

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

1989

DOCTRINA

ALEJANDRO M. GARRO: *Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América latina: las lecciones del Derecho Comparado*

ROBERTO J. VERNENGO: *Moral y Derecho: sus relaciones lógicas*

CARLOS E. COLAUTTI: *La libertad de expresión en el Pacto de San José de Costa Rica*

MIGUEL POLAINO NAVARRETE: *Los delitos contra la propiedad intelectual en la reforma penal española*

MARÍA ELENA DEMARÍA MASSEY DE FERRÉ: *La región en el ordenamiento constitucional argentino*

ENRIQUE M. FALCÓN: *Los fenómenos ecológicos y el Derecho Procesal*

PABLO E. GALLEGOS FEDRIANI: *El método de los juristas romanos*

BIBLIOGRAFIA

I

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Universidad de Buenos Aires
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

1989

I



ABELED0-PERROT
BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano: Profesor Jorge Alberto Sáenz.

Secretario Académico: Profesor César A. Siculer.

Secretario Técnico y de Relaciones Institucionales: Profesor Alfredo Suaya.

Subsecretaría Académica: Profesora Norma Beatriz Costoya.

Subsecretario Técnico: Profesor Ricardo Damonte.

CONSEJO DIRECTIVO

Profesores:

Consejeros Titulares: Dr. Alberto Antonio Spota, Dr. Eugenio Bulygin, Dr. Carlos Horacio Vidal Taquini, Dr. Sergio Alfonso Le Pera, Víctor Zamenfeld, Eduardo Angel Russo, Miguel Angel Ekmekdjian, Alejandro Jorge Padilla.

Consejeros Suplentes: Jorge Omar Maffia, Dr. Jaime Eduardo Malamud Goti, Dr. Carlos E. Alchourrón, Norberto Eduardo Spolansky, Dr. Manuel Antonio Laquis, Alejandro M. E. Ghigliani, Hebe Mabel Leonardi de Herbón.

Graduados:

Consejeros Titulares: Ernesto O'Farrel, Alejandro Quiroga López, Guillermo Lousteau Heguy, Carlos Alberto Oscar Cruz.

Consejeros Suplentes: Alejandro F. Núñez Pennazio, Marcelo Taboada, Luis M. González Lanuza, Angela del Carmen Castello.

Alumnos:

Consejeros Titulares: Javier Martín Petrantonio, Héctor María Huici, Fernando Luis Ratti, Flavio González.

Consejeros Suplentes: Virginia Vargas, María Victoria Lambrecht, Mariana Allerand, Claudio Javier Lutzky.

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Subdirector: Profesor (C) Carlos J. Colombo.

Secretario General: Profesor Enrique M. Falcón.

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

Director: Profesor Carlos E. Colautti.

Subdirector: Profesora Ana María M. de Aguinis.

Secretario de Redacción: Profesor Pedro Aberastury (h.).

Consejo de Redacción: Profesores Daniel Lago, Roberto M. López Cabana, Rafael Mariano Manóvil, Mónica Pinto, Adolfo Tamini y Inés Weinberg.

**COLABORADORES ARGENTINOS
RESIDENTES EN EL EXTERIOR**

Enrique Bacigalupo, Madrid (España)
Hugo Caminos, Washington D. C. (Estