestra cómo la jurisprudencia de la Corte ha sido signifiicante, admitiendo en unos casos y desechando en otros la posibilidad de aplicar leyes *ex post facto*.

¹⁰ Zaffaroni (1987) hace un muy interesante análisis del art. 18 de la Const. Nac. considerando sus fuentes para llegar a la conclusión de que es posible discutir si este artículo alcanza al Derecho penal de fondo o sólo es aplicable para la ley procesal. Este autor se define por un alcance amplio. Dejaremos esta discusión de lado porque aun de no surgir del art. 18 el principio de legalidad para las leyes de fondo, obviamente estaría inmerso en el principio de reserva del art. 19 y en los derechos implícitos del art. 33 de la Const. Nac. La distinción es igualmente trascendente para nuestros propósitos, a que se está asegurando que este principio, respecto de las leyes adjetivas, también tiene jerarquía constitucional, lo que hace que sea aplicable respecto de la prescripción aun cuando se sostenga que éste es un instituto procesal.

la extensión de esta prohibición, el tribunal supremo de ese país, en el *dictum* muy repetido por nuestra doctrina y jurisprudencia, enumeró dos razones como fuente de la prohibición constitucional expresa de leyes *ex post facto*, que dicho ordenamiento contiene. La primera estaría relacionada con la necesidad de los ciudadanos de saber que no podrían ser penados por una acción que no era ilícita al momento de ser cometida y por la posibilidad de motivarse de acuerdo a una prohibición. La segunda se refiere a la limitación al Poder Legislativo para sancionar leyes cuyos móviles fuesen la venganza o la persecución de enemigos políticos.

De este análisis que hemos hecho de los fundamentos diversos que se le han dado a la prohibición de sancionar normas de Derecho interno que tengan aplicación retroactiva, surge que es imposible sostener que haya coincidencias unánimes sobre este punto. Se puede concluir que debido a la multiplicidad de fundamentos, no es dable afirmar que el principio de legalidad pueda sufrir restricciones esgrimiéndose razones de Derecho interno.

II. a) Los crímenes internacionales como limitadores del principio de legalidad en el Derecho interno

Una posibilidad de restringir este principio que debe ser analizada especialmente es la que desarrolla Kobrick (1987). Este autor sostiene que en el Derecho interno norteamericano las normas que legislen sobre crímenes internacionales que dan lugar a la jurisdicción universal según la costumbre internacional, podrían ser aplicadas retroactivamente.

Para llegar a esta conclusión Kobrick considera que es necesario detenerse en los fundamentos de la prohibición de normas *ex post facto*, e intenta demostrar cómo las dos razones esgrimidas por la Corte Suprema norteamericana en el fallo "*Calder v. Bull*" quedan igualmente resguardadas cuando se está legislando sobre este tipo de crímenes.

Respecto de la seguridad que todo ciudadano merece de saberse impune por la comisión de un delito no tipificado al momento de haberse llevado a cabo, considera que por tratarse de crímenes internacionales sujetos, de acuerdo con la costumbre internacional, a la jurisdicción universal, nadie puede alegar el desconocimiento de la ilicitud de su comportamiento. Es preciso destacar que sólo algunos de los crímenes internacionales dan lugar a la llamada jurisdicción universal. Para

que esta instancia sea viable, el crimen internacional debe formar parte del reducido número de delitos que la comunidad internacional en su conjunto considera posibles de ser juzgados en cualquier sitio. No es imprescindible que exista alguna conexión entre el delincuente o el lugar de comisión o efectos del crimen y la competencia abierta.

Si sumamos, entonces, al pequeño número de delitos que son considerados como crímenes internacionales que habilitan la jurisdicción internacional de acuerdo a la costumbre internacional, el hecho de que para formar parte de esa clasificación, es necesario el respaldo del conjunto de naciones civilizadas, no cabe duda, según Kobrick, de que ningún ciudadano puede sentir vulnerada su seguridad jurídica si es condenado por la comisión de uno de estos delitos; aunque se haya dejado de lado la prohibición de normas penales con efecto retroactivo. Inversamente, sólo se puede ofender esta prohibición en el caso que se trate de un crimen internacional que dé lugar a la jurisdicción universal es una muestra que el consenso de la criminalidad del acto no es tan perfecto.

Al momento de considerar a la prohibición de normas *ex post facto* como un límite a la voluntad del legislador para restringir su posibilidad de venganza o persecución de sus enemigos políticos (siempre de acuerdo a los fundamentos del fallo "Calder v. Bull"), este autor sostiene que el argumento de la persecución de los enemigos políticos no es relevante ya que en este tipo de crímenes se trata de enemigos del género humano (*Hostis humani generis*). Por otro lado, la venganza no sería grave si hay razones valederas para no dejar impunes ciertos delitos, como ocurre en el caso de crímenes internacionales que dan origen a la jurisdicción universal.

Cita como respaldo de este argumento dos fallos. En el primero, "Demjanjuk v. Petrovsky" (776 F.2d. 571 -6th. Cir. 1985), una cámara de apelaciones de los EE.UU. entendió que no era obstáculo para otorgar la extradición de un criminal nazi a Israel el hecho de que las normas en virtud de las cuales se los reclamaba habían sido dictadas con posterioridad a la comisión de los delitos por los que se los acusaba, debido a que se trataba de crímenes sobre los que se podía ejercer la jurisdicción universal. El segundo es un fallo de la Suprema Corte israelí, "Attorney-General of Israel vs. Eichmann" (36 I.L.R. -Sup. Ct., Israel 1962). En este caso se objetó la legislación por la que se acusaba a Eichmann por tratar-se de normas posteriores a la comisión, momento en el que,

inclusivo, el Estado de Israel ni siquiera existía. Se alegó que eran, íntegramente, normas que buscaban la venganza y que no respondían al requisito de tratarse de normas abstractas. La Suprema Corte israelí admitió estas aseveraciones y no halló problema alguno en el móvil de venganza de la legislación porque dicho Estado actuaba, solamente, como un miembro de la comunidad internacional.

Si bien se trata de supuestos muy particulares que deben ser analizados con mayor detenimiento, no podemos, desde este primer análisis, acompañar las conclusiones de este autor. Desde el punto de vista del Derecho constitucional nacional, no es posible sostener que en nuestro orden jurídico sean sólo esos dos los fundamentos a rebatir (no nos es posible aseverar que en el ordenamiento jurídico norteamericano sí lo sean). Por otro lado, los argumentos que apelan al seguro conocimiento del autor de la ilicitud del acto son útiles para dejar de lado el principio del *nullum crimen sine lege*, pero nada agregan a la cuestión del *nulla poena sine lege*. Respecto al punto referido a la voluntad de venganza, es necesario separar el hecho de que un Estado actúe como miembro de la comunidad internacional del que su móvil sea este sentimiento. Un Estado nuevo como el de Israel, adquiere desde el momento que pasa a formar parte de la comunidad internacional el derecho a perseguir los crímenes internacionales que caen en la órbita de la jurisdicción universal; sin embargo esto no significa que la venganza deba ser estimulada cuando nos enfrentemos a este tipo de delitos.

El problema de este planteo radica en tratar de buscar soluciones sólo dentro del Derecho interno a cuestiones de competencia eminentemente internacional, como es la jurisdicción por crímenes internacionales. Este tratamiento tiene su explicación en la particular situación de la jurisprudencia de los Estados Unidos, que exige para la persecución tanto de los crímenes internacionales que habilitan la jurisdicción universal como de los que son resultado de un tratado, una norma interna especial que codifique el crimen internacional como un crimen bajo la ley de ese país. Es este hecho (que no se repite en nuestro ordenamiento como ya veremos) el que impulsa a Kobrick a llevar adelante esta construcción que, a pesar de estas críticas, es digna de atención considerando la relevancia que le da al principio de legalidad y al intento de compatibilizar los comportamientos nacionales con los internacionales —ya volveremos sobre este punto—.

En conclusión, de acuerdo a la prescripción constitucional (fundamentalmente arts. 18 y 19, Const. Nac.) del principio de legalidad y debido a las diferencias en los fundamentos que se le han dado tanto por la doctrina nacional como extranjera, debemos sostener que éste no es restringible apelando a normas de Derecho interno, ni siquiera en el caso que se estuviese legislando sobre crímenes internacionales; la prohibición de normas *ex post facto* no es limitable por la vía interpretativa. Sin embargo, es necesario dejar sentado que nos estamos refiriendo a argumentos que sólo estén respaldados por normas locales, debiéndose rever estas afirmaciones (como se hará en el punto 6) al considerar algunas particularidades del Derecho de gentes.

II. b) Alcance de la prohibición

Hemos visto cuál es el fundamento de esta prohibición, por lo que es necesario analizar si en el caso de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales esta prohibición es aplicable, ya porque no podría alegarse el fundamento de la prevención general, ya porque se discuta el posible carácter procesal del instituto de la prescripción.

La Corte Suprema estadounidense ha dicho, en el ya citado fallo "*Caldér v. Bull*", que es ley penal *ex post facto* "toda ley que hace criminal un hecho cometido antes de la sanción de aquélla y que era tenido por inocente cuando fue realizado, que cambia el castigo o que inflige uno mayor que el que imponía la ley o que agrava un delito o lo hace más importante que cuando fue cometido, o cambia el castigo aplicable al delito, o que altera las reglas de prueba, autorizando una prueba menor o diferente para condenar a una persona por un delito cometido antes de la sanción de la ley".

A partir de un punto de vista muy semejante a éste, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional (ver por ejemplo *Fallos*: 117:48; 197:569; 254:116; 260:174), le han dado a la prohibición un alcance mucho más extenso que el que la haría aplicable sólo a las disposiciones que crean un nuevo delito (esta es otra razón que dificulta la determinación de los fundamentos del principio de legalidad). Así, Zaffaroni entiende que la prohibición alcanza a toda ley de fondo como de forma (debe tomarse en cuenta que para este autor la limitación sobre las leyes procesales sería la única que surge de los antecedentes del art. 18, Const. Nac.) e, inclusive, se refiere

al caso de la prescripción para hacerla extensiva (Zaffaroni, 1987). En el campo del Derecho constitucional, una postura idéntica es sostenida por Bidart Campos (1988 -1)¹¹.

Para el propósito de este trabajo, lo que nos importa destacar es que de acuerdo a la amplitud que se le debe dar al principio de legalidad, no cabe, dentro de nuestro orden jurídico, sostener que no le alcance a la prescripción. En lo que a excepciones se refiere, la única que es compatible con nuestra normativa es la de la ley posterior más benigna. Toda ley posterior a la comisión de un delito puede ser aplicada si con ella se beneficia al reo. Cuando se habla de la ley penal más benigna, Bidart Campos hace una distinción (Bidart Campos, 1988 -2). Según él, en nuestro ordenamiento la aplicación de la ley penal más benigna posterior al delito tiene rango legal por el artículo 2º Código Penal, mientras que la ultra-actividad de la ley penal más benigna tendría jerarquía constitucional por ser consecuencia del *nullum crimen...* Son necesarias algunas aclaraciones: el carácter constitucional de la ley penal más benigna sólo sería cierto en el caso de que como ley anterior estemos considerando la ley vigente al momento de cometer el delito y no una ley intermedia (no confundir con ley temporaria). Por otro lado, dice Zaffaroni (1987) que no se puede hablar de ultra-actividad, aunque reconoce que no hay acuerdo en la utilización de los términos cuando se habla de ley vigente al momento de la comisión, ya que lo que juega en ese caso es el principio *tempus regit actum*, por lo que no habría tal ultra-actividad sino solamente aplicación de la ley que debe regir el hecho. Por último, es necesario destacar, como lo hace Schiffrin, que en la actualidad el principio de la ley penal más benigna no tiene solamente carácter legal, a partir del momento en que forman parte de nuestro sistema jurídico el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹².

¹¹ Diferente es el caso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemanas. La mayoría de los autores de ese país no hace extensiva la prohibición a las normas que retroactivamente modifiquen la prescripción de un delito. Con diferentes argumentos los distintos doctrinarios que hemos citado y el Tribunal Constitucional alemán así lo han entendido. Este último ha alegado que la prescripción tiene carácter procesal, argumento que no es asimilable a la opinión de nuestro Supremo Tribunal, siendo de cualquier modo irrelevante ya que en nuestro país la prohibición de normas *ex post facto* alcanza a la ley procesal si es contraria a los intereses del reo.

¹² Art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica y art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La nueva jerarquía de este

III. LAS LEYES *EX POST FACTO* EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

"Estamos ante un Derecho penal *in fieri*, al que le faltan elementos del moderno Derecho penal sistematizado, cuyos presupuestos están dados por la existencia de una organización estatal unificada y una autoridad legislativa indiscutible, elementos ambos de los que aún carece la comunidad mundial. Por eso, en tal comunidad tienden a prevalecer los principios generales y los usos, mientras que las mismas convenciones internacionales con finalidades represivas, antes que definir por completo un catálogo cerrado de figuras, efectúan una enunciación indicativa de criterios de antijuridicidad y poseen más bien el valor de recopilaciones de los principios aceptados por la conciencia jurídica común".

Con esta afirmación comienza Schiffrin el tratamiento del principio de legalidad en el Derecho penal internacional, y por la claridad de sus términos creímos útil repetirlos. La característica de derecho no perfecto del orden jurídico internacional ha sido repetido hasta el cansancio tanto por los internacionalistas como por sus detractores. A partir del reconocimiento de esta cualidad, es indispensable hacer lugar a las diferencias estructurales que hay entre uno y otro a la hora de estudiar una institución como la del *nullum crimen...*, que ha evolucionado dentro del Derecho interno. Esto significa que no se le puede exigir al ordenamiento jurídico internacional que guarde los mismos requisitos que los derechos internos: el grado de organización y desarrollo de éstos no le es aplicable a este Derecho de formación reciente y características estructurales sumamente diferentes.

Esta circunstancia fue considerada con acierto por el Tribunal de Núremberg al momento de desechar algunas de las críticas de las que fue blanco. Sostuvo, entre otras cosas, que el Derecho internacional no puede ser el producto de una ley, de forma tal que "su contenido no es estático". Este tribunal dijo que "la circunstancia que dota a los principios de la conducta internacional con la dignidad y autoridad de la ley es su aceptación general como tal por las naciones civilizadas" (Naciones Unidas, 1949), y esta aceptación puede tener fuen-

principio es de suma importancia, ya que nuestro país ha asumido con la ratificación de estos pactos la obligación internacional de respetarlo. Si en el orden interno no se aplicara este principio, la Argentina incurriría en responsabilidad internacional.

tes tan diversas como los tratados internacionales, las convenciones, textos doctrinarios de autoridad, prácticas internacionales y las decisiones judiciales. Esta enumeración no es más que un prefacio desordenado de lo que después vendría a normativizar el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art. 38). El no considerar las particularidades del Derecho internacional es la causa de muchas de las críticas que se le han hecho a la aplicación retroactiva de determinadas normas que el Derecho internacional propugna.

En estas posturas críticas habría un punto de partida errado que obligaría al Derecho internacional a seguir las mismas normas imperativas de los derechos vernáculos. Desconocer sus particularidades es casi privarlo de toda posibilidad de acción. El Derecho internacional no es un Derecho interno y no tiene, por lo tanto, la necesidad de verse sometido a las mismas reglas o a los mismos principios. Nadie discute si en el ámbito internacional las normas deben ser dictadas por una o por dos cámaras legislativas, sería absurdo. De la misma manera, es ridículo exigirle al Derecho penal internacional que se maneje con un principio de legalidad idéntico al de los derechos locales. Kelsen resalta la diferencia con suma claridad: "el Derecho internacional general no prohíbe —como lo hacen algunas de las constituciones locales— la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva" (Kelsen, 1965). La afirmación de este autor es terminante respecto a no requerir de las normas que rigen a la comunidad internacional las mismas pautas que ordenan los derechos locales. Los principios generales de Derecho de las naciones civilizadas no tienen por qué ser principios generales del Derecho internacional (a pesar de que el Pacto de San José de Costa Rica pareciera usar estos términos como sinónimos, art. 46-1.a).

De cualquier forma, no todos los argumentos del Tribunal de Núremberg fueron tan precisos como los reproducidos. Cuando acentúa la calidad de *common law* del Derecho internacional para dejar de lado la prohibición *ex post facto*, se equivoca. Como bien lo señalan la mayoría de los penalistas, no se puede sostener que esta prohibición sea una institución ajena al Derecho anglosajón (Stratenwerth, 1982; Jescheck, 1978). La no aplicación del principio de legalidad tiene más que ver con las cualidades estructurales de las que antes hablábamos, que con su calidad de *common law*.

El no considerar estas diferencias esenciales es el error en que incurre Jiménez de Asúa cuando sostiene que "sería

por demás desmoralizador que un Derecho que se pretende supraestatal, fuera de calidades inferiores y de un mayor primitivismo que el legislado en los Estados que han de subordinarse a ese superestado" (Jiménez de Asúa, 1958). El Derecho internacional no se entiende supraestatal ni pretende que el Derecho de los Estados se le subordine: es un Derecho diferente a los de los Estados que lo conforman¹³. No hay, ni siquiera en el Derecho penal internacional, tal supra-estatalidad, sino solamente una acción inter-estadual. La no aplicación del principio de legalidad no debe ser vista, entonces, como un "mayor primitivismo" sino sólo como una limitación imprescindible para que el Derecho penal internacional siga su curso. El penalista italiano Giuliano Vassalli parecería hallarse a mitad de camino entre la postura que hace lugar a las particularidades del Derecho internacional y la que le exige los mismos contenidos que los del Derecho interno. Este autor opina que "en el Derecho penal internacional no vale ni puede valer el principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas... la realidad es que en la materia de la punición de los delitos contra la humanidad domina por ahora totalmente el recurso a la ley penal retroactiva" (reproducido por Schiffrin en el fallo Schwammberger; el subrayado es nuestro). Si bien la postura es positiva, no puede darse a la limitación de este principio sólo una fundamentación temporal. Desde este punto de vista, la postura de Schiffrin nos parece más acertada (aun con las reservas que mencionamos respecto del fundamento que le da al principio de legalidad), cuando dice: "ocurre que en el plano internacional... el refugio que queda a los bienes esenciales, vida, libertad, integridad, patrimonio, contra los desbordos de los Estados particulares, se halla precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica, de modo que el *nullum crimen...* jugaría en ese plano internacional un rol contrario al de su finalidad, ayudando a la opresión en lugar de preservar de ella"¹⁴.

¹³ Esta afirmación debe ser entendida en el sentido de que se trata de dos ramas distintas del Derecho y no como una declaración a favor de la postura que defiende el dualismo como medio de relación entre los derechos internos y la normativa internacional.

¹⁴ En el "Proyecto de Delitos de Lesa Humanidad" (Schurmann Pacheco, 1968) presentado por el Colegio de Abogados del Uruguay se leen frases como las siguientes: "No nos lleva a engaño tampoco la tesis de sus colegas propagada por los internacionalistas sobre la base de la Convención de Viena y que se resume en la imperatividad de normas y de principios

La génesis histórica de la no prohibición de normas *ex post facto* en el Derecho internacional se halla en los juicios de Núremberg. Si bien el Derecho penal internacional tiene antecedentes más remotos, es a partir de estos juicios que la cuestión comienza a tener relevancia. En ellos (hablamos de juicios en plural porque nos referimos al proceso seguido contra veintitrés de los criminales nazis, al que tuvo lugar en Tokyo y a los doce que siguieron al de Núremberg en la misma ciudad entre 1946 y 1948) se planteó por primera vez la necesidad de aplicar retroactivamente normas de Derecho internacional. De la misma forma se dejó de lado la institución del juez natural¹⁵.

De cualquier forma, es obvio que la jurisdicción del Tribunal de Núremberg no se extendía a todo lo que hoy conocemos como crímenes internacionales (es obvio también que sí alcanzaba a los delitos de los que fue acusado Schwammberger). El artículo 6 de su Estatuto estipulaba que "los siguientes actos son delitos que corresponden a la jurisdicción del Tribunal por los cuales se responderá individualmente: a) Delitos contra la paz, a saber: planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión, o una guerra en violación de tratados, acuerdos o seguridades internacionales, o participar en un plan o conspiración común para realizar cualesquiera de esos actos. b) Delitos

consagrados por el Derecho internacional, los cuales no estarían afectados por ningún límite geográfico o humano. La vigencia del *iur cogens*, sin embargo, con vigencia en el Derecho internacional se estrella de manera inevitable, en la esfera nacional, como en la internacional, con el supremo principio de legalidad y con la inexistencia de tribunales competentes en la materia". Nos molesta sobremanera que se ignore de forma tan terminante todos los esfuerzos que el Derecho internacional lleva adelante por impedir la impunidad de los crímenes contra la humanidad. De este texto surgiría que los postulados esenciales del Derecho penal internacional no pasarían de ser intenciones. Este colegio de abogados se equivoca en esto tanto como en la formulación del título de este trabajo, de donde parecería que lo que este colegio intenta es un proyecto de delitos y no un proyecto de cómo penarlos.

¹⁵ No queremos emitir opinión sobre las bondades de estos procesos que han sido merecedores de muchas y muy variadas críticas. Sólo pedimos decir que si bien tuvieron consecuencias positivas para la formulación de los crímenes internacionales como hoy los conocemos, también fue positivo el hecho de que este tipo de juicios no se hicieran costumbre. Así lo hace notar Zaffaroni, citando a Ferrero; sin embargo es necesario destacar que el penalista argentino se equivoca al exigirle, siguiendo la postura de Jiménez de Asúa, al Derecho penal internacional los mismos recaudos que los aplicables al Derecho interno.

tos de guerra, a saber: violaciones de las leyes o usos de guerra. Tales violaciones incluyen, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato y la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar, la matanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción inconsiderada de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares. c) Delitos contra la humanidad, a saber: el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil durante la guerra o antes de ella, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas relacionadas con cualesquiera de los delitos que correspondan a la jurisdicción del Tribunal, tanto si fueron cometidos en violación de las leyes del país en donde fueron perpetrados, como en el caso contrario". Surge de la jurisdicción de este Tribunal lo que puede considerarse como la primera clasificación de los crímenes internacionales y de sus sentencias, la primera recepción de la limitación del principio de legalidad en el campo del Derecho penal internacional.

Ya hemos visto cómo la doctrina internacionalista hizo lugar a la tipificación de los crímenes internacionales. Respecto a la no aplicación del principio de legalidad en estos crímenes, la recepción normativa también ha sido importante. Por primera vez se hizo referencia a esta limitación en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre al estipularse, en su artículo 11, apartado 2, que "nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional" (el subrayado es nuestro). Con posterioridad, tanto la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, hicieron lugar en forma más explícita a esta no aplicación. El artículo 7º de la Convención Europea dice, seguidamente a la enunciación del principio de legalidad, que "el presente artículo no invalidará la sentencia o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de ser cometida, constituía un crimen según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (ap. 2; en el primer apartado repetía el texto de la Declaración Universal). Una redacción semejante tiene el Pacto de 1966.

Estos antecedentes normativos, acompañados de lo dictaminado por la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención sobre Prevención y Represión del Delito de Genocidio*, cuando sostuvo que los principios que fundamentan la Convención "están reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, aun sin existir ninguna obligación convencional" (I.C.J. Report, 1951, p. 23), nos permite afirmar que "existe una definida tendencia a estimar que la prohibición *ex post facto* no puede ser invocada ante crímenes internacionales reconocidos como tales por el Derecho consuetudinario internacional" (Zuppi, 1989).

De lo hasta aquí expuesto se puede afirmar que existe en el ámbito del Derecho internacional una regla por la que la prohibición de normas *ex post facto* no le es aplicable a este Derecho, como consecuencia de sus cualidades específicas. Esa costumbre internacional ha sido recogida por algunos tratados internacionales, lo que obviamente no le quita calidad de disposición consuetudinaria, debido a que el Derecho internacional admite la pluralidad de fuentes para una misma norma (cfr. Podestá Costa-Ruda, 1979; Sorensen, 1978; Rousseau, 1966).

Es a partir de esta posibilidad de aplicación retroactiva que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales tiene importancia en el caso que nos toca analizar, ya que esta no prescripción de los crímenes cometidos por los nazis fue dictada para ser aplicada a hechos ya cometidos. De cualquier forma, es obvio que el estado del Derecho penal internacional no es el mismo que al momento de dictarse las sentencias de Núremberg, por lo que podemos decir que, aun cuando esta costumbre internacional no fuera oponible, no hay duda de que ciertas normas de Derecho penal internacional no necesitan de la no aplicación del principio de legalidad para estar vigentes. Esto, por la codificación que ha tenido el Derecho penal internacional en diversos puntos.

IV. LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO

La prescripción es un instituto muy particular cuyos fundamentos y funcionamiento no son siempre fáciles de definir. Lo que trataremos de hacer es recopilar algunos de los

fundamentos que se le han dado para tratar de dilucidar si la imprescriptibilidad es, en sí misma, una norma que vulneraría nuestro orden público, si las normas sobre prescripción pueden ser aplicadas retroactivamente y si le es aplicable a estas leyes el principio de la ley penal más benigna¹⁶.

El primer aspecto que nos interesa es si la prescripción es una ley procesal o una ley penal. Este es un punto discutido en la doctrina extranjera¹⁷, pero en nuestro país la cuestión no está tan debatida. Bidart Campos, por ejemplo, es terminante al sostener el carácter penal del instituto al igual que la mayoría de nuestros constitucionalistas (Bidart Campos, 1988 -1). Los penalistas, por su parte, hacen alguna distinción (a la que volveremos) entre la prescripción de la pena y la de la acción, dándole carácter más procesal a la segunda. Sin embargo, al estar estas dos situaciones tan estrechamente unidas se hace difícil sostener que en cada caso el carácter es distinto. Además, tampoco hay entre nuestros penalistas un respaldo que le dé carácter procesal.

La Corte Suprema ha sostenido en el fallo *Mirás* (y si aceptamos la postura iusfilosófica del realismo jurídico norteamericano debemos darle a estas decisiones el sentido de interpretaciones definitivas) que "el instituto de la prescripción cabe, sin duda alguna, en el concepto de ley penal, desde que éste comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción de delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva" (Fallos, 287:76), siendo esta postura inequívoca y constante.

¹⁶ Las cuestiones que trataremos son aquellas que se presentaron en el caso "Schwammberger", sólo que en este trabajo se hará un estudio conjunto de todas ellas.

¹⁷ Tal vez la discusión más importante (pero no probablemente la más jurídica) se dio entre los doctrinarios alemanes respecto, precisamente, de la prescripción de los crímenes nazis. Como ya se dijo, el Tribunal Constitucional de ese país asumió el carácter procesal de este instituto y esta decisión fue acompañada por numerosos doctrinarios, mientras que los que guardaron reservas con respecto a esta sentencia le dieron una naturaleza muy particular permitiendo la aplicación de normas *ex post facto*. Por ejemplo Stratenwerth (1982) sostiene que la prescripción sólo está sometida a la prohibición general de arbitrariedad establecida en la constitución de ese país. Razin (1981) dice que no puede haber infracción al principio de legalidad pues este instituto no afecta a la punibilidad de la conducta y porque la idea político-jurídica que sirve de base al precepto tampoco se opone a que se prolonguen con efecto retroactivo los plazos. Jandack (1978) sostiene una posición similar.

En conclusión, podemos decir que en nuestro país la cuestión del carácter procesal o penal del instituto de la prescripción no se halla tan discutida como en otras latitudes, sosteniéndose mayoritariamente la tesis de que se trata de una ley penal (ésta es la postura sostenida en el caso "Schwammburger" por Schiffrin, Garro y la Corte).

En lo que respecta a los fundamentos que se le han dado, podemos decir sí, que las posturas son más diversas. Zaffaroni las enumera dividiéndolas en aquellas que buscan su razón de ser dentro del Derecho y aquellas que son extra-jurídicas. Los argumentos enunciados fuera del Derecho serían el mero transcurso del tiempo, que dejaría sin sentido la persecución del delito y los problemas que surgirían respecto de la prueba como una cuestión (en los casos de prescripción de la acción) que imposibilitaría llevar adelante un proceso. Los argumentos internos al Derecho estarían íntimamente ligados a la teoría de la pena que se esgrimiese para llevar adelante la punición de los delitos¹⁸. Desde este punto de vista, las teorías absolutas de la pena¹⁹ no pueden hallar obviamente una explicación coherente de este instituto, mientras que son los relativistas los que sostienen todas las explicaciones internas al Derecho que conocemos. Para este autor, tanto en el caso de la prescripción de la pena como de la acción, el fundamento común a ambas estaría dado por la inutilidad de la pena (Zaffaroni, 1987). Este fundamento político-criminal estaría relacionado con el hecho de que, si consideramos que se pena a un sujeto para que éste se reintegre a la sociedad, no tendría entonces razón de ser el llevar adelante un proceso (en el caso de la prescripción de la acción) o hacerle cumplir una pena (en el caso de prescripción de la pena) si el sujeto ya ha demostrado con su comportamiento posterior que tal reinserción no es necesaria (tomemos en cuenta que en caso de reincidencia la prescripción deja de correr). Zaffaroni continúa diciendo que, de cualquier modo, este fundamento co-

¹⁸ Según Zaffaroni, el hecho de que el Código Penal argentino no acepte la teoría de la prevención general de la pena, explica que todos estos delitos prescriban.

¹⁹ Nos referimos a aquellas teorías que sostiene que la pena se justifica por sí misma, en contraposición a las teorías relativas que afirman que la pena persigue un propósito que no mira al pasado sino hacia la evitación de futuros delitos. Tanto las teorías de la prevención general como las de la prevención especial son teorías relativas.

mún no es suficiente para desterrar todas las diferencias que hay entre estos tipos de prescripción, razón por la que da a la extinción de la ejecución de la pena una naturaleza primordialmente material, mientras que la de la acción sería predominantemente procesal. Esto no tendría mayores consecuencias ya que el principio de legalidad rige por mandato constitucional también para las normas procesales²⁰.

Sancinetti, al analizar la prescripción como una causa de extinción de la acción, señala como diferentes razones posibles de esta decisión del legislador a la dificultad probatoria que el paso del tiempo traería aparejada y la disminución de la necesidad de castigo cuando el tiempo ha dejado atrás la alarma social producida por el delito. La prescripción también estaría relacionada con la inactividad de la víctima que haría pensar en un no muy profundo interés en la punición de ese delito en particular. Además, considera que, desde un aspecto más individual, razones de prevención especial (como ser la no necesidad de resocialización) también pueden respaldar el instituto (Sancinetti, 1988).

Como vemos, los fundamentos de este instituto son también muy variados, y coincidimos con Schiffrin en que en última instancia se trata siempre de un fundamento iusfilosófico. De cualquier manera, éste no puede ser reducido, como pretende el camarista, a que transcurrido un tiempo prudencial es beneficioso para la comunidad olvidar esos acontecimientos. Aquí adquieren relevancia por ejemplo la justificación de Zaffaroni por la seguridad jurídica, a la que Roxin (1981) añade que la impunidad de algunos casos es el precio que el legislador debe pagar por ella o el argumento (tal vez más favorable al reo) que remitiéndose a la finalidad de prevención especial de la pena esboza una suposición de innecesidad de la persecución.

Sin embargo, volvemos a coincidir con el magistrado en

²⁰ La tesis de que el principio de legalidad alcanza también a las normas procesales tiene, como hemos visto, mucho respaldo en la doctrina y la jurisprudencia nacionales, en todos aquellos casos en los que se trate de una norma posterior más gravosa. Se aplica en estos casos, para algunas, si la ultra-actividad de la ley penal más benigna ya que el principio *tempus regit actum* se referiría, para estos autores, al momento en que debe realizarse dicho procedimiento. Desde este punto de vista, la discusión sobre el carácter penal o procesal antes detallada perdería gran parte de su relevancia.

que estos fundamentos no son irreductibles. Respecto de la seguridad jurídica, hay jurisprudencia y doctrina considerables que sostienen que en el caso de un conflicto grave entre los valores justicia y seguridad, obviamente dos de los más trascendentes de cualquier ordenamiento jurídico moderno, siempre es preferible optar por el primero. El argumento de Roxin, que plantea la impunidad de algunos casos como precio por esta seguridad, no era para este autor un precio demasiado caro, lo que se torna ridículo cuando se paga con la impunidad de crímenes contra la humanidad. Por último, en lo que respecta a este tipo de crímenes, y más cuando se hace con el beneplácito del Estado, la no reincidencia puede ser una imposibilidad física del autor de seguir llevándolos a cabo, sin que deba ser considerada como una demostración de la innecesidad de la pena (Sancinetti, 1988).

Respecto a esta limitación de la prescripción como derecho elemental de la personalidad humana o como elemento imprescindible de la seguridad jurídica, encontramos un apoyo importante en la jurisprudencia²¹. Nuestro supremo tribunal ha dicho: "La garantía constitucional de defensa en juicio, si bien obliga a oír a los procesados y a darles ocasión de hacer valer sus defensas, no requiere que se les asegure la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo" (*Fallos*: 193:487; 211:1684). Más recientemente, teniendo la Corte la composición inmediatamente anterior a la actual, ha dicho, además de ratificar lo expuesto en los fallos citados, que: "Si bien consideraciones relacionadas con la seguridad jurídica y la economía procesal fundan las normas legislativas que determinan la prescripción extintiva de las acciones represivas, no puede negarse la existencia de situaciones en las cuales la aplicación del instituto aludido redundaría en desmedro de valores fundamentales para la conservación del cuerpo social y de su ordenamiento constitucional". En el considerando siguiente la Corte agrega "que en determinadas circunstancias pueden mediar motivos que tornen imperioso descartar la prescripción de las acciones penales o prolongar sus plazos" (*Fallos*: 307:1466)²².

²¹ Este respaldo no ha sido tan terminante ni tan coherente como lo veremos al analizar el comportamiento argentino respecto de la práctica internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

²² Esta última afirmación de la Corte tiene el carácter de *obiter dictum* ya que en el caso en cuestión se discutía una prescripción administrativa.

De estos fallos surge una clara limitación de la prescripción, y los crímenes contra el *Derecho de gentes* son, sin duda, casos en los que "la aplicación del instituto aludido redundaría en desmedro de valores fundamentales para la conservación del cuerpo social y de su ordenamiento institucional". Tratando, entonces, de ordenar lo hasta aquí dicho, se puede sostener que el principio de legalidad alcanza a la prescripción de la misma forma que a cualquier otra norma penal, pero que esto no implica que, en circunstancias excepcionales —interpretadas éstas en forma restrictiva—, la prescripción no pueda ser dejada de lado si, de aplicársela, se vulnera profundamente el valor justicia, en los casos en que todas las razones que fundamentan este instituto no puedan ser esgrimidas.

Otra cuestión relacionada con la aplicación de este instituto que es necesario resolver es el caso de diferencias entre dos leyes de prescripción. Entendemos que es aplicable en este supuesto el principio de la ley penal más benigna de igual modo que en el caso de cualquier otra ley penal. Como lo ha dicho la Corte, un plazo de prescripción más prolongado es más gravoso para el reo y no se lo puede aplicar cuando hay una ley posterior más benigna (*Fallos*, 184:112; 193:487; 211:1684). Lo que importa en estos casos es analizar si en la causa concreta la ley posterior es más o menos gravosa para el imputado, debiéndose aplicar entonces la más benigna. Sin perjuicio de lo dicho, este principio es pasible de sufrir las limitaciones de las que habíamos en el párrafo anterior respecto de la prescripción en general. Cuando hay razones para dejar de lado la prescripción, obviamente también hay razones para la no aplicación del principio de la ley penal más benigna (nos estamos refiriendo únicamente al caso de que las leyes en conflicto sean dos leyes sobre prescripción).

V. LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Cuando analizamos el instituto de la prescripción en el ámbito del Derecho internacional no son los mismos los elementos a considerar. En este Derecho no existe, por ejemplo, el valor de la seguridad jurídica como un valor esencial para el sostenimiento de la justicia ni tampoco es relevante plantear el perjuicio del reo por la extensión del plazo de prescripción, ya que, como hemos visto, las normas que rigen en el Derecho penal internacional estos crímenes pueden ser dictadas

ex post facto. Además se debe sumar el hecho de que no todas las legislaciones locales tienen instituida a la prescripción como una causa de la extinción de la acción penal o, en muchos casos, este instituto no alcanza ciertos delitos o puede ser dejado de lado bajo determinadas circunstancias. Como ejemplo podemos citar la enumeración que Gravem (1965) realiza de países que no aplican la prescripción o que lo hacen sólo parcialmente. Este autor menciona a: Austria, Bulgaria, Checoslovaquia, China, Dinamarca, Estados Unidos de América, Francia, Hungría, India, Italia, Kenia, Nigeria, Polonia, Reino Unido, Ucrania, Singapur y URSS. Como se ve, no podemos hablar de un principio rector de las legislaciones locales que pudiera ser aceptado por el derecho internacional.

Además, debe considerarse con especial énfasis la naturaleza de los crímenes internacionales. El Derecho penal internacional sólo considera, como hemos visto, un número muy limitado de delitos dentro de esta clasificación. A partir de allí y por las características distintivas de ellos, no podemos considerar que la comunidad internacional pueda verse favorecida por echar, luego de transcurrido un tiempo, un manto de olvido sobre acontecimientos pasados. Debe desprenderse entonces de las especiales características del Derecho penal internacional y de los crímenes internacionales que éste reconoce, que el instituto de la prescripción no tiene que cumplir, en el campo internacional, el mismo papel que en los derechos nacionales, si es que debe tener alguno.

Muestra de la especial naturaleza de los crímenes internacionales es el Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad, que se encuentra, todavía hoy, en estudio de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. El proyecto en cuestión fue aprobado por la Comisión en 1954 y establece en su artículo 5^º (que se titula "Imprescriptibilidad") que "el crimen contra la paz y la seguridad es por naturaleza imprescriptible" (el subrayado es nuestro). Este proyecto, a pesar de las dificultades que encuentra para su aprobación final, es, además de una muestra de la opinión *juris* sobre este aspecto, un intento de la normativización de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como norma de Derecho penal internacional. Deteniéndonos en las sesiones que dieron lugar a este Proyecto, vemos que el relator especial dijo, en su cuarto informe, que "la aplicación de la ley penal en el tiempo pone en juego dos conceptos: el de la irretroactividad de la ley penal y el de la prescripción..., en lo

que se refiere a la prescripción, varias convenciones prevén que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son imprescriptibles". Más elocuente es aun el miembro de la Comisión de Derecho Internacional, Sr. Flitan, para quien "el principio de la imprescriptibilidad no suscita ninguna controversia en la Comisión" (CDI, 1986 -2).

Estos elementos fueron los que se tuvieron en cuenta en la primera ocasión histórica en que la comunidad internacional se halló ante la posibilidad de que delitos que habían sido considerados como crímenes internacionales no pudieran ser perseguidos por el mero transcurso del tiempo. Tuvo lugar entonces "el vasto movimiento de opinión mundial", para decirlo en las palabras de Schiffrin (consid. 41), "ante la inminencia de que el 8-V-65, al cumplirse veinte años de la capitulación de Alemania, pudieran prescribir los delitos contra la humanidad cometidos durante el régimen nazi".

Como vemos, el instituto de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales se relaciona directamente con la limitación de la prohibición de normas *ex post facto*. Esto dicho, considerando que ambos institutos están muy ligados por una razón histórica: la positivización de la imprescriptibilidad de estos crímenes está íntimamente ligada con la punición de las atrocidades que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial (por desgracia, la persecución estuvo destinada casi exclusivamente a los nazis, sin duda autores del mayor número de crímenes pero, también sin duda, no los únicos). La imprescriptibilidad nació como una norma a ser aplicada *ex post facto* y la mayoría de las veces que se apeló a ella fue como norma positiva que regiría con retroactividad.

Así llegamos a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, estableciendo la no prescripción en el plano internacional e invitando a los Estados a que lo hicieran también en el orden interno.

Si bien hemos visto que de las cualidades especiales del Derecho penal internacional y de los crímenes que éste persigue no puede surgir la prescripción como un instituto aplicable en este campo, que la postura entre los internacionalistas parece respaldar este punto de vista y que la acción de los organismos internacionales intenta consolidarla como práctica, no podemos afirmar que en este momento exista una norma

internacional que regule tal imprescriptibilidad, que tenga como base la costumbre o una obligación contractual.

En primer término, la sola existencia del movimiento de opinión que hemos descrito no es suficiente para crear una costumbre de Derecho internacional. Por otro lado, la normativización de la no prescripción no ha tenido éxito ya que, como hemos visto, la Convención que regula los crímenes contra la paz y la seguridad no ha sido todavía aprobada y la de la Imprescriptibilidad de los Crímenes Internacionales sólo ha sido ratificada por escasos países (en nuestro caso particular, ni por la Argentina, ni por la República Federal alemana). Además, no puede considerarse que la imprescriptibilidad pueda ser tenida como una costumbre a partir de esta Convención, ya que las escasas ratificaciones que ha tenido (entre las que no se cuentan las de los países que suelen arrastrar la conformación de una norma consuetudinaria), sumado al hecho de que pocos Estados han decretado normas de Derecho interno que reconozcan la no prescripción, nos impide afirmar que exista esta obligación internacional. Respecto a las opiniones de los doctrinarios, es por demás sabido que no son fuente de Derecho internacional sino sólo como medios auxiliares (art. 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

La no consolidación de una costumbre y la falta de una obligación contractual no son elementos suficientes para inferir la ausencia de una norma de Derecho internacional que prevea tal imprescriptibilidad. Por el contrario, existen manifestaciones coincidentes que permiten sostener que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es un "principio de Derecho internacional generalmente reconocido"²³.

Este es el caso de los diversos tratados que prevén la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. En idéntico

²³ Somos conscientes de lo difuso de este concepto de "principio de Derecho internacional generalmente reconocido". No debe confundirse con los principios generales de Derecho como fuentes del Derecho internacional, reconocido por el art. 38, inc. 3º del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A lo que nos referimos es a aquellas abstracciones que es posible realizar de las normas de derecho internacional de modo tal que quedan configurados principios propios del ámbito internacional distintos a los principios generales de Derecho. En este sentido hemos receptado la denominación que a estas abstracciones le ha dado la Convención Americana de Derechos Humanos.

sentido se ha manifestado en varias oportunidades de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Otros ejemplos son el trabajo que viene realizando la Comisión de Derecho Internacional en favor de tal empresa y la consideración por parte de los Estados, que han debido juzgar este tipo de crímenes, como imprescriptibles²⁴. Todos estos hechos y prácticas vienen a atestiguar en favor del reconocimiento de la imprescriptibilidad. Esta confluencia de elementos de distinta naturaleza (contractual, consuetudinaria, prácticas estatales) demuestra que la comunidad internacional ha configurado a este tipo de delitos como de imposible prescripción.

VI. EL "DERECHO DE GENTES" EN EL DERECHO INTERNO

VI. a) La jurisdicción de nuestros tribunales

Como hemos visto hasta aquí, no es idéntica la regulación dada en el orden interno y en el orden internacional a las instituciones que entran en juego cuando se tratan cuestiones relativas a la prescripción de crímenes internacionales, en especial al *nullum crimen...* y a la prohibición *ex post facto*. Frente a un caso concreto donde se debata la prescripción de un crimen internacional, ¿qué Derecho aplicarán nuestros tribunales? ¿Solamente las normas de Derecho interno o estarán sujetos también por las normas de Derecho internacional?²⁵ Sostendremos que la última de las alternativas es la correcta.

²⁴ Ver por ejemplo: Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad y de los Crímenes de Guerra, la resolución de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (28/1665). En el ámbito universal se pueden mencionar las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2184 (XXI), 2202 (XXI), 2583 (XXIV), 2712 (XXV), 3020 (XXVII) y las resoluciones del Consejo Económico y Social 1074 D (XXXIX) y 1158 (XLII). Entre las legislaciones nacionales se destacan la ley francesa del 26 de diciembre de 1964 sobre "imprescriptibilidad" de los crímenes definidos en la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13-II-46 y la ley de la República Federal Alemana del 16-VII-79 que declara la imprescriptibilidad de los homicidios calificados.

²⁵ Sin perjuicio de que las normas de Derecho internacional son Derecho interno. Lo que planteamos es si nuestros tribunales están sujetos sólo por normas internacionales oponibles a la Argentina o, por el contrario, por todo el conjunto normativo internacional.

¿Cuáles son los supuestos en que nuestros tribunales tendrían jurisdicción para entender en materia de crímenes contra la humanidad? Las posibilidades básicas pueden ser reducidas a dos:

a. En todos aquellos casos en que nuestros tribunales tengan jurisdicción como consecuencia de normas de Derecho interno. Esto sucedería por la comisión de un crimen internacional en nuestro país o cuyos efectos se produzcan en el territorio de la Nación, o en lugar sometido a su jurisdicción (art. 1º, inc. 1º, Cód. Pen.); o un crimen internacional cometido en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo (art. 1º, inc. 2º, Cód. Pen.). A estos casos contemplados en el Código debemos agregarles la comisión de un crimen internacional en un lugar no sometido a la soberanía de ningún Estado (por ejemplo alta mar). El caso de una extradición pasiva habilita la jurisdicción de nuestros tribunales de dos formas diferentes: directamente el procedimiento de extradición²⁶ y de no concedérsela, debe abrirse el juicio posterior que conozca en el fondo del asunto.

b. Por otra parte, la jurisdicción podría darse ante la presencia de crímenes internacionales que dan origen a la jurisdicción universal. Como se sabe, ésta puede ser ejercida solamente frente a crímenes internacionales, pero no todos ellos están sujetos a la jurisdicción universal. Ella puede surgir de la costumbre (por ejemplo piratería, crímenes de guerra, genocidio) o puede ser la consecuencia de la firma de un tratado (por ejemplo, secuestro de aeronaves, terrorismo, tortura, apartheid). La jurisdicción universal permite a cualquier Estado juzgar a los responsables de un crimen internacional con independencia de la existencia de un punto de conexidad entre el Estado juzgador o la víctima. Esta institución tiene como origen que, en el campo internacional, cada nación depende de las demás para el juzgamiento y represión de estos

²⁶ Claro que en este supuesto no tendrían jurisdicción para intervenir en el fondo del asunto sino sólo para analizar la procedencia o no de la extradición.

²⁷ Vinuesa (1989, p. 103) sostiene que "el ejercicio de jurisdicción por parte de las cortes de un Estado sobre actos u omisiones cometidos en el extranjero, se fundamenta en el hecho de que esos actos u omisiones son violatorios de una norma del Derecho internacional que los tipifica como ilícitos contra la comunidad internacional, por lo tanto concierne a cada uno de los Estados de esa comunidad internacional el entender en las reparaciones y sanciones debidas en razón de la responsabilidad internacional originada por los individuos directamente involucrados".

crímenes. Pero, especialmente, por la naturaleza distintiva de estos crímenes que provocan que sea la comunidad internacional en su conjunto la que sufra los perjuicios cuando uno de estos crímenes ha sido cometido. Su gravedad tensiona a toda la comunidad de naciones²⁷.

Veamos el siguiente ejemplo: un ciudadano británico es acusado de ser responsable del crimen de genocidio en perjuicio de italianos cometido en el territorio de Holanda. El británico es detenido en nuestro país. De acuerdo a la jurisdicción universal nuestros tribunales pueden juzgarlo. Aun cuando pensamos que nuestros jueces se mostrarían remisos a aceptar su competencia, en el hipotético caso que lo hicieran, queda la duda respecto a qué normas aplicarían. Si bien se sostiene que deben regirse, aun en estos supuestos, por las normas locales, una respuesta más adecuada a la especial naturaleza y gravedad de los crímenes internacionales es la que permite resolver estos juicios aplicando sustancialmente el Derecho internacional y recurriendo al Derecho interno sólo en los aspectos no legislados por la normativa internacional. El principio de legalidad debe entonces aplicarse de acuerdo a los criterios del Derecho internacional y a los crímenes internacionales hay que considerarlos imprescriptibles. Esto es la consecuencia lógica de la remisión al *Derecho de gentes* que realiza el artículo 118 de la Constitución Nacional e implica aceptar que "el precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento" (Gordillo, 1988, p. 144).

Analicemos ahora la jurisdicción de nuestros tribunales en los supuestos tradicionales del artículo 1º del Código Penal. En estos casos los tribunales aplican primordialmente normas de Derecho interno, por ende, debemos determinar si la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es una norma vernácula. Esto puede suceder ya sea porque el legislador haya determinado que los crímenes internacionales son imprescriptibles, o porque la norma internacional que así lo estableció ingrese a nuestro orden jurídico interno²⁸.

VI. b) *El artículo 118 de la Constitución Nacional*

Hemos visto que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales está prevista en el Derecho internacional,

²⁸ Analizásemos si hay una norma internacional y no sí, a través de la labor interpretativa, se los puede considerar como imprescriptibles. Ver nota 5.

mas no ha sido establecida por las leyes nacionales. Entonces debemos preguntarnos si la norma internacional que sí lo prevé es parte de nuestro ordenamiento jurídico. Este punto nos remite a un aspecto más general como es el de determinar cuál es el grado de recepción en nuestro Derecho del internacional. Por un lado, encontramos los artículos 31 y 27 de la Constitución Nacional que dan suficiente base normativa para considerar al Derecho internacional como parte de nuestro orden interno y establecer la jerarquía que el mismo tiene.

Sin embargo, consideramos más relevante para nuestro estudio la previsión contenida en el artículo 118 de nuestra carta magna. En dicho artículo se establece *in fine* que "...cuando éste (el delito) se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio". Este artículo no fue estudiado tradicionalmente ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

En doctrina prácticamente no fueron analizadas las distintas consecuencias que se podrían haber hecho derivar de la recepción en el Derecho interno del *Derecho de gentes*²⁹. Como excepción encontramos la reciente obra de Bidart Campos (1988-1) donde trata de desarrollar todas las potencialidades de este artículo³⁰. Sostiene que al artículo 118 hay que interpretarlo de una manera amplia de forma tal que a través de este artículo ingrese en nuestra Constitución el Derecho penal internacional y lo que él denomina el Derecho internacional de los derechos humanos (también, Bidart Campos, 1989)³¹. Esto lo lleva a concluir que al recepcionar el

²⁹ El grado de trascendencia mínima dada a la remisión al *Derecho de gentes* que hace nuestra Constitución es tal que no sorprende que un constitucionalista como Varosa (1970), en su proyecto de reforma constitucional, elimine del art. 118 toda referencia al *Derecho de gentes*.

En el mismo sentido, la reforma constitucional de 1949 modificó el art. 118 omitiendo toda mención al *Derecho de gentes*.

³⁰ Una tangencial cita del art. 118 de la Const. Nac. como artículo que reconoce el Derecho internacional público, la encontramos en Rouzet (1943, p. 339).

³¹ Tena Ramírez (1985, p. 36) sostiene concordantemente que la "internacionalización de los derechos del hombre, trasunta sin duda una filtración del Derecho de gentes en el Derecho interno". Este punto de vista es importante porque nuestro país no debió aguardar a esta internacionalización de los derechos humanos para que se produzca esta "filtración" del *Derecho de gentes*, ya que tenía una base normativa suficiente en el art. 102.

artículo 118 el *Derecho de gentes* y debido a la remisión al mismo en materia de crímenes contra él, todos los principios que hemos estudiado precedentemente como vigentes en el Derecho penal internacional deben ser aplicados al juzgar crímenes internacionales.

En la legislación nacional la mención más importante al *Derecho de gentes* se halla en el artículo 21 de la ley 48: "los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con las naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes que han regido anteriormente a la Nación y los principios del *Derecho de gentes* según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido" (el subrayado es nuestro). Esta norma impone, entonces, la obligación a todos los jueces nacionales de resolver las cuestiones que se le presenten a su conocimiento con arreglo a los principios del *Derecho de gentes*²².

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encontramos constantes invocaciones al *Derecho de gentes* donde se hace aplicación directa de la costumbre internacional (entre otros *Fallos*, 244:255; 284:28; 19:108, sobre cuestiones referentes a inmunidades y privilegios de agentes diplomáticos y consulares; *Fallos*, 176-218, sobre la condición jurídica igualitaria entre los habitantes del país; *Fallos*, 211:162, sobre amplitud de poderes de guerra del Presidente, etc.)²³. En el último fallo citado, el conocido caso "Merck Química", el presidente de la Corte, Dr. Casares, en su voto en disidencia sostuvo: "no es otro el asientto del informado *Derecho de gentes* a que se alude en los artículos 118 de la Constitución Nacional y 1ª y 21 de la ley 48, *derecho éste de mayor latitud y comprensión que cuanto sea materia positiva de los tratados*" (ps. 218 y 219; el subrayado es nuestro). Este fallo y el

²² Aunque la jerarquía de las normas que establece no es la que surge de la Constitución, ya que no se adecua al art. 31 (Mennayo - Vintuesa - Gutiérrez Posse, 1987).

Rafá Moreno (1978) sostiene que la utilización de la denominación *Derecho de gentes* es viciosa e inadecuada y que debería reemplazarse por *Derecho Internacional*.

²³ La primera vez que fue utilizado el término *Derecho de gentes* por nuestra Corte Suprema fue en el caso "Acolino Gómez c/ Mariano Boudris" (*Fallos*, 7282).

del caso "Schwammberger" (especialmente el voto del Dr. Schiffrin) son unas de las pocas —sino las únicas— referencias jurisprudenciales al *Derecho de gentes* en los supuestos contemplados en el artículo 118 de la Constitución Nacional. Toda la jurisprudencia sobre dicho artículo de la Corte Suprema se refiere a la competencia territorial de los juzgados en materia de Derecho penal (Zarini, 1975).

Hemos pasado revista a la doctrina y jurisprudencia del artículo 118. La posición solitaria de Bidart Campos en el ámbito doctrinario halla su correspondencia en una prácticamente absoluta inaplicación de la norma constitucional por parte de la jurisprudencia.

Consideramos que el artículo 118 establece una remisión expresa al Derecho internacional en materia de delitos o crímenes contra el *Derecho de gentes*²⁴. Por ende, en estos supuestos, el Derecho penal internacional ingresa a nuestro Derecho interno con todas sus cualidades y consecuencias (restricción del principio de legalidad, imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad, etc.). Incluso, como consecuencia más importante, ingresa la costumbre internacional que establece la obligación de proteger y no violar los derechos humanos y en su caso perseguir y reprimir a los responsables de su violación (Zuppi, 1989).

Si consideramos que nuestra Constitución recepciona el *Derecho de gentes*, no podemos soslayar el hecho de que en el Derecho internacional los crímenes son imprescriptibles y

²⁴ Al *Derecho de gentes* se lo suele definir como "el mismo Derecho natural aplicado o tomado en la parte que regula la vida social del hombre en común, o los negocios o actos de las sociedades", según las palabras de Antonio Sáenz, primer rector de la Universidad de Buenos Aires, dadas en sus *Instituciones Elementales sobre Derecho Natural y de Gentes*. Creemos que ésta es la concepción del *Derecho de Gentes* que tenían nuestras constituyentes al sancionar el artículo 118, ya que sin duda el libro de Sáenz les había servido de inspiración (para un análisis del pensamiento de Sáenz, ver "Antonio Sáenz, fundador de la Universidad de Buenos Aires y de la cátedra de Derecho Natural y de Gentes" de Carlos T. de Pereira Lahitte [1981], de donde tomamos la cita precedente).

Sin embargo, aun sin aceptar la postura iusnaturalista, la remisión al *Derecho de gentes* implica una concepción del Derecho internacional "de mayor latitud y comprensión que cuanto sea materia positiva de los tratados" (según lo dicho por el presidente de la Corte Suprema, Dr. Casares, en "Merck Química"). Todo ello porque se reconoce la existencia de normas más allá de la voluntad de los Estados, y por ende al Derecho internacional no puede quedar limitado tan sólo a lo que surja de la voluntad de los Estados (es decir tratados y costumbres).

que la norma que establece dicha imprescriptibilidad puede ser aplicada retroactivamente.

VI. c) *La Argentina frente a las obligaciones internacionales*

Ahora bien, señalar la existencia de dicha norma de Derecho internacional implica que ella ingresa a nuestro orden público interno por la recepción expresa del *Derecho de gentes* que hace el artículo 118. Sin embargo, cabe preguntarse si existe una obligación internacional por parte de la Argentina de considerar a los crímenes internacionales como imprescriptibles a partir del hecho de que nuestro país ha tenido un comportamiento particular en temas relacionados. Las normas que establecieron la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad fueron normas *ex post facto*. Por lo tanto es preciso detenerse en la práctica que ha seguido nuestro país en el ámbito internacional con respecto al principio de legalidad.

La República Argentina ha demostrado continuamente un apego irrestricto a los postulados básicos de este principio. Veamos algunos ejemplos. El artículo 15, apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el que estipula la limitación al principio de legalidad que hemos enunciado en el punto III. Al ratificar dicho pacto, la Argentina formuló la siguiente reserva: "El Gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deberá estar sujeto al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional".

El objeto de una reserva es excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al Estado que formula la reserva (art. 2º, inc. d, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). Hasta donde llega nuestra información, la reserva formulada no ha sido observada por ninguno de los demás Estados partes del tratado, por lo que la misma es oponible por la República Argentina a los restantes Estados. Esta reserva pretende, claramente, dejar a salvo el principio establecido en el artículo 18 de la Constitución. La Argentina intenta no hallarse sujeta a una obligación internacional de tener que apartarse del principio del *nullum crimen...* para dar cumplimiento de esta forma a un compromiso internacional.

Otro ejemplo de conducta internacional de nuestro país, de no aplicar leyes *ex post facto*, lo encontramos en la declaración hecha al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La declaración dice: "Se deja constancia asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud de la convención sólo tendrán efecto con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento" (el subrayado es nuestro)³⁶. Sin entrar en la discusión de si tal declaración puede o no ser considerada como una reserva (ver Podestá Costa-Ruda, T. II, 1979, p. 47), es indudable que la voluntad del Estado argentino es impedir la aplicación retroactiva de la obligación internacional que asumía al ratificar el Pacto de San José de Costa Rica.

Con estos ejemplos pretendemos demostrar que la conducta argentina en este aspecto es inequívoca. Siempre que es necesario deja a salvo la vigencia del principio de legalidad que establece el artículo 18³⁷.

Detengámonos, ahora, en el análisis de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. Veamos si a pesar de la postura argentina en el ámbito internacional con respecto al principio de legalidad, nuestro país se halla obligado, igualmente, a considerar a los crímenes internacionales como imprescriptibles.

En primer lugar encontramos la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes Contra la Humanidad que fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968. Esta convención establece la imprescriptibilidad de los crímenes aludidos e invita a los Estados a que hagan lo propio en el orden interno. Nuestro país no ha ratificado dicha convención. Es decir, que contractualmente no se halla obligado a considerar que los crímenes contra la humanidad no prescriben. Sin embargo, puede existir una costumbre internacional, ya sea que haya surgido a partir de la vigencia de la convención aludida o que dicha convención haya codificado una

³⁶ Aunque, probablemente, el objetivo político de esta declaración fue evitar que se llevaran ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos los hechos ocurridos durante la última dictadura militar, y no dejar a salvo el principio de legalidad. Sin embargo, aun así queda de manifiesto la voluntad de nuestro país de no aplicar leyes *ex post facto*.

³⁷ Es difícil sostener que se haya configurado una costumbre internacional en este punto.

costumbre preexistente. En el punto referido a la prescripción en el plano internacional (punto V) hemos sostenido que no se puede hablar en este caso de una norma consuetudinaria que surja de la práctica de los estados, sino que su obligatoriedad reside en ser (la imprescriptibilidad) un hecho constitutivo del reconocimiento de los crímenes internacionales. La Argentina, no obstante, no ha tenido un comportamiento equívoco en el sentido de verse obligada, o no, a considerar a los crímenes contra la humanidad como imprescriptibles. Así, cuando nuestros tribunales juzgaron los hechos aberrantes cometidos durante la última dictadura militar, algunas sentencias consideraron que la acción penal se hallaba prescripta. Podemos señalar a modo de ejemplo el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 25 de febrero de 1988 en el caso "Hagelin", donde el alto tribunal encontró prescriptas las acciones.

La situación es, entonces, la de una norma del Derecho internacional de los derechos humanos enfrentada a un comportamiento de nuestro país que busca dejar de lado dicha obligación. Se hace, en consecuencia, imperioso un estudio de las relaciones entre ambos ordenamientos para dilucidar si la negativa argentina es trascendente a los fines de sustraerse a la normativa internacional. Es ésta la vieja cuestión de la protección internacional de los derechos humanos. ¿Qué trascendencia debe dársele a la voluntad de los Estados a la hora de conformar una norma internacional que proteja a todos los individuos? ¿Cuál es la última ratio por la que los Estados se hallan sometidos a un resguardo continuo de la dignidad humana? Contestar a estas preguntas en toda su complejidad no cabe dentro del marco de este trabajo, sin embargo se hacen necesarias algunas determinaciones.

VI. d) *La voluntad de los Estados y los derechos humanos*

El Derecho internacional de los derechos humanos formaba parte, sin duda, de los antiguos elementos del *Derecho de gentes*, por lo que debe ser considerado como un elemento esencial para la constitución de un Derecho que busque resguardar a la comunidad internacional en todos sus aspectos. Desde este punto de vista, resolver la cuestión de su fundamentación es esencial al momento de definir sus obligaciones²⁷.

²⁷ Trataremos de estudiar en todo lo que nos sea posible la fundamenta-

El primer aspecto a considerar es el alcance de la voluntad de los Estados. Cuando se trata de la protección internacional de los derechos humanos, las normas no pueden estar sujetas al momento volitivo de las partes. Sostener que un Estado se obliga a sí mismo esgrimiendo alguna lógica iusfilosófica o que su sometimiento a la protección de la dignidad humana es consecuencia de una libre elección del Estado, relativiza y limita la verdadera finalidad de la protección internacional. Diversas teorías se han postulado a favor de dogmas positivistas con fundamento en la voluntad de los Estados, pero ninguna ha logrado servir de estructura a una ilimitada e incondicionada protección de la persona humana. Todas ellas han facilitado su desconocimiento o, al menos, su eventual marginación³⁰.

ción del Derecho internacional en general como así también el presupuesto iusfilosófico que encierra cualquier análisis sobre las normas, debido a que estos tópicos exceden con creces los alcances de este trabajo. Preferimos partir de un momento más acabado de la discusión e intentar reproducir aquí posturas tan trascendentes cuya reproducción parcial sería siempre perjudicial para las mismas.

³⁰ Schiffrin, en un trabajo inédito sobre la protección de los derechos humanos en Latinoamérica, reflexiona: "La idea de la auto-obligación de los Estados como base del Derecho internacional, de la que parten Berbohm y Jellinek, conduce por lógica, como Fricker lo sostuvo, a la negación de aquél, a considerarlo sólo como Derecho público de lo externo. Pero Jellinek no saca esta consecuencia, sino que, por el contrario, defiende la existencia objetiva del orden jurídico internacional, recurriendo en ciertos momentos, de forma contradictoria, a argumentos jusnaturalistas.

"Existe otra idea, la de Binding y Triepel, que procura, sin salir del dogma de la voluntad estatal, otorgar al Derecho internacional un fundamento autónomo respecto del ordenamiento interno.

"Binding considera que la voluntad conjunta de los Estados es superior a la de cada Estado en particular, y que esta voluntad conjunta es la fuente del derecho internacional, que resulta así diferenciado, por su origen, del Derecho interno. Pero, análogamente a lo que objeta a la teoría de la auto-obligación de Jellinek, Kelsen observa respecto de la doctrina de Binding-Triepel que si de la voluntad conjunta de los Estados de obligarse a sí mismos unos frente a otros resulta un vínculo superior a la voluntad de cada uno, ello presupone la existencia de una norma superior a la voluntad estatal, que consagra el principio *pacta sunt servanda*.

"La doctrina de Binding y Triepel, aparte de sus contradicciones internas, se caracteriza por el dualismo, que induce a concebir el ordenamiento jurídico interno y el internacional como compartimentos estancos, dado que al ser la voluntad contractual de los Estados la fuente única del Derecho internacional, aquéllos son los exclusivos sujetos de las obligaciones y derechos emergentes de ésta, que en nada vincula ni nada otorga a los sujetos de cada ordenamiento interno.

De lo hasta aquí expuesto surge claramente que no está en la voluntad de los Estados miembros de la comunidad internacional la raíz de la protección internacional de los derechos humanos, sino que las normas dictadas con este fin por la comunidad en su conjunto son normas imperativas que no pueden ser desvirtuadas por los gobiernos sin violentar al ordenamiento internacional. Las declaraciones de los pactos firmados con este propósito pasan a formar parte, entonces, del *Derecho de gentes*, de forma tal que no está dentro de la facultad de los Estados desligarse de estos compromisos, ya que su fundamento no se encuentra en la libre elección de sus miembros. El individuo particular, como sujeto privilegiado dentro de la normativa del Derecho internacional, no puede quedar desprotegido por la sola voluntad de un Estado, ya que su opinión al respecto es absolutamente improcedente.

No debe interpretarse esta postura como obligando a cualquier Estado a hallarse compulsivamente frente a una corte o tribunal internacional, ya que no cabe ninguna duda de que para habilitar las instancias jurisdiccionales, si es necesaria la concurrencia de la voluntad del Estado. Sin embargo, esta imposibilidad de coacción de ningún modo va en desmedro de la obligatoriedad que por sí sola tiene la protección internacional de los derechos humanos²².

²²La imposibilidad de hallar sustento a los derechos humanos en el orden internacional a partir de puntos de vista como los mencionados, lleva a los especialistas a acercarse al *iusnaturalismo* (Schiffrin, inédito).

Concordantemente con esta postura, Lauterpacht (1945, pág. 28) sostiene que "los derechos del hombre no podrían a la larga ser asegurados efectivamente sino por el Derecho natural y el Derecho de gentes, entendidos como un poder supremo al Estado". Una postura más moderada es sostenida por Moncayo (1985, pág. 89): "Gradualmente se profundiza la conciencia de que los derechos humanos son un patrimonio común a todos los hombres, a todos los pueblos y a todas las generaciones. Y esto importa, porque en último término, ninguna regulación internacional llegará a ser eficaz si las conductas que las normas procuran no arraigan previamente como imperativos éticos en la conciencia de la mayoría de los hombres".

²³Otra de las interpretaciones susceptible de críticas es aquella que, por medio del supuesto carácter imperativo que tendrían ciertas normas, intenta evasillar otras culturas desde el marco de la occidental. Compartimos los reparos hechos a este tipo de actitudes, pero aceptar "el relativismo cultural desde la cultura occidental" (según las palabras de Jaime Malinas Gota) no implica aceptar que no haya ligazón alguna entre todos los miembros de la comunidad internacional. La ratificación genérica por parte de Estados que no pertenecen a la civilización occidental de instrumentos de Derecho internacional referidos a la protección de los derechos hu-

Es indudable que la actitud de nuestro país de intentar desconocer algunos de los principios del Derecho penal internacional es un medio inadecuado para sustraerse de su obligatoriedad debido a su carácter de normas protectoras de los derechos humanos. De ningún modo es relevante el hecho de que la Argentina haya llevado adelante ciertos estándares (como los principios del art. 18, Const. Nac.) que no podrían ser abandonados, ya que el comportamiento internacional que ha llevado en el plano de la protección internacional de los derechos humanos, ratificando pactos y declaraciones, priva a nuestro país de toda facultad de desconocer algunos de los principios básicos de este ordenamiento. Además, el reconocimiento expreso que nuestra norma fundamental hace del *Derecho de gentes* imposibilita el alejamiento de sus principios rectores. Y la protección internacional de los derechos humanos es uno de estos principios.

VI. e) Las extradiciones

Sin perjuicio de la obligación nacional de respetar los derechos humanos por su mera condición de tal, en el caso de las extradiciones pasivas⁴⁰ por crímenes internacionales juegan, además, otros elementos. Podríamos realizar el siguiente razonamiento: 1. la Argentina recepciona el *Derecho de gentes*; 2. el *Derecho de gentes* acepta normas *ex post facto* y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales; 3. la Argentina no quiere reconocer el carácter de obligatorias de estas

manas, hace que sus enunciados les sean también oponibles a estas culturas en el grado en que ellas mismas han aceptado su integración.

Por otro lado, el carácter de *Derecho de gentes* de una norma internacional puede ser alegable en algunos casos sólo frente a determinados estados vinculados por una misma cultura. Los Estados no pueden sustraerse del carácter imperativo de normas protectoras de los derechos humanos por el sólo hecho de que su obligatoriedad no pueda ser esgrimida frente a Estados que reconocen una tradición cultural diversa. No es esta la función que juega en el Derecho internacional el principio de la igualdad soberana de los Estados. Desde este punto de vista coincidimos con Schiffrin (inédito) cuando considera la posibilidad de la existencia de normas obligatorias para nuestro país que reconocen su fundamento en el hecho de ser "*ius gentium americanum*".

⁴⁰ Por extradición pasiva se entiende el caso en que a nuestros tribunales se les requiera la extradición de un imputado. Estamos, por el contrario, ante un supuesto de extradición activa cuando son nuestros tribunales los requerentes.

normas; 4. la Argentina no puede desconocer que las normas que aceptan la aplicación de leyes *ex post facto* y las que establecen la imprescriptibilidad de crímenes internacionales integran el Derecho internacional de los derechos humanos sin que sea relevante la actitud de la Argentina con respecto a ellas. Es lícito sostener, entonces, que frente a un pedido de extradición realizado de acuerdo a leyes extranjeras que establecen retroactivamente la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y que, por ende, están en consonancia con el Derecho internacional, al mismo tiempo que contradicen algunas disposiciones locales (en nuestro caso el art. 18, Const. Nac.), conceder la extradición no violentará nuestro orden público. Porque la norma extranjera, acorde con el Derecho internacional, no puede afectar el orden público interno del cual ese mismo Derecho internacional es parte (de acuerdo a la interpretación del art. 118 de la Const. Nac. que aquí propugnamos). Esta recepción constitucional del *Derecho de gentes* permite sostener que una norma internacional de los derechos humanos nunca puede ser contraria al orden público interno.

Siguiendo con el análisis de las particularidades de la extradición pasiva, hay algunos elementos a tener en cuenta en el caso de los criminales nazis (como el planteado en el caso "Schwammberger").

Por un lado debemos tener presente que Argentina adhirió, aunque tardíamente, al Acta Final de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, conocida como Acta Final de Chapultepec. En ella, entre otras cosas, se estableció, en el punto VI, denominado Crímenes de Guerra que "Se resuelve: 1° Recomendar a los gobiernos de las Repúblicas americanas que no concedan refugio a los culpables, responsables o cómplices de dichos crímenes. 2° Recomendar a los mismos Gobiernos que a petición de cualquiera de las Naciones Unidas y de conformidad con el procedimiento que se acuerde según el numeral siguiente entreguen los individuos acusados de tales crímenes a la Nación Unida requirente o a la custodia de los organismos de las Naciones Unidas que se establezcan para juzgar y castigar a tales criminales" (los subrayados son nuestros).

La Argentina, al adherir al Acta Final de Chapultepec, mediante el decreto 6945/45 sostuvo que el "Gobierno acepta y se halla preparado para dar ejecución a los principios, declaraciones y recomendaciones que son fruto de la Conferencia de México".

Más allá del valor jurídico que puedan tener las recomendaciones como las formuladas en el Acta Final, no podemos dejar de considerar que el principio de buena fe es uno de los más importantes del Derecho internacional y no parece ajustarse a él un Estado que adhiere a un acta final, que recomienda no conceder refugio o en su caso entregar a los responsables de crímenes de guerra al país u organismo requirente, y que, a su vez, manifiesta que se halla preparado para dar ejecución a dichas recomendaciones y luego pretenda alegar que no se halla sujeto a estas obligaciones.

Por otra parte, la resolución n° 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1946 confirma "los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias de dicho tribunal".

Las sentencias de dicho tribunal rechazaron el argumento de haber actuado en violación del principio *nullum crimen...* y de la prohibición *ex post facto*, pues la corte entendió que no podría existir duda alguna que los acusados estaban actuando en contradicción con el Derecho internacional (Zuppi, 1989). Si bien muchas críticas se han alzado contra la actuación del Tribunal de Núremberg y el detalle de todas ellas excedería a este trabajo, es necesario remarcar que los principios surgidos a partir de Núremberg han servido de base para el desarrollo ulterior del denominado Derecho penal internacional (Leu, 1982).

Además, en la resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Primer período de sesiones, el día 13 de febrero de 1946, se recomienda que "los miembros de las Naciones Unidas tomen inmediatamente las medidas necesarias para que los criminales de guerra que han sido responsables o han consentido los crímenes de guerra sean detenidos y enviados a los países donde se han cometido tan abominables actos para que sean juzgados y castigados de acuerdo con las leyes de esos países".

Es preciso detenerse en el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General. La mayoría de la doctrina comparte el criterio de que las resoluciones tienen el carácter meramente recomendatorio para los Estados, de manera que, intrínsecamente, no pueden ser creadoras de normas jurídicas (Verdross, 1978; Podestá Costa-Ruda, 1989). Estas declaraciones no son por sí mismas fuentes del Derecho interna-

cional por el hecho de ser adoptadas por un organismo internacional. Su importancia estriba en que el voto de un Estado supone su reconocimiento de que el contenido de la declaración ha obtenido condición de norma jurídica. Más aún si ella es aprobada por unanimidad o sin oposición, su adopción puede constituir el reconocimiento de la formación de una norma consuetudinaria o un paso más en su formación (Podestá Costa-Ruda, 1979).

De las dos resoluciones que hemos citado, fundamentalmente la primera tiene relevancia para nuestra investigación. Dicha resolución fue adoptada por la Asamblea General por unanimidad y debe ser considerada como una obligación para el Estado argentino. Por ende, nuestro país tiene que respetar los principios surgidos a partir de las sentencias del Tribunal de Nüremberg así como los de los juicios de Tokyo⁴¹.

Nuestro país, a través de sus votaciones en la Asamblea General en las resoluciones sobre Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y la relativa a la extradición y castigo de criminales de guerra, como en su adhesión al Acta Final de Chapultepec, ha demostrado una práctica constante en materia de persecución y represión de los criminales nazis⁴². Es lícito pensar que existe una costumbre internacional en la cuestión relativa a responsables de crímenes contra la humanidad, donde la Argentina acepta los principios orientadores del Derecho penal internacional.

VI. f) *La interpretación constitucional a la luz del Derecho de gentes*

Frente a casos concretos como los referidos a la posibilidad de aplicar normas internacionales (por ejemplo en el caso de extradiciones), es posible verificar una contradicción entre el artículo 18 y el 118 de la Constitución Nacional. En estos casos, como hemos señalado, no habrá violación del orden pú-

⁴¹ De especial relevancia respaldando lo ya dicho es la opinión de Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, que sostiene que la resolución número 95 de 1946 es una resolución "creadora de Derecho —law making resolution—" (citado por Zeppi, 1989).

⁴² La práctica se refiere a la obligación por compromisos normativos pero, lamentablemente, frente a hechos concretos, fue refugio de criminales nazis oponiéndose por medio de diversos recursos a perseguirlos y reprimirlos. A modo de ejemplo, el caso "Eichmann" más adelante (punto VII).

blico interno, sino tan sólo un enfrentamiento entre dos normas constitucionales o los principios de ellas derivados. Situación ésta que tantas veces ha tenido que resolver nuestra Corte Suprema.

En la primera parte de nuestro trabajo hemos analizado el distinto tratamiento que reciben en el Derecho interno y en el internacional el *nullum crimen...*, la prohibición *ex post facto*, la prescripción-imprescriptibilidad.

Si, como creemos haberlo demostrado, el *Derecho de gentes* es receptado por el Derecho interno a través del artículo 118 y por él ingresa el Derecho penal internacional a nuestro ordenamiento, debemos buscar la forma de compatibilizar la contradicción entre el artículo 18 y los principios del Derecho penal internacional.

Teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha declarado intérprete final de la Constitución, tomaremos en cuenta, en primer lugar, las pautas interpretativas que se desprenden de su jurisprudencia⁴⁰.

A partir del caso "Calvete" (*Fallos*, 1:300), la Corte ha sentado el criterio de que la interpretación de las normas constitucionales "debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas con las otras y adoptando como verdadera el que las concilie y deje a todas con valor y efecto". Es indudable que si interpretamos tan rigurosamente al artículo 18 de la Constitución Nacional, no podríamos darle aplicación a la última parte del artículo 118 y de esa forma no dejaríamos a todas las normas con "valor y efecto".

Al *Derecho de gentes*, receptado por nuestro ordenamiento interno, por la previsión normativa del artículo 118, debemos aplicarlo en todos aquellos casos en los que nos encontramos frente a crímenes internacionales, de manera de no suponer que la remisión al *Derecho de gentes* que hace la Constitución ha sido "inútilmente usada o agregada y (debe) rechazarse como superflua o sin sentido" (*Fallos*, 92:334).

Podemos intentar una nueva interpretación del artículo 18 a la luz de las previsiones del Derecho penal internacional. "La Constitución debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la

⁴⁰ Seguimos de cerca las explicaciones de Sagüés acerca de la interpretación orgánica de la Constitución (Sagüés, 1988).

luz de las disposiciones de todas las demás" (*Fallos*, 167:121). Por ende, es posible que en materia de delitos cometidos contra el *Derecho de gentes* o, más correctamente, crímenes contra la humanidad, el artículo 18 puede ser dejado de lado, en una solución extrema, o si se prefiere, relativizados sus contornos para adecuarlo a las previsiones del Derecho penal internacional.

En *Fallos*, 307:1018, la Corte ha dicho que "no debe prescindirse de las consecuencias de cada criterio de interpretación". Esta pauta interpretativa es importante, porque si consideramos que existe una obligación internacional que debe ser respetada por la Argentina, los jueces no pueden interpretar a la Constitución de una manera que, posteriormente, por las consecuencias que de ello derivasen, genere responsabilidad internacional, cuando existen otras interpretaciones posibles que se adecuen perfectamente al cumplimiento de las obligaciones internacionales⁴⁴.

Se podría argumentar que una interpretación que diese preeminencia a los principios del Derecho internacional en materia de crímenes internacionales sería contraria al artículo 27 de la Constitución Nacional. Dicho artículo establece que los tratados que se celebren con otros Estados deben estar de "conformidad con los principios de Derecho público establecidos en esta Constitución". Claro que si interpretamos la norma fundamental de manera de que cada palabra de ella tenga "su fuerza y su significado propio", sin suponer que ella

⁴⁴ Refiriéndose a las "reglas tradicionales de interpretación", Konrad Hesse (1983) sostiene que restringirse a ellas supone desconocer la estructura interna y las condiciones del proceso interpretativo, por lo que sólo en forma imperfecta estas reglas son capaces de resolver una situación según principios seguros.

En parecida forma, Sagüés (1986) afirma que las pautas de interpretación elaboradas por la Corte Suprema pueden contraponerse, por lo que la interpretación orgánica no basta. Frente a una contradicción entre las normas, lo que el intérprete debe hacer es denunciar dicha contradicción, señalarla y resolverla no conformándose a las pautas de la interpretación orgánica.

Compartimos estas ideas, y en el texto tan sólo seguimos los criterios de la Corte Suprema como un elemento más a tener en cuenta pero no como pauta decisiva de nuestra tesis. En realidad estos criterios tradicionales, en ciertos casos, encierran afirmaciones dogmáticas que reconocen, muchas veces, como sus antepasados más remotos, diversas reglas de interpretación de textos religiosos cuya trasposición al campo jurídico requiere una adaptación previa.

"ha sido inútilmente agregada o usada" y evitando rechazarla como "superflua o sin sentido" (*Fallos*, 95:334), no es difícil concluir que dentro de los principios de Derecho público es posible ubicar al reconocimiento del *Derecho de gentes* que hace el artículo 118.

Dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo encontramos la de concluir y firmar tratados y "otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras" (art. 99, inc. 11)⁴⁶. La Constitución le está dando una facultad al Presidente, pero ella unida a la categórica manifestación del artículo 27 ("El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras..."; el subrayado es nuestro), que nos permite concluir que hay un imperativo constitucional que estipula que el Gobierno federal debe abstenerse de realizar conductas que conduzcan al "aislamiento de nuestro país dentro del concierto de naciones"⁴⁶. Es cierto que la obligación principal en materia de relaciones exteriores corresponde al Presidente de la Nación, pero no es menos cierto que todo el Gobierno federal está obligado a mantener una actitud que no tienda a perjudicar las relaciones de paz. Aunque es difícil incluir al Poder Judicial dentro del concepto de Gobierno federal, él mismo es un órgano del Estado y no creemos que pueda considerarse desobligado de este mandato constitucional por dicha circunstancia⁴⁷.

⁴⁶ Compartimos la idea de Rouzat cuando sostiene que "fácilmente puede observarse al leer la Constitución cuál es la política internacional que ella impone", y que las normas de los arts. 27 y 99, inc. 11 "constituyen una obligación para los poderes consistente en desarrollar políticas de paz con los demás Estados. Es decir, constitucionalmente los gobiernos del Estado argentino jamás podrán realizar actos que signifiquen efusivas, o que puedan ellos provocar la alteración de las buenas relaciones con las demás naciones. Esas buenas relaciones de paz y armonía deben existir con todas las naciones del mundo sin hacer excepciones para unas respecto a las otras", y, por último, al expresar que "no creemos que sea política internacional constitucional la que tienda al aislamiento" (Rouzat, 1943, p. 329-333-341, respectivamente).

⁴⁶ Conforme al dictamen del Procurador General, Dr. López, en el fallo *Washington Cabrera*, que será analizado más adelante (ver nota 49).

⁴⁷ Sánchez Viñante interpretaba que el término "gobierno" contenido en la cláusula del art. 9º de la Const. Nac. en relación a la intervención federal significa Corte Suprema de Justicia de la Nación (citado por Maior, 1984).

A la luz de estos criterios, nuestro tribunales al juzgar casos de crímenes internacionales deben optar por una interpretación que le dé preeminencia al Derecho penal internacional por sobre el Derecho interno. La Constitución, por la expresa remisión al *Derecho de gentes*, nos indica que en materia de crímenes internacionales el Derecho internacional debe prevalecer sobre el ordenamiento jurídico interno.

VII. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LA NO PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

Un Estado compromete su responsabilidad internacional por un hecho internacionalmente ilícito. En tal calificación, en principio, para el orden jurídico internacional no influirá que el mismo hecho esté considerado como lícito según el Derecho interno del Estado en cuestión (Gutiérrez Posse, 1989).

Para poder establecer que en un caso concreto hay responsabilidad internacional es necesaria la concurrencia de dos elementos esenciales: 1) la existencia de un acto u omisión que viole una obligación internacional; 2) el acto ilícito debe ser imputable al Estado (conf. C.D.I., 1986).

El comportamiento atribuible al Estado puede ser llevado a cabo por cualquiera de sus órganos, ya sea el Ejecutivo, el Legislativo o el Judicial (Gutiérrez Posse, 1989; Sorensen, 1978)⁴⁴.

"Una sentencia, aunque se ajuste al Derecho interno, puede ser contraria al Derecho internacional. El tribunal se ha ceñido, como le corresponde, al Derecho interno, pero ocurre que el Estado ha violado el Derecho internacional. Considerada la cuestión en este plano, hay sin duda una falta que es imputable a la omisión del Estado y, en consecuencia, surge para él un caso de responsabilidad internacional. La sentencia se aplica y produce sus efectos en el orden local; pero el Estado respectivo debe proveer a una reparación" (Podestá Costa-Roda, 1979).

Este razonamiento parecería estar receptado en el *leading case*, "S.A. Martín & Ltda. c/Administración General de

⁴⁴ Sorensen (1978) dice que los actos del Poder Judicial de un Estado entrañan responsabilidad internacional del Estado cuando son contrarios a las obligaciones de él. Como ejemplo cita el caso del tratamiento contrario a lo dispuesto en tratados de extradición dado a un delincuente fugitivo.

Puertos s/repetición de pague" (*Fallos*, 257:99) cuando la Corte Suprema dice que "la posible cuestión de orden internacional subsistente es ajena, en principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos, y depende de circunstancias atinentes a la conducción de las relaciones exteriores de la Nación, sujeta a reclamo por las altas partes contratantes, a cuyo respecto no cabe decisión de esta Corte" (consid. 9). No compartimos esta línea jurisprudencial y doctrinaria, ya que no creemos que un juez pueda sustraerse totalmente de las consecuencias que deriven de sus sentencias (*Fallos*, 307:1018). Por el contrario, es más acertada la opinión del Procurador General, Dr. Mario Justo López, en el caso "Washington Cabrera o/Comisión Mixta Técnica de Salto Grande" (*E.D.*, t. 107, p. 613), donde expresa que "el desconocimiento de los principios que rigen las relaciones diplomáticas no tendría otro desenlace que conducir al aislamiento de nuestro país dentro del concierto de naciones". Pero el Procurador López no se limita a sentar este principio sino que sobre el final de su dictamen se detiene a analizar la eventual responsabilidad del Estado frente a la declaración de inconstitucionalidad del tratado. Si bien desecha dicha posibilidad porque de acuerdo a los propios criterios del Derecho internacional público la reclamación carecería de base jurídica suficiente, creemos que esta es la doctrina correcta⁴⁸. Como ejemplo de un comportamiento interno que tuvo como consecuencia un aislamiento respecto de la comunidad internacional, podemos citar el caso "Eichmann" —volveremos sobre esta cuestión para analizarlo más adelante desde otro punto de vista—.

⁴⁸ Nos referimos a que el Procurador, a pesar de la observación que hemos reproducido, termina dictaminando de forma tal que nuestro país podría incurrir en responsabilidad internacional ya que hace prevalecer las normas de Derecho interno. Sin embargo, como le hace notar el mismo Procurador, las circunstancias del caso hacen que difícilmente pudiera considerarse que se estuviera violando el Derecho internacional debido a que el acuerdo de sede que se cuestionaba estaba en pugna, también, con el Derecho internacional. El caso se planteó al otorgar por el acuerdo de sede entre la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande y la República Argentina, una inmunidad de jurisdicción total a dicha comisión, de forma tal que se privase de derecho a la jurisdicción al peticionante. La mayoría de la Corte Suprema se pronunció por la inconstitucionalidad del Acuerdo de Sede por ser contrario al art. 18 de la Const. Nac. y la minoría, por su parte, declaró nulo de nulidad absoluta a dicho Acuerdo por ser contrario al Derecho internacional por ser el derecho a la jurisdicción una norma *ius cogens*.

En nuestro caso, un Estado (la República Federal Alemana) solicita a otro Estado (la Argentina) la extradición de un criminal nazi (Schwammberger). Según hemos visto, existe una obligación internacional de acuerdo a la que se debe facilitar la persecución y castigo de los criminales de guerra y en su caso conceder la extradición a la nación requirente. Además, en un sentido más lato, podría sostenerse la existencia de una "obligación *erga omnes*" (conf. C.I.J. en "Barcelona Traction", C.I.J. *Recueil*, 1970, parágrafos 33/4)⁶⁰ derivada de los principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana, o del reconocimiento de los derechos humanos como parte del Derecho consuetudinario internacional (Zuppi, 1989), o de la conciencia jurídica común del mundo (Bidart Campos, 1989). Esto nos lleva a afirmar la responsabilidad internacional del Estado, no sólo por la violación de los derechos humanos, sino incluso por la omisión de reprimir a los responsables de crímenes internacionales.

Nuestro país, abandonada ya la práctica de conceder asilo a dichos criminales y negarse sistemáticamente a detenerlos y extraditarlos, detiene a Schwammberger. Pero hipotéticamente niega la extradición porque, siguiendo la tesis defensiva, las leyes sobre imprescriptibilidad sancionada por la República Federal Alemana, por ser *ex post facto* serían contrarias al artículo 18 de la Constitución Nacional.

En el caso que se llegara a la conclusión que efectivamente se encuentra violentado nuestro orden público interno, desde el punto de vista de la responsabilidad internacional de la Argentina, nuestro país se halla obligado internacionalmente, y para sustraerse del cumplimiento de dicha obligación "no puede prevalerse de su legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales" (Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso "Zonas Francas de la Alta Saboya y del país de Gex"; CPJI, 1926, serie A, n° 7, p. 19). Concomitantemente con este criterio agregó el mismo tribunal en la opinión consultiva sobre el *Trato de los Nacionales Polacos y de otras Personas de Origen o de Lengua Polacos en el Territorio de Danzig* (CPJI, 1932, serie A/B, n° 44, p. 24) que "un Estado no podrá invocar frente a otro Estado su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho internacional o los tratados en vigor".

⁶⁰ Ver también la opinión consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas para los Estados de la Presencia Continua de África del Sur en Namibia (C.I.J. *Recueil*, 1971, parágrafo 131). Ampliar en Pinto (1988).

Un juez en el supuesto de dos interpretaciones posibles, una de las cuales lo conduce a rechazar un pedido de extradición por ser contrario al orden público interno y la otra le permite concederla dando así fiel cumplimiento a la obligación internacional, debe optar por la segunda ya que, de acuerdo a lo dictaminado por la Corte Suprema, "no debe prescindirse de las consecuencias que deriven de cada criterio" (*Fallos*, 307:1018).

Kobrick (1987), en el trabajo ya citado, plantea tres razones por las que los Estados deben perseguir y reprimir a los responsables de crímenes internacionales⁵¹. Estas razones son: en primer término, todas las obligaciones internacionales por las que se establece el deber de perseguir, reprimir o extraditar a los responsables de crímenes internacionales. Así, para nuestro país, tal obligación surgiría de que él es parte de la Cuarta Convención de Ginebra sobre Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra, y de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. A estas convenciones deben sumársele las ya citadas Acta Final de Chapultepec y la resolución n° 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La segunda razón por la que los Estados deben perseguir estos crímenes es que, en el Derecho internacional, la comunidad depende de cada nación para la represión y persecución de los crímenes internacionales. Al carecerse de organismos centralizados es necesaria la cooperación individual de cada nación y poco se podría lograr si dicho respaldo no existiera. En el caso "Schwammberger", Schiffria parecería reconocer estos argumentos cuando sostiene que "la ausencia de un Poder Legislativo y más aún de una jurisdicción internacional hacen que todavía las convenciones sobre genocidio y la referida a la tortura, a las cuales ha adherido la Argentina, necesiten de la *negotiorum gestio* de los Estados para llegar a la estricta tipificación y al *efectivo procesamiento* de las infracciones que diseñan" (el subrayado es nuestro).

La última razón en la clasificación de Kobrick es la especial naturaleza de estos crímenes que provoca que todas las naciones sufran los perjuicios, al menos indirectamente, cuando se ha producido uno de ellos. Además, si la nación

⁵¹ Si bien este autor utiliza estos argumentos para sustentar la obligación de los Estados de abrir, en los casos en que es pertinente la jurisdicción universal, este análisis es plenamente aplicable al punto que tratamos.

donde se encuentra el responsable de uno de dichos crímenes se niega a perseguirlo, se puede producir una tensión en la comunidad internacional de forma tal que un Estado se pueda ver forzado a violar el Derecho internacional para perseguirlo y reprimirlo. Las relaciones con nuestro caso surgen espontáneamente cuando tomamos en cuenta que este autor se basa, para este supuesto, en el célebre caso "Eichmann". Este alto jefe de la oficina de seguridad del Reich había conseguido eludir los juicios de Núremberg, y habiendo adoptado una falsa identidad, llegó y vivió en la Argentina hasta 1960. En dicho año, el 11 de mayo, fue ubicado y secuestrado por agentes israelíes que lo sacaron subrepticamente en un avión del Estado de Israel que trajo a la delegación que participaba de los homenajes a la Revolución de Mayo. En Israel fue juzgado y condenado a muerte. Este hecho fue llevado por nuestro país al Consejo de Seguridad de las N.U. invocándose la violación de la soberanía territorial. El Consejo aprobó una tenue condena a Israel, ya que la comunidad internacional demostró simpatía con la actitud de ese país, porque consideraba que, frente a estos hechos, estaba en juego la estabilidad de la comunidad internacional y no debía permitirse que los responsables quedaran impunes²⁴.

De esta breve reseña surgen demasiados elementos como para obviar la responsabilidad internacional en la que nuestro país hubiera incurrido de no extraditar a Schwammberger. Peor aún, no se trataría en este caso de violentar una obligación internacional adquirida frente a un Estado particular, sino que lo que se estaría descuidando serían las relaciones con la comunidad internacional en su conjunto.

Entonces, en el supuesto caso de aceptarse la tesis defensionista, cualquier tribunal nacional se hallaría ante la encrucijada de infringir el orden público interno o el orden público internacional. Desde nuestro punto de vista, siempre debe prevalecer el último.

VIII. EL CASO "SCHWAMMBERGER"

"Al principio de 1943 la situación se hizo insoportable. Un militar austríaco llamado Schwammberger llegó como jefe

²⁴ Para una breve reseña de las discusiones en el Consejo de Seguridad ver Lantz (1964). No compartimos su postura crítica respecto del hecho.

de los talleres; era una bestia espantosa. Venía del pueblo de Rosvadov, donde había liquidado el *ghetto*. Desde el momento en que Schwammburger comenzó a reinar en nuestros talleres dejamos de estar seguros con respecto al mañana. Cada semana hacía salir a los prisioneros y ordenaba ejecuciones". Este relato pertenece a Max Wolfshaut Dinkes, uno de los pocos sobrevivientes de la ciudad de Przemysl, en Polonia, quien continúa recordando actos de infinita crueldad y el asesinato de familiares, amigos y de cientos más de víctimas indefensas, para preguntarse sin respuesta: "¿Cómo se podía asesinar a niños inocentes sólo porque eran judíos? ¿Qué tenían en lugar de corazón esos monstruos para cometer semejantes horrores?" (citado por Lutzky, 1990).

El pedido de extradición de Josef Franz Leo Schwammburger proviene del Juzgado Municipal de Stuttgart, efectuado el 20 de setiembre de 1972, produciéndose la detención del citado recién en noviembre de 1987 en Huerta Grande, Provincia de Córdoba. La orden de arresto de Schwammburger fue librada a raíz de que "en el marco de la planeada y realizada 'solución definitiva de la cuestión de los judíos' del régimen nacional-socialista, es decir, el exterminio físico de los judíos y por la razón de que el citado consideraba a sus víctimas como seres inferiores por orden y obsecación racistas...*", fue autor o partícipe de varios centenares de asesinatos de personas —también niños— indefensas y colaboró activamente en la campaña de traslado de millares de judíos a los campos de exterminio de Belzec y Auschwitz (citado en el voto del Dr. Schiffrin). La extradición de Schwammburger demandó un engorroso trámite judicial, hasta ser finalmente efectivizada el día 2 de mayo de 1990.

Las cuestiones debatidas en el proceso pueden ser resumidas en tres puntos: a) la supuesta prescripción de los hechos imputados a Schwammburger; b) los tribunales de la República Federal Alemana serían incompetentes para juzgar dichos delitos, y c) siendo Schwammburger ciudadano argentino y habiendo optado por ser juzgado por los tribunales nacionales no es posible acceder a la extradición.

Dejaremos de lado, por un momento, el tema central de nuestro trabajo, para explicar sucintamente las soluciones dadas a los puntos b) y c) por la Sala III de la Cámara Federal de La Plata, por el Procurador General de la Nación y por la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la competencia de los tribunales de la República Federal Alemana, la defensa alegaba que el Estado alemán, del que fue dependiente Schwammberger, y su legislación y tribunales desaparecieron al finalizar la Segunda Guerra Mundial, formando la República Federal Alemana, una entidad estatal y una legislación posteriores a la comisión de los hechos imputados a aquél; que si fuera juzgado por los tribunales de dicha república, sería perseguido en virtud de una ley posterior a esos acontecimientos y ante jueces designados con posterioridad al hecho de la causa.

En el fallo de la Cámara Federal, el Dr. Schiffrin respondió a estos argumentos, en primer lugar remitiendo a las respuestas dadas por el *Derecho de gentes* que analizó al tratar el tema de la prescripción (ver análisis del voto del Dr. Schiffrin, más adelante). Una vez desechados los argumentos de primera instancia en cuanto a la sucesión de Estados, sostiene que el Reich no ha desaparecido sino que se mantiene en "estado latente" y no cabe tratar a las dos Alemanias sino como órdenes de estabilidad parcial, como manifestaciones internacionalmente reconocidas de la asociación política del entero pueblo alemán hasta tanto éste pueda, en entera libertad, pronunciarse sobre su destino, y, en consecuencia, cualquiera de las dos es competente.

El Dr. Garro, por su parte, sostiene que, desde el punto de vista internacional, la República Federal Alemana representa a Alemania como un todo unitario sin que enerve tal concepto el hecho de la existencia paralela de la República Oriental, de modo tal que hubiera sido perfectamente factible que la República Democrática fuera la requirente de la extradición, ostentando iguales títulos que los de la República Federal.

El Procurador General sostiene que se puede apelar alternativamente a la tesis de la identidad parcial (recogida del dictamen del perito en Derecho alemán, Dr. Zuppi), o al criterio de identificación (sostenido por la Cámara Federal), o al de la sucesión de estados (que otorga una facultad discrecional y no obligatoria de reprimir los crímenes cometidos con anterioridad al cambio de soberanía —no habiéndose discutido en autos la pretensión punitiva de la República Federal Alemana—), de modo tal que es perfectamente lícito considerar que la República Federal se encuentra legitimada para solicitar la extradición.

La Corte Suprema participa también de la idea de que la República Federal es sucesora soberana del Reich alemán, que ha quedado sometido a la potestad territorial de dos Estados reconocidos como soberanos por la comunidad internacional, y que la persecución de los crímenes cometidos con anterioridad al cambio de soberanía, es un acto discrecional y no una obligación, pero una vez expresada la voluntad de ejercer dicha facultad, la comunidad internacional no puede legítimamente oponerse a ello. Agrega la Corte, que la República Federal Alemana desde su organización constitucional ha demostrado de manera expresa su vocación sucesora del Imperio alemán.

El segundo aspecto de este caso, en el que no nos detendremos, es el que se refiere al cuestionamiento por parte de la defensa relativo al carácter de nacional argentino del acusado (Schwammberger se nacionalizó con posterioridad a su arribo a nuestro país una vez finalizada la Segunda Guerra), quien por haber optado por ser juzgado por los tribunales nacionales no sería posible de ser extraditado⁵³. El fallo de la Corte Suprema reviste en este punto particular importancia debido a que se modifica en él la jurisprudencia que este mismo tribunal venía sosteniendo. La discusión giraba en torno a si el artículo 3, inciso 1º de la ley 1612, en cuanto permite la extradición del ciudadano argentino naturalizado con posterioridad al hecho que motiva el pedido de extradición, ha sido derogado o no por el artículo 669 del Código de Procedimientos en Materia Penal que otorga al reo, si fuese ciudadano argentino, la opción de ser juzgado por los tribunales nacionales. En este punto las soluciones dadas por la Cámara Federal (ver el extenso análisis que realiza el Dr. Schiffria y sus consideraciones acerca de los métodos de interpretación del Derecho), como por la Corte, son coincidentes. En ella se resuelve en favor de la vigencia del artículo 3, inciso 1º, por lo cual se hace lugar al pedido de extradición de un ciudadano argentino que ha obtenido su ciudadanía con posterioridad al hecho objeto de la extradición (en igual sentido Fallos 81:176 y dictamen del Procurador General Marquardt en Fallos, 284:459; en contra Fallos, 266:137).

⁵³ Con posterioridad a los fallos aquí analizados, la Sala III de la Cámara Federal Civil y Comercial de la Cap. Fed. confirmó la sentencia de primera instancia por la que se canceló la carta de ciudadanía de Josef Schwammberger. Ver especialmente allí el voto del Dr. Vázquez por su particular análisis de la cuestión. Este fallo podría haber evitado la discusión que estamos estudiando.

Antes de analizar el punto relativo a la supuesta prescripción de los delitos imputados a Schwammberger es necesaria una rápida recopilación de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de extradición. Analizaremos dos puntos básicos: a) el tratamiento que da la Corte a la prescripción en materia de extradición, y b) la negativa a conceder la extradición cuando se encuentra violentado el orden público.

En cuanto a la prescripción, en los supuestos regidos por el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, la Corte Suprema ha dicho, en reiteradas oportunidades, que la misma se rige por las leyes del país requirente (*Fallos*, 156:156; 259:231; 260:174). Este principio fue receptado por nuestra legislación, en el inciso 5º del artículo 655 del Código de Procedimientos en Materia Penal, que rige los casos en los que no existe tratado sobre la extradición.

En un caso de circunstancias sustancialmente análogas a las del caso "Schwammberger", el Supremo Tribunal dijo que "en lo que hace a la alegada prescripción de la acción penal, el texto claro del artículo 3º, inciso 5º de la ley 1612 y del artículo 655, inciso 5º del Código de Procedimientos en Materia Penal, ordena en esta materia atenerse a las disposiciones contenidas en las leyes de la Nación requirente, o sea de la República Federal de Alemania, y de acuerdo con éstas resulta evidente... que la prescripción de la acción correspondiente al delito perseguido no se ha verificado hasta el momento" (*Fallos*, 265:219, "Bohne, Gerhard Johannes Bernard w/extradición"; se trata de un criminal nazi acusado por hechos ilícitos cometidos durante el III Reich).

Pasemos ahora a la negativa, puesta de manifiesto por la Corte en diversas oportunidades, de conceder extradiciones cuando se halla en juego el orden público interno. La mayoría de los casos en los que se planteó la cuestión fue en supuestos de condenados en rebeldía y donde el ordenamiento jurídico del país requirente sólo prevé una revisión limitada de la sentencia, afectándose de este modo el derecho a la defensa en juicio asegurado por el artículo 18 de la Constitución.

El alto tribunal sostuvo que "el juicio de extradición sólo tiene por objeto diferir el pedido de una nación amiga en los intereses de la justicia, requiriendo solamente aquellos antecedentes y aquellas pruebas necesarias para evitar se dañen derechos y garantías que nuestra Constitución y nuestras leyes amparan a todos los que pisan el suelo argentino (*Fallos*, 30:409, especialmente p. 412).

En *Fallos*, 217:340 la Corte dijo que "no es posible, sin violencia de aquella (art. 29 de la Constitución del 49, actual art. 18), acceder al requerimiento... pues en ello se hallan comprometidos principios que interesan al orden público de la Nación".

Frente a la tradicional jurisprudencia de la Corte, en el caso "Schwammberger" se debía decidir si las leyes sobre la prescripción que rigen en la Nación requirente y que son leyes *ex post facto*, afectan o no el orden público interno y, si lo hicieran, si sería posible o no acceder a la extradición solicitada.

Esta cuestión fue resuelta de diferentes formas por el vocal preopinante de la Cámara Federal de La Plata, Dr. Schiffrin, por el Procurador General, Dr. Roger, y por la Corte Suprema (voto unánime de los Dres. Petracchi, Fayt y Bacqué).

VIII. a) *El voto del Dr. Schiffrin*

Este voto ha sido el que más hemos tomado en cuenta al momento del análisis teórico, por lo que, *brevitatis causas*, sólo nos detendremos en aquellos aspectos que aún no han sido tratados.

El camino que este magistrado utiliza para otorgar la extradición en el aspecto referente a la prescripción es diferente al seguido por el resto de los jueces. Luego de un exhaustivo estudio de la evolución legislativa de la República Federal Alemana con respecto a la prescripción de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, hasta llegar a la definitiva imprescriptibilidad, se detiene en el hecho de ser estas normas *ex post facto*. Se opondrían tales normas, entonces, al artículo 18 de nuestra Constitución, no bastando la simple remisión al texto del artículo 655 del Código de Procedimientos en Materia Penal, de acuerdo con lo normado por el artículo 14 del Código Civil en cuanto pone al orden público como límite al reconocimiento de la ley extranjera.

Del análisis del artículo 18 de la Constitución y de jurisprudencia de la Corte, concluye que no es posible reconocer y aplicar leyes de terceros países que, con eficacia *ex post facto*, prolonguen los plazos de prescripción.

Sin embargo, es necesario considerar que nuestro orden jurídico no se agota en la letra expresa de la Constitución y "las leyes que en su consecuencia se dicten", sino que hay que considerar a aquellas normas o principios que se encuentran en la conciencia de los pueblos más allá de su orden positivo.

Estos principios de justicia son, a su vez, principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, lo que les da el carácter de normas o fuentes del Derecho internacional.

Como elementos constitutivos del derecho internacional, estos principios no pueden ser extraños al orden jurídico de nuestro país por la recepción que el artículo 118 de la Constitución Nacional hace del *Derecho de gentes*.

De un extenso análisis de los individuos como sujetos inmediatos del *Derecho de gentes*, de la gestación de los principios del Derecho penal internacional, del papel que cumple el *nullum crimen nulla poena sine lege* dentro de éste y del movimiento por la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, se puede concluir que: el Derecho internacional tiene entre sus finalidades esenciales la protección del individuo contra los abusos totalitarios, que las leyes *ex post facto* no están prohibidas en el Derecho penal internacional (debido a sus especiales características) y que los crímenes internacionales son imprescriptibles.

Para Schiffrin, la vigencia limitada del *nullum crimen...* en el *Derecho de gentes* le sería oponible a nuestro país, a pesar de su explícita reserva convencional, por el carácter *ius cogens* que reviste esta norma y por la ya tratada recepción del derecho penal internacional que resulta del artículo 118 de la Constitución Nacional⁸⁴. Por su parte, la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es un principio del *Derecho de gentes* al que se halla subordinado nuestro orden jurídico (remitimos a lo dicho en VI.a.).

⁸⁴ Desde una perspectiva positivista, o tomando los conceptos del derecho internacional desde un fundamento voluntarista se critica este tipo de caracterizaciones como normas *ius cogens*. Si bien hay acuerdo respecto a qué es lo que debe considerarse como norma *ius cogens*, no lo hay respecto a cuáles normas lo son.

Se sostiene que para ser considerada *ius cogens* la norma debe ser parte del Derecho internacional general, pero se niega que toda norma del Derecho internacional general lo sea. Por el contrario, quienes la niegan el carácter de norma imperativa argumentan que sería más acertado dar una interpretación restrictiva del *ius cogens* para que al evolucionar, el posterior desarrollo del Derecho internacional permita extender dicho reconocimiento a otras normas. Sin embargo, estas posturas no son aptas para el Derecho internacional de los derechos humanos ya que permiten a un Estado sustraerse de las obligaciones que al mismo Derecho internacional crea, por su sola voluntad. Creemos que, al menos, la norma que impone el respeto a los derechos humanos es una norma *ius cogens*. Y todo Estado que viole los derechos humanos incurre en responsabilidad internacional.

De cualquier modo, lo que es fundamental para que este magistrado *asevere* que la legislación alemana sobre prescripción de los delitos cometidos por Schwammberger no es contraria a nuestro orden público es la adecuación que nuestras normas deben al *Derecho de gentes*.

Sin perjuicio de esta solución, se puede considerar que los crímenes imputados a Schwammberger no se hallan prescriptos por las sucesivas interrupciones que ésta ha sufrido debido a las distintas actuaciones judiciales de los tribunales alemanes. Hay, sin embargo, un obstáculo para fallar, sin más, que la acción no ha prescrito. El Código Penal alemán dispone actualmente que, en ningún caso, sucesivas interrupciones pueden extender el plazo de prescripción más allá del doble del plazo previsto para la pena máxima (en nuestro caso no podría ser más de cuarenta años). Schiffrin cree, entonces, que no es aplicable el principio de la ley penal más benigna debido a las especiales características de los delitos cometidos. Considera que el principio aludido no tiene actualmente sólo jerarquía legal como consecuencia de la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Es importante destacar que el camarista considera que los pactos internacionales prevalecen por sobre las leyes ordinarias. Sin embargo, no obstaría la opinión contraria, a que estos tratados forman parte del orden público, lo que elevaría al principio de la ley penal más benigna a un rango superior al que le da el artículo 2º del Código Penal. Para Schiffrin, de cualquier modo, "el principio de aplicación de la ley penal más benigna no alcanza en nuestro Derecho a la prescripción" (consid. 58; ver nuestra opinión al respecto en pto. 4). Esta interpretación es coherente con la letra del Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 9º se refiere sólo a una pena más leve. No coincidimos con este punto de vista ya que en la interpretación de los pactos sobre protección de los derechos humanos debe preferirse siempre la que más favorezca a esta protección. Desde este punto de vista, el artículo debe entenderse como refiriéndose al principio en forma genérica en todo su alcance y no limitándolo sólo a la pena.

En conclusión, Schiffrin resuelve la cuestión considerando que las normas alemanas *ex post facto* no vulneran nuestro orden público por la recepción que éste hace del Derecho internacional, ya que "el Derecho extranjero que adecuando sus prescripciones al Derecho de gentes establezca para aquellos

supuestos (crímenes contra la humanidad), la imprescriptibilidad, resulta plenamente conforme a la Constitución Nacional citándose a sus principios rectores". Además, "no es exigencia del orden público argentino la aplicación retroactiva de leyes penales más benignas sobre prescripción" (consid. 60).

VIII. b) El dictamen del Procurador General

El Dr. Roger⁸⁶ considera que el artículo 14 del Código Civil no es aplicable en este caso. Como vimos, el límite a la aplicación de normas extranjeras es el orden público interno. Sin embargo, considera el Procurador General que en casos de extradición, la normativa del Código Civil no es aplicable debido a que estos procesos se hallan regidos por una "legislación especial y, por otro lado, federal cuya supremacía sobre la ley común es incuestionable y debe prevalecer aun en supuestos de conflicto". Considera que en nada puede verse afectado nuestro orden público por tener que aplicar nuestros jueces normas extranjeras que regulan de distinta manera el instituto de la prescripción. De más está decir que no coincidimos con este punto de vista. Aun cuando fuera inaplicable el Código Civil, el límite del orden público quedaría subsistente por provenir de la misma Constitución Nacional. No se trata de que la República Federal Alemana legisle en forma idéntica a nuestro país el instituto de la prescripción, sino que ni aun para el mero trámite de otorgar una extradición, nuestros tribunales podrían, en principio (interpretando en forma rígida el artículo 18 de la Constitución Nacional sin considerar el Derecho penal internacional), aplicar una norma *ex post facto*.

Otro punto esencial de este dictamen es que de las particularidades del régimen de extradición surge que "no es de aplicación aquí la doctrina legal que manda estar a lo más favorable al procesado, regla que debe necesariamente observarse para regir el criterio de los magistrados que han de juzgar sobre el fondo de las causas criminales". Tenemos dudas para suscribir la postura del Dr. Roger. Ya hemos dicho que procesalmente no se pueden aplicar las normas más gravosas para el reo y no creemos que la extradición deba ser una excepción a la regla.

⁸⁶ El dictamen del Procurador General de la Nación es del 21-IX-1989 (R.D., 13-VI-90 y L.L., 14-VII-90).

El dictamen finaliza sosteniendo que, aplicando las normas vigentes al momento de cometerse los hechos, la prescripción no se habría cumplido como consecuencia de las sucesivas interrupciones.

VIII. c) *El fallo de la Corte Suprema*

El fallo de la Corte Suprema es el más renuente a analizar la cuestión de las normas *ex post facto* sobre prescripción, resolviendo el pedido de extradición tomando en cuenta sólo la normativa que regía los delitos por los que Schwammburger es acusado al momento en que fueron cometidos.

Sostiene el Supremo Tribunal "que aun en el caso que se tomara en cuenta exclusivamente el texto del párrafo 68 del Código Penal del Reich, vigente al momento de los hechos, cabía computar como actos interruptivos del curso de la prescripción las órdenes de arresto del Amtsgericht de la ciudad de Stuttgart, del 6 de noviembre de 1963 y del 20 de setiembre de 1972, sin computar los actos de otros tribunales dictados con anterioridad, que se refieren a un número menor de hechos; y que el plazo de prescripción originario de veinte años recién se había operado en 1992. El recurrente no se hace cargo de refutar esa afirmación *del a quo*, de conformidad con las circunstancias comprobadas en la causa y el Derecho extranjero que le es aplicable. Por el contrario, con su silencio ha admitido tácitamente la corrección de la decisión de la Cámara".

De esta forma, el tribunal elude el punto que estamos estudiando, considerando que "resulta abstracto el tratamiento de la cuestión relativa a la aplicabilidad de las leyes posteriores que modificaron el régimen de prescripción y, en su caso, también lo es determinar si ello sería repugnante a la garantía del *nulla poena sine lege praevia* consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional". La Corte Suprema ignora la norma actual alemana que proscribió que sucesivas interrupciones extiendan el plazo de prescripción más allá del previsto para la pena máxima que, como ya hemos dicho, es en nuestro caso de cuarenta años.

De cualquier manera, el silencio de la Corte hace suponer que no considera ajena a nuestro ordenamiento jurídico la solución del Dr. Schiffrin fundada en la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y que aquí intentamos respaldar.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Este trabajo tuvo como punto de partida la lectura del caso "Schwammberger". Todo aquel que haya leído los fallos en cuestión pensará que estamos haciendo referencia al voto del vocal preopinante de la Cámara Federal de La Plata, Dr. Schiffrin, porque él ha sido el único que ha mantenido el instituto de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como norma a aplicar por nuestros tribunales. Sin embargo esto es cierto sólo parcialmente. Las otras sentencias que recayeron en la misma causa (usamos el término "sentencia" no en un sentido técnico, para referirnos en general al voto del otro camarista, Dr. Garro, al dictamen del Procurador General y al fallo de la Corte Suprema) encuentran diversos caminos para no profundizar en el análisis de la imprescriptibilidad de estos crímenes como norma de Derecho internacional aplicable en nuestro Derecho interno. Esta postura ambigua nos ha llevado al estudio tanto como el trabajoso fallo del Dr. Schiffrin. Si bien éste opina que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales tiene una arista política que dificulta la labor de los tribunales, nosotros creemos, por otro lado, que había una solución jurídica que los jueces no debían desconocer. El valor justicia no se refuerza con sentencias que buscan resquicios jurídicos formales para no analizar el fondo de un caso que abra las puertas para una terminante declaración del Poder Judicial en contra de los totalitarismos. Fue una nueva oportunidad desperdiciada. No creemos que nuestro país se halle en tal grado de desarrollo respecto a la protección de los derechos humanos, que este tipo de cuestiones jurídicas le sean secundarias.

Dijimos que nuestro trabajo surgió a partir de la lectura del fallo Schwammberger, y esto nos limitó en dos sentidos. En primer lugar, parte de nuestro análisis surge de las argumentaciones hechas por el Dr. Schiffrin y, secundariamente, muchas de las consideraciones que hacemos están referidas al supuesto de los crímenes internacionales. Esto significa que algunas de las conclusiones a las que arribamos, en especial la preeminencia en estos casos del Derecho internacional por sobre el Derecho interno, no pueden ser extendidas sin más a situaciones sustancialmente distintas.

A la hora de iniciar la evaluación, la primera referencia es para el voto del Dr. Schiffrin. Este fallo reconforta por su

adecuado tratamiento del Derecho internacional. Si bien no compartimos todas las soluciones que aporta, es importante destacar el hecho que una sentencia se base —ante la insuficiencia del Derecho interno— en el *Derecho de gentes*. Incluso las aplicaciones a las que arriba serían contrarias a las dadas por el Derecho interno si, como sucede muchas veces en nuestros tribunales, se desconociera o menospreciara al Derecho internacional.

Sostener que nuestra Constitución recepciona al *Derecho de gentes*, como de hecho lo hace, implica que al menos en materia de Derecho penal internacional o en la protección de los derechos humanos, debido al lugar preeminente que ocupan en el Derecho internacional, nuestro país se halla sometido a él. Por ende, toda respuesta dada en esta materia, que esté en consonancia con el ordenamiento jurídico internacional, no podrá ser considerada como contraria al orden público interno. Nuestro ordenamiento jurídico, al menos en esta materia, se halla sujeto al Derecho internacional y debe adecuar su conducta tanto interna como externa a él.

Beccaria⁸⁶ ha dicho que "en los delitos atrocísimos (es decir, los menos probables) las más ligeras conjeturas bastan, y es lícito al juez transgredir el Derecho...". No somos testigos ya de aquellas épocas en las que con la simple imputación de ser bruja o estar poseído por el diablo se justificaba una condena, desaparecían los derechos y garantías del acusado y se dejaba de lado el tribunal porque estaba con el inquisidor que no reconocía límites en su tarea de buscar la santa verdad. Sin embargo, en temas donde se juzgan crímenes internacionales nos hallamos frente a algunas similitudes lamentables, por eso, es lícito decir —junto a Vanossi— que en estos casos "hay mucha improvisación y esdórganes que apelan a la emocionalidad, en temas en los que el análisis requiere objetividad de juicio, conocimiento y reflexión. Las lágrimas no bastan para superar las desgracias" (Vanossi, 1982). Asumir la responsabilidad de vivir en un Estado de Derecho significa ser riguroso en la protección de los derechos humanos sobre todo —y no "aun"— con aquellos que son acusados de ser responsables de crímenes contra la humanidad. La ciencia jurídica no puede perder su cientificidad ante la impresión causada por una acusación grave.

⁸⁶ Transcritos por el Dr. Vázquez en el fallo de la Cámara Federal Civil y Comercial.

A lo largo de nuestra investigación fueron muchos los prejuicios que tuvimos que apartar. Fue necesario, por ejemplo, alejarnos de una concepción tradicional del Derecho internacional, donde la voluntad del Estado juega un papel fundamental. Comprobamos que en el ámbito de lo que se ha denominado "Derecho internacional de los derechos humanos", mantener en el centro del juego a la voluntad estatal no es útil para los objetivos que se persiguen. Por el contrario, permite que los Estados se sustraigan de los compromisos internacionales relativos a los derechos humanos. No puede, entonces, ser esta concepción la que más favorezca a una decidida lucha por la dignidad del hombre.

El reconocimiento de la primacía del *Derecho de gentes* por sobre el Derecho interno en materia de crímenes contra la humanidad no soluciona, sin embargo, el problema principal, que sigue siendo la garantía de los derechos humanos. Aquí el Derecho internacional tiene muchas enseñanzas que darnos y su función es esencial para su desarrollo, pero este respaldo no puede ser entendido sino como un elemento más al momento de lograr que los derechos del hombre sean efectivos y eficazmente tutelados y respetados en el ámbito local.

Tenemos la esperanza de que actitudes como la de Schiffrin sirvan para afianzar una tenue tendencia jurisprudencial, que pese a reiterados pasos en falso, propugne una real protección del ser humano por su sola condición de tal. Nuestra historia no tiene demasiados antecedentes que nos permitan ocupar un sitio digno dentro del concierto de las naciones civilizadas; comportamientos tan oscuros como los que han servido para que la Argentina pasase a ser considerada, hasta no hace mucho tiempo, como "el cabo de la última esperanza" para los criminales nazis⁸⁷, nos obligan al duro trabajo de revertir la situación. Creemos que la reflexión jurídica crítica es uno de los caminos más adecuados para impulsar el reconocimiento definitivo de los derechos humanos.

⁸⁷ Según lo ha denominado el cazador de nazis Simón Wiesenthal (citado por Lotzky, 1990).

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, Germán (1988 -1), *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires.
- (1988 -2), "La Convención contra la Tortura y la Ley de Obediencia Debida", *E.D.*, t. 129, p. 492.
- (1989), "La extradición de un criminal nazi por delitos contra la humanidad", *E.D.*, 27-XI-89.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (1986 -1), *Proyecto sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1986 -2), *Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, 4º informe del relator especial.
- CRAWFORD, Kathryn Lee (1990), "Due obedience and the right of victims", *Human Rights Quarterly* 12 (1990) 17-52.
- GOÑILLO, Agustín (1988), "La protección de los derechos humanos y de los derechos sociales", *Elementos para una Reforma de la Constitución Nacional*, ponencias presentadas al Congreso Internacional sobre reforma de la Constitución. Presidencia de la Nación. Consejo para la Consolidación de la Democracia.
- GRAVEN (1945), "Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription?", *Revue Pénale Suisse*, t. 81, par. 2.
- GUTIÉRREZ POSSO, Hortensia (1989), *Adecuación de la Norma Interna a la Norma Internacional. Aspectos de la Situación de la Mujer y del Derecho de Rectificación o Respuesta*. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- HART, H. L. A. (1980), "El positivismo y la independencia entre el Derecho y la moral", *Filosofía del Derecho*, comp. Ronald Dworkin, Fondo de Cultura Económica, México.
- HERRENDORF, Daniel (1990), "No matarás (los crímenes imprescriptibles, indeltables e inamnistiables)", *E.D.*, 13-VI-90.
- HESS, Conrad (1983), *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- JESCHECK, Hans-Heinrich (1978), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Barcelona.
- JIMÉNEZ DE ASúa, Luis (1958), *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed.
- KELSEN, Hans (1965), *Principios de Derecho Internacional Público*, El Ateneo, Buenos Aires.
- KOBICK, Eric (1987): "The ex post facto prohibition and the exercise of universal jurisdiction over international crimes", *Columbia Law Review* 87 (1987) 7, 1515-1538.
- LANGS, Juan Archibaldo (1984), *De Chapultepec al Beagle*, Hyspamérica, Buenos Aires.
- LAUTENFACHT, H. (1945), *An International Bill of the Rights of Man*, Columbia University Press.

- LEU, Hans Joachim (1982), *Introducción al Derecho Internacional Penal*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas.
- LUTENY, Horacio (1990), "Extradición de Schwammberger: Los crímenes contra la humanidad no prescriben jamás", *Periódico Nuevo Sur*, 27-V-90, ps. 8 y sigs.
- MAIER, Julio (1983), "Amnistía, vigencia del Derecho y ley penal más benigna", *Doctrina Penal*, t. 1983.
- MAIRAL, Héctor (1984), *Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires.
- MONCAYO, Guillermo (1988), "Aspectos actuales de la protección internacional de los derechos humanos", *Revista Jurídica de Buenos Aires*.
- MONCAYO, Guillermo - VIVUSA, Raúl - GUYÉRRIZ POISS, Hortensia (1987), *Derecho Internacional Público*, Zavalla Editor, Buenos Aires.
- NACIONES UNIDAS (1949): *Le statut et le jugement du tribunal de Nuremberg - Historique et analyses*.
- PERRERA LAMITTE, Carlos T. de (1981), "Antonio Sáenz, fundador de la Universidad de Buenos Aires y de la cátedra de Derecho Natural y de Gentes", *Anuario de Derecho Internacional Público*, vol. 1.
- POTTO, Mónica (1989), "No intervención y derechos humanos", *Revista Jurídica de Buenos Aires*.
- PODERRÁ COSTA, Luis - RUDA, José María (1979), *Derecho Internacional Público*, Tea, Buenos Aires.
- ROUBREAU, Ch. (1968), *Derecho Internacional Público Profundizado, La Ley*, Buenos Aires.
- ROUYAT, Adolfo (1943), "La Constitución Nacional impone política internacional de paz", *Estudios sobre la Constitución Nacional Argentina*, Instituto de Investigaciones Jurídico-políticas de la Universidad Nacional del Litoral en homenaje al 90º aniversario de la sanción de la Constitución, Santa Fe.
- ROXIN, Claus (1981), *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla.
- RUIZ MORENO, Isidoro (1978), *El Derecho Internacional Público en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, EUDEBA, Buenos Aires.
- SAGÜES, Néstor (1988), *Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
- SANCINETTI, Marcelo A. (1988), *Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires.
- SCHIFFRIN, Leopoldo H. (inédito), *Consideraciones sobre la Protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Interamericana*.
- SCHURMAN PACHICO, Rodolfo (1988), "Proyecto de delitos de lesa humanidad (propuesto por el Colegio Público de Abogados del Uruguay 1987/8)", *Doctrina Penal*, t. 1988.
- SOUDREIN, Max (1978), *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México.
- STRATHEMERTH, Günther (1982), *Derecho Penal. Parte General*, Edar, Madrid.

TEJERA RAMÍREZ, Felipe (1985), *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa S.A., México.

VANOSKI, Jorge (1970), "Sugerencias para una eventual reforma constitucional", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XI, n° 23, enero/junio 1970.

—(1982), *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba, Buenos Aires.

VERDROSS, Alfred (1978), *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Buenos Aires.

VINUESA, Raúl (1989): "La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos por parte de las cortes federales de los Estados Unidos de América", *Temas de Derecho Internacional*, en homenaje a Frida Pfirter de Armas Barea, Editor Raúl Vinuesa, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Ezequiel R. (1987), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires.

ZARNO, Helio (1975), *La Constitución Argentina en la Doctrina Judicial*, Astrea, Buenos Aires.

ZUPPI, Alberto L. (1989), "La prohibición *ex post facto* y los crímenes contra la humanidad", *E.D.*, t. 131, p. 765.

**EL SISTEMA DE PROTECCION INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS: LOS INFORMES
DE LA COMISION INTERAMERICANA.
LOS PEDIDOS DE OPINION CONSULTIVA
Y LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES**

SERGIO CHODOS*

*We play the game with the bravery
of being out of range.
Roger Waters, 1993*

I. INTRODUCCIÓN

Mediante la ley 23.054 el Congreso argentino aprobó el Pacto de San José de Costa Rica, depositándose el correspondiente instrumento de ratificación el 5 de setiembre de 1984. En el mismo acto, la Argentina aceptó las competencias de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos órganos son los encargados de controlar la vigencia de la Convención en el continente.

La Comisión es el órgano primario de la Convención, teniendo, entre otras, la competencia de recibir denuncias de particulares sobre la violación del Pacto; luego de verificar si la denuncia es procedente ver, por ejemplo, si se agotaron los

* El autor es estudiante de 5º año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires e investigador (en calidad de becario) del Instituto de Investigaciones Jurídicas Ambrósio Gioja de dicha facultad.

recursos internos, en ese caso, iniciará un proceso en el que tratará, primeramente, de llegar a un acuerdo amistoso entre las partes. De no ser posible y si entiende que el gobierno en cuestión violó algún derecho consagrado en la Convención, lo instará a su reparación. La actuación de la Comisión¹, en caso de entender que el gobierno es culpable y de no ser posible un arreglo amistoso, termina con la publicación de un informe en donde determina que el Estado de que se trate violó la Convención². La otra posibilidad es que eleve el caso a la Corte, cuyo pronunciamiento sí es obligatorio, en el caso de que el Estado en cuestión haya aceptado su competencia obligatoria (art. 68, C.A.).

II. ANÁLISIS DEL RECIENTE INFORME 28/92 (2-X-92) DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA³

Basado en los casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.309, 10.262 y 10.311, que la Comisión decide analizar conjuntamente en virtud de la conexión de materia, se trata de saber si las leyes 23.492 de diciembre de 1986 (Punto Final), 23.521 de junio de 1987 (presunción *jure et de jure* de obediencia debida) y el decreto de indulto 1002/89 (que benefició a procesados) violaron la Convención en cuanto al deber de los Estados de respetar los derechos consagrados (art. 1º), las garantías judiciales (art. 8º) y la protección judicial (art. 25).

Respecto de la admisibilidad, se cita a los pronunciamientos de la Corte Suprema convalidando las normas arriba mencionadas como cumpliendo con el requisito de agotamiento

¹ Si bien el pronunciamiento de la Comisión no es en sí obligatorio, al determinar si hubo o no violación a la Convención, está determinando el "derecho". Para algunos autores, esto se caracteriza como una función *cuasi-jurisdiccional*. Ver notas 30 a 32.

² El informe que se publica es en realidad el segundo informe (art. 51, C. A.). Previamente la Comisión debe haber redactado un informe en el cual se establece su opinión (art. 50, C.A.) sobre los hechos. Este primer informe es entregado al Estado en cuestión para que realice sus observaciones. Es el segundo informe (art. 51, C.A.) el que se publica, luego de transcurrido un plazo que permita al Estado cumplir con lo dispuesto por la Comisión.

³ El informe, juntamente con un pedido de opinión consultiva presentado por Argentina y Uruguay, fue publicado por el E.D. el 10-11-93.

to de recursos internos⁴. Ahora bien, uno de los puntos en discusión es que para la Argentina los hechos cuestionados son anteriores a la entrada en vigor para el país de la Convención, siendo que ocurrieron en el período del terrorismo de Estado en la época de la dictadura.

La Comisión, por su parte, explica que no se trata de juzgar esos hechos sino de cotejar las normas en análisis, con los derechos a una investigación judicial y acceso a la justicia consagrados en la Convención Americana.

Lo que marcan las observaciones de la Argentina al informe preliminar, al que se refiere el artículo 50 de la Convención, es precisamente ese distinto enfoque o interpretación con el análisis de la Comisión; coherentemente, en las mismas, la Argentina sostiene que ha reparado las consecuencias de sus actos mediante la sanción de leyes como las 23.466 o la 24.043 que versan sobre pensiones a familiares de desaparecidos o indemnizaciones a personas puestas a disposición del Poder Ejecutivo en aquella época.

En realidad, que la Argentina alegue la sanción de aquellas normas es inadecuado. La razón del procedimiento internacional no son las desapariciones, sino la imposibilidad de los demandantes de acceder a una investigación; en suma, de acceder a la justicia; de manera tal que lo que se enuncia

⁴ El fallo que da lugar primordialmente al procedimiento ante la Comisión es el que se refiere a la constitucionalidad de la ley de "Obediencia Debida" (ley 23.521) del 23 de junio de 1987 (E.D., julio 31 - agosto 6, 1987). En el mismo, la mayoría omite analizar distintos aspectos de su manifestada inconstitucionalidad; como la lesión a la división de poderes (en este caso al establecer la ley una presunción modificatoria de la realidad para todo un universo de casos, en realidad, está adoptando una posición jurisdiccional que le está vedada al poder legislativo) o la falta de acceder a un pronunciamiento judicial. En cuanto al Derecho internacional, salvo Petracchi, que analiza la violación de la Argentina del Derecho internacional por actuar en contra de una Convención no entrada en vigencia (Convención de Naciones Unidas contra la Tortura) de acuerdo al art. 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (óvras. 12), el resto de los jueces, incluida la disidencia de Bacqué, no traen a consideración el conflicto de la ley con la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual es parte del ordenamiento argentino. En este sentido, era absolutamente previsible el presente informe de la Comisión Interamericana. Para un excelente análisis de la inconstitucionalidad de la referida ley y de su violación al Derecho internacional consuetudinario y convencional, ver "Dus obediences and the rights of victims: Argentina's transition to democracy" por Kathryn Lee Crawford en *Human Rights Quarterly*, vol. 12, The Johns Hopkins University Press, 1990, pá. 17 y sigs.

como reparación no tiene relación lógica con el daño en cuestión. Se trata de dos lesiones distintas, siendo de análisis en el caso si hubo o no privación de justicia.

Lo que surge del informe de la Comisión es, entonces, que las consideraciones se refieren a una cuestión de compatibilidad de las citadas normas con la Convención y no a una cuestión de hecho.

La Comisión entiende que se han violado los artículos⁵: 1º, justamente por no haber sido respetados los derechos establecidos en la Convención y no haber el Estado investigado la violación de la Convención (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "caso Velásquez Rodríguez", 29-VII-88 párr. 172); 8º, al no permitirse el acceso a tribunales para que éstos establezcan el Derecho; y 25, se convirtió en imposible el recurso judicial para demandar penalmente a los autores de los hechos. Como se ve, el artículo fundamental es el 1º de la Convención, puesto que es mediante este artículo que los Estados se comprometen a respetar el conjunto de derechos establecidos en la Convención.

Como consecuencia de lo expuesto, la Comisión entiende en la parte resolutive del informe que mediante las leyes 23.492, 23.521 y el decreto 1002/89 la Argentina violó la Convención, recomendando al gobierno que otorgue una justa compensación por las citadas violaciones a los peticionarios; a la vez que recomienda al gobierno la toma de medidas para individualizar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos durante la pasada dictadura militar.

III. ALTERNATIVAS POSIBLES DE LA ARGENTINA FRENTE A LA COMISIÓN INTERAMERICANA

Al menos en cuanto a la sanción de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, sobre todo de la primera, puesto que es sobre la cual recayó el fallo de constitucionalidad de la

⁵ El artículo 1.1 de la Convención Americana dice: Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Corte Suprema, la Argentina pudo haber adoptado otra actitud en cuanto al sistema interamericano de protección de derechos humanos. En efecto, siendo que las citadas leyes enarababan palmariamente la Convención, la única alternativa hubiera sido la de declarar la suspensión de garantías consagrada en el artículo 27 de la Convención Americana.

El artículo 27 permite suspender ciertos derechos de la Convención en situaciones de emergencia; entre ellos, los derechos consagrados en los artículos 8° y 25, es decir, de las "garantías judiciales" y de la "protección judicial". En realidad, el artículo 27 de la Convención, establece los derechos que ni siquiera bajo excepción pueden ser suspendidos; entre los que no nombra están los citados 8° y 25.

Ahora bien, luego de nombrar los derechos cuya aplicación no puede ser dejada sin efecto, el artículo 27 agrega: "...ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos". Esto último plantea el problema de si el artículo 25 está entonces elípticamente incluido dentro de los no derogables o no. Creemos que no es así, cuando la Convención habla de garantías judiciales, lo que está haciendo es referirse sólo a aquellas que sean indispensables para la protección de los derechos expresamente no derogables; es decir, se está asegurando que los derechos no suspendibles no sean suspendidos por el Estado mediante la denegación de su protección judicial. De acuerdo a este razonamiento, el acceso a la justicia como derecho protegido en sí mismo es suspendible. En este sentido la misma Corte en su Opinión Consultiva 8/87, la cual versaba sobre si el hábeas corpus es "suspendible", dijo: "la suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio de la democracia representativa a que alude el artículo 3° de la Carta de la OEA". Con lo cual queda claro que si la suspensión se realiza dentro del marco legal y con el fin de mantener la democracia, es perfectamente válida. En otro pasaje de la citada Opinión Consultiva se sostiene que "...El artículo 27.2 indica que lo fundamental es que dichos procedimientos judiciales sean indispensables para garantizar esos derechos"; queda claro entonces que la protección judicial que establece el artículo 25 será suspendible o no teniendo en cuenta si tiene como fin la protección de algún derecho no derogable o si, por el contrario, es base de una pretensión independiente de esos derechos.

Pero para que la suspensión sea válida, la misma debe ser conforme a ciertos requisitos:

—necesidad de la suspensión, esto significa que la Comisión va a verificar que 1) haya una situación objetiva de emergencia, 2) que la emergencia amenace la seguridad del Estado, o sea, para que esto ocurra deben estar amenazados la población, el territorio o el orden jurídico⁶ que amenace la continuidad de la vida de la comunidad;

—temporalidad, que la suspensión esté limitada en el tiempo;

—proporcionalidad, es fundamental que la suspensión tenga como referente la situación objetiva de emergencia, debe haber una relación en la cual la suspensión tienda a solucionar la emergencia; es más, la Comisión estableció en su informe sobre la situación de derechos humanos en Nicaragua (1978), que sólo se justifica la suspensión en ausencia de otra alternativa para solucionar una grave emergencia⁷;

—compatibilidad con otras obligaciones de Derecho Internacional, para ser legítima, la declaración de suspensión debe estar conforme al conjunto del ordenamiento del Derecho internacional;

—la suspensión no debe entrañar discriminación alguna;

—y por último, las restricciones deben estar en el marco de las leyes internas que se hayan dictado para el bienestar general⁸.

Ahora bien, además de los requisitos para legitimar la suspensión de las garantías, la Convención requiere que la emergencia sea oficialmente proclamada⁹ y que el Estado en cuestión informe a los demás Estados por intermedio del secretario general de la OEA sobre los derechos suspendidos, los motivos y el plazo.

⁶ Según Mónica Pinto el bien jurídico tutelado por la suspensión de garantías es la vida de la comunidad jurídico-política organizada en el Estado. En *Los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por la República Argentina y sus principales obligaciones*, CELS, Bs. As. 1993, p. 18.

⁷ La proporcionalidad debe darse tanto en la intensidad de la suspensión como en la duración. Mónica Pinto, *op. cit.*, p. 19.

⁸ Claudio Grossman: "Algunas consideraciones sobre el régimen de situaciones de excepción bajo la Convención Americana de Derechos Humanos", *Derechos Humanos en las Américas*, OEA, Washington DC, 1984, pp. 121 y sigs.

⁹ Thomas Buergenthal, Robert Norris y Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems*, Engel Publisher, Arlington, 1986, p. 217.

La declaración de suspensión debe cumplir con los requisitos de publicidad y promulgación adecuada, además de la notificación a los Estados, vía secretario general de la OEA, requisito cuyo fin es el de verificar el cumplimiento de la Convención²⁰.

La conducta que se requiere del Estado es, entonces, que haga pública la suspensión de los derechos consagrados en la Convención, que actúe dentro del marco legal y que notifique a la Organización para garantizar el control o monitoreo de la situación de emergencia.

El no cumplimiento de los requisitos formales, a mi juicio, no legitimaría la suspensión de los derechos, incluso en el caso de ajustarse materialmente a los requisitos de la Convención. En primer lugar, porque no pueden ser requisitos que funcionen como letra muerta, es decir, no cumplirlos es no cumplir con la Convención, especialmente, porque si bien formales, estos requisitos permiten un mejor control de situaciones que por lo general dan lugar a posteriores violaciones masivas a los derechos humanos que llegan a afectar a los derechos que no son pasibles de ser "suspendidos". Y en segundo lugar, porque de acuerdo al artículo 29 de la Convención (normas de interpretación), los derechos no pueden limitarse más de lo previsto en la Convención, con lo cual una limitación de derechos que no cumpla exactamente con lo previsto en la Convención está afuera del marco permitido por la Convención Americana.

En el caso argentino, siendo evidente que la sanción de la Ley de Obediencia Debida acarrea la violación de la Convención Americana y la consecuentemente probable intervención de la Comisión Interamericana, podría haberse resuelto conjuntamente con la sanción de la ley, una declaración de suspensión de las garantías de la Convención, comunicando a la OEA que la medida que se contraponen al derecho de acceso a la justicia, el cual puede ser suspendido de acuerdo al artículo 27 de la Convención, se tomaba en un contexto en el que estaba en juego la continuidad del orden jurídico y el mantenimiento de la convivencia (recordemos los eventos de Semana Santa del '87, sobre todo el estancamiento producido por la negativa de las Fuerzas Armadas de reprimir a los sublevados); que para paliar esa situación se dic-

²⁰ Claudio Grossman, *op. cit.*, p. 128.

taba la referida ley, cuyos efectos no iban más allá de recomponer la situación general para garantizar la vigencia del sistema político democrático¹¹.

Como vemos, es claro que hubiera sido posible cumplir con los requisitos materiales arriba explicados; sin embargo, se entiende que políticamente haya sido poco plausible el admitir la propia debilidad del gobierno al realizar una declaración semejante junto con el otorgamiento de la nombrada ley.

De todos modos, aun cuando pudiera ser visto como una inconsistencia, quizás, si bien es cierto que no se declaró ni comunicó la emergencia de acuerdo a lo dispuesto por la Convención Americana, la Argentina podría haber probado de utilizar los parámetros del artículo 27 de la Convención como defensa ante el presente informe, argumentando la tesis del estado de excepción. En el informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia de diciembre de 1981¹², la Comisión Interamericana analizó la situación general usando el parámetro de derechos derogables y no derogables (art. 27.1), incluso cuando el Estado (Bolivia) no había hecho una declaración suspensiva de derechos (notificación del 27.3).

En síntesis, si bien no notificar sobre suspensión de derechos es en sí mismo una violación de la Convención además de no legitimar tal suspensión, en el presente informe, a pesar de ser inconsistente con la posición del Estado argentino, la necesidad de suspensión de derechos es un argumento que podría haber llegado a ser seriamente considerado por la Comisión Interamericana, especialmente por haber precedentes en esa dirección, como ser el ya señalado caso de Bolivia.

IV. PEDIDO DE OPINIÓN CONSULTIVA DE LA ARGENTINA Y URUGUAY A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como reacción al informe arriba analizado, los gobiernos

¹¹ Esta línea de pensamiento no está tan disociada de la realidad como podría parecer, en efecto, en el fallo sobre la constitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida arriba citado; Fayt en su voto sostiene que para analizar el presente caso el virtual colapso de nuestro sistema constitucional debe ser tenido como una circunstancia relevante. Además hay que interpretar la Constitución con un método que preserve el más alto valor de salvaguardar su supervivencia (voto de Fayt, *id.* 13).

¹² Tomado de Thomas Buergenthal, *op. cit.*, p. 222.

de Argentina y de Uruguay¹³ solicitan a la Corte su opinión consultiva, en virtud de lo dispuesto por el artículo 64 de la Convención, que proscribe la competencia consultiva de la Corte. Según el citado artículo, las solicitudes deben versar sobre la interpretación de la Convención.

En el caso se solicita, a través de una opinión consultiva, que la Corte se expida sobre la interpretación de los artículos 41 y 42 (funciones de la Comisión) en cuanto constituyen la base de la competencia de la Comisión habilitándola para determinar la violación de los artículos 23, 24 y 25 (derechos políticos, igualdad ante la ley y derechos a la protección judicial), mediante la sanción de leyes internas de acuerdo a lo prescripto por la Constitución, en cuanto a su conveniencia, razonabilidad, mérito¹⁴. El artículo 41.f enumera dentro de las funciones de la Comisión, la de actuar respecto de las denuncias que le lleguen con autoridad de acuerdo a los artículos 44 a 51. Ahora bien, respecto del contenido de las peticiones, el artículo 44 establece que deben versar sobre violaciones a la Convención. Es importante notar que no especifica qué tipos de actos del Estado deben causar la violación, por otra parte, en los artículos siguientes se establece: el procedimiento, los requisitos de la demanda para poder tramitarse, la potestad de elevar un caso a la Corte y la de publicar un informe en donde se determina que un Estado violó la Convención, pudiendo definirse, además, lo que aquél debería hacer para reparar los efectos de ese acto (arts. 45 y sigs.).

Pero lo que claramente *no se estipula* es una limitación a la competencia de la Comisión en virtud del origen o naturaleza del acto violatorio. Lo que importa es determinar si la

¹³ Uruguay sancionó una ley de "caducidad" cuyos efectos consisten en hacer caducar los juicios y toda acción legal posible que tengan origen en los hechos de violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar.

La particularidad está dada en que dicha ley fue confirmada por el resultado de un plebiscito convocado a tal efecto.

En virtud de esa ley es que recayó sobre Uruguay un informe de la Comisión similar al ya analizado respecto a la Argentina. De ahí que la solicitud de opinión consultiva sea conjunta.

¹⁴ El pedido de opinión consultiva solicita, además, la interpretación de los arts. 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Belindud ésta a la que no nos referiremos en el presente trabajo y que versan sobre aspectos procesales y no de fondo del accionar de la Comisión respecto de los plazos (arts. 50 y 51) y respecto del análisis posterior de peticiones declaradas inadmisibles (arts. 46 y 47).

Convención fue enervada o no, ese es el rol que le cabe a la Comisión¹⁶.

Debe tenerse en cuenta, además, que los Estados se comprometen a respetar los derechos establecidos y a garantizar su ejercicio (art. 1^o), de manera tal que la forma en que lo hagan, como la forma que tome la eventual violación a la Convención, no es relevante en este aspecto. Las leyes aparecen tan revisables como cualquier otro acto del Estado¹⁶.

El debate sobre revisibilidad de leyes conformes al ordenamiento interno se manifestó claramente en la XXI Asamblea General Ordinaria de la OEA (junio 1991). Allí, en oportunidad de la presentación del informe anual de la Comisión a la Asamblea, México y Uruguay atacaron la potestad revisora de leyes de la Comisión utilizando dos argumentos: uno, que la calificación de una ley como violatoria es abstracta si no se define un acto que haya violado la Convención; se desprende de esto que una ley, por sí misma, no podría violar la Convención. El otro es que la Comisión no puede ordenar cambiar una ley por no ser un organismo jurisdiccional.

Patrick Robinson, representando a la Comisión, sostuvo que en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, no se puede alegar en sede internacional el Derecho interno, por lo cual la objeción de forma respecto de la ley es improcedente. Por otra parte, la obligación de la Comisión es velar por la Convención, para lo cual dentro de sus potestades realiza recomendaciones (y no órdenes) a los países (art. 41 b). Respecto a la "abstracción", sostiene que los Estados tienen el deber de adoptar medidas internas para la plena vigencia de la Convención (art. 2^o)¹⁷.

¹⁶ La Comisión, tiene otras competencias, algunas determinadas por la propia Convención, como la de promover los derechos humanos, y otras en virtud de ser un órgano anterior a la Convención, siendo que aparece como órgano principal de la OEA (art. 111, Carta de la OEA).

¹⁸ Probablemente, lo que ocurre es que los Estados se vean influenciados por una tradicional limitación a la responsabilidad por los actos legislativos; esto es, cuando la tesis de que el Estado podía ser responsable y condenado judicialmente por los eventuales daños que su accionar pudiera producir a los ciudadanos se impone, los actos fundados en prescripciones legislativas no pueden ser revisados judicialmente, al no ser responsabilidad de los agentes sino de la "voluntad general". Esto se ve, por ejemplo, en la evolución estadounidense en materia de responsabilidad del Estado. Hoy en día, los Estados son, en general, posibles de ser responsables internamente incluso por su actividad legislativa.

¹⁷ Juan Antonio Triviño señala las atribuciones de la Comisión Interamericana, que él divide en: especiales, temporales y temáticas, estas

Es de particular interés, en cuanto a la posibilidad de revisar leyes, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por cuanto la similitud de ambos sistemas nos lleva a una posible aplicación en América de sus conclusiones. La misma dice: "El artículo 25 del Convenio Europeo faculta a los particulares a sostener que una ley viola sus derechos por sí mismos, en ausencia de un acto individual, si corren el riesgo de sufrir directamente sus efectos"¹⁸.

Gros Espiell toma esta jurisprudencia europea y la analiza en virtud del Convenio Europeo, que prescribe en el artículo 25 que el actor ante la Comisión Europea debe ser una "víctima". Llega a la conclusión entonces que la jurisprudencia arriba transcripta es amplia en cuanto a la no exigencia de un acto particular para que alguien sea "víctima". De todos modos, celebra que la Convención Americana haya suprimido el requisito de ser "víctima" (art. 44, C.A.), ya que de esta forma es más fácil el acceso para llegar a la intervención de la Comisión Interamericana¹⁹.

De este razonamiento de Gros Spiell se puede inferir que, aunque no esté expresamente dispuesto por la Convención Americana, es dable interpretar que la Comisión Interamericana puede "revisar" leyes, siendo que revisar leyes es una potestad que los órganos del sistema europeo de protección a los derechos humanos ejercitan incluso con un marco normativo más restrictivo en este aspecto que el americano.

Es llamativa entonces, la actual posición del citado autor, sobre todo teniendo en cuenta que es redactor del pedido de opinión consultiva conjunta argentino-uruguayo como canciller del Uruguay.

últimas se refieren a los derechos protegidos y a su fuente (Declaración Americana de Derechos Humanos o Convención Americana de Derechos Humanos) lo que queda claro es que el autor no hace depender las atribuciones de la Comisión, para analizar si hay o no violación de la Convención, al tipo de fuente que tenga la violación. Trátase de leyes o de otra actividad estatal. Juan Antonio Travieso, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Heliasta, Bs. As., 1990, p. 256 y sigs.

¹⁸ Caso "Paula Marchx" del 13-VI-79. En el mismo sentido caso "Klass" del 6-IX-78 (*El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos*, García de Enterría, Civitas, Madrid, 1983).

¹⁹ Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Jurídica de Chile, 1991, p. 144-147.

En la esfera internacional de derechos humanos, la implementación de mecanismos regionales de protección, el europeo y el americano incluyen o, más propiamente, no excluyen, el control de leyes. Debe dejarse en claro que el hecho que eventuales pronunciamientos de las comisiones de los respectivos sistemas no sean de adopción obligatoria para los Estados parte de las convenciones Europea y Americana, o que las decisiones de las respectivas Cortes, si bien obligatorias para los países aceptantes de su competencia, no tengan fuerza ejecutoria al punto de derogar por sí disposiciones internas de los ordenamientos estatales²⁰, no es óbice a que la norma sea revisada²¹ y que, en su caso, se genere una responsabilidad internacional del Estado que lo obligue a reparar a la víctima²². Por último, el pedido de opinión consultiva en análisis recuerda que la interpretación pedida no es abstracta; es decir se refiere a casos concretos sobre los cuales recayó informe desfavorable de la Comisión.

Entendemos que tratándose de "casos concretos", lo que corresponde según la Convención, en caso de disconformidad con el informe, es llevar el caso ante la Corte; pero no en virtud de un pedido de opinión consultiva (art. 64), sino en virtud de la potestad de llevar un caso a la Corte que tiene todo Estado, siempre que se hayan agotado los procedimientos de los artículos 48 a 50 (art. 61).

Esto así porque los Estados peticionantes (Argentina y Uruguay) son partes en los casos señalados, por lo cual si se quiere una revisión de los casos, la vía del artículo 61, es decir la contenciosa, es la única vía posible porque es la única forma en que la Corte puede entender sobre los casos concretos en cuestión.

²⁰ Sin embargo, en cuanto a lo parte del fallo de la Corte Interamericana que disponga una indemnización, la misma se pedirá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (art. 68.2, C.A.).

²¹ Scott Davidson interpreta que el art. 65.1 de la Convención Americana al establecer que la Corte puede disponer que se reparen las consecuencias de la situación que configuró la violación, está implicando que la Corte puede decidir sobre la rectificación eventual de una "ley" que haya dado lugar a la violación. Scott Davidson, *The Inter-American Court of Human Rights*, Dartmouth Publishing Company, England, 1992.

²² Es especialmente claro en cuanto al débil juego de revisabilidad de leyes y no aplicación directa de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Jacques Velu, "Les effets directs des instruments internationaux en matière des droits de l'homme", *Revue Belge de Droit International*, 1980-2, pp. 293 y sigs.

La opinión consultiva no podrá interpretar el contenido de los casos a los que se refiere el pedido ya que la función de tal competencia de la Corte es interpretar los instrumentos de derechos humanos²³ y no "casos concretos".

Otra diferencia de acceder a la Corte vía contenciosa o vía consultiva es que sólo la primera es vinculante. Vale decir que pidiendo una opinión consultiva los Estados se garantizan el no sufrimiento de una eventual condena al mismo tiempo que solicitan la revisión del accionar de la Comisión. Puede argüirse entonces, que el pedido de opinión consultiva en estas circunstancias carecería de buena fe; si es evidente que el pedido de opinión consultiva tiene como fin evitar o desvirtuar la competencia contenciosa de la Corte, entonces la Corte puede llegar a rechazar el pedido decidiendo no expresarse sobre la cuestión solicitada.

Esto último plantea otras dificultades; ya que si bien la Corte puede "interpretar" la Convención, no es un órgano que tenga competencia para "controlar" el accionar de la Comisión fuera de la revisión de los casos concretos a los que acceda por elevación de la propia Comisión o de un Estado en vista de esto último, es útil recordar que, de acuerdo al artículo 52 de la Carta de la OEA, la Corte no es un órgano principal de la OEA, mientras que la Comisión sí lo es. En todo caso, el "control" de la Comisión lo hará la Asamblea General de la OEA, que es el órgano entre sus competencias tiene la de analizar el informe anual de la Comisión.

V. OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE Ciertas ATRIBUCIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (OC - 13/93)²⁴

Lo primero que analiza la Corte es si el pedido de opi-

²³ En cuanto a este respecto, la Corte tiene dicho que: "En materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa" (OC-182 del 24-IX-82, comad. 51).

²⁴ En concordancia con lo analizado en oportunidad del pedido de opi-

nión consultiva es admisible, para ello no sólo se requiere que se cumpla con los requisitos de forma, sino que, además, se debe apreciar si las circunstancias en que se basa la petición son tales que lleven a no responder²⁵, siendo inadmisibles los pedidos que lleven a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte²⁶.

Como ejemplo de lo expuesto, la Corte cita la OC - 12/91, en la cual decidió no responder al pedido de opinión consultiva por considerar que: "...una respuesta a las preguntas podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración por la Corte sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, distorsionaría el sistema de la Convención...".

Sin embargo, *a posteriori*, la Corte no encuentra en la solicitud presupuestos para abstenerse de resolverla, por supuesto, no explica cómo llega a esa solución, simplemente encuentra que el caso no es asimilable al precedente que viene de citar. Como ya lo desarrollamos más arriba, no compartimos la apreciación de la Corte; es evidente que se dan los presupuestos necesarios que habilitan la negación del pedido; ya que lo que está implícito en el pedido es el deseo de revisión de lo actuado por la Comisión, desvirtuando la competencia contenciosa de la Corte y con ello la eficacia del sistema en cuanto protector de víctimas de violaciones a los derechos humanos. Que la Corte, en su competencia consultiva, "revise" lo actuado por la Comisión no parece estar de acuerdo con ninguna norma del sistema interamericano, se trate de la Convención, la Carta de la OEA o los estatutos y los reglamentos de la Corte y de la CIDH.

En cuanto al análisis del pedido en sí, la Corte, con buen criterio, entiende que: "...el hecho de que se trate de leyes internas y de que éstas hayan sido adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la constitución, nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos. Las atribuciones de la Comisión en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención

nión consultiva, sólo nos referiremos a la OC-13/93 en cuanto a la respuesta sobre los arts. 41 y 42 de la CA.

²⁵ En este la Corte se cita a sí misma en la OC-1/82, párr. 29.

²⁶ OC-1/82, párr. 31.

es violada²⁷; y agrega: "en el ámbito internacional lo que interesa determinar es si una ley resulta violatoria de las obligaciones internacionales asumidas por un Estado en virtud de un tratado. Esto puede y debe hacerlo la Comisión"²⁸.

En cuanto a la calificación de que la norma violatoria a la Convención haga la CIDH, la Corte entiende que: "...una ley contraria a las obligaciones de un Estado derivadas de la Convención no puede ser estimada razonable ni conveniente"²⁹.

Como vemos, más allá de la opinión en contrario que nos merezca la decisión de la Corte de admitir el pedido de opinión consultiva, queda claro que ni la naturaleza de la norma, ni el hecho de que ésta se encuentre conforme al ordenamiento interno, son óbices a que la CIDH analice si violan o no la Convención Americana, generando la consecuente responsabilidad en el caso de violarla.

VI. VALOR JURÍDICO DEL INFORME DE LA CIDH

Previo al análisis del "valor" del informe de la CIDH, corresponde introducirse en la problemática de la "clase" de órgano que es la CIDH.

La doctrina no es pacífica en cuanto a si la CIDH es un órgano de características judiciales; la Corte tiene dicho³⁰ que el único órgano judicial del sistema es la misma Corte. Por otra parte, algunos doctrinarios³¹ sostienen que la tarea de la CIDH, se asemeja a una función cuasi jurisdiccional, mientras que otros³² afirman que el hecho de poder rechazar las

²⁷ OC-13/93 párr. 27.

²⁸ *Ibidem*, párr. 30. Lo destacado en letra contraria es nuestro.

²⁹ *Ibidem*, párr. 35.

³⁰ Fallo "Valtaquez Rodríguez", del 26-VI-87 párr. 28. En el mismo sentido Gross Espinal, quien sostiene que el único órgano jurisdiccional del sistema americano es la Corte porque es el único que puede emitir fallos obligatorios, *op. cit.*, p. 160.

³¹ Entre ellos Sandifer en *The Right of Petition*, 1968, p. 83, y Buergethal. Este último autor sostiene que el accionar de la Comisión tiene tal carácter el tramitar las peticiones individuales por violación de la Convención (tomado de David P. Warner, *Comparación entre los Organos de Protección de la Convención Americana de Derechos del Hombre y la Convención Europea de Derechos Humanos desde la Perspectiva del Derecho Processal*, Washington, 1991, p. 31).

³² David P. Warner, *op. cit.*, p. 32. En el mismo sentido, Warner cita a

peticiones que recibe es un claro ejemplo de ejercicio de función jurisdiccional.

En todo caso, más allá de la "etiqueta" que se le quiera poner a la CIDH como órgano, lo evidente es que sus informes (los del art. 51 de la CA, o sea, los referidos a casos concretos individualizados) establecen, con fuerza de verdad jurídica, los hechos. En este sentido, puede asimilarse su tarea a una labor jurisdiccional ya que la CIDH determina los hechos (encuentra, en caso de violación de la CA un responsable) y posteriormente publica el informe (sanciona al responsable).

Es cierto que, a diferencia de lo que ocurre con la Corte, los Estados no están obligados internacionalmente a cumplir con lo dispuesto por el informe (recordamos que los informes de la CIDH "recomiendan" las vías de acción pertinentes para reparar la violación a la Convención de la cual el Estado en cuestión sea responsable), pero no es menos cierto que la comisión de un ilícito internacional del cual es responsable un Estado parte de la Convención y que da lugar a un deber de reparar, se acredita mediante la publicación del informe de la CIDH.

VII. NECESIDAD DE TOMAR MEDIDAS EN RAZÓN DEL INFORME 28/92 DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Argentina, al ratificar el Pacto, aceptando las competencias de la Corte y de la Comisión, está aceptando, obviamente, el ejercicio concreto de esos órganos de su actividad dentro de su competencia específica; en otros términos, está aceptando que cuando la CIDH determina que algún Estado ha violado la Convención, queda establecido que ese Estado la ha violado.

Ahora bien, tomando en cuenta el reciente fallo de la CSJN "Ekmekdjian c/Sofovich" (L.L., 7-VIII-92), el cual en su considerando 19 (voto de la mayoría), sentando doctrina sobre la jerarquía normativa de los tratados como fuente de Derecho interno dice: "...Que la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados

Alcalá Zamora, sosteniendo el carácter jurisdiccional de la Comisión al estar capacitado como órgano para alcanzar el fin del "proceso", op. cit., p. 30.

imponer a los órganos del Estado argentino asignar supremacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna...".

A la luz de este cambio jurisprudencial, el informe 28/92 de la CIDH (que recordemos, surge del ejercicio normal de funciones de la CIDH previsto en la CA, la cual es un "tratado") debería prevalecer internamente por sobre las leyes de Obediencia Debida, Punto Final y los indultos a procesados.

Como vemos, en el caso estamos frente a una obligación de acatar lo dispuesto por el informe 28/92, no tanto debido a la comprobación de un ilícito internacional (no es obligatorio, a diferencia de lo que ocurre con la Corte, cumplir con lo dispuesto por la CIDH), sino a que la jerarquía normativa interna señalada por la CSJN nos obliga a ello. Por lo tanto, es un deber del Estado argentino adoptar medidas para individualizar a los responsables de las violaciones masivas de los Derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura y otorgar a los peticionantes ante la CIDH una justa indemnización por la denegación de acceso a la justicia que produjeron las citadas normas.

Entendemos que el deber de individualizar a los responsables (en realidad esa tarea fue en parte ya hecha) puede continuarse mediante cualquiera de los órganos del Estado o por una comisión especialmente creada a tal efecto.

En cuanto a las indemnizaciones, éstas deben ser encarradas por el Poder Legislativo mediante el dictado de alguna ley (es evidente que siendo el poder legiferante y el que tiene a su cargo las asignaciones de erogaciones del erario público, es el que tiene que llevar a cabo la consabida reparación).

Es importante, por otra parte, que la norma indemnizatoria, para no violar el principio de igualdad, alcance no sólo a los peticionantes ante la CIDH, sino también a aquellos que se hayan visto privados de justicia en las mismas condiciones que los peticionantes, aunque sin haberse presentado ante la CIDH.

Sin embargo, surge el problema de plantear un límite razonable a la cantidad de beneficiarios, para ello es preciso definir el nivel de afectación que tienen que haber producido las citadas normas (Obediencia Debida, Punto Final, indultos) para que los damnificados puedan acceder a la indemnización. Creemos que la norma reparatoria debería alcanzar a todos aquellos que teniendo iniciado un proceso al tiempo de

sanción de cualquiera de las normas en cuestión, hayan visto afectado el proceso frustrando su normal desarrollo o su total cumplimiento si ya estuviese finalizado.

Otros dos aspectos claves de la ley indemnizatoria son el de determinar el monto de la reparación y el modo de hacerla efectiva, esto es, si el importe va a ser saldado de una vez o si se va a tratar de un cumplimiento de tracto sucesivo o de una renta vitalicia. En mi opinión, tomando por analogía otras normas reparatorias³³, el mejor método es el de determinar una renta mensual para quienes recaiga la reparación. En cuanto al monto, para determinarlo puede recurrirse a parámetros contenidos tanto en normas anteriores de características similares (ver nota 33), como sentencias judiciales que indemnicen lesiones de similar magnitud y que puedan servir de marco referencial.

La sanción de la norma indemnizatoria no sólo vendría a cumplir con una obligación legal interna y a reparar un ilícito internacional, como ya se ha dicho, sino que, además y quizás más importante, vendría a cumplir con el imperativo moral de corregir una injusticia cuando quiera que una injusticia se produzca.

ABREVIATURAS:

- CIDH o la Comisión: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CA o la Convención: Convención Americana de Derechos Humanos.
La Corte: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CSJN o Corte Suprema: Corte Suprema de Justicia de la Nación.
OEA: Organización de Estados Americanos.
PEN: Poder Ejecutivo Nacional.

³³ Ley 23.466 de pensiones a familiares de desaparecidos durante la pasada dictadura, o la ley 24.043 de indemnizaciones a personas que hubieran sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo durante la pasada dictadura, o el decreto 70/91 para los que iniciaron procesos judiciales por haber estado a disposición del PEN durante el "Proceso de Reorganización Nacional".

MUJER Y CRIMINOLOGÍA

MARCELA SANTOS - HAYDÉE ACERO MANGO

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre la mujer y la criminología parece marcada en sus inicios por la no relación. Los trabajos de investigación son bastante escasos, y la operatividad de los sistemas de control formales sobre la delincuencia femenina sensiblemente menor con respecto a la masculina¹. Parece ser que la relativa incidencia de la mujer en las estadísticas que dan cuenta de la población criminalizada ha hecho perdurar en el tiempo un no análisis de la condición femenina en lo que a criminología se refiere. Al respecto Zaffaroni sostiene: "Siempre que un aspecto del poder punitivo se omite en el discurso criminológico y jurídico-penal, la omisión es sospechosa (...) La experiencia nos enseña que la omisión en el discurso que lo explica, por regla, oculta una de las facetas de su perversión" (Zaffaroni, 1992;1).

II. ¿EVOLUCIÓN? HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO DE LA MUJER POR LA CRIMINOLOGÍA

La generalidad de los tratados sobre Criminología coinci-

¹ La mayoría de los manuales y tratados sobre criminología no hacen referencia a la situación de la mujer sea como víctima de delitos o criminalizada, Mee, Anelita, "El delito de las féminas", en *Delito y Sociedad. Boletín de Ciencias Sociales*, n° 2, Buenos Aires, 1992, pág. 115.

den en ubicar su origen como disciplina autónoma, en los estudios que a fines del siglo XIX realizó Lombroso. La aproximación al objeto de estudio de esta nueva ciencia fue de tipo etiológico, y la validez del análisis radicaba en la metodología empleada.

Las conclusiones a las cuales este "paradigma" arribaba eran, entre otras, que los delincuentes y las causas de los delitos se encontraban en razones biológicas y/o psíquicas que llevaban inexorablemente², a cierta clase de pseudo seres humanos a delinquir. Decimos pseudo hombres porque según cree demostrar Lombroso, los delincuentes se hallaban más cerca del mono que del hombre. El delito tenía una esencia en sí, lejos estaba de tratarse de una construcción social, el crimen y el criminal eran por naturaleza, mejor dicho un error de la naturaleza.

La influencia darwiniana en estas conjeturas es innegable. El delincuente no es un ser humano, no ha terminado de evolucionar, se encuentra en estadio inferior, de ahí que hasta quizás sea conveniente eliminarlo, en tanto, de todos modos probablemente no sobrevivirá³.

La situación para la mujer en este aspecto es doblemente complicada, aún sin ser delincuente se encuentra en un estadio de evolución inferior que permite dudar de su calidad humana, el hecho de ser delincuente la convertiría no como al hombre en un pseudo ser humano sino en una especie de animal más que extraño. Sería algo así como un pseudo ser humano al cuadrado.

El derecho vigente durante el período del Iluminismo expresaba la tradición romana canónica, donde los delitos y las penas expresaban fundamentos de moralidad familiar. La conducta transgresora femenina era vista como un ataque a la institución familia, más que contra la sociedad, de ahí que en algunos casos el fuero familiar se mezclaba con el jurisdiccional⁴. La transgresión al honor familiar es criminalizable

² Un análisis mayor de la teoría evolutiva puede ser hallada en Darwin, Charles, "On the origin of species by means of natural selection, or the preservation of favoured races in the struggle for life", versión en castellano (1992) "El origen de las especies", *Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo*, n° 4, Planeta-Agostini, Barcelona.

³ Confrontar en este punto el artículo de Rosa Mavila León y Katya Salazar Luzula, *Mujer y Criminología: Apuntes Feministas sobre las Teorías Criminológicas Clásicas*, Lima, 1992.

en el ámbito del control social privado, si la transgresora es la mujer, mientras que la del varón recibe un tratamiento con formas públicas de sanción⁴.

La "conducta femenina desviada" atacaba el rol impuesto por esa sociedad a la mujer, escapaba de los cánones de rol pasivo y expectante, destruía el honor familiar, pero sobre todo dejaba de lado la vida virtuosa señalada como camino para la mujer desde la Iglesia. ¿A qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de conducta femenina desviada? La situación que causa desvelo en el derecho-moral de la época radica en el adulterio⁵, no parece extraño que nuestra legislación positiva actual en tanto heredera directa haya penalizado el adulterio femenino de distinta manera que al masculino.

La calidad de sujeto de la mujer fue dudada hasta bien entrado el siglo XX; a partir de allí resulta lógico que no haya sido tomada como objeto de estudio en la criminología, salvo, como veremos más adelante, para cierto tipo de delitos⁶.

La inferioridad femenina ha encontrado a lo largo de la historia diversas teorías que la sustentan, basadas principalmente en supuestas deficiencias físicas (menstruación, embarazos, menopausia). Esta característica femenina de debilidad y desorden encontraría su origen en Adán y Eva. Tratados médicos del siglo XVI definen a la mujer como "húmeda y fría" mientras que el hombre es "caliente y seco", lo que daba lugar a un temperamento voluble, falaz y difícil. Lo más grave no radica en el hecho de que esta visión de la mujer haya existido, sino en el hecho de que haya perdurado a lo largo del tiempo elaborada de manera más sutil.

Según Lacan el sujeto es constituido a través de la mirada de los otros, la gran mayoría de las mujeres durante el transcurso, siguiendo esta postura teórica, no fueron miradas sino vistas.

⁴ La diferencia en el tratamiento del adulterio femenino y masculino, radicaba en la posibilidad de que el primero trajera como consecuencia un hijo ajeno al matrimonio, que podría ser ingratado como propio del matrimonio en la misma calidad de heredero que los legítimos; el segundo en cambio no significaba deshonra ni daño para la esposa.

⁵ Aun en el siglo XVIII el adulterio de la mujer se considerado como un delito de orden público, que justificaba la pena de muerte a la adúltera. En las clases populares, a la mujer culpable se la azotaba públicamente, se le maraba con hierro candente y se la expulsaba del hogar.

⁶ La prostitución es el delito que Lombroso estudia en su libro clásico denominado *El Hombre Delincuente y la Mujer Prostituta*.

Aquellas que fueron miradas, constituidas como objeto de deseo, y por lo tanto sujetos, devinieron protagonistas, secundarias, claro está, de la criminología clásica: de ahí el estudio de la mujer prostituta que realiza Lombroso.

Ya sea que tomemos como origen de la criminología a la escuela clásica o al *Martillo de las Brujas*, la percepción de la mujer como objeto de estudio tiene una característica que la emparenta sin distinción de período histórico en la historia de las ciencias; es la condición femenina la estigmatizada por el derecho penal y convertida así en objeto de preocupación criminológica; en el caso de Lombroso la mujer prostituta es la desviada, en el *Martillo de las Brujas*, éstas son perseguidas, entre otras causas, por su potencialidad para concebir un hijo del demonio, las palabras para señalar las coincidencias huelgan.

El *Martillo de las Brujas* es un manual para inquisidores, que "... ofrece un discurso completo e integrado de criminología, derecho penal y derecho procesal penal" (Zaffaroni: 1992:6). Si bien es cierto que no fue el poder punitivo el que creó la visión de inferioridad de la mujer, no lo es menos que ésta aparece como un fuerte escollo en el camino de la consolidación del poder vertical, en tanto correa de transmisión de diversas prácticas de religiosidad popular y de cultura fuertemente comunitaria. Con esta base se asienta un discurso peyorativo y represivo para la mujer. Según surge del título las "brujas" son las mujeres siendo excepcional la existencia de algún brujo⁷. Esta regularidad pretende explicarse sobre la base de una deficiencia genética femenina. "No hay veneno peor que el de las serpientes. No hay cólera superior a la de la mujer. Es preferible vivir con un león y un dragón, que habitar con una mujer mala, por ser más débiles en la mente y en el cuerpo, no sorprende que se entreguen con mayor frecuencia a los actos de brujería. La razón [de la debilidad está en que hubo] una falla en la formación de la primera mujer, por haber sido creada a partir de una costilla curva (...) contraria a la rectitud del hombre"⁸.

⁷ Sólo se acepta la posibilidad de existencia de brujos cuando se verifica en el hombre cierto matiz homosexual. Parece ser un latiguello común en la ciencia explicar las excepciones por su parecido a la regla. Así la mujer delincuente se parecerá más a un hombre que a una mujer, preponderarán en ella los elementos masculinos.

⁸ *El Martillo de las Brujas*, primera parte, cuestión 6ª, citado por Zaffaroni: 1992: 8

Podemos encontrar aquí el origen de aquello que el poder punitivo seleccionará como causa y fundamento de su accionar sobre la mujer, una falla genética en la misma, una mayor carnalidad, mayor inclinación al mal debido a su debilidad, lo que permitirá la justificación de la tutela del Estado como "padre preocupado".

Retomemos por un momento a Lombroso y su análisis sobre la delincuencia femenina. En principio podemos decir que la justificación del estudio es el deseo de combatir la criminalidad, concentrándose en la etiología de la misma. Como se ha dicho anteriormente, la mujer delincuente ocupa un lugar secundario en estos estudios, y puede describirse como una versión empeorada, si es que esto es posible, del hombre delincuente. Sin embargo el mérito de la escuela positivista radica en el hecho de haber incorporado a la mujer en el ámbito de la criminología. Si bien continúa implícitamente la visión religiosa del rol esperado para la mujer (madre virtuosa, pasiva, sumisa) y la causalidad de delincuencia en la misma, se busca dotar de argumentos biológicos y psicológicos el comportamiento delictual femenino. De todos modos, lo criminalizado es la sexualidad femenina extramatrimonial, bajo la figura de prostitución como algo absolutamente peligroso para el orden público, mientras que la mujer ladrona será sometida al control privado en tanto no reniega de su rol.

Lombroso en *Los Criminales* realiza una descripción minuciosa de la mujer prostituta cuyas características principales radican en la pereza y la carencia total de sentido moral, y como tal doblemente censurada: en tanto mujer pública que vive fuera de la esfera familiar. La ladrona en cambio pese a delinquir en la vida privada es capaz de asumir la maternidad, el matrimonio y la sexualidad. "Así la mujer que transgrede lo que se espera de ella no sólo no es considerada una mujer honrada sino que es asumida como una hembra viciosa, lo cual relaciona la idea de pecado, sexualidad, voluptuosidad y frivolidad" (León-Luzula:1992: 42).

El Derecho penal del siglo XIX refleja un mundo donde la mujer es considerada inferior al hombre, donde la transgresión no es meramente la violación de la norma sino sobre todo la violación del rol sexual. "Por lo tanto, la función de la pena fue, por un lado, reconducir a la mujer a un modelo de conducta basado en la castidad y fidelidad sexual y, por otra

parte, hacer aprender a la detenida el trabajo doméstico, considerado fundamental para absorber el rol femenino, pero además importantísimo económicamente, por cuanto de él depende el trabajo asalariado de otros miembros de la familia" (Bergalli - Bodelón: s/d; 17).

"En muchas partes de la Polinesia todas las mujeres especialmente las menstruantes son consideradas contaminadoras y peligrosas. Se impone una continua y rigurosa fiscalización social, *pues a una sociedad no le conviene ignorar a sus miembros más peligrosos, tal como no le conviene descuidar a los más valiosos*". Pero en Samoa la posibilidad de que una joven cause daño es muy limitada. No puede elaborar *tafalo*, especie de pastel confeccionado comúnmente por los jóvenes con el fruto del árbol de pan, ni prepara *kava* mientras está en su período menstrual. Pero no necesita retirarse a ninguna casa especial, ni comer sola; no hay contaminación en su contacto o mirada" (Mead: 1993; 90, 91).

Si bien a los criminólogos clásicos les hubiera resultado más que enojoso la comparación con los nativos de la Polinesia, gran parte de los estudios hechos sobre la mujer hallan una relación de causalidad entre el período menstrual y la delincuencia femenina. El acercamiento de la criminología a la mujer como objeto de estudio parece haber estado signado, fuertemente, por esta realidad biológica, la menstruación, que mes tras mes acecha a las mujeres, durante por lo menos cuarenta años.

Las teorías han sido múltiples sin embargo han coincidido en la afectación de las facultades racionales en la mujer a causa de esta especie de mal. Si a esta afectación le agregamos que la capacidad de raciocinio de la mujer estuvo discutida, más que discutida negada por la ciencia, volvemos a la rotulación de la mujer como pseudo ser humano al cuadrado.

Así, las escasas referencias que encontramos en Durkheim sobre la mujer tienen como fundamento su maternidad, la presencia de la menstruación y la influencia de éstas en situaciones en el ánimo de las mismas. "... la menstruación [debe clasificarse] entre los fenómenos mórbidos: pues a causa de las perturbaciones que ocasiona se acentúa la receptividad de la enfermedad en la mujer..." (Durkheim: 1967; 71). Si bien es cierto que el delito es un hecho social normal

* La bastardilla es propia.

en esta sociedad y que brinda cierta utilidad indirecta, al igual que la menstruación en la mujer, no se deduce de lo anterior que el criminal, la mujer menstruante, sea un individuo correctamente constituido desde el punto de vista biológico y psíquico.

III. ESPECIFICACIÓN DE LAS DIVERSAS CORRIENTES EPISTEMOLÓGICAS

La clasificación más generalizada de los estudios criminológicos que intentan explicar la delincuencia femenina se agrupa en las siguientes categorías: aquellas que se basan en argumentos bio-psicogenéticos (dominantes aún en la actualidad), aquellas que los hacen sobre argumentos socio-psicológicos, en el supuesto de uniformidad de experiencias para todas las mujeres, y, desde 1960, aquellas que han sido llamadas sociológicas, en tanto sustentan la criminalidad femenina en la desigualdad estructural de las mujeres en tanto educadas en una sociedad masculina.

Analizaremos a continuación con mayor detalle cada una de estas teorías.

Las explicaciones bio-psicogenéticas han sido las dominantes histórica y recientemente, teniendo como supuesto básico fundamental las diferencias entre hombres y mujeres que impiden la aplicación de la misma teoría criminológica a delincuentes femeninos y masculinos. De más está aclarar que Lombroso pertenece a este grupo de teóricos, según se puede deducir de lo anteriormente expuesto; las conclusiones a las cuales arriba son las siguientes: la mujer es menos inteligente que el hombre, más pasiva y por lo tanto más predispuesta a la conformidad. Las mujeres deben ser tratadas del mismo modo que los niños, en tanto poseen un sentido de lo moral deficiente y poseen un instinto sexual muy fuerte que las puede llevar a delinquir. Sin embargo la mayoría de las mujeres son conformistas en tanto asumen su rol maternal y reprimen sus instintos sexuales y su tendencia a la desviación. Las mujeres que delinquen son pseudo-machos, pero dejemos que Lombroso nos explique a la mujer delincuente y el porqué de su criminalización: "... cuando la piedad y los sentimientos maternales son lo esperado, y en su lugar son las fuertes pasiones y las intensivas tendencias cróticas,

mayor fuerza muscular y superior inteligencia para la concepción y ejecución de delitos, está claro que la inocua presencia de tendencias semi-criminales en la mujer normal debe transformarse en el nacimiento de un criminal más terrible que cualquier hombre¹⁰.

La influencia creciente de concepciones médicas adosadas a esta teoría (relacionar con menstruación) hacen definir a la mujer delincuente como una enferma, ubicándose el origen de su enfermedad en su ginecología.

Otto Pollak, seguidor de esta corriente teórica, escribe en 1961 *La Criminalidad de la Mujer*, donde se intenta demostrar la relación entre las fases generativas (menstruación, embarazo o menopausia)¹¹ y las mujeres y el crimen, en este sentido durante la época de cambios hormonales la mujer se hallaría más predispuesta a la comisión de delitos.

La posibilidad de demostrar esta teoría se ve frustrada empíricamente, pese a lo cual no se cesa en el intento, Katharina Dalton supuso haber descubierto dicha relación, el 60% de las mujeres reclusas habían cometido el delito dieciséis días antes o después de la menstruación o durante el período menstrual mismo, surge así la teoría del *síndrome premenstrual*. Las objeciones huelgan. Pese a lo ridículo que puedan aparecer estas afirmaciones, los autores señalados no son los únicos que así lo sostienen. Laqueur se refiere especialmente a las ladronas de tiendas y señala el fundamento orgánico de la cleptomanía, que en muchos casos considera una *toxicosis sexual*. Este autor concluye que también en mujeres relativamente sanas, desde el punto de vista psíquico, pueden presentarse transitoriamente durante la menstruación, la gravidez o el climaterio, ciertos estados de entorpecimiento

¹⁰ Lombroso citado por Jackson y Griffiths: 1991:283.

¹¹ En el libro *La Mujer. Sus Testosteronas Sexuales*, del doctor Ferrusi encontramos explicaciones de "alto contenido científico" respecto de la influencia de las fases generativas tanto en lo físico como en lo psíquico. Pero muestra hasta un botón "...las mujeres que tienen desarreglos ováricos-hormonales) se presentan desganadas, sin voluntad de nada, sin deseos ni de salir a divertirse (...) Sin luz y sin carácter, verdaderas muñecas, sin vitalidad ni colorida, son ex mujeres. Ellas no rezan para la vida y la vida no reza para ellas. La Naturaleza las abandona porque nada puede esperar de ellas. Las afea y les quita las ganas con que emballeció sus juventudes para que cumplieren su destino de maternidad y las seniles con atterradora rapidez" (Ferrusi: 1939:83).

mental, durante los cuales pueden cometer robos, que deben ser interpretados como actos morbosos¹².

La relación de la mujer con la cleptomanía tiene según Krafft-Ebing una etiología sexual, si bien es cierto que los cleptómanos son fetichistas, la mujer no es una verdadera fetichista sino que es parapsíquica, que simplemente, por insatisfacción sexual, realizan un acto simbólico prohibido.

Demás está aclarar el hecho de que las mujeres criminalizadas con fundamento en estas teorías son aquellas que se niegan a ser contenidas en lo sexual por el marido, la no adaptación al rol esperado es la causal de la misma. En todos estos casos estaríamos frente a mujeres muy excitadas sexualmente o insatisfechas, quienes a falta de valor u oportunidad de satisfacer el deseo sexual, delinquen. El robo es el acto prohibido que finalmente tienden a realizar. Se produciría una trasposición afectiva de lo sexual a lo criminal.

Pollak, alejándose en cierto sentido de lo propuesto por Lombroso y Ferri, sostiene que la mujer comete una cantidad mucho mayor de crímenes de manera oculta, debido a su carácter manipulador influye e incita al hombre a la comisión de delitos.

Más recientemente ha aparecido la denominada tesis de *funcional equivalencia del crimen*, que sostiene que hombres y mujeres tienen las mismas condiciones para ser desviados, pero de todos modos existirían formas específicas de desviación sexual, desde esta perspectiva las mujeres son doblemente desviadas, enfermas (mentales) y malas.

Las críticas a estas teorías radican en el método empleado, la existencia de muchos casos negativos en las estadísticas que utilizan como basamento, la relación con la ginecología femenina de los delitos que le da un carácter irracional al accionar de la mujer deja de lado el hecho de que como ser racional el ser humano, también la mujer, tiene un campo de elección y discrecionalidad en su accionar; demás está decir que no se presta atención a la importancia de factores culturales y estructurales.

Las explicaciones socio-psicológicas surgieron en 1960 y suponen que las diferencias en la cantidad y calidad de los

¹² Ver Stakal, Wilhelm (1958) "Actos Impulsivos", T. VI, *Desviaciones del instinto y del afecto*, Ediciones Imán, Buenos Aires.

delitos perpetrados por las mujeres en relación a los hombres proviene de factores culturales más que de factores innatos. Los mecanismos de socialización, en especial al interior de la familia, llevan a los niños y a las niñas a asumir sus respectivos roles de género culturalmente mandados.

Dentro de éstas encontramos la *teoría del rol*: las madres emplean socializaciones diferentes para preparar a sus hijos e hijas para sus futuros roles enfatizando la división sexual del trabajo. Esta socialización diferencial tiene implicancias para el comportamiento futuro "... mientras nuestra cultura perdona y hasta espera ciertos comportamientos agresivos en los muchachos, éstos son rechazados en las muchachas"¹².

El delito aparece como netamente masculino y los hombres que los cometen sólo afirman su condición de tales. Las mujeres no cometen delitos, ellas se conforman; las delincuentes han sido socializadas deficientemente o son mujeres masculinizadas.

Por otro lado merece mencionarse la *teoría del control social*¹⁴, cuya tesis central es que los hombres están preparados para desenvolverse en el ámbito público, donde son visibles y susceptibles de formas de control tales como el sistema criminal de justicia, mientras que las mujeres están identificadas con el ámbito privado, siendo tomadas por el sistema de control informal familiar¹⁵. De aquí que la mujer en tanto adquiere las características de su rol de género deba ser susceptible de protección, mientras que los hombres por las mismas causas son merecedores de una mayor libertad. *Las mujeres delincuentes son aquellas que no han sido contenidas por los sistemas informales de control*. Así la delincuencia femenina se considera un caso de psiquiatría y no del sistema penal (Quispel: 1979), por ello aún recibe la etiqueta de "loca" más que la de "delincuente": si una mujer infringe la ley es que algo no marcha en su cabeza.

Kolberg por su parte adscribe a la *teoría del desarrollo moral* que sostiene que la mujer no adquiere un conocimiento de lo abstracto, de lo impersonal y de los derechos humanos, lo cual la hace permanecer en un estadio de madurez inferior

¹² Marie André Bertrand citada por Jackson Griffiths, 1991, 285.

¹⁴ El principal exponente de la misma es Hirschi.

¹⁵ Si esto hace recordar a la descripción hecha del período lumnista no es pura coincidencia.

al hombre. Gilligan critica esta teoría porque empíricamente debería demostrarse con un aumento de la criminalidad femenina en las estadísticas, cosa que de hecho no sucede. Sin embargo coincide en la existencia de una moral diferente, "ética de la responsabilidad" que hace que las niñas desde pequeñas aprendan sobre la consecución y mantenimiento de relaciones, mientras que los niños tienen como imperativo moral la separación y el respeto de los derechos humanos. Las mujeres son más resistentes y altruistas, los hombres se inclinan más a herir a los otros o a ser desviados, según lo demuestran las estadísticas.

Las críticas a esta postura radican en: primero la validez del método empleado, y en segundo lugar a los supuestos de estas explicaciones: a) la diferente socialización que genera hace a las mujeres más conformistas que a los hombres y b) la separación absoluta entre las esferas pública y privada. Respecto de a) es posible decir que la división en roles tiene explicaciones con base en motivos económicos, sociales y culturales; con relación a b) la no contaminación de lo privado por lo público carece de validez real en tanto la legislación tiene incidencia tanto sobre las relaciones intrafamiliares como en las relaciones del Estado con la familia.

Las explicaciones sociológicas tienen su origen con la segunda oleada feminista en la década del '70, y tienen su punto de atención en la relación existente entre la estructura social y la delincuencia femenina.

La tesis de la liberación femenina sostiene como argumento básico que esta última trajo como consecuencia un incremento de la criminalidad de las mujeres. Esta nueva criminalidad, según Adler se originaría en un cambio de carácter de la mujer que deviene más agresiva, emprendedora, en fin más masculina. Las críticas que merece son varias, en principio y como todas las anteriores el método empleado para la verificación de las hipótesis, en segundo lugar el hecho de que las mujeres que cometen delitos, lejos de ser feministas, se parecen bastante a sus predecesoras, por último a pesar de la "liberación femenina" muchas mujeres siguen estando ubicadas en una posición inferior al hombre, en lo que hace a status.

La diferencia cualitativa y cuantitativa entre la delincuencia femenina y la masculina encontraría su explicación

en diferentes mecanismos de socialización, diferentes tipos de control social, diferentes oportunidades para la comisión de delitos, así como también en el acceso a subculturas criminales, etcétera.

Se nota aquí una clara influencia del rol sexual y de las posibilidades que la estructura social ofrece a las mujeres en el análisis de la delincuencia, a medida que la mujer se incorporó al modo de producción como fuerza de trabajo resultó posible añadir la delincuencia femenina a los delitos contra la propiedad; de la misma manera los delitos de cuello blanco parecerían ser exclusividad de los hombres.

Las teorías de aproximación al conflicto señalan la existencia del patriarcado que somete a la mujer al control del marido en todos sus aspectos y que aun encuentra referencia en el derecho imperante. En este sentido es posible hablar del derecho sexuado, que permite interrogarse sobre la neutralidad e imparcialidad del derecho mismo. "El hecho de que el derecho no haya podido resolver en diversos campos los problemas materiales de las mujeres o que en todo caso sólo haya aportado soluciones parciales, ha conducido a la elaboración de una crítica de los instrumentos mismos a través de los cuales se intenta transformar la realidad"¹⁶.

Como sostiene Miralles¹⁷ el control social que más se ejerce sobre la mujer es el informal, siendo la familia, la escuela y como institución el hospital psiquiátrico quienes más actúan sobre la misma. La psiquiatrización de la mujer es ampliamente superior a la del hombre, pese a que la propensión de la primera a la enfermedad mental es menor. Cabe mencionarse en este punto el análisis que de las instituciones de secuestro realiza Foucault, como marco de contención de lo desconocido, de construcción del otro y por lo tanto de la estigmatización del peligroso. En *Historia de la Locura* analiza el surgimiento de la psiquiatría y su rol en la construcción social de la enfermedad, y su permanente utilización como mecanismo de control sanitario sobre los cuerpos dóciles.

¹⁶ Las acciones necesarias exceden el campo de lo meramente legal para insertarse en la necesidad de profundos cambios económicos, culturales y sociales.

¹⁷ Miralles, Teresa (1986), "La mujer: el control informal", en *Pensamiento Criminológico II*, Colección *Homo Sociologicus*, Ediciones Península, Barcelona.

La criminalización es el mecanismo de control reservado para aquellas pocas mujeres que no son controladas por el temor y la medicalización, aquellas que atacan directamente el poder masculino.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La criminología en tanto conjunto de disciplinas se desarrolla en el marco de una sociedad que ha cambiado a lo largo del tiempo, sin embargo con relación a la mujer estos cambios parecen retardarse. Así aquellas teorías criminológicas que han sido totalmente rechazadas para explicar la criminalidad masculina resultan ser aplicables y valideras para la femenina.

El análisis pormenorizado de las distintas teorías ha permitido señalar irrefutables evidencias de diferencias al interior de las mismas. Sin embargo son insoslayables las similitudes que existen, en lo que aparentemente serían inconciliables posturas epistemológicas. Todas coinciden en señalar la relación directa entre el rol de la mujer en las sociedades con la criminalización de la misma. En este sentido, a medida que la mujer se incorporó al modo de producción como fuerza de trabajo resultó posible añadir la delincuencia femenina a los delitos contra la propiedad, pese a lo cual los delitos de cuello blanco parecerían ser exclusividad de los hombres.

Lo criminalizado en todas estas teorías es el incumplimiento de la mujer del rol sexual esperado para ella por la sociedad, que la visualiza como conformista y pasiva relegada al ámbito de lo privado. No resulta, en este punto ilógica la preponderancia del control informal sobre el formal para la criminalidad femenina. Las mujeres han sido definidas por el sistema penal y por las ciencias que lo explican más que como sujetos como objetos de tutela, con fuerte influencia de los postulados positivistas y su conclusión sobre la inferioridad femenina.

Todo lo dicho hasta este momento es susceptible de enmarcarse en el debate de la teoría de los géneros cuyo supuesto básico radica en el predominio de lo masculino en detrimento de lo femenino.

A modo de reflexión final, una pregunta retórica a los efectos del presente trabajo, es correcto preguntarse sobre

una criminalización basada en diferencias de género, o son otras las causas (clase social, raza, cultura) que llevan a la construcción del sujeto infractor con independencia del sexo del criminalizado. Las similitudes entre las diversas teorías sobre la criminalidad femenina existen. La pregunta queda planteada.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGALLI, Roberto y BODELÓN, Encarna (s/d), *La Cuestión de las Mujeres y el Derecho Penal Simbólico*, Universidad de Barcelona.
- DUBHEIM, Emile, *Las Reglas del Método Sociológico*, La Pléyade, 1987, Buenos Aires.
- JACKSON, Margaret y GRIFFITHS, Curt, *Canadian Criminology Perspectives on Crime and Criminality*, Harcourt Brace Jovanovich, 1991, Canadá.
- HULSMAN, Leuk (s/d), *Sexual Behaviour and Attitudes and their Implications for Criminal Law*.
- MAVILA LEÓN, Rosa y SALAZAR LUZULA, Katya, *Mujer y Criminología: Apuntes Feministas sobre las Teorías Criminológicas Clásicas*, 1992, Lima.
- MEAD, Margaret, "Adolescencia, sexo y cultura en Samoa", *Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo*, n° 13, 1993, Planeta, Barcelona.
- MEO, Analía, "El delito de las féminas", en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n° 2, 1992, Buenos Aires.
- MIRALLES, Teresa, "La mujer: el control informal", en *Pensamiento Criminológico II*, Colección *Homosociología*, Ediciones Península, 1985, Barcelona.
- PERRUSI, *La Mujer. Sus Trastornos Sexuales*.
- STEKEL, Wilhelm, *Actos Impulsivos*, Ediciones Imán, 1953, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *La Mujer y el Poder Punitivo*, Mimeo, 1992, San Pablo.

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y POSTCONTRACTUAL

DANIEL C. VARACALLI Y SERASTIÁN PICASSO

I. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL - CONCEPTO Y LÍMITES

Como su nombre lo indica, la responsabilidad precontractual importa la obligación legal de reparar un daño surgido en el período previo al perfeccionamiento de un contrato. Este daño —también aquí eje central y fundamento del deber de indemnizar— no se sustrae a imbricarse con los presupuestos restantes de la responsabilidad civil: debe provenir de una acción humana antijurídica, estar en relación de causalidad adecuada y ser atribuible a su autor en virtud de un factor legal.

Repasando algunas definiciones doctrinarias, transcribimos la de Trigo Represas: "Es responsabilidad precontractual la que existe por los daños resultantes de la frustración inmotivada de un contrato, como consecuencia del intempestivo apartamiento de una de las partes de las tratativas previas que de acuerdo al curso normal, debían conducir a la conclusión de aquél o a su definitiva no celebración por falta de acuerdo; como así también cuando el mismo no llega a perfeccionarse válidamente por estar viciado de nulidad, por causas exclusivamente atribuibles a una de las partes".¹

¹ Trigo Represas, Félix A., Ponencia para la Comisión N° 1 de las V Jornadas de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, Junín, 29 al 31 de octubre 1992.

Para Brebbia, más sucintamente, "existe responsabilidad precontractual cuando, a raíz de la comisión de un acto ilícito, por lo general culposo, sucedido en el curso de las tratativas previas a un contrato, del que se deriva un daño al otro precontractante, surge la obligación de resarcir el daño causado"².

Cobas y Zago entienden que "la responsabilidad precontractual es la originada con motivo de la relación existente entre las que podrían resultar futuras partes de la relación jurídica bilateral contrato, con motivo y como consecuencia de las tratativas que en común realizan para la posible concreción de aquél"³.

El tratamiento cabal del tema y la conceptualización del mismo suponen la consideración de ciertas cuestiones previas:

a) *la extensión de la libertad de contratar:*

El interés de este punto radica en la posibilidad de vislumbrar los valores en juego en el tema que nos ocupa: por un lado, la facultad de todo habitante de la Nación de entrar o no a formar parte de una relación jurídica como el contrato, que limitará su libertad personal y afectará su patrimonio. Por el otro, y en colisión con lo expuesto, el deber genérico de no dañar ni la persona ni los derechos del prójimo, en estrecha relación con el imperativo de buena fe respecto de todo comportamiento con relevancia intersubjetiva.

El sustento normativo de dichos valores es, para el primero, el artículo 33 de la Constitución Nacional, que incluye la libertad de contratación en interpretación armónica con los artículos 14 y 17 de nuestra carta magna⁴; para el segundo, los artículos 1109, 1077 y 1198 del Código Civil.

La delimitación de la responsabilidad precontractual impone la conciliación de los dos aspectos señalados: la libertad de contratar no debe ser tan estrecha que haga responsable a todo aquél que libremente y en ejercicio de su derecho consti-

² Brebbia, Roberto H. - Andorno, Luis O. - Cusiello, Juan José, *ibidem*, basado en Brebbia, Roberto H., *Responsabilidad Precontractual*, La Rocca, Bs. As., 1987.

³ Cobas, Manuel O. - Zago, Jorge A., *ibidem*, basado en Garrido-Zago, *Contratos Cíviles y Comerciales*, Bs. As., 1989, p. 116.

⁴ Ekmekdjian, Miguel A., *Manual de Derecho Constitucional*, quien expresa que "la libertad de contratar es uno de los derechos patrimoniales implícitos", Bs. As., 1991, p. 146.

tacional, opta por no ingresar como parte a una relación jurídica contractual, ni tan amplia que permita la causación irresponsable de un daño injusto.

Un valor adicional que posibilite una conciliación fundada de ambos extremos es el carácter no absoluto de los derechos (art. 1071, Cód. Civil). Este, junto con el valor "buena fe" serán analizados más adelante (conf. infra, punto V) cuando se aborde el tema de los factores de atribución, que nos dan el porqué de la obligación de reparar el daño en cada supuesto que se considere procedente.

b) *la delimitación precisa del período previo a la conclusión del contrato:*

El tramo temporal relevante jurídicamente a los efectos de imputar responsabilidad precontractual resulta parte integrante de la definición de este término, y discriminará las conductas trascendentes al derecho —ya sea positiva o negativamente— de las que no lo son. Obviaremos aquí la discusión histórica sobre el tema —que describiremos en el punto II— para pasar a considerar la solución actual.

Como iter o camino, esta línea temporal tiene dos extremos. El segundo resulta el más fácil de determinar, ya que se ubica en el momento del perfeccionamiento del contrato, en el instante en que concurren la oferta y la aceptación y se anuda de manera definitiva el consentimiento de los sujetos respecto del objeto, configurándose así los elementos constitutivos de un contrato. La problemática de los contratos a distancia posee suficiente previsión legal y se halla profusa y precisamente tratada por la doctrina como para incurrir en ella⁸.

Aparece como más difuso, en cambio, el extremo en que comienza el iter precontractual, que debe ser —más allá de toda duda— previo a la oferta, sin perjuicio de que en algún caso particular pueda comenzar en ella. Para Faggella la etapa en cuestión se inicia en el momento en que "las partes discuten, preordenan, cambian ideas, proyectan el contrato, conciben y elaboran las cláusulas, los pactos y las condiciones, analizándolas y sintetizándolas"⁹.

⁸ Conf. Mosset Iturraspe, *Contratos*, Cap. III, Bc. As., Ediar, 1988, p. 88, o Garrido-Zago, *op. cit.*, Cap. IV, p. 95.

⁹ Faggella, Gabriella, citado por Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 368.

Estas negociaciones no necesariamente desembocarán en un contrato, sino con igual probabilidad en un desacuerdo no intempestivo. Pero si ello sucede, no habrá seguramente responsabilidad precontractual, mientras que si desembocan en un contrato, aún puede haberla como consecuencia de la nulidad o anulación del mismo.

En definitiva, concluimos en que no es posible fijar legalmente el momento preciso en que comienzan las negociaciones, puesto que ello no depende de un hecho identificable sino de una multiplicidad de hechos posibles, tal como se deduce de la enumeración abierta de Faggella. Por tanto, la ley positiva debe ser escueta al respecto y abandonarse en el punto a la sana crítica de los jueces en la meritación de las pruebas aportadas. Ello sin perjuicio de que debe haber un texto legal expreso, que sea lo más preciso de acuerdo a las posibilidades del lenguaje. En este sentido, toda conceptualización adecuada de "tratativas" o "negociaciones" preliminares debe ser teleológica: si éstas no tienen por fin inmediato o mediato la formación de un contrato, no pueden generar responsabilidad jurídica. Pero si revelan una finalidad análoga de las partes, sí la generan. Por ello representaba un gran avance el texto del artículo 1158 de la ley vetada de unificación: "Durante las tratativas preliminares, y aunque aún no se haya formulado una oferta, las partes están obligadas a comportarse de buena fe para no frustrarlas injustamente".

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El primer autor en formular una teoría sistemática del tema que nos ocupa fue Rudolf von Ihering⁷, quien fundamenta la responsabilidad en la culpa *in contrahendo*, definida como la violación del deber de diligencia que emerge una vez que ha existido oferta⁸. La limitación de la teoría finca en otorgar relevancia solamente a las tratativas posteriores a la formulación de la oferta, además de importar una tesis contractualista, que hoy resulta discutible (conf. *infra*, punto IV). Los términos responsabilidad *in contrahendo* y "precontractual" serán usados

⁷ Conf. su obra *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restés imparfaites*.

⁸ Stiglitz-Stiglitz, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, p. 45-46.

por tanto en forma *sindénima*, siguiendo a Llamblas, quien aduce que la distinción entre ambos conceptos ya carece de justificación.⁹ En forma concordante, nuestra jurisprudencia ha dicho que "la culpa *in contrahendo* consiste en la omisión de las diligencias necesarias para que el contrato llegue a perfeccionarse de una manera completa"¹⁰ y que "deriva, en último análisis, no de la inexecución de una obligación, sino de las irregularidades cometidas al proponer o tramitar un contrato"¹¹.

En visión del insigne jurista alemán, la responsabilidad por actos cometidos en el período precontractual no excluye la vigencia de ciertos efectos del pacto frustrado o nulo. Si bien no surtirían efecto las obligaciones principales a que las futuras partes se habrían comprometido —o ya se comprometieron en el caso de un contrato anulado—, sí tendrían vigencia ciertas obligaciones contractuales diferentes de aquéllas, como la de reparar los daños y perjuicios.

Gabrielle Faggella¹² critica y a su vez perfecciona la tesis de Ihering, por cuanto la oferta deja para él de constituir el portal de entrada a la responsabilidad precontractual. Antes bien, el solo hecho de comenzar a negociar con la finalidad de cerrar un acuerdo contractual ya configura un hecho relevante para el orden jurídico y susceptible de generar el deber de reparar. Ello es así porque no es necesaria una oferta para que se produzca un apartamiento intempestivo —y por eso mismo dañoso— de alguno de los futuros contratantes. Faggella tiende asimismo a la objetivación de la responsabilidad *in contrahendo*, pues estima que no es necesario el dolo o la culpa para conformar una ruptura antijurídica. Basta con que una de las partes altere el curso normal de las tratativas, adelantando de manera irrazonable lo que podría haber sido el normal disenso de las partes. Por ello el fundamento —para este autor— no es puramente la culpa, sino la violación del acuerdo ya concluido entre las partes —ya sea de manera expresa o tácita— para entablar negociaciones.

⁹ Llamblas, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, T. I, Ferrat, Bs. As., p. 208.

¹⁰ Cám. Com. Cap., 8-III-1950, L.L. 59-168.

¹¹ Cám. Com. Cap., 31-XII-1948, C.F. 195-401.

¹² *Conf. su obra Dei periodi precontractuali.*

¹³ *Conf. su obra De la responsabilidad precontractuelle.*

Saleilles¹³ constituye la última etapa en la evolución clásica de la doctrina. Valoriza plenamente la relevancia jurídica del tramo negociador previo a la oferta —que llama *pour-parler*—, fundiéndolo en uno solo con el ulterior. Dice encontrar una base económica a partir de la cual podrá calificarse arbitrario o no el apartamiento en materia precontractual, y funda la responsabilidad en la garantía legal y la equidad, que conviven con el dolo y la culpa como factores de atribución.

Acaso las palabras de von Tuhr¹⁴ sean el ejemplo más claro de cómo la culpa *in contrahendo* evolucionó, dejando de ser un fundamento para una visión contractualista y subjetiva del asunto, para pasar a significar la violación objetiva de ciertos deberes en un ámbito extraño al contrato. Dice el jurista de marras: "Ya por el mero hecho de entrar en negociaciones contractuales, prodúcese entre los futuros contratantes una relación jurídica de la cual se derivan ciertos deberes; deberes que no versan precisamente sobre el cumplimiento del contrato, que todavía no existe, sino sobre su conducta mutua en el transcurso de las negociaciones. Así, tan pronto como éstas se inician, las partes vienen obligadas mutuamente a comunicarse hasta cierto punto, aquellos hechos que pueden tener una influencia decisiva en las resoluciones de la parte contraria. A la infracción de estos deberes suele darse el nombre de culpa *in contrahendo*."

III. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

Tres son las grandes áreas donde resulta aplicable la responsabilidad por hechos previos a la conclusión del contrato, a nuestro juicio. Las expondremos a continuación:

a) *Tratativas preliminares:*

Obviamente, con este nombre a secas designamos a lo que sucede en todo el período precontractual. Distinguimos, empero, dos sub-supuestos de aplicación específica dentro de esta causal principal:

¹³ Von Tuhr, A., *Tratado de las Obligaciones*, T. I, Reus, 1934, p. 142, citado en E.D., t. 58, p. 144, nota a fallo "Ricooci Barrisnuevo o/Carrilli Ernesto", CNCiv., sala A, 30-VIII-1960.

1) *Ruptura de las negociaciones*: Para que la misma genere responsabilidad debe ser intempestiva, arbitraria o irrazonable; de otra manera, sería el mero ejercicio del derecho constitucional que se apoya en la libertad de contratar. La reglamentación de este derecho la hallamos en el artículo 1150 del Código Civil, primera parte: "Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas...". Es evidente que lo que la ley dice es que la oferta no ata al ofertado; a *fortiori*, menos lo hará una tratativa en la que ni siquiera hay oferta. Sin embargo, lo que la ley no dice —pues ello contravendría otras disposiciones de igual rango— es que la oferta puede ser retirada de modo que produzca un daño, en especial cuando la otra parte ha incurrido en gastos a causa de ella, como por ejemplo, un estudio de factibilidad de un proyecto.

Para determinar si hay responsabilidad no basta con verificar objetivamente la existencia de un apartamiento, pues deben concurrir todos los presupuestos del sistema privado de responsabilidad. Ese apartamiento debe ser antijurídico, en primer término, sin que ello implique por el momento pedirnos acerca de si es lisa y llanamente ilícito o abusivo. Mosses Iturraspe expresa que "quien se aparta en forma arbitraria e intempestiva de las tratativas o quien retracta una oferta sin permitir a la otra parte su diligente consideración, se comporta de un modo contrario al Derecho"¹⁵. En segundo término ese apartamiento frustratorio debe causar un daño, un menoscabo material o moral. En tercer término debe estar en relación de causalidad adecuada con el accionar del contratante intempestivo. Finalmente, debe serle imputable, en virtud de un factor de atribución (conf. *infra*, punto V).

2) *Violación de deberes específicos*:

Alejándonos ya del caso típico de responsabilidad *in contrahendo*, pero manteniéndonos dentro de las alternativas del iter precontractual, nos topamos con ciertos deberes que la doctrina identifica como manifestaciones concretas del deber genérico de *non invidiam laedere*. Los Stiglitz identifican los siguientes, que no suponen —como en el caso anterior— la ruptura de los *pourparler*:¹⁶

—*Deber de colaboración*: se pone de manifiesto cuando por negligencia de uno de los contratantes se induce al otro a la realización de gastos innecesarios.

¹⁵ Mosses Iturraspe, op. cit., p. 362.

¹⁶ Conf. Stiglitz-Stiglitz, op. cit., ps. 63 y sigs.

—*Deber de custodia y conservación de los bienes enviados* por una parte a la otra para que los examine, preservando dichas cosas de cualquier daño.

—*Deber de información*: se omite advertir a la otra parte de cualquier circunstancia que obra en la esfera de conocimiento del cocontratante, y que pueda influir en la formación del consentimiento. Más genéricamente, "cuando una parte impida a la otra adquirir un correcto conocimiento de la realidad relevante para la valoración de la conveniencia del contrato, falsificando esa realidad u ocultándola, con lo que coarta la voluntad de la contraparte, induciéndola a concluir un contrato que no hubiera querido realizar".

Es probable que gran parte de estas hipótesis se hallen ya cubiertas por el dolo. Sin embargo, aún es posible que no se cumpla con los requisitos del artículo 932 del Código Civil y aun haya daño por resarcir. Será un contrato válido —si llega a formalizarse— pero el camino que a él condujo habrá generado responsabilidad. De relevante importancia es este deber para los contratos de consumo, que suelen ser precedidos no por una negociación particular, como concebía la doctrina clásica, sino por medios masivos de persuasión, como la publicidad. Si ésta es engañosa, por más que no alcance a ser dolosa, puede estar generando un daño injusto.

Las normas sobre dolo son muy severas. Basta, según reza el artículo 932, que el dolo no haya ocasionado un daño importante o no haya sido grave, para que no proceda la nulidad. En breve ponencia, los Dres. Bueres y Gesualdi señalaron que "en caso de que exista dolo incidental y de que, por lo mismo, se mantenga un contrato en pie (art. 934, Cód. Civil), la acción de daños y perjuicios será extracontractual y tendrá origen en la etapa previa a la formación del contrato"¹⁷.

Elo es así en base al artículo 1198, que impone un deber más sutil que el derivado del artículo 935: el obrar con cuidado y previsión, lo que es notoriamente inferior al "artificio, astucia o maquinación" del dolo vicio.

—*Deber de lealtad*: puede involucrar supuestos autónomos del anterior: no el deber de informar, sino el de abstenerse de revelar conocimientos que se hayan adquirido en virtud de la negociación. El secreto industrial, el *know-how*, el cono-

¹⁷ Bueres, Alberto - Gesualdi, Dora Mariana, en Ponencias para la Comisión N° 1 (vid. nota 1).

cimiento, son los motores del sistema económico actual, y su revelación a la competencia supone una deslealtad susceptible de ser reparada.

Antes de cerrar nuestro comentario sobre las tratativas, es menester aclarar que éstas —en su concepción individualista clásica— son cada vez más infrecuentes en lo que hace al consumo masivo (no tanto en lo que hace a las profesiones liberales o que tienen un marcado tinte *infitu personae*, como los contratos de espectáculos). La relevancia de los deberes señalados es mayor cuanto más usualmente se recurre a la práctica de la adhesión o de las cláusulas predispuestas. En efecto: es probable que no haya ninguna *pourparler* en la adquisición de un producto elaborado, ya que éstas pueden haber sido desplazadas por la publicidad masiva, que unilateralmente persuade de la bondad del producto. Pero si ello se ha logrado con medios engañosos, aunque las tratativas no existan como tales por estar subsumidas en la publicidad misma, la violación al deber de información dará derecho a accionar por daños y perjuicios.

b) *Supuestos específicamente contemplados en nuestro Derecho positivo:*

No es cierta la afirmación de que nuestro Derecho positivo no contempla supuestos particulares de responsabilidad precontractual, por más que nos preocupe que carezca de un principio general sobre la misma que fije el supuesto de hecho fundamental (caso "a", *conf. supra*) y la extensión del resarcimiento.

Los casos que analizaremos —individualizados por Brebbia—¹⁸ son por cierto fragmentarios y necesitarían estar acompañados por una teoría general de la voluntad unilateral como fuente autónoma de las obligaciones, tarea ésta que fuera encarada por la Ley de Unificación vetada en sus artículos 2288 a 2305. Citaremos a continuación las normas y los presupuestos de hecho que describen:

—*Artículo 1155:* Se refiere a la actitud del aceptante frente a una oferta seria y determinada. En concordancia con el principio del artículo 1150 —las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas— esta norma plan-

¹⁸ Brebbia, Roberto H., Ponencia a la Comisión Nº 1... (*conf. nota 1*) y *op. cit. passim*.

tea la contracara de aquél: el aceptante sólo tiene posibilidad de retractar su aceptación antes de que ella haya llegado a conocimiento del proponente. Si la retractare después de haberse anudado el consentimiento —o sea habiendo ya contrato, y no pudiendo o no queriendo cumplir éste— el retractante debe satisfacer las pérdidas e intereses derivados de sus acciones.

—*Artículo 1156*: Complementa lo dispuesto en el precepto anterior, por cuanto "la parte que hubiere aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, su muerte o incapacidad sobreviniente, y que a consecuencia de su aceptación hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas, tendrá derecho a reclamar pérdidas e intereses". Es el caso inverso del anterior: mientras por el 1155 el oferente puede demandar al aceptante retractado en tiempo impropio, por el 1156 el aceptante puede demandar al proponente retractado, muerto o incapacitado.

—*Artículo 1150*: Amén de enunciar el principio general de la libertad de contratar, enumera dos excepciones:

a) cuando el oferente hubiese renunciado a la facultad de retirarla;

b) cuando el oferente se hubiese obligado, al hacerla, a permanecer en ella hasta una época determinada.

La primera excepción ha sido profusamente criticada¹⁸ pues no aclara cuál será el plazo durante el cual dicha renuncia a retirar la oferta tendrá vigencia; lo cierto es que si se realiza de manera abusiva, intempestiva, arbitraria o dentro de un tiempo prudencial de haberla emitido, generará responsabilidad precontractual.

El segundo caso importa la irrevocabilidad de la oferta en un plazo cierto y determinado fijado por el oferente, cuya voluntad unilateral cobra aquí todo su vigor como fuente obligacional. Mas esto será analizado más adelante (*infra*, punto IV).

Pueden inclusive hallarse otros supuestos legales aislados:

—*Artículo 1163*: Según esta norma, el que se obliga por un tercero ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer las pérdidas e intereses si el tercero se negase a cumplir el contrato.

—*Artículo 1329*: El que vende una cosa ajena debe res-

¹⁸ Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 102.

ponder por los daños e intereses aunque sea de buena fe, si se trata de una compraventa civil.

c) *Vicios de la voluntad:*

Aunque, como se echa de ver, es ésta una hipótesis específicamente contemplada en nuestro Derecho positivo, la consideramos en un acápite distinto por ser objeto de una teoría general elaborada por la doctrina, en base a lo prescripto por la Sección Segunda del Libro Segundo del Código Civil.

En el área específicamente contractual, los artículos 1157 a 1159 efectúan una remisión a la sección citada del Código, lo cual nos lleva de la mano de Brebbia²⁰ al principio del artículo 1056, que enuncia: "Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general cuyas consecuencias deben ser reparadas". Ello es así, puesto que no es correcto afirmar a secas que la nulidad priva a un acto de sus efectos; antes bien, lo priva de sus efectos propios, pero no de aquellos necesarios para imputar responsabilidad a quien obró dañosamente.

Es claro que ante el dolo o la violencia, que suponen responsabilidad subjetiva del agente, la ley impone la obligación de resarcir (arts. 934, 943, 944 en concordancia con el 1056, Cód. Civil). En el caso del error, los gastos en que una de las partes incurrió a consecuencia de aquél, merecen ser resarcidos aunque no estemos frente a un factor subjetivo de atribución. Al respecto dice Spota: "El mismo error-obstáculo que impide la formación del consentimiento contractual, origina un problema de responsabilidad precontractual, ya que no medió contrato ante el disenso de las partes (...) Para esos supuestos ya resultó clásica la teoría de Ihering, cuya tesis fue independiente del elemento subjetivo culpa o dolo, ya que importaba una doctrina objetiva de la responsabilidad *in contrahendo*, o por lo menos de aquél que dio origen a un negocio jurídico aparente"²¹.

La responsabilidad precontractual puede extenderse también al accionar del lesionante previo al contrato, en los términos del artículo 954, ya que [s] lesión es a un tiempo vicio de la voluntad y del acto jurídico.

²⁰ Brebbia, Roberto H., *Presencia a la Comisión Nº 1...* (conf. nota 1).

²¹ Spota, Alberto G., *Nota al fallo "L'ovak o'Olivetti", L.L., 1954-II-88.*

Enumerados los tres casos básicos de responsabilidad precontractual, encaramos ahora el estudio de la órbita de la responsabilidad precontractual, como así también de los factores de atribución, tema por cierto intrincado al carecer nuestro Código de una formulación legal precisa que suponga una teoría general sobre el tema.

IV. ÓRBITA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

En nuestro sistema legal se distinguen dos ámbitos u órbitas de responsabilidad civil, según que el hecho generador del deber de reparar consista en un incumplimiento contractual, o en la violación del deber genérico de no dañar que resulta de las normas de nuestro Código Civil. En el primer caso, nos encontramos con la violación a una obligación concreta, preexistente, nacida de la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas; en el segundo, en cambio, no se viola una obligación concreta, sino un deber genérico impuesto directamente por la ley²². Si bien actualmente la brecha entre ambos subsistemas se ha acotado, y se propugna doctrinariamente su unificación, aún subsisten diferencias importantes entre ambos (fundamentalmente, en relación a la extensión del resarcimiento y los plazos de prescripción)²³. Así, de *lege lata* continúa vigente el artículo 1107 del Código Civil, que prohíbe pasar de uno a otro de estos sistemas, salvo que el incumplimiento contractual configure al mismo tiempo un delito de derecho criminal.

En estas circunstancias, reviste interés determinar a cuál de estas dos órbitas de la responsabilidad civil pertenece la llamada "responsabilidad precontractual", sin perjuicio de marcar que este último género posee características propias.

Históricamente, tanto Ihering como Paggella fueron partidarios de considerar a la responsabilidad *in contrahendo*²⁴

²² Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989, p. 71, n° 140.

²³ Alterini, Attilio A. - López Cabana, Roberto M., *Derecho de Daños*, Bs. As., 1992, p. 42.

²⁴ Utilizando tal término, como lo hace Brebbia, como sinónimo de responsabilidad precontractual, y no para designar adle el período anterior a la oferta, sentido este último que le diera Ihering (conf. Brebbia, *op. cit.*, g. 43).

como formando parte de la órbita contractual. El primero de ellos encontró su fundamento en la "culpa contractual" en que ha incurrido quien viola la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, pero posteriores a la emisión de la oferta. Para Faggella, en cambio, la responsabilidad precontractual se fundamenta por la violación del acuerdo tácito para entablar negociaciones que se genera entre las partes al comenzar las tratativas previas al contrato, o *pourparlers*²⁶. Más modernamente, el Código Italiano, en su artículo 1324, prescribe la aplicación de las reglas contractuales a los actos unilaterales con contenido patrimonial, salvo disposición legal en contrario. En nuestra doctrina, Alterini sostiene que los preceptos que rigen la responsabilidad contractual "se aplican, en cuanto sean compatibles, para los actos unilaterales entre vivos de contenido patrimonial (...); de tal manera, (...) en la etapa que, atendiendo a su temporalidad, se denomina 'precontractual', hay una serie de obligaciones emergentes de la declaración unilateral de voluntad que están regidas por las normas contractuales". Tal solución se fundaría, a su entender, en la analogía que como recurso interpretativo recepta nuestro artículo 16 del Código Civil²⁸.

La mayoría de la doctrina, no obstante, se inclina por la idea de que la responsabilidad *in contrahendo* se enmarca dentro de la órbita extracontractual. Así lo consideran, entre otros, Busso, Colmo, Lafaille, Bustamante Alsina²⁷, Llamblas, Boffi Boggero, López de Zavalla y Brebbia²⁸. El común denominador de sus opiniones consiste en la idea según la cual, al no poder aseverarse en los hechos la existencia de ningún acuerdo entre las partes, éstas últimas se hallan obligadas solamente a cumplir con el deber general de no dañar impuesto legalmente. Resulta ilusorio, se sostiene, forzar la realidad e inventar inexistentes acuerdos entre las partes, que se formarían "tácitamente" desde el momento en que comienzan los *pourparlers*. Respecto de la tesis de Alterini, antes reseñada, dice Brebbia que *de lege lata* no puede exten-

²⁶ Brebbia, *op. cit.*, ps. 46 y sigs.

²⁷ Alterini, Atilio A., *Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, ps. 31 y 32, nros. 19 y 20.

²⁸ Citados por Bustamante Alsina, *op. cit.*, ps. 81-82, nros. 161-164.

²⁹ Citados por Brebbia, *op. cit.*, ps. 62 y sigs.

derse la responsabilidad contractual a los casos de incumplimiento de las obligaciones nacidas de un acto de voluntad unilateral, salvo que exista una remisión expresa de la ley en algún caso particular, como ocurre con el artículo 1870, inciso 5º del Código Civil respecto de la gestión de negocios. No pueden considerarse "casos análogos" los supuestos en que existe acuerdo de voluntades y aqueéllos en los que no lo hay. Además, en el caso de los contratos anulados, el artículo 1065 de nuestro Código Civil prescribe la aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual.

Por nuestra parte, creemos que deben formularse algunas distinciones. Si se acepta, como dice Brebbia, que salvo en la responsabilidad por actos nulos o anulables (en que existe acuerdo, aunque viciado), los demás casos de responsabilidad *in contrahendo* se producen en situaciones de actos de voluntad unilateral²⁹, no nos parece tan claro que pueda hablarse de responsabilidad extracontractual. Porque si bien es cierto que en esos casos no hay un contrato preexistente, también lo es que no se da el supuesto característico de responsabilidad extracontractual, en el cual la obligación violada (*noeminen laedere*) es impuesta directamente por la ley, sin intervención de la voluntad del individuo. En los casos de voluntad unilateral, en cambio, la obligación es impuesta por el individuo a través de su acto unilateral: él se obliga por su propio designio. Y en este sentido, el caso se aproxima bastante a aquel en que existe un contrato entre las partes. La única diferencia radica en el hecho de que en un caso la voluntad será vinculante por la sola manifestación unilateral del individuo, mientras que en el otro se requerirá también el consentimiento de la contraparte. El tema se vincula además creemos con la doctrina de los actos propios, y, de aceptarse que la responsabilidad precontractual se fundamenta en la violación de obligaciones nacidas de la voluntad unilateral, y que en tales casos se aplican las normas sobre responsabilidad contractual, surge la cuestión de si sería aplicable en el caso la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, con la consiguiente diferencia que ello implica, para una calificada doctrina³⁰, en cuanto al factor de atribución de responsabilidad.

²⁹ Brebbia, *op. cit.*, p. 60, nro. 6.

³⁰ Bueres, Alberto J., *El Acto lícito*, Hammurabi, Bs. As., 1986, ps. 53 y sigs.

³¹ Brebbia, *op. cit.*, ps. 77 a 81 y 82.

No obstante, creemos que, dado que nuestro Código Civil no sienta principios generales acerca de la eficacia jurídica de la voluntad unilateral, no cabe admitir, como lo hace Brebbia utilizando el principio de analogía²¹, obligaciones surgidas de tal fuente salvo en los casos expresamente legislados por el Código. Coincidimos pues con autores como Borda, para quien "no toda declaración unilateral de voluntad produce efectos obligatorios para el declarante". Y ello porque "como regla, nadie puede obligarse por su oferta o propuesta mientras ésta no sea aceptada". Por ello, sólo debe admitirse la fuerza vinculante de la voluntad unilateral "cuando la ley le atribuye ese carácter en vista a un resultado socialmente deseable"²². Esta es la solución de los códigos italiano, alemán, suizo de las obligaciones, portugués, brasileño, peruano y mexicano. Asimismo, la Ley de Unificación Civil y Comercial de 1987, vetada por el Ejecutivo, establecía en su artículo 2266 que las declaraciones unilaterales de voluntad "producen obligaciones jurídicamente exigibles cuando la ley o el uso les atribuyen esa aptitud", acotando de este modo su ámbito *jurígeo*.

Creemos, en resumen, que:

a) En los casos de ruptura arbitraria de las tratativas, la responsabilidad es extracontractual, pues las partes no se hallan vinculadas por un contrato, ni hay obligaciones surgidas de un acto de voluntad unilateral.

b) En los casos de actos nulos o anulables, la responsabilidad es también extracontractual, en función de lo preceptuado por el artículo 1056 del Código Civil.

²¹ "Unilateralmente, en los casos en que se vejan de forma voluntaria de retirar la oferta, o el oferente se obligue a mantenerla durante un tiempo determinado (art. 1150, Cód. Civil), y se la retracte, o cuando una parte ha aceptado la oferta ignorando la retractación, muerte o incapacidad sobreviniente del proponente (art. 1156, Cód. Civil), estamos en presencia de obligaciones surgidas de la voluntad unilateral del declarante, pues en este caso está expresamente reconocida por la ley su eficacia *jurígea*. Y aquí surge nuevamente el problema acerca de si la responsabilidad es contractual (por aplicación analógica de las normas de este ámbito de responsabilidad) o extracontractual (por no preexistir un acuerdo entre las partes). Como

²² Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. I. Perrot, B. A., p. 29, nro. 18.

hemos visto, ambas posiciones cuentan con buenos argumentos a su favor, siendo difícil encontrar razones concluyentes para adscribirnos a una u otra de estas posturas. Autores de la talla de Beffi Boggero han afirmado inclusive que en el caso de los artículos 1150 y 1156 del Código Civil "no cabe la responsabilidad contractual ni la aquiliana", sino que "tenemos aquí clara y categóricamente un caso de declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones"²². Creemos no obstante que este último planteo lleva a un callejón sin salida cuando se trata de establecer qué normas se aplicarán para regular, verbigracia, la extensión del resarcimiento en estos casos. Dado que no jugarían aquí las normas de la responsabilidad contractual (arts. 520 y 521, Cód. Civil), ni las referidas a la responsabilidad aquiliana (arts. 901 a 906, Cód. Civil), deberíamos forzosamente concluir que nos hallamos frente a una laguna normativa, por no contemplar nuestro Código otras reglas que las correspondientes a las dos esferas nombradas.

A nuestro entender, no estamos aquí ante un *tertium genus* insusceptible de encuadrarse en una u otra órbita de responsabilidad. Creemos que la solución debe buscarse en el artículo 16 del Código Civil, que nos conduce a aplicar a los supuestos que tratamos la normativa sobre responsabilidad contractual. Lo que los artículos 1150 y 1156 contemplan son casos en que se viola una obligación preexistente, que reconoce como fuente un acto jurídico unilateral (es decir, un acto de voluntad unilateral). No hay, pues, ningún deber genérico violado, sino uno muy específico creado por la voluntad del declarante. La interpretación analógica nos lleva a concluir que deben aplicarse al caso las reglas de la responsabilidad contractual.

La Comisión N° 1 de las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático trató el tema que nos ocupa y produjo un despacho unánime según el cual "la responsabilidad precontractual se rige por las normas generales de la responsabilidad civil y, en forma específica, por las propias de la responsabilidad extracontractual".

²² Beffi Boggero, Luis María, voz "Responsabilidad" en *Enciclopedia Jurídica Orbeo*, t. 24, p. 837.

V. FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Dice Vázquez Ferreyra que la idea de "factor de atribución" no stañe "ni a la causación psicofísica del hecho (atribuibilidad o autoría), ni al sujeto en sí mismo (imputabilidad), ni a su asentimiento con respecto al acto (voluntariedad)", sino que "tiene fundamentalmente a enlazar la actitud del sujeto (examinada a partir de pautas subjetivas u objetivas), ahora en relación con las consecuencias dañosas del acto"²⁴. Es, diremos nosotros en resumidas cuentas, la razón de justicia por la cual debe responder el sindicado como responsable.

En punto a la responsabilidad precontractual, la doctrina ha enunciado varios posibles factores de atribución. Así, la doctrina mayoritaria afirma que éste se encuentra en el artículo 1109 del Código Civil: las hipótesis de responsabilidad *in contrahendo*, dice Bustamante Alsina, "no escapan al principio contenido en el artículo 1109 del Código Civil, por lo que todo aquel negociador que incurre en culpa en las tratativas de un contrato (...) debe resarcir el daño causado a la otra parte"²⁵. También Brebbia se manifiesta partidario de esta tesis general²⁶. Se ha dicho también que los casos que tratamos son supuestos de "responsabilidad legal". Tal tesis fue sostenida por Windscheid en el Derecho alemán, y es pasible de la crítica que le formula Brebbia, en el sentido de que si la ley en cada caso debe establecer expresamente cuándo existe responsabilidad, la teoría no tendría ninguna relevancia práctica²⁷. Por último, se ha sostenido que el factor de atribución estaría constituido por el artículo 1071 del Código Civil, que no ampara el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos. Spota es el principal sostenedor de esta última postura²⁸.

La Comisión N° 1 de las V Jornadas... (vid. nota 1), emitió por unanimidad el siguiente despacho (en lo tocante al factor de atribución): "la imputación jurídica se genera por apar-

²⁴ Vázquez Ferreyra, Roberto, "Los presupuestos de la responsabilidad civil", en *Jornadas sobre Responsabilidad Civil*, Cáceres, diciembre de 1988.

²⁵ Bustamante Alsina, op. cit., p. 82, nro. 164.

²⁶ Brebbia, op. cit., p. 69.

²⁷ Brebbia, op. cit., pá. 64 y 65.

²⁸ Brebbia, op. cit., pá. 92 y 93.

tamiento de la buena fe, del ejercicio regular de los derechos, o por comportamientos culposos o dolosos. En la reparación del daño involuntario, el factor de atribución es la equidad". A su vez, la Dra. María M. Agogliá propugna el siguiente agregado: "el deber de responder también se puede fundar en el factor garantía (arts. 1155 y 1156, Cód. Civil)".

Creemos que lo hasta ahora dicho merece algunas precisiones. En primer lugar, no parece que la buena fe, en cuanto tal, pueda constituirse en un factor de atribución de responsabilidad. Más bien puede decirse que el art. 1198 del Cód. Civil, al establecer el deber de las partes de obrar "de buena fe" en la celebración del contrato, impone una serie de obligaciones (vid. *supra*, punto III.a.2) cuya violación por las partes traerá aparejada su responsabilidad. Pero en este caso, el factor de atribución no será la "buena fe", sino, según la postura que se adopte, la culpa, el ejercicio antifuncional de los derechos, etcétera...

Estamos de acuerdo con el despacho arriba citado en que, en caso de daños causados en el período precontractual por actos involuntarios, el factor de atribución será la equidad (art. 907, Cód. Civil), y, por ende, la responsabilidad será de índole objetiva. En relación a los demás casos, habrá que distinguir:

a) Los casos de caducidad o revocación de la oferta (en este último supuesto, siempre que el oferente se obligue a mantener la oferta por cierto tiempo, o a no revocarla), están regidos por los artículos 1156 y 1150, respectivamente (vid. *supra*, punto III.b). Respecto al supuesto de renuncia de la facultad de retirar la oferta, observa la doctrina que tal principio "se puede aceptar únicamente si se lo interpreta en el sentido de que mientras no exista otra declaración de voluntad en contrario, la oferta permanece vigente *sine die*, pero no si se estima que tal irrenunciabilidad, una vez declarada, no puede ser dejada sin efecto en ningún tiempo", pues el Derecho no permite una inmutabilidad permanente en las relaciones creditorias²⁹. Sin embargo, si la aceptación se produce luego de revocada la oferta, pero esta revocación no ha llegado a conocimiento del aceptante, el contrato queda perfeccionado, según Brebbia. También afirma este autor que la muerte o incapacidad del oferente no implica la caducidad de la oferta si el

²⁹ Brebbia, *op. cit.*, p. 129.

destinatario la ha aceptado antes del impedimento, y aun cuando el oferente no haya conocido tal aceptación⁴⁰. En caso de mantenimiento de la oferta durante un plazo determinado, la aceptación de la misma producida en cualquier momento antes del vencimiento del plazo tiene por efecto el perfeccionamiento del contrato, haya o no habido retractación de la promesa⁴¹.

Resumiendo: sólo en el caso del artículo 1156 existe la obligación de pagar "pérdidas e intereses". En los otros supuestos, puede darse el perfeccionamiento del contrato en los casos reseñados más arriba. En cuanto al supuesto del artículo 1155, según el cual si el aceptante retractare la aceptación después de haber llegado al conocimiento del oferente debe resarcir "las pérdidas e intereses" que la retractación causare a este último, "si el contrato no pudiera cumplirse de otra manera", estamos aquí en presencia de una verdadera responsabilidad por incumplimiento contractual, pues el contrato se perfeccionó ya con el envío de la aceptación al oferente (art. 1154, Cód. Civil) (según se vio *supra*, punto III.b).

Ahora bien, supuesto el caso del artículo 1156 (caducidad de la oferta o su retractación, cuando la otra parte aceptó la oferta sin conocer estas circunstancias), en que la ley obliga al oferente (o sus herederos) a reparar, ¿cuál es el factor de atribución? Para Parellada, se trataría de un caso de responsabilidad por actos lícitos⁴². Brebbia, en cambio, encuentra "la explicación" de tal responsabilidad en "la fuerza jurídica que la ley acuerda en general a la voluntad unilateral"⁴³ con lo cual, en el fondo, nada dice acerca del factor de atribución. En efecto: una cosa es saber cuál es la fuente de la obligación (indudablemente, lo es la voluntad unilateral), y otra muy distinta saber cuál es la razón legal para responder (y en este último caso, si el factor es subjetivo u objetivo). Vimos ya que la Dra. María M. Agolía considera este caso como una aplicación del factor "garantía"⁴⁴.

⁴⁰ Brebbia, *op. cit.*, p. 129-130.

⁴¹ Brebbia, *op. cit.*, p. 130 y abundante doctrina que cita en nota 7.

⁴² Parellada, Carlos A., en ponencia presentada a Comisión Nº 1... (verf. nota 1). Tal opinión fue incluida en el despacho de la Comisión 1 y adhirieron a la misma, entre otros, Bueres, Gesualdi, Agolía, Beragino, Mesa y Goldenberg.

⁴³ Brebbia, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁴ Agolía, María M., Ponencia para la Comisión Nº 1... (verf. nota 1).

Por nuestra parte, no dudamos en afirmar que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva fundada en la garantía. En efecto, en virtud de su declaración unilateral de voluntad, el oferente asume una obligación "de resultado", consistente en garantizar al aceptante contra la eventualidad de su muerte, incapacidad sobreviniente o retiro de la oferta, siempre que éste no conozca dichas circunstancias.

Coincidimos además con la afirmación de que, en este caso, estamos ante un supuesto de responsabilidad por actos lícitos: el obrar del oferente no es en sí antijurídico, pero en caso de que genere daños, lo obliga a reparar.

b) El segundo supuesto que se nos presenta es el que denominamos genéricamente "ruptura arbitraria de las tratativas", y en el que podemos además incluir la violación a alguna de las otras obligaciones ya enumeradas (*vid. supra*, punto III.a.2) que surgen del artículo 1198, primer párrafo del Código Civil.

No creemos que deban hacerse distinciones, en punto al factor de atribución de responsabilidad, entre el momento anterior y el posterior a la emisión de la oferta, puesto que ésta, en principio (y salvo los casos que hemos visto), puede ser retractada mientras no haya sido aceptada (art. 1150, Cód. Civil), por lo que el hecho de formularla no importa para el oferente la sujeción a ninguna obligación especial.

Cuando uno de los contratantes causa un daño a otro por violación de alguno de los deberes que impone la buena fe, por retiro arbitrario de las tratativas, o por revocación de la oferta⁴⁵, surge la cuestión de cuál es el factor de atribución. Como hemos visto, dos son los criterios principales esgrimidos por la doctrina en estos supuestos: la culpa aquiliana y el abuso del derecho. Creemos que no es posible inclinarse dogmáticamente por uno u otro de estos factores sin antes hacer un análisis detenido de los supuestos en los que se aplica cada uno de ellos.

La doctrina moderna predica la llamada "unidad de la culpa": ella es ontológicamente similar, ya se trate de culpa contractual o extracontractual⁴⁶. Por ello, se considera válida para ambas órbitas de responsabilidad la definición dada por

⁴⁵ Nos referimos siempre, en este apartado, a la llamada "oferta simple", es decir a la que puede retractarse en cualquier momento mientras no sea aceptada.

⁴⁶ Bustamante Alsina, *op. cit.*, p. 71.

Véase en el artículo 512: "la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". El Código impone, pues, un genérico deber de previsión, cuya violación constituye culpa. Esta puede consistir tanto en "negligencia" (falta de adopción de los cuidados debidos), "imprudencia" (cuando el sujeto obra precipitadamente y hace más de lo que debe) e "impericia" (falta de saber teórico o práctico en la materia del propio oficio)⁴⁷. Dos son los elementos de la culpa: omisión de la diligencia debida y ausencia de mala fe⁴⁸. Agreguemos que la culpa supone, como expresa Liambías, una "imputabilidad de primer grado" (discernimiento, intención y libertad), y una "de segundo grado" (ausencia de la diligencia debida)⁴⁹. Cabe aclarar que, para la doctrina que considera a la culpa el factor de atribución de responsabilidad *in contrahendo*, también podría serlo el dolo, en la medida que el agente tenga intención de dañar (art. 1072, Cód. Civil).

En cuanto al abuso del derecho, su distinción de la culpa como factor de atribución se torna algo dificultosa por el hecho de que, para algunos doctrinarios, aquí también hay, en el fondo, un obrar negligente. Así, afirma Brebbia que "siempre que se ejerce un derecho de manera contraria a los fines que la ley tuvo en cuenta al reconocerlo, se presume la existencia de culpa"⁵⁰. Del mismo parecer es Fleitas, para quien el acto abusivo sería una variedad del acto ilícito, con matices propios que lo diferencian del delito y del cuasi delito. La virtud de la teoría radica, para este autor, en ensanchar el campo de aplicación de la culpa, al sostener que se puede incurrir en ella aun al ejercer una prerrogativa jurídica⁵¹. De la misma tesitura es Liambías⁵².

⁴⁷ Mayo, Jorge A., Código Civil Comentado, dirigido por Belluscio, coordinado por Zannoni, comentario al art. 512, pá. 828/828.

⁴⁸ Altarini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M., "Aspectos de la teoría de la culpa en el derecho argentino", *Derecho de Daños*, p. 123.

⁴⁹ Liambías-Raffo Benagüe-Saastot, *Manual de Derecho Civil - Obligaciones*, Perrot, B. A., 1967, p. 664, nro. 1370.

⁵⁰ Brebbia, *op. cit.*, p. 68.

⁵¹ Fleitas, Abel, *El Abuso del Derecho*, p. 34, nro. 5.

⁵² Liambías, *op. cit.*, p. 727, nro. 1662.

La doctrina mayoritaria, no obstante, considera que el art. 1071 genera un deber de reparar de carácter objetivo, con prescindencia de toda idea de culpa. Bustamante Alsina, por ejemplo, luego de reseñar los distintos criterios que en el derecho comparado se utilizaron para caracterizar el abuso del derecho (intencional, técnico, económico, funcional o finalista y ético), afirma que "nos hallamos sin duda en presencia de un factor de atribución del daño que funciona con independencia de la culpa"⁵³. En el mismo sentido, afirma Mosset Iturraspe que el abuso del derecho no es asimilable al acto ilícito, por ser un acto desviado respecto de su fin, mientras que el acto ilícito excede los límites del Derecho⁵⁴. En igual sentido se manifiesta Cifuentes⁵⁵. Kemelmajer de Carlucci, por su parte, explica que para algunos doctrinarios la teoría queda totalmente subsumida en el acto ilícito (caso de Orgaz), y para otros es una especie dentro de ese género, que se caracterizaría por una contrariedad con el derecho no inicial, sino sobreviniente. Luego se manifiesta contraria a estas tesis, aunque aclara que, de todos modos, en la mayoría de los casos de abuso, la culpa surge *in re ipsa*⁵⁶.

En nuestra opinión, es evidente que el abuso del derecho es un factor objetivo de atribución. En primer lugar, porque nada en el artículo 1071 indica que para su funcionamiento debe mediar culpa. Por lo cual no es necesario demostrar culpa alguna de quien ejerce su derecho en forma antifuncional, para hacerlo responder; más allá de que en la mayoría de los casos de abuso haya o no culpa, lo importante es que ella está fuera de cuestión. En segundo lugar, porque, como afirma Condorelli, la teoría contraria resta personalidad propia a la teoría del abuso del derecho, haciéndola superflua⁵⁷.

Una vez establecido lo que antecede, pasemos a indagar qué requisitos deben darse para considerar que ha habido un acto abusivo. Para Cifuentes⁵⁸, es necesario: a) que el ejercicio del derecho sea contrario al fin del ordenamiento al reconocer la facultad; b) que sea incompatible con la buena fe,

⁵³ Bustamante Alsina, *op. cit.*, p. 416, nro. 1229.

⁵⁴ Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 389, nota 8.

⁵⁵ Cifuentes, Santos, *Elementos de Derecho Civil*, Astrea, B. A., 1988, p. 22.

⁵⁶ Kemelmajer de Carlucci, *Acda: Código Civil Comentado* (Belluscio-Zaneni), Astrea, T. 5, p. 68.

⁵⁷ Condorelli, citado por Kemelmajer, *op. cit.* y *loc. cit.*

⁵⁸ Cifuentes, *op. y loc. cit.*

moral o buenas costumbres; c) que se pueda producir o haya producido un daño grave; d) no es necesario probar la culpa, si se requiere necesariamente la autoría imputable del sujeto actuante. Borda⁸⁸ dice que debe tenerse en cuenta si hay intención de dañar, ausencia de interés, si se ha elegido la vía menos dañosa para ejercer el derecho, si el perjuicio ocasionado es excesivo, si la conducta es contraria a las buenas costumbres, y si se actuó de manera razonable. Por su parte, Kemelmajer de Carlucci⁸⁹ considera que son elementos constitutivos del abuso: la existencia y el ejercicio de una condición permitida dentro del Derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal, y la contrariedad con los fines de la norma o la moral, buena fe y buenas costumbres.

En definitiva, consideramos que las diferencias esenciales entre ambos factores de atribución (culpa y abuso del derecho) son las siguientes:

— En el primero de ellos (culpa), hay un acto que desborda la órbita de facultades del sujeto que obra el acto. Así, si un sujeto daña a otro con un paraguas por la calle, no puede decirse que estemos ante el ejercicio abusivo del derecho constitucional de usar y disponer de la propiedad, o del derecho de dominio, pues el sujeto va más allá de la órbita de ese derecho. En el caso del artículo 1071, en cambio, el agente obra dentro del ámbito de su propio derecho, pero lo hace en forma contraria a los fines perseguidos por la ley, o a la buena fe, la moral o las buenas costumbres.

— La culpa presupone un acto voluntario y negligente; para configurar el abuso, basta con medir objetivamente la contrariedad del acto con los parámetros dados por el artículo 1071.

Así las cosas, nos parece que en la responsabilidad precontractual pueden actuar ambos factores de atribución, y no encontramos ninguna razón valedera para proclamar la aplicación lisa y llana de uno de ellos en todos los supuestos de responsabilidad *in contrahendo*, con exclusión del otro. No obstante que en cada caso concreto deberá evaluarse, en función de las pautas sentadas más arriba, cuál de estos factores es procedente, puede decirse genéricamente que:

⁸⁸ Borda, Guillermo A., *op. cit.*, T. I, Perrot, Ba. As., T. I, p. 52, nro. 25, *eda. varias*.

⁸⁹ Kemelmajer de Carlucci, *op. y loc. cit.*

—En los casos de ruptura arbitraria de las tratativas, o revocación de la oferta, quien realiza estos actos está actuando dentro de la órbita de facultades conferidas a él por el ordenamiento jurídico, ejerciendo su derecho de no contratar, o de revocar la oferta mientras no sea aceptada. En estos casos, el factor de atribución será el abuso del derecho, en la medida en que se contraríen los fines de la ley, o la moral, buena fe y buenas costumbres⁶¹.

—Cuando se viola alguno de los deberes surgidos de la obligación de actuar de buena fe (art. 1198, Cód. Civil), el sujeto obra, en principio, fuera de su órbita de facultades, invadiendo la ajena (no existe un derecho, v. g., a dañar los bienes del otro recibidos en virtud de las tratativas previas, ni a divulgar sus secretos). En estos casos, sólo se responderá por culpa (o, en su caso, dolo).

c) Por último, en los casos de contratos nulos o anulables, no hay ninguna duda de que el factor de atribución es, como regla general, la culpa (art. 1056, Cód. Civil). No obstante, en la venta de cosa ajena, el Código hace responsable al vendedor por las "pérdidas e intereses" sufridos por el comprador que ignoraba que la cosa era ajena, y esto aunque el vendedor "fuese de buena fe". Con lo cual, estamos en este supuesto puntual ante un caso de responsabilidad objetiva, siendo la garantía, a nuestro entender, el factor de atribución.

VI. LA EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO

Es famosa la distinción que formulara Ihering entre "interés positivo" o de cumplimiento, e "interés negativo" o de

⁶¹ En estos casos cobra pleno sentido la afirmación de Spota, para quien "la responsabilidad precontractual es independiente de toda idea de culpa extraccontractual o contractual. Se trata (...) de una conducta antifuncional, abusiva, en el ejercicio de una prerrogativa jurídica de no contratar (op. y loc. cit.). Por otra parte, no creemos fundada la afirmación de Brebbia en el sentido de que los supuestos de retiro de las tratativas o revocación de la oferta "no ensajan" en la hipótesis del art. 1071 del Cód. Civil, pues la facultad de no contratar no puede llegar a ser por sí misma abusiva o antifuncional, a menos que medie culpa (op. cit. de Brebbia, pá. 67-68). Este autor no da ningún argumento para sustentar su afirmación y nosotros no encontramos por nuestra parte ninguno, pues el art. 1071 es una norma general que no hace salvedad alguna y todos los derechos constitucionales se ejercen "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio" (art. 14, Const. Nac.).

confianza. En la responsabilidad por incumplimiento contractual, se resarce el primer tipo de interés, que comprende todo lo que el acreedor tendría si el negocio fuera válido. En cambio, en los daños causados *in contrahendo*, se resarce el interés negativo, que consiste en el daño sufrido por haber creído en la validez del negocio. La doctrina no es conteste acerca de si este segundo supuesto abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante (como lo creen, entre otros, Spota y Brebbia)⁶², o sólo el daño emergente (Lafaille)⁶³. Parte de la doctrina, modernamente, sostiene la inutilidad de la distinción entre daño al interés negativo y al interés positivo. Así, dice Lloveras de Resk⁶⁴ que "la indemnización de la responsabilidad no se encuentra restringida al llamado interés negativo".

Brebbia⁶⁵ realiza las siguientes distinciones:

—En las tratativas anteriores a la oferta, sólo es indemnizable el daño emergente, pero no el lucro cesante, pues entre éste y el hecho ilícito no hay nexo adecuado de causalidad.

—En las ofertas con vinculación relativa (retractables en cualquier momento), la revocación culposa comprenderá daño emergente y lucro cesante, pues por existir una propuesta formal de contrato, hay nexo causal adecuado. Igual resarcimiento rige en el caso del artículo 1156.

—En las promesas y ofertas con vinculación absoluta (como la promesa pública de recompensa), el beneficiario debe exigir el cumplimiento de la prestación objeto del contrato perfeccionado, o de la promesa vinculante, y sólo en su defecto los daños y perjuicios (art. 505, inc. 1ª, Cód. Civil). Mientras en los casos anteriores se resarcía el interés negativo, en este caso se resarce el positivo o de cumplimiento.

—En los casos de contratos nulos o anulables, se indemnizan el daño emergente y el lucro cesante correspondientes al interés negativo.

—En cuanto al daño moral, puede ser indemnizado, según los principios generales.

Por nuestra parte, consideramos válida la distinción entre interés negativo y el positivo. Creemos que en los casos de

⁶² Brebbia, *op. cit.*, p. 168.

⁶³ Lafaille en Brebbia, *op. cit.*, p. 49 y nota 4.

⁶⁴ Lloveras de Resk, María Emilia, Ponencia para la Comisión N° 1... (conf. nota 1).

⁶⁵ Brebbia, *op. cit.*, pp. 219 e 227.

responsabilidad precontractual cabe indemnizar el primero de ellos, que, como afirma Brebbia⁶⁸, puede comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante (por ejemplo, los contratos que se dejaron de celebrar para concluir el que finalmente resultó frustrado). Corresponderá, en su caso, resarcir el daño moral.

Por último, digamos que en los supuestos de ruptura arbitraria de las tratativas, violación de deberes impuestos por la buena fe o vicios del consentimiento, son resarcibles tanto las consecuencias mediatas como las inmediatas (arts. 903 y 904, Cód. Civil), e incluso las casuales, si se las tuvo especialmente en mira (art. 905). En cambio, en los casos de caducidad o revocación de la oferta, que hemos incluido dentro de la órbita contractual, sólo se resarcen las consecuencias inmediatas (art. 520, Cód. Civil); las mediatas, sólo si se actúa con dolo (art. 521), supuesto este último prácticamente imposible en las situaciones contempladas por los artículos 1150 y 1156.

La Comisión N° 1 de las V Jornadas... (vid. nota 1) produjo, en cuanto al tema que nos ocupa, dos despachos contrapuestos, a saber:

Despacho a): "El distingo entre el daño al interés positivo y el daño al interés negativo (o de confianza) es válido para ser aplicado a las cuestiones tratadas" (adhirieron Bueres, Gesualdi, Agoglia, Boragina, Meza, Burgos, Mainard, Laveglia, Brebbia, Casiello, Andorno, Nicolau, Laplacette, Vázquez Ferreyra y Lorenzetti).

Despacho b): "El distingo entre daño al interés positivo y el daño al interés negativo significó, en su hora, un avance en la evolución de la doctrina. Empero, su rigidez y equívocidad lo hacen inconveniente, debiendo precisarse los daños resarcibles" (adhirieron Mosset Iturraspe, Goldenberg y Lloveras de Resk).

VII. RESPONSABILIDAD POSTCONTRACTUAL.

Dice Mosset Iturraspe, en un intento por trazar un paralelo entre los dos temas que aquí nos ocupan, que "la responsabilidad postcontractual, al igual que la precontractual, está fuera del contrato, lateral a él. Esta se ubica en los momen-

⁶⁸ Brebbia, op. cit., p. 220.

tos previos a su formación, aquélla en los posteriores a su extinción⁶⁷.

Para Georg Dahm⁶⁸ "la culpa post contractum, en contraposición a la culpa in contractum, tiene en cuenta las obligaciones que incumben a las partes contratantes después de la perfección y consumación del contrato, de naturaleza accesoria y que no resultan expresamente de lo convenido".

En palabras de Jossierand, "el período al que damos el calificativo de postcontractual principia no a partir de la formación y aun del cumplimiento aparente, aproximativo del contrato, sino sólo después de su plena consumación, de su agotamiento y aun de su disolución, ya sea por acción del tiempo o por el cumplimiento de todas las obligaciones, esenciales o accesorias, inmediatas o a plazo que haya originado"⁶⁹.

Compartimos lo que sugiere Puig Brutau⁷⁰ en el sentido de que la categoría de responsabilidad postcontractual sólo tiene sentido en contraposición a la de precontractual. Lo cierto es que su existencia autónoma es dudosa. Los hermanos Mazeaud son terminantes cuando afirman que "el día que el contrato desaparece deja de producir efectos"⁷¹. Si ello es así, entonces el punto que nos ocupa se ubica cómodamente en el ámbito de la responsabilidad contractual, con las consecuencias que en nuestro sistema vigente ello tiene respecto de la extensión del resarcimiento y del plazo de prescripción.

¿Cuándo se agota un contrato? Podríamos ensayar una respuesta diciendo que ello sucede cuando deja de producir efectos. El cumplimiento de la prestación principal a que se han obligado las partes no agota por cierto los efectos del contrato, pues aun pueden subsistir prestaciones que sean objeto de obligaciones accesorias. Cortar la vigencia del contrato en el momento del cumplimiento de su obligación principal, o aun de su extinción por resolución, rescisión o revocación, implica ignorar responsabilidades que surgen como consecuencias de obligaciones laterales que las partes han asumido co-

⁶⁷ Masset Iturraspe, op. cit., p. 364.

⁶⁸ Dahm, Georg, *Deutsches Recht*, 1951, p. 638, nota 7, citado por Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. I, 3ª ed., 1988.

⁶⁹ Ver "Responsabilidad Postcontractual" en *Enciclopedia Jurídica Oseba*, t. XXIV, p. 962, citado por Jorge Pablo Duvosa, bajo la dirección de Luis María Boffi Boggio.

⁷⁰ Puig Brutau, op. cit., en nota 68.

⁷¹ *Enciclopedia Jurídica Oseba*, loc. cit., por el autor.

mo consecuencia de ese mismo contrato. En definitiva, ¿a qué se obligan las partes al ingresar a un contrato?

¿Sólo a lo que se explicita en su instrumento? La respuesta la daba el antiguo texto del artículo 1198, que nunca debió ser derogado a nuestro juicio, y que rezaba: "Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos". Esta norma tiene sus concordantes en el artículo 1258 del Código Civil español y en nuestra Ley de Contrato de Trabajo (20.744, t.o.), en su artículo 62: "Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad". Este artículo debe leerse en concordancia con el artículo 46 de la LCT, que preceptúa el principio de suficiencia de la expresión del objeto principal del consentimiento.

Siendo éste, entonces, un principio vigente en nuestro Derecho e inherente a la dinámica contractual, concluimos en que la infracción de deberes provenientes del contrato por una de las partes, aun después de cumplidas las obligaciones principales o de producida su rescisión, revocación o resolución, genera una responsabilidad de índole contractual. En efecto, mientras la responsabilidad surja de la violación de un deber que tenga su origen en el contrato mismo, no puede considerarse extinto a éste, por cuanto la vigencia del contrato se mide justamente por la existencia de sus efectos.

La doctrina recoge algunos casos de este tipo de responsabilidad:

—*Violación del deber de lealtad*: Así como éste era una causal de responsabilidad precontractual (conf. *supra*, punto 3), perdura aun cuando una de las partes haya dejado —por ejemplo— de estar al servicio de otra para entrar a trabajar para su competencia. Si la maniobra tiene por finalidad la revelación de secretos industriales o comerciales adquiridos durante la plena vigencia del pacto anterior, el deber emergente de éste se prolonga aun cuando haya cesado la relación jurídica e impone la obligación de reparar el daño injusto causalmente adecuado⁷².

⁷² Mazoned, *Protesto*, T. I, p. 170, citado por Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 364.

—Responsabilidad por ruina de obra por parte del constructor (art. 1646, Cód. Civil), la cual se extiende por diez años de recibido el opus.

—Para Brún⁷³ una vez ejecutado un contrato subsisten prestaciones accesorias que confirman la naturaleza contractual del instituto. Cita como ejemplo la venta de un fondo de comercio, que contiene una cláusula adicional que impide al vendedor adquirir o abrir un establecimiento similar al que ha sido objeto de la transferencia durante un período determinado de tiempo. El pago del precio y la transferencia del fondo no dan por extinto el contrato: esto resulta obvio.

—Para Dahm, son también ejemplos de responsabilidad postcontractual cuando después de terminada la relación de arrendamiento, el propietario permite a su antiguo locatario colocar un rótulo en la puerta del piso o local anunciando su nuevo domicilio comercial. También alude al vendedor de un inmueble que es dueño de la propiedad contigua y edifica de manera que desmerece el valor de aquella propiedad que fue objeto de la venta⁷⁴.

—Vázquez Viñard⁷⁵ hace un tratamiento completo del tema en materia laboral, aunque lo titula —a nuestro juicio impropia— "efectos posteriores a la extinción del contrato" cuando en realidad alude a la extinción de la relación de trabajo, o sea al cese de las prestaciones principales.

Son para este autor obligaciones postcontractuales:

a) La obligación del empleador o sus descendientes de otorgar al trabajador o en caso de su muerte, a sus herederos o familiares indicados por la ley previsional y el artículo 248 LCT, el certificado de trabajo y las indemnizaciones legales.

b) La obligación del trabajador de devolver las herramientas y demás objetos de trabajo no recibidos a título de propiedad. Lo mismo se aplica a la vivienda si hubiera sido parte de la prestación del empleador.

c) Obligación del trabajador de no revelar secretos profesionales, inventos, hechos y actos que hubiesen llegado a conocimiento con motivo de la relación cuando esto, por supuesto, inflija un daño. De lo contrario, faltaría un presupuesto de

⁷³ Brún-Josserand, citado en *Enciclopedia Jurídica Orbea*, loc. cit.

⁷⁴ Dahm, Georg, citado por Puig Brutau, op. y loc. cit.

⁷⁵ Vázquez Viñard, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, T. I, Astrea, Bs. As., 1992, p. 536, párr. 114.

responsabilidad en el Derecho privado. Al referirse a este ejemplo, Vialard habla de que la acción de reparación debe fundarse en el Derecho común por hallarse extinta la relación. Omite decir que este deber no existiría de no haber mediado un contrato, y representa uno de los últimos estertores de su agotamiento.

Por lo expuesto, pensamos que a diferencia de la responsabilidad precontractual, la denominada postcontractual carece de una autonomía conceptual importante. Puede mantener su interés la denominación si la acotamos a la violación de deberes emergentes de un contrato una vez que éste se ha extinto por alguno de los modos legales, entre los que se halla, por supuesto, el cumplimiento de sus obligaciones principales. La extinción de un contrato es un proceso que no se agota en un acto; mientras puedan reconocerse efectos que no habrían existido de no haberse celebrado un acuerdo de voluntades, habrá vestigios de un contrato vigente. La relevancia práctica reside en la ubicación de esta responsabilidad en la órbita contractual. Si nuestra legislación consigue superar las engorrosas diferencias entre las dos órbitas, esta discusión dejará afortunadamente de tener sentido, y el Derecho sólo se preocupará por erigirse en un instrumento eficaz para la reparación del daño injustamente sufrido, más allá de cómo se haya causado³⁸.

VIII. CONCLUSIONES

1) Habrá responsabilidad precontractual cuando por ruptura arbitraria de las tratativas, viciación del consentimiento, caducidad o revocación de la oferta o violación de los deberes impuestos por la buena fe durante las negociaciones previas a la celebración de un contrato, se cause un daño injusto, causalmente adecuado e imputable a su autor a título de ejercicio abusivo de los derechos, culpa, dolo, equidad o garantía.

2) La responsabilidad precontractual tiene lugar en nuestro Derecho en los siguientes casos:

a) Ruptura arbitraria de las tratativas previas a la cele-

³⁸ En palabras de López Olaciregui, José María, "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", *R.D.C.C.*, T. II, agosto de 1978.

bración de un contrato (ya sea antes o después de formulada la oferta);

b) Caducidad o revocación de la oferta (supuestos contemplados en los arts. 1150 y 1156, Cód. Civil);

c) Violación de los deberes que impone el artículo 1198, primer párrafo del Código Civil (obrar "de buena fe" en la celebración del contrato);

d) Nulidad del contrato por vicios del consentimiento (art. 1056, Cód. Civil).

3) La responsabilidad se enmarca en la órbita extracontractual de los supuestos (a), (c) y (d) reseñados *supra*. En el supuesto (b), la responsabilidad es de índole contractual.

4) En el supuesto (a), el factor de atribución de responsabilidad es el ejercicio abusivo de los derechos; en (b) lo es la garantía legal; en (c), la culpa o el dolo; y en el supuesto (d) el factor es también subjetivo (culpa o dolo), salvo para el caso de venta de cosa ajena (garantía legal).

5) La llamada "responsabilidad postcontractual" no es diferencia de la surgida del incumplimiento del contrato, siendo en realidad parte de ésta. Ello, porque el contrato no se agota sólo con la producción de sus efectos principales.

UNIVERSITARIAS

EL PROFESOR MANUEL ATIENZA (Crónica, comentario y entrevista)

LEANDRO MARTÍN PARRARELLA

I. INTRODUCCIÓN

Desde mediados del mes de agosto de 1993 y hasta principios de setiembre del mismo año, el profesor Manuel Atienza visitó la República Argentina con el propósito de brindar una serie de conferencias y un seminario. Aquellas se ofrecieron en las ciudades de Buenos Aires y Mar del Plata, y en Córdoba se realizó el seminario.

Desafortunadamente, sólo tuve la oportunidad de asistir a las conferencias que se efectuaron en Buenos Aires. El motivo de este trabajo, en una de sus partes, será el de reflejar las tesis y puntos de vista de Atienza expuestos en ellas. Por ello, adelante que en las mismas se referirá a los temas siguientes, a saber:

- la libertad de expresión;
- el dilema de los jueces de sentenciar ante una cuestión moral; y
- el derecho a la vida¹.

Posteriormente, el conferencista tuvo la gentileza de concederme una entrevista, en la que se exployó sobre diversos temas, referidos a los puntos tratados en sus conferencias.

¹ Estos temas los ha desarrollado en su reciente libro *Tras la Justicia*, editado por Ariel (Barcelona), y en el que presenta una introducción al Derecho sobre la base de varios casos judiciales y un caso legislativo.

Al llegar a este momento, estoy en condiciones de plantear el objeto del presente trabajo. Estructuralmente, el mismo se compondrá de cuatro partes. Debe advertir el lector, antes de introducirse en cada una de ellas, que la secuencia no tiene relación cronológica con el hecho de haber asistido, primero, a las conferencias, y luego haber entrevistado al profesor Atienza. De este modo, en la primera parte, se transcribirá la respuesta que da Atienza acerca de sus inicios en la Filosofía del Derecho. Luego, habrá una crónica sucinta de las conferencias a las que, en su momento, asistí. Es por ese motivo que sólo se plantearán (como ya dije) las tesis y puntos de vista de Atienza, de un modo descriptivo, y sin otro contenido que lo expresado por el conferencista. Después, haré un breve comentario a las conferencias. Y finalmente, el lector accederá al texto de la entrevista.

Antes de adentrarme en el desarrollo de este trabajo, es mi deber aclarar que la primera, segunda y cuarta partes fueron leídas y revisadas por el profesor Atienza. En cambio, la tercera parte (en la que efectúo los comentarios) no ha estado en las manos del entrevistado. Por lo tanto, me coloco como único responsable frente a las críticas que pudieran surgir de su lectura. Como, quizá, sea el conferencista el principal interesado en plantearlas (dado que no pudo acceder a ésta, la versión final, por su regreso a España), considero que si bien esta parte puede llegar a jugar en contra de la unidad del trabajo, el profesor Atienza debe tener la última palabra. Por esa razón, la entrevista culmina esta exposición.

No me queda más que agradecer al profesor Manuel Atienza haberse brindado cordialmente a ser entrevistado y a revisar los borradores. El mismo agradecimiento corresponde que se lo brinde a los profesores Martín Diego Farrell, Eugenio Bulygin, y Gustavo Lázaro Lipkín, quienes han aportado sus ideas esclarecedoras para un mejor planteo del trabajo.

II. EL PROFESOR MANUEL ATIENZA

LyE: —¿Cuándo comenzó a transitar el camino de la Filosofía del Derecho y debido a qué motivaciones?

M.A. —Terminé mis estudios de Licenciatura en Derecho en 1973, en la Universidad de Oviedo, España. En ese momento pude conseguir una beca y la designación de profe-

sor ayudante para empezar a hacer Filosofía del Derecho. Por diversos azares, mi tema de tesis de doctorado, cuyo tema era inicialmente "La Filosofía del Derecho en Latinoamérica", cambió, ya que noté que, entre todos los países del continente, la que más se destacaba era Argentina, por lo que reubiqué el tema de la tesis, el que finalmente fue *La Filosofía del Derecho argentina en la actualidad*, editada posteriormente por Editorial Depalma.

Entre 1973 y 1976 elaboré mi tesis doctoral, consiguiendo una beca en 1975 para visitar Argentina, conocer a los autores de los que me estaba ocupando, y recabar más material. Eso fue lo que más determinó mi vocación iusfilosófica y mis trabajos posteriores. Acabé la tesis un año después, y la leí en 1976. Desde entonces he seguido manteniendo contactos frecuentes con los exponentes de la Filosofía del Derecho argentina de las tendencias analítica y crítica. Diría que mi labor más importante fue la de servir de nexo entre ésta y la española, ya que, hasta mi viaje del '75, prácticamente no se conocía a nadie en la península, con excepción de (Carlos) Cossio. Después de él, a nadie más. En concreto, creo haber sido el primer lector español de *Normative Systems*² de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, y considero a esta obra la más importante de este siglo después de *El Concepto de Derecho*, de Herbert Hart. La situación a la que me enfrenté en el momento de encarar la tesis contrasta mucho con la actual, pues existe un intercambio constante entre Argentina y España, y la influencia de los autores analíticos argentinos en mi país es considerable.

A mi vuelta a España, continué mi carrera académica siendo profesor en las universidades de Oviedo, Valencia, Autónoma de Madrid, Alcalá de Henares, Palma de Mallorca, y, desde hace diez años, en la de Alicante, con breves interrupciones. Las mismas se deben a que he desempeñado tareas catedráticas en Alemania (un año), Milán y Harvard. En la actualidad, soy director de la revista *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, que edita la Universidad de Alicante y el Centro de Estudios Constitucionales (Madrid).

LJE: —¿Qué autores lo impresionaron por sus teorías? ¿Adhiere, total o parcialmente, a alguna de ellas? A lo mejor,

² N. del R.: Existe traducción al castellano, realizada por los mismos autores. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Astrea, Buenos Aires, 1975.

ha tomado de cada autor lo que considera que es su mejor o más apropiada exposición. En tal caso, ¿qué partes y de qué autores?

M.A. —A lo largo del tiempo (ya llevo veinte años trabajando en Filosofía del Derecho) no han sido exactamente los mismos autores; es decir que no hay constancias importantes. A mi llegada a Argentina, traía una doble formación. De filosofía analítica, por un lado. Había estudiado Lógica en la Universidad de Oviedo, y me mantenía en contacto con lo poco que había de Filosofía analítica del Derecho en España, que era, básicamente, *El Derecho como Lenguaje*, de Juan Ramón Capella. Por otro lado, mi otra formación es de tipo sociológico, no marxista, porque nunca me he considerado tal, pero diría en la inspiración, en la tradición de pensamiento de la preocupación social, de tratar de conectar las teorías del Derecho con cuestiones sociales.

Respecto a la influencia de autores extranjeros, aparte de los argentinos, está dada por Kelsen, Hart, Ross y Bobbio que me siguen pareciendo los cuatro nombres más importantes en Filosofía del Derecho. Y la que tuve de autores españoles está dada por dos autores: Elías Díaz y Juan Ramón Capella. El primero significó el tránsito del viejo iusnaturalismo a la irrupción de las nuevas corrientes. Fui su ayudante de cátedra y luego su adjunto. Hizo una gran apertura de la Filosofía del Derecho. Mientras que a Capella lo considero el autor más creativo de la generación anterior a la mía.

III. CRÓNICA DE LAS CONFERENCIAS

En este apartado se expondrá el contenido de las conferencias que el profesor Atienza brindó en la ciudad de Buenos Aires.

1) *La libertad de expresión*

En 1985, la revista *Tiempo* anunció la llegada de cazadores de criminales de guerra nazi para atrapar al ex-jefe de los SS, León Degrelle. Este, a su vez, en una entrevista había negado la participación del Dr. Mengele en las ejecuciones masivas de judíos que se efectuaron en el campo de concentración de Auschwitz, e incluso había puesto en tela de juicio la existencia de campos de concentración.

Al leer estas declaraciones, Violeta Friedmann, ciudadana española, nieta de judíos exterminados en Auschwitz, inició una demanda contra Degrelle, el periódico y sus redactores por haber atentado contra su honor. En primera instancia, se rechazó la petición de reparación por aducirse falta de legitimación activa y por no existir daño evidente. Este mismo fallo fue confirmado en segunda instancia y por el Tribunal Supremo de Madrid.

Luogo de las tres sentencias adversas, se recurrió, mediante un amparo, al Tribunal Constitucional. Se adujo que se veían violentados dos derechos que la Constitución española protege, a saber, el de igualdad y el de tutela judicial. Así, llegaba a la máxima instancia española un caso en el que se ponían en juego dos principios, el de la libertad de expresión y el del derecho al honor. Y uno debía primar por sobre el otro.

Antes de decidir sobre la cuestión de fondo, consideró que la recurrente tenía suficiente legitimación como para incoar la demanda, porque, si bien no tenía un derecho subjetivo para hacerlo, sí poseía un interés legítimo (primera argumentación). Pero el Tribunal falló de un modo que Atienza llamaría "antiformalista", puesto que no se basó en reglas, sino en principios. Asimismo, encontró que la parte actora no había sido excluida de su derecho a la tutela judicial (también de manera antiformalista), pasando a referirse directamente al fondo de la cuestión (segundo argumento). (Es deber mencionar que estos dos argumentos fueron utilizados por las instancias anteriores para desestimar la acción.)

El Derecho que el Tribunal debería haber aplicado en ese caso tornaba dificultosa la posibilidad de lograr una sentencia a favor de la demanda que presentó Violeta Friedmann. Mas, el Tribunal Constitucional se basó en un tercer argumento, por el que falla a favor de la demandante. La razón fue que en los casos en que la libertad de expresión atenta contra individuos, debido a la discriminación o a la xenofobia de la que se encuentran impregnados los dichos, el principio del derecho al honor debe prevalecer por sobre el de la libertad de expresión.

El profesor Atienza, al igual que otros juristas españoles, critica este fallo por considerarlo una decisión equivocada. Sin embargo, la sociedad lega en Derecho lo apoyó.

El catedrático lo considera así, pues este fallo vino a trastrócar la jurisprudencia que sobre libertad de expresión existía hasta ese momento en España. Se hizo primar al derecho al honor por sobre la libertad antes mencionada, por lo que se podrían generar, con posterioridad, situaciones en las que comenzaría a prevalecer el principio del derecho al honor y no las reglas que lo tutelan de abusos a la libertad de expresión.

2) *Sentenciar ante un dilema moral: el caso de los insumisos*³

En marzo de 1992, el juez español Calvo Cabello, en contra de lo que establecía la regla, absolvió a un insumiso, en vez de condenarlo a dos años, cuatro meses y un día de prisión, como debería haber hecho.

La sociedad española adhirió al fallo, mientras se generaban críticas por parte de los juristas (como en el caso comentado anteriormente). El profesor Atienza dio las razones por las que el juez Calvo Cabello falló a favor de la absolución del insumiso. Estas eran:

I.- El deber de cumplir el servicio social sustitutorio (ya que se negaba a realizar el servicio militar) es un deber *per se*, puesto que no existe un bien jurídico protegido por el mismo. El no realizar el servicio social no es perjudicial para la sociedad como puede llegar a ser la desertión del servicio militar.

II.- La actitud del insumiso se debe a una conciencia auténtica del mismo.

III.- Además es coherente con sus principios éticos.

IV.- Su comportamiento respecto del proceso era supererogatorio, porque aceptaba la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión, la que no pensaba recurrir.

V.- Pertenecía a un grupo de desobediencia civil que actúa de modo pacífico, sin violencia.

VI.- El juez se enfrentaba a un conflicto entre la conciencia y la ley, la persona y el Estado.

Por las seis razones enumeradas anteriormente, más el hecho de que el caso configuraba un supuesto de estado de necesidad el juez decidió dejar libre, sin culpa ni cargo al insumiso, dejando de aplicar la regla pertinente.

³ Se considera insumiso a aquella persona que no oñe objeto el servicio militar, sino que también se niega a realizar la prestación social sustitutoria.

En este caso, a diferencia del anterior, el profesor Atienza apoya el fallo. Basa su posición por medio de contra-argumentos, que utiliza para rebatir los fundamentos de los que critican la sentencia. Estos son:

a) *Argumento de la universalidad*: Los contrarios a la decisión tomada alegaron, en su momento, que, tamaña decisión permitiría absolver a un universo mucho mayor que el del grupo de insumisos en cuestión, y podría ser aplicado en otros casos. El fundamento está dado porque consideran que la *ratio decidendi* es que "la conciencia prima sobre la ley".

Atienza contesta con que la *ratio* que mencionan los que critican el fallo es incompleta, pues la misma no sólo es la sexta razón de la sentencia, sino también las cinco anteriores. Con ello, se amplía la misma, restringiéndose su próxima aplicación para los casos que cumplan con los seis fundamentos de la sentencia, y no únicamente con el último.

b) *Argumento de las consecuencias*: Los críticos hablan de tres consecuencias negativas. La primera es que el fallo produciría una cierta desconfianza en el sistema, pues se pondría en peligro el gobierno de las leyes para pasar a uno de jueces. Atienza contesta señalando que el argumento del juez Calvo Cabello pretende ser jurídico, ya que parte de un principio, como es el de autonomía del individuo, y le da contenido al mismo.

La segunda consecuencia negativa es la de que este fallo implica la politización de la Justicia, a lo que Atienza refuta, mostrando que si el fallo hubiese sido de acuerdo a lo que prescribía la regla, es decir, una sentencia condenando al insumiso, existía también un compromiso político por parte del juez, en tal caso.

Por último, la tercera consecuencia era la de provocar una erosión del ejército español, al permitir la negativa del insumiso con respecto al deber de realizar su deber. A esto, Atienza contesta expresando que si existe erosión, es la de un determinado modelo de ejército, pero no al ejército como tal.

c) *Argumento de la coherencia*: La crítica se basa en que se está atentando contra el principio de legalidad y el de división de poderes. Esto se debe a que no se aplica la regla correspondiente, y a que el Poder Judicial estaría invadiendo ámbito de exclusiva competencia de los otros dos, como ser la creación de normas (el juez dejó de aplicar una norma vigente y puso en su lugar una nueva).

La respuesta de Atienza es que la decisión podría considerarse correcta porque utilizaba argumentos jurídicos, y principalmente porque se basaba en otro principio, que es el de la autonomía del individuo. Por lo tanto, prevalecía éste por encima de los dos previamente mencionados. Aparte, el profesor Atienza señala que la norma que castiga la insumisión es incoherente de por sí, ya que otros delitos de igual o mayor gravedad son castigados con penas inferiores; es decir, la norma aplicable iría en contra del principio de proporcionalidad de las penas.

d) *Argumento de la corrección*: Se critica el fallo como incorrecto desde dos puntos de vista, uno formal y otro material. La perspectiva formal sostiene que el juez aplicó mal el criterio que él mismo estableció. Mientras que el punto de vista material se basa en la incorrección del criterio aplicado por el juez.

Como complemento de estas dos posturas, Atienza desarrolló la cuestión de los casos "fáciles" y "difíciles", añadiendo los casos "trágicos", que sería un pequeño grupo de casos en los que el juez se encuentra ante varias respuestas correctas, y adoptar una de ellas implica sacrificar principios importantes del sistema jurídico.

3) *El derecho a la vida*

Cuando el profesor Atienza comenzó a referirse a este tema, hizo una breve reseña histórica al respecto. Así, distinguiendo entre quienes estaban a favor y en contra del derecho al suicidio, inició su recorrida con Aristóteles, quien negaba tal derecho por ser contrario a la unidad e integridad de la polis, partiendo de una concepción no individualista de la Moral. Continuó mencionando las posturas favorables de los estoicos y los epicúreos. Por supuesto, hizo mención de las teorías de autores cristianos como San Agustín y Santo Tomás. El primero señaló, en su momento, que el suicidio era un acto ilícito, y que sólo podía no serlo si existía un mandato divino al respecto. Mientras que Santo Tomás sostuvo que era un delito, un pecado contra uno mismo, contra la sociedad y contra Dios. Siglos después, la respuesta a esta postura llegó con *Ensayo sobre el Suicidio*, de David Hume. Este autor sostenía que el suicidio no era un acto ilícito, demostrándose su concepción individualista de la Ética. Afirmaba que el individuo tiene un deber para con la sociedad, más cuando su existencia en este mundo se torna inútil, puede ejercer su

derecho al suicidio. Finalmente, el catedrático se refirió a la postura de Immanuel Kant, para el cual, el suicidio iría en contra del imperativo categórico. El suicida incurriría en una suerte de contradicción, en cuanto con el suicidio viene a negarse a sí mismo como sujeto moral, es decir, se trata como un instrumento, no como un fin. Atienza sostuvo que, en su opinión, pueda sostenerse una ética de impronta básicamente kantiana, pero que, sin embargo, no considere ilícito al suicidio, al menos en ciertas circunstancias⁴.

Luego de esta introducción, el profesor Atienza comienza a analizar el caso de un grupo terrorista, los GRAPO. Este comando había sido neutralizado, juzgado y condenado, e inició una huelga de hambre en protesta de la política del gobierno español que trataba de dispersarlos en distintos centros penitenciarios para facilitar así su posible reinserción social. Así, al mes y medio, los síntomas de debilitación se hicieron más graves, por lo que se puso a decisión de los jueces de Vigilancia si la Administración Penitenciaria podía alimentar a los huelguistas en contra de su voluntad. Las posturas al respecto fueron dos, a la que Atienza añadió una tercera, a saber: los jueces de tinte conservador resolvieron a favor de la obligación de alimentar si existe riesgo para su salud; los enrolados en el progresismo sostuvieron la necesidad de alimentar a los terroristas una vez que éstos hubieran perdido el conocimiento; y la postura de Atienza es la de no alimentar en ningún caso.

Los jueces que adoptaron la primera decisión se basaron en el Derecho natural, en argumentos abstractos y constitucionales. Algunos mencionaron que los GRAPO realizaron un "abuso de derecho fundamental", pues la huelga de hambre no buscaba el suicidio, sino el cambio de las políticas gubernamentales con respecto a ellos. Por lo tanto, no había un fin lícito en dicha huelga.

La postura progresista fundamentó su decisión en el hecho de que, en estado de inconciencia, no hay voluntad, por lo que no se presenta un conflicto entre la vida de los GRAPO y la autonomía de decidir de los mismos.

Finalmente, lo que propone Atienza se afirma en tres argumentos: a) el paternalismo injustificado que significa alimentar a individuos que fueron libres en el momento de deci-

⁴ N. del R.: Tales circunstancias estarían dadas por el hecho de la "no necesidad" de la existencia del individuo en este mundo.

dir comenzar la huelga de hambre; b) el hecho de que nos enfrentamos a un derecho multifacético, que implica tanto el derecho a vivir, como el derecho a morir; y c) la idea, sostenida por Dworkin, de que "tener un derecho" significa algo así como tener un "tiempo" en la mano, de manera que en Derecho no puede limitarse simplemente porque su ejercicio frustre o dificulte la realización de objetivos gubernamentales.

Por último, el caso llegó al Tribunal Constitucional de España, que adoptó la primera de las posturas señaladas. Su fallo se basó en tres razones: la primera, que el derecho a la vida no implica el de morir; la segunda, que se perseguía un fin no lícito; y la tercera, la existencia de una relación especial de sujeción entre los reos y la Administración Penitenciaria.

La respuesta de Atienza a estos fundamentos es la siguiente: respecto del tercero, menciona que el hecho de que se encuentren privados de ciertos derechos, como el de la libertad de locomoción, no conlleva necesariamente al "descenso" de categoría del individuo.

Con referencia al segundo fundamento, el catedrático desecha la posibilidad de hablarse de "abuso de derecho fundamental", porque en su opinión, ello implica una concepción inaceptable de lo que significa "tener un derecho fundamental o básico".

Finalmente, respecto del primer argumento, Atienza realza diferencias. La primera, basándose en Hohfeld. En un abanico de tres posibilidades, considera que el derecho a la vida puede verse como una libertad positiva, como una libertad negativa, o como un simple privilegio. En su opinión, el derecho a la vida debería configurarse como una libertad positiva, lo que significa que el Estado debe poner los medios que permitan a los individuos mantener su vida, pero no puede obligarse a vivir. No consiente en tomarlo como una libertad negativa, ya que se plantearía como un deber jurídico que no puede ser incumplido. Asimismo, tampoco lo considera un simple privilegio, ya que sería una ventaja especial o peculiar.

Luego efectúa una segunda diferenciación en base a lo que puede significar inalienabilidad del derecho a la vida, aceptando que el mismo en cuanto tal sí que es inalienable, pero no así —no siempre— su ejercicio. Es decir, se puede sostener al mismo tiempo que se tiene derecho a morir, aunque uno no pueda, *v. gr.*, disponer de su vida a favor de terceros.

IV. COMENTARIO A LAS CONFERENCIAS

El planteo de este comentario no será el de un detallado análisis de lo dicho por el conferencista, respecto de sus tesis (críticas o no a los casos que estudia e interpreta). Sólo me referiré a aspectos puntuales de las mismas en los momentos que crea necesario abundar en ellos.

El contenido de los dichos del profesor Manuel Atienza señalan, desde mi punto de vista, la influencia que ha tenido la teoría de Ronald Dworkin en el pensamiento de varios autores contemporáneos prestigiosos. Sólo he mencionado el vocablo "influencia", sin incorporarle un contenido valioso o disvalioso. Podría adelantar que considero que el conferencista estaría interesado en llegar a una meta distinta a la que arriba el autor de *Los Derechos en Serio y El Imperio de la Justicia*⁶ partiendo de situaciones similares o idénticas.

La crítica que desliza Dworkin⁷ en sus dos obras, está dirigida a lo que denomina el "positivismo legal". Esta tesis, dice Dworkin, es conservadora y se contenta con resolver cuestiones tales como conocer qué encierran conceptos como obligación, deber, derecho, y cuándo deben ser utilizados, ignorándolos simplemente, dado que esta corriente del positivismo los considera como mitos inventados por los abogados, "como resultado de una funesta mezcla de motivos conscientes y subconscientes"⁸.

Para ello, retoma la estrategia teórica de su predecesor, Herbert L. A. Hart, y, en especial, las tesis de este último sobre la existencia de "pautas o criterios de conducta separados" que trabaja en el capítulo 7 de *El Concepto de Derecho*, su distinción entre "verse obligado a..." y "tener una obligación de...", y, por último, la utilización de la regla de reconocimiento como alternativa a las posturas que entienden que una regla menor del sistema depende de su derivación de otra superior, incorporando el criterio subordinado para darle validez a prácticas que después serán cristalizadas en sentencias⁹.

⁶ Dworkin, Ronald: *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, España, 1984 (*Taking Rights Seriously*, Londres, 1977, trad. Marta Guastavini); *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, España, 1988 (*Law's Empire*, Cambridge, 1986, trad. Claudia Ferrari).

⁷ Dworkin, *Los Derechos...* cit., p. 82.

⁹ Hart, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, trad. Genaro R. Carriz. (*The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961).

Estas tres estrategias son iteradas por su discípulo (Dworkin), de modo tal que, a la primera la llama estándares. De igual manera, a la segunda dice, respectivamente, "tener por norma..." y "tomar por norma o costumbre...", implicando la primera un hábito, y la segunda una regla. Finalmente, y respecto de la tercera tesis del profesor Hart, presenta su concepción sobre la discreción, donde elimina su sentido fuerte, sosteniendo que alguna dimensión de la moralidad es la pauta que el juez toma por norma (regla) para aplicar en los casos difíciles. (Todo este desarrollo se puede encontrar en "El modelo de las normas [I]"⁸).

Por lo tanto, para Dworkin, la existencia de estándares normativos que no son normas complementan el sistema jurídico sí, y sólo sí, no hay reglas sociales identificables por la regla de reconocimiento, que hagan a la decisión del caso en términos que no impliquen la clausura del caso o su decisión conservadora.

La incorporación de principios no reconocibles por la regla social compleja no les quita status normativo. Así, el paso de la existencia del principio moral incorporado al Derecho está garantizado, no por un tener por norma (hábito), sino por un tomar por norma o costumbre. Hace referencia a que el juez "debe", "tiene que" fallar de acuerdo al principio.

Por ende, según Dworkin, el concepto de Derecho hartiano es insuficiente para ofrecer una correcta descripción sistémica del Derecho. Por ello concluye que toda tesis positivista es tautológica, circular, no da cuenta de otra dimensión fundamentatoria del discurso jurídico, oscurece deliberadamente los derechos de los ciudadanos, es sociológica.

La solución que propone a este supuesto problema es la de incorporar dichos principios explicando el derecho como una unión de reglas primarias, secundarias (la regla de reconocimiento de Hart entre ellas) y principios jurídicos que no son normas. De este modo, la moralidad íntegra (siempre según Dworkin) el concepto de Derecho.

Por lo tanto, entre los estándares que no funcionan como normas encontramos a la directriz política (que propone un objetivo a ser alcanzado), y al principio propiamente dicho (en el sentido de exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad). A ambos tipos de principios los

⁸ Dworkin, R., *Los Derechos...* cit., ps. 61 y sigs.

diferencia de las normas jurídicas, puesto que estas últimas son aplicables a la manera de disyuntivas. Es decir, son atinentes al caso, o no lo son. En cambio, los principios discurren en una sola dirección, sin exigir una decisión particular; no se establece cuándo deben ser aplicados. Dworkin, de este modo afirma que si se presenta un caso en el que es susceptible su aplicación, los jueces deben tenerlo en cuenta como criterio para decidir. Lo que distingue a los principios de las normas jurídicas es que éstas no poseen una dimensión que sí tienen los primeros: la dimensión del peso o importancia. Esto implica que, en los casos en que dos o más principios entren en conflicto, la resolución del caso deberá tomarse teniendo en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos. Y luego de la decisión, los principios que intervinieron en la disputa continúan existiendo.

Esto no ocurre en el ámbito de las normas jurídicas, ya que, ante un conflicto entre ellas, una deberá dejar de existir, puesto que no es válida. Pueden existir distintos niveles entre las normas, pero una controversia entre ellas significa instantáneamente la validez de sólo una de ellas.

Así, Dworkin llega a preguntarse qué postura toma el juez ante los casos difíciles: ¿decide tomando a los principios como considera a las normas?; ¿o falla aplicando principios extra-jurídicos? Esto lo lleva a la segunda tesis expresada anteriormente. Y de aquí parte su crítica a la discreción.

Piensa que el término discreción puede ser considerado desde tres perspectivas: dos débiles y una fuerte. Discreción en un primer sentido débil implica que la decisión debe ser tomada con discernimiento por parte del órgano decisor. El segundo sentido débil conlleva la facultad de que ese órgano sea el último en decidir, sin una nueva revisión posible. Estos dos sentidos se consideran débiles puesto que se encuentran limitados por normas. En cambio, cuando Dworkin plantea el sentido fuerte de la palabra discreción, dice que el juez no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. Es decir, ni hay normas que limitan a la discreción, ni hay autoridad superior que imponga los límites.

Para Dworkin, los positivistas, en algunos casos (dificiles) utilizan la discreción en sentido fuerte, y no sólo en el primer sentido débil (juicio), como argumentan éstos. De ello sigue que, en esas circunstancias, el juez estaría creando normas y aplicándolas retroactivamente. Por lo tanto, concluye

que la estrategia de Hart, para soslayar tal situación (sólo aplicable cuando el sistema contiene alguna regla que prohíba la retroactividad) es falsa por dos motivos: el primero, que los jueces no son el órgano competente para hacerlo y el segundo, que nada puede ser y no ser al mismo tiempo cuando se permite la retroactividad y se la prohíbe a la vez.

Tal cosa sólo puede soslayarse, si los positivistas reconocieran que en los casos difíciles aplican de algún modo los principios, considerados como estándares que no son normas y pertenecen a alguna dimensión de la moralidad.

De lo sintetizado hasta aquí, se sigue que para Dworkin no existe la distinción positivista entre el Derecho que es y el que debe ser o entre Derecho y Moral. Su visión es que es correcta la tesis de Hart, hasta tanto se aplique la norma sin que ello represente una solución conservadora o de clausura del caso, lo que resulta incompatible con una tesis de derechos⁹.

De ahora en más, me abocaré a cuestiones puntuales en cada uno de los fallos a los que el conferencista se refirió.

Partamos de la base de que Atienza critica dos de los tres fallos: los referidos al derecho de expresión y al derecho a la vida; y concuerda con la decisión del juez Calvo Cabello respecto a los insumisos. Mi postura con referencia a los mismos es que las tres decisiones judiciales analizadas por Atienza pueden ser mejor enfocadas desde otro punto de vista. Con esto quiero decir que coincido con el conferencista en criticar los dos fallos del Tribunal Constitucional español que presentó, pero tal vez no plenamente con el contenido de las críticas. Respecto al dilema de los jueces de fallar ante una cuestión moral, lo trataré luego de señalar las diferencias y similitudes que, humildemente, tengo con el profesor Atienza.

En el caso "Violeta Friedmann", considero que el Tribunal Constitucional encontró un conflicto de principios que no era tal. Con esto quiero significar que, lo que señala Dworkin en "El modelo de las normas (I)" no sucede. Esto es, no existen dos principios que compitan en peso e importancia, y que obligue al decisor a optar por uno de ellos. Las expresiones de Degrelle, en este caso, fueron negando la participación

⁹ Dworkin, Ronald, "La justicia y los derechos", en *Los Derechos en Serie*, Capítulo VI.

de Mengele en ejecuciones masivas, y luego, la existencia misma de los campos de concentración donde se efectuaron las mismas. No hubo expresión alguna de xenofobia o discriminación. Y si la hubiera habido, ¿habría conflicto de dos principios (el de la libertad de expresión y el de derecho al honor)?, tampoco. La decisión, en este caso, sí habría sido la apropiada, dado que se habría configurado un daño, el que debería ser reparado.

Por lo tanto, haber dejado de lado la legislación que correspondía aplicar al caso, en el que no se produjo perjuicio alguno, y decidir en función de principios que informan normas que lo tienen como respuesta, hizo, como expresó Atienza: "trastocar la jurisprudencia" que, al respecto, existía en España. Considero que no sólo este caso implicaría un cambio en el modo de decidir, sino directamente uno en la regla misma.

El caso de los GRAPO señala otra crítica de Atienza a las decisiones del Tribunal Constitucional de España. Aquí, se dirige al contenido de la sentencia misma, el cual, sin duda alguna, es conservador. Pensar que el derecho a la vida no implica el de morir, significa encontrar un texto jurídico que prescriba, v. gr., "todo hombre tiene derecho a vivir, mientras el Estado o las propias condiciones naturales lo permitan". Como no existe una norma jurídica de este tipo, el derecho de vivir tiene ínsito el de morir. Sino, como indica W. N. Hohfeld¹⁰, todo derecho tiene como correlato un deber. Es decir, si uno se suicida, va en contra de la obligación, según Hohfeld, que es correlato del derecho de vivir.

Es por este motivo que este caso es uno en el que se plantea una postura paternalista del Estado. Atienza la califica de "injustificada", considerando justificado, v. gr., que el Estado obligue al conductor y acompañantes de un automóvil a utilizar el cinturón de seguridad. Para Atienza, el calificativo de "justificado" conlleva la obligación del Estado de permitir que los individuos ejerciten su derecho de vivir. Me inclino a pensar que la actitud del policía que multa a un conductor por no cumplir con esta obligación es también injustificada, ya que el individuo (adulto) que viaja en un automóvil conoce, o debería conocer, los riesgos de no ajustarse el cinturón de seguridad. Por consiguiente, si decide no ponérselo, la su-

¹⁰ Hohfeld, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, 1962 (*Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*, Connecticut, 1913).

ya fue una decisión libre, e ir en contra de la misma castigándola, implica una postura paternalista injustificada, y podría llegar a considerarse una medida conservadora del mismo modo. Entonces, todas las medidas paternalistas, desde mi punto de vista, serían injustificadas.

No obstante esta diferencia respecto de uno de los argumentos del conferencista respecto al derecho a morir de los GRAPO, con la respectiva obligación de no alimentarlos, no conlleva una diferencia referida a las críticas que esta sentencia despierta. Así, coincido de un modo completo con la distinción entre derecho moral (al que llamaría ventaja) y Derecho jurídico que se plantea como respuesta al segundo fundamento de la decisión del Tribunal Constitucional.

Ahora corresponde que exponga mi crítica a las decisiones del juez Calvo Cabello respecto al caso del insumiso, y también a los fundamentos que da Atienza para aprobarla. Pero antes voy a sintetizar lo que, a mi entender, traen implícitamente las críticas del conferencista a las dos sentencias anteriormente tratadas.

Como dije al comenzar esta tercera parte, creo que existe una influencia de Ronald Dworkin sobre valiosos autores actuales. Y pienso que el profesor Atienza la ha experimentado. Como consecuencia, y según lo que puedo verificar, el conferencista intenta dar solución a los problemas que plantea el norteamericano de modo diferente a éste. De esta forma escinde (o trata de hacerlo) los derechos morales de los jurídicos, como correspondientes a diversos órdenes normativos. Dworkin, en cambio, plantea su equivalencia en *Los Derechos en Serie*¹¹.

Sin embargo, y mi crítica apunta hacia ese punto en este fallo, si bien (según propias palabras de Atienza) adopta un modelo diferenciador de reglas y principios jurídicos como el de Dworkin, creo que no logra demostrar las distintas posturas de los autores.

Yendo al fallo que Atienza aprueba, y al que considero equivocado, si se tiene presente la *ratio decidendi* del mismo que sostiene el conferencista, ésta consiste en la creación de una nueva regla. Por lo tanto, si se dice que el juez Calvo Cabello falló según las seis razones expuestas y el hecho de enfrentarse (el insumiso) ante un estado de necesidad, y por

¹¹ Dworkin, R., *op. cit.*, ps. 276 y sigs.

esos motivos lo absolvió —estando vigente una legislación que imponía penas de prisión— nos encontramos ante dos posibles soluciones, desde mi óptica personal. Considerar que el juez ha creado una nueva regla de aplicación retroactiva, lo que Dworkin critica al referirse a la discreción judicial en "El modelo de normas (1)", o sostener que Calvo Cabello decidió en función a principios.

Y aquí volvemos a la cuestión de si existía o no un conflicto entre principios. Considero como en el primer caso que no es así. Lo que Atienza señala es que en este caso particular, la regla jurídica iría en contra del principio de proporcionalidad de las penas, por lo que este último debería prevalecer. Pero si esto fuera así, implicaría otorgarle a la norma jurídica un contenido de verdad. Y no coincido con esta posibilidad.

Quizá, la decisión del juez Calvo Cabello, que consideró al insumiso en una situación de estado de necesidad, haya sido paternalista (e injustificada). El insumiso aceptaba la imposición de la pena, y era libre de hacerlo en ese momento, pues actuaba en consonancia con sus principios éticos. Puede pensarse que no quiso aplicar la norma jurídica vigente por no causar un daño. Pero si el que lo iba a sufrir, estaba de acuerdo con ello, ¿por qué debería dejar de aplicársele?

Llegado este punto se plantea una duda, cuyo análisis y respuesta tentativa exceden los límites del trabajo. Lo único posible es plantear el problema. El mismo estaría dado por la dicotomía que sigue: o el juez puede crear normas jurídicas retroactivas¹², o considera que falló de acuerdo a principios (que en este caso no serían aplicables ni competirían entre sí, desde mi punto de vista).

Es por todo este desarrollo, y a modo de reflexión final de este comentario, que creo que el profesor Atienza, como dije al inicio, trata de llegar a objetivos distintos de los que plantea Dworkin, partiendo de un mismo punto. Así, creo observar que, por su formación (por él reconocida y señalada en la segunda parte de este trabajo), se situaría en una franja intermedia entre el positivismo de Hart y el neo-naturalismo de Dworkin.

¹² N. del R.: En este caso no puede decirse que el juez convalidó una costumbre que se consideraba regla por el grueso de la población, por más que ésta apoyara la decisión en esta situación particular, y por cierto, muy especial.

Ya nada me queda por agregar, sino mi entera responsabilidad por lo que aquí queda expresado. Por ello, corresponde ahora que el lector conozca el pensamiento del profesor Manuel Atienza.

V. ENTREVISTA AL PROFESOR MANUEL ATIENZA

LyE: —Mencionó al comenzar su ciclo de conferencias que Argentina es la primera potencia en Filosofía del Derecho. ¿En qué fundamenta su afirmación, que nos enorgullece por otro lado?

M.A. —Primero, en un juicio personal. Mi visita a Argentina me permitió conocer a autores que me impresionaron mucho, que me parecen importantes, y que traté de incorporarlos a mi pensamiento. Dentro de la Filosofía Analítica había, y sigue habiendo, dos grupos. Uno era el de los partidarios del análisis formal, de la utilización de la Lógica. De ahí, los nombres más importantes son Alchourrón y Bulygin. Son autores clásicos del siglo xx en Filosofía del Derecho. Considero que Alchourrón es la máxima autoridad mundial en Lógica Deontica, pues se constata en congresos de la materia, en donde se ve que cuando habla, los demás callan. Verdaderamente se le reconoce autoridad.

Por lo que se refiere a la Analítica a partir del lenguaje, no debo dejar de mencionar a Genaro Carrió, autor de algunas obras, diría, realmente maestras de Teoría del Derecho en esa tendencia. Tiene un impecable estilo literario, mostrando una mayor sensibilidad hacia las cuestiones sociales, de derechos humanos, ética, entre otros temas. Otros autores que considero importantes son Vernengo y Ernesto Garzón Valdez, que vive en Alemania desde 1974, con el que mantengo frecuente contacto.

Y en los últimos quince años, Nino ha ido afirmándose. Me parece que su libro *Ética y Derechos Humanos* marca la dirección más interesante de ética jurídica. Este autor ha hecho algo que otros no han logrado en Filosofía del Derecho, que es elaborar tanto una teoría del Derecho, como una teoría ética y una teoría política. Por otro lado, ha evolucionado desde el paradigma analítico hacia una concepción que está próxima, según veo, a la de Habermas, pero la metodología es analítica, lo que le da mayor claridad. Hoy me siento particu-

larmente próximo a sus tesis. Lo único que, quizá, podría reprochársele es el hecho de no haber integrado la tradición marxista, en un sentido amplio.

Con todo, todos estos autores forman, en su conjunto, un cuerpo de Filosofía del Derecho que, creo, no tiene parangón en el ámbito internacional.

LyE: —También se refirió a Hart como punto de inflexión entre un "antes de Hart", donde ubicó a Kelsen, y un "después de Hart", en donde se encuentran Alchourrón y Bulygin. ¿Por qué? ¿Qué opinión le merecen los desarrollos teóricos de los autores mencionados?

*M.A. —*Como ya mencioné, las teorías más importantes de este siglo serían la de Kelsen, la de Ross, la de Hart, la de Bobbio, y luego, la de Alchourrón y Bulygin. Pero seguramente, si tuviera que elegir un libro del siglo XX, quizás *El Concepto de Derecho*, de Hart, me parece la obra más "redonda", el libro más clásico desde su estructura, la amplitud de los temas que trata. Lamentablemente, Hart ha fallecido en diciembre pasado¹³. A diferencia de *Normative Systems*, que desarrolla unilateralmente un tema, en Hart no hay sólo una teoría del Derecho (vista desde la óptica social), sino también una teoría de la Justicia.

Sobre Kelsen, recuerdo una frase de Juan Ramón Capella que escribió en un homenaje a este autor. Decía que "si los demás vemos más allá de Kelsen, es porque estamos montados sobre sus hombros". Es un autor clásico, es imprescindible en la Filosofía del Derecho. Por cierto, el hecho de que Gioja lo tomase como la referencia fundamental, y adoptase una obra de Kelsen como libro de texto durante muchos años para los estudiantes de Derecho en la Universidad de Buenos Aires, tiene muchísimo que ver con el desarrollo posterior y el esplendor de la Filosofía del Derecho en Argentina.

Diríamos que hoy nadie es kelseniano, o, por lo menos, nadie lo es en un sentido estricto. Pero no se puede prescindir de él. Esto es lo que define a un autor como clásico. Kelsen es interesante incluso cuando se equivoca. Diría que en todas —o en casi todas— las cuestiones del Derecho se equivocó. Pero aún así es un punto de referencia inevitable.

LyE: —Reglas y principios no son lo mismo. ¿Cómo los diferenciaría?

¹³ N. del R.: El entrevistado se refiere a diciembre de 1993.

M.A. —Con Juan Ruiz Manero estamos empeñados con un proyecto de desarrollar una Teoría General del Derecho, donde uno de los capítulos concluidos se refiere a este tema. Proponemos una triple diferenciación entre reglas y principios, dentro del género común de las normas. Dentro de los principios manejamos la distinción dworkiana entre principios en sentido estricto, es decir, pautas de carácter fundamentalmente moral, y directrices, lo que él llama *polícías*, que son objetivos de tipo social, económico, etcétera.

La primera diferenciación está dada por un punto de vista estructural. Así, lo que caracteriza a los principios, en relación con las reglas, es que las condiciones de aplicación de aquellos están dados en forma abierta. Mientras que las reglas tienen condiciones cerradas. Esto significa que, por ejemplo, las condiciones de aplicación del principio de igualdad del artículo 10 de la Constitución española implica la posibilidad de utilizarlo en casos de discriminación, entre otros. En tanto que, a su vez, existen reglas que prohíben la discriminación en las que se detallan en qué situaciones el juez deberá aplicarlas.

La segunda perspectiva es de tipo funcional, donde se ve a las normas como razones para la acción. Vistas así, consideramos que las reglas son razones perentorias e independientes de contenido, lo que quiere decir que dan una razón de primer orden para hacer algo (lo que establece la regla), y además una de segundo orden, para no introducir en el balance de razones otro tipo de consideraciones. Es decir, esta clase de razones es, como dice Raz, excluyente. Mientras que los principios son sencillamente razones de primer orden, dan una razón en favor de una decisión, pero esa decisión debe ser ponderada en favor de otras provenientes de otros principios.

Finalmente, desde el punto de vista de las conexiones sociales y con el poder, la diferencia estaría en que las reglas acotan espacios de poder, intereses para los individuos. Nos permiten que desarrollemos nuestros planes de vida, sin considerar los de los demás. Por lo que se refiere a las directrices, estas marcan la deseabilidad de conseguir intereses sociales; y los principios son, básicamente, restricciones a la persecución de los mismos.

LyE. —*En las dos primeras conferencias, Ud. deslizó la idea de que las sentencias dictadas partiendo de principios, eran apoyadas por la mayoría lega de la sociedad española, y criticadas por los juristas. ¿Qué motivo justificaría tal situación?*

M.A. —No necesariamente, pero a veces ocurre: en los casos difíciles, los principios juegan un papel muy importante. Sin embargo, la decisión de un caso no puede hacerse únicamente de acuerdo a ellos, sino que su utilización da lugar a reglas. Cuando se tiene la *ratio decidendi*, se tiene la regla. En ese momento, tendríamos la operación última de subseunción. Pero, en el caso de los principios, la situación se amplía en cuanto a que hay dos pasos. No sólo está el problema de la subseunción, sino que previamente está el de la configuración de la regla, que luego va a funcionar como premisa mayor, a partir de los principios.

Apoyarse en consideraciones de tipo moral, a través de los principios, pone generalmente en riesgo al principio de seguridad jurídica. Eso hace que muchas veces los juristas prefieran decisiones, digamos, injustas o menos correctas, con tal de no poner en riesgo este principio. Probablemente, los legos son más libres en cuanto se sienten menos vinculados por ese aspecto. No quiero decir que sea mejor siempre tomar decisiones más libres o poner en riesgo la seguridad jurídica. Digo que este principio, como todos en el Derecho, no tiene un carácter absoluto, por lo que debe ponderarse en relación con otros valores o principios en presencia, y a veces puede estar justificada una cierta merma de la seguridad jurídica, si a cambio se logran valores importantes, como la autonomía, la igualdad, etcétera.

LyE: —*Cuando se refirió al caso del insumiso, proporcionó una clasificación ampliada de los tipos de casos, agregando a los "fáciles" y "difíciles", la categoría de "trágicos". ¿Cómo son estas categorías? ¿Existe algún dilema para el juez en estos casos? ¿En cuáles? ¿Qué debe realizar entonces?*

M.A. —Una de las discusiones de la Teoría del Derecho actual es, precisamente, la cuestión que planteó Dworkin, de si existe una única respuesta correcta para cada caso jurídico. Este autor sostiene que así es, que un juez Hércules sería capaz de hallar esa decisión correcta, o debería hacerlo. En cambio, otros autores, diría la mayoría, piensan lo contrario; que habría, para un mismo problema jurídico, diversas decisiones acertadas. Esto es, fallos justificables en términos de ordenamiento jurídico. Pero queda fuera de esta discusión la posibilidad de que existan otros casos en donde no haya ninguna respuesta correcta.

Quiero decir que la distinción habitual entre casos "fáciles", en donde hay una única respuesta correcta, y casos "difí-

ciles", donde hay más de una respuesta correcta, debería enriquecerse añadiendo un nuevo miembro. En mi opinión, en el Derecho, al menos de vez en cuando, nos encontramos con situaciones en donde no hay ninguna respuesta correcta, en el sentido de que, cualquiera sea la decisión a tomar, el juez está sacrificando principios o valores fundamentales del sistema jurídico, y a eso es a lo que llamo caso "trágico".

El caso de los insumisos en España pone a los jueces en un dilema. No ante una simple alternativa, en donde se trata simplemente de optar, sino ante un dilema en donde los dos cuernos (absolver o condenar) plantean problemas morales. Concretamente, implica vulnerar algún principio básico del ordenamiento jurídico español.

No quiero decir que sean frecuentes estas situaciones. Si lo fuesen, significaría que el sistema está en una situación absolutamente inestable, caótica, que va a dejar de existir, o que va a cambiar. Considero que en estos casos no sirven ya las pautas de racionalidad jurídico-formal en sentido estricto, y hay que utilizar otras pautas, que llamaría, de razonabilidad, en donde juegue un papel el razonamiento de tipo ético y la noción de consenso.

LyE: —Por último. En la última conferencia surgió una polémica: ¿se puede hablar de derechos morales y derechos jurídicos? ¿Se puede tomar una postura positivista si se afirma la existencia de los primeros?

M.A. — Mi respuesta es que sí a las dos. Se puede hablar de "derechos morales", y creo que no entraña ningún tipo de dificultad ni de confusión. Si uno es cuidadoso en mostrar, como trato de hacer, que cuando uno habla de derechos morales, la noción de Derecho está referida a un sistema moral, con principios y normas morales, sin confundirse con el Derecho positivo. Por ejemplo, en una dictadura, los ciudadanos tienen el Derecho moral a expresarse libremente. No quiero decir, naturalmente, que esos ciudadanos puedan ir a un juez y hacer valer su pretensión. Lo único que quiero decir es que esta conducta está justificada desde el punto de vista de las normas y principios. En este sentido, como la distinción permite seguir separando el Derecho de la Moral, y se supone que ésta es la característica fundamental del positivismo jurídico, creo que no hay ninguna dificultad para ser positivista jurídico y hablar también de derechos morales. Claro, siempre y cuando sea un positivista metodológico, y no uno ideológico.

MISCELANEAS

JOYITAS DEL "COMMON LAW"

DANIEL CARLOS VARACALLI*

Las siguientes citas han sido extraídas de textos legales británicos y norteamericanos que son actualmente utilizados para el estudio y difusión del Derecho anglosajón. No son libros históricos o arcaicos —justo es aclararlo— sino perfectamente vigentes, como se inferirá de las citas bibliográficas. El objetivo de la presente compilación es, de alguna manera, desmitificar esa asociación tan común entre un país desarrollado y un Derecho desarrollado. Sin embargo, también es conveniente aclarar que los párrafos siguientes —con excepción del que ha sido extraído de un periódico argentino y que va en primer lugar— no dicen mucho acerca de la práctica del Derecho en Inglaterra o los Estados Unidos, pero sí sugieren bastante acerca de su desarrollo teórico y de los valores que le sirven de guía. Lo que tampoco debe dejarnos conformes con nuestra teoría jurídica (demás está decirlo), sino servirnos como ayuda para valorar modelos posibles para una nueva generación de juristas.

I. "PERDÓN O MUERTE PARA TARO"

"Desde hace cinco años —la mitad de su vida— camina incesantemente por su celda esperando la pena capital. Esperar la ejecución es morir en vida, antes de que un tiro piadoso, una pastilla de cianuro o simplemente una inyección

* Traductor y recopilador de estos trabajos.

letal ponga fin a sus días. No, no estamos refiriéndonos a una persona: se trata de un perro condenado a muerte. (...) Taro, el perro japonés que fue el compañero inseparable de esos guerreros nipones que recibieron el nombre de samurais, fue hallado culpable de morder a una nenita de 10 años. Su error le valió la máxima sentencia, de acuerdo con una ley del lugar (Hackensack, Nueva Jersey) 'diseñada para infundir temor en los propietarios de canes violentos' (...) Hasta el momento, varios tribunales han fallado en contra de Taro. Coinciden en que debe morir. Brigitte Bardot, ex sex-symbol que se convirtió en una enconada defensora de los animales, ha hecho varios pedidos públicos de indulgencia. 'Me parece —dijo— que quien ha purgado tantos años de cárcel ha pagado ya su deuda con la sociedad'. Pero ¿qué hizo Taro para merecer tanto rigor? Presuntamente mordió a una niña en un labio. La herida no fue severa, pero esto no significó atenuante. El costo de su encierro y defensa legal ha superado ya los 100.000 dólares (...). El gobernador del estado de Nueva Jersey, James Florio, enfrenta presiones para que conceda un indulto, pero se encuentra en la mitad de una campaña electoral en la que podría perder votos si actúa en favor de uno u otro bando. (...) El alcalde John de Rienzo consideró que el asunto es ridículo, pero 'las leyes, por absurdas que sean, han sido hechas para cumplirse'.

La Nación, 26-X-93

"Ciertos delitos son tan insidiosos que la ley no requiere intención para punirlos. Estos delitos se encuentran especificados por ley escrita y suelen denominarse 'de responsabilidad objetiva' (*strict liability*). Por ejemplo, las leyes que regulan la posesión de estupefacientes no exigen habitualmente intención por parte del poseedor. Aquellos que toman una valija equivocada que contiene estupefacientes en un aeropuerto pueden perfectamente ser condenados.

"Los delitos sexuales abarcan desde la desviación sexual (incluyendo relaciones sexuales con un animal o con un cadáver) hasta violación o sodomía o ambos delitos combinados, así como el abuso de menores.

"El asesinato (*murder*) es la forma más severa de homicidio. El asesinato es la muerte voluntaria, deliberada, intencional, maliciosa y premeditada de una persona, como así también la muerte provocada por negligencia o la que se produce mientras se está cometiendo otro delito. Por ejemplo, si

un ladrón está atracando un banco, y en el curso del atraco su revólver se dispara accidentalmente matando a un empleado, un policía o cualquier otro circunstante, aunque no haya habido intención alguna de su parte, será condenado con la pena del asesinato.

"La defensa más importante contra la imputación de responsabilidad penal es la inocencia. También se podrá alegar la prescripción, la que será admisible para todos los delitos, menos para el homicidio, siempre que se alegue en el momento oportuno de la defensa. Las demás defensas son parte del procedimiento penal".

Rothemberg-Blumenkrantz, *Personal Law*,
Capítulo 2, *passim*.

II. "NATURALEZA DEL DELITO"

"Puesto que los delitos son actos contra el Estado, éste tiene la iniciativa de la persecución criminal; la Corona es en teoría, aunque no generalmente en la práctica, responsable de dirigir las acusaciones, y todo procedimiento criminal se inicia en nombre de la Reina.

"El *common law* siempre ha puesto especial énfasis en que no habrá condena a menos que el acusado tenga una 'mente culpable' (*mens rea*). Esta exigencia suele resumirse en la máxima latina 'actus non facit reum nisi mens sit rea' (la realización del acto prohibido no hace presumir la culpa a menos que haya una mente culpable). El término 'mente culpable' o 'intención culpable', usado en este contexto, no puede definirse con precisión. Por ello los tribunales, desde tiempos remotos, han aplicado el sentido común para determinar cuándo existe un estado mental como el descripto.

"La *Criminal Law Act*, 1977, artículo 5^º, garantiza que una persona condenada por un delito en grado de tentativa para el cual se prevé una pena máxima, no será condenada a una pena mayor que aquélla prevista para el delito consumado".

James, *Introduction to the English Law*, ps. 174-175.

"Son ejemplos de contratos de objeto ilícito, los celebrados en día domingo, o los que se vayan a ejecutar en dicho día. Las leyes de varios estados los declaran nulos.

"No existen títulos de crédito verbales. Un título negociable debe ser susceptible de ser materialmente transmitido de persona en persona. Debe ser escrito con tinta, lápiz, crayón o bien labrado en madera o piedra. La escritura debe ser indeleble. Cheques escritos sobre el exterior de un barril o sobre una cáscara de sandía suelen ser aceptados en los programas de televisión, pero esta práctica, como resulta obvio, no sería normalmente aceptada en el tráfico comercial".

Anderson, *Outline of Business Law*, ps. 179-180.

"Para que la costumbre obtenga el reconocimiento de los jueces, ésta debe, en teoría, haber estado en vigencia desde tiempo inmemorial, entendiéndose por tal al año 1189 en que finaliza su reinado Enrique II. Pero en la práctica basta con mostrar que la costumbre ha existido más allá de lo que cualquier persona viva pueda recordar. Si esto se prueba, el tribunal presumirá que la costumbre ha estado en vigor desde el año 1189. Esta presunción puede rebatirse si se prueba que por alguna razón fue imposible que la costumbre se practicara en 1189. Por ejemplo, se reclama una servidumbre de paso en un terreno que ha estado inundado en la época de Enrique II.

"Aunque el gobierno y sus funcionarios están básicamente sujetos a la ley como cualquier ciudadano, el soberano, en tanto es considerado 'la fuente de la justicia', no puede estar sometido a la jurisdicción de los tribunales, que existen pura y exclusivamente por voluntad del mismo soberano. Este es un principio elemental dictado por la lógica en cualquier sistema monárquico. La máxima 'la Reina no puede causar daño' ahora sólo se aplica a la persona del soberano, por lo cual la Reina no puede ser demandada en ningún tribunal británico. Anteriormente esto también se hacía extensivo a los demás funcionarios de la Corona".

P.W.D. Redmond, *General Principles of English Law*, Macdonald and Evans, 5th. ed., ps. 17-76.

"En caso de no pago de la renta, el locador debe requerir del locatario, personalmente o por mandatario, la suma exacta debida en el preciso día en que venza el plazo, y a una hora tal que el sol todavía no se haya puesto, de modo que haya luz para contar el dinero.

"Toda la tierra inglesa es —técnicamente— propiedad de la Corona. Este principio data del año 1066, en que Guillermo el Conquistador afirmó su soberanía sobre la totalidad del territorio inglés por medio de la conquista. Así se estableció la doctrina de que toda la tierra es, directa o indirectamente, propiedad de la Corona. Por tal razón resulta inapropiado describir al poseedor individual de un bien inmueble como 'propietario'. (...) Por ello la doctrina de los derechos reales (*estates*) se ocupa del plazo durante el cual la tierra es poseída, a diferencia de la doctrina de los *tenures* que se ocupaba de las condiciones de la posesión de inmuebles en la Edad Media. (...) Un *estate* es un interés en un inmueble de duración definida, una entidad abstracta que representa la extensión del derecho de posesión de una persona (*seisin*). (...) Así, el derecho real de dominio (*freehold estate*) es aquel cuya duración es indefinida".

III. "HALLAZGOS DE TESOROS"

"Pertencen a la Corona según las reglas del *common law*. La definición de tesoro se apoya en los siguientes caracteres:

"1) debe contener oro o plata;

"2) debe estar oculto bajo tierra deliberadamente, y no meramente perdido;

"3) debe consistir en bienes muebles o propietarios".

"En '*Att. Gen. of Duchy of Lancaster versus Overton Ltd.*' (1982), un conjunto de monedas romanas no fue considerado constitutivo de tesoro por contener sólo una escasa cantidad de plata".

William Howarth, *Land Law in a Nutshell*, Sweet and Maxwell, London, 1987, ps. 32, 2, 5, 6, 8, 9.

Se terminó de imprimir el día 10 de febrero
de 1995, en ARTES GRÁFICAS CANDIL S.R.L.,
sito en la calle Nicaragua 4462, Buenos Aires,
República Argentina

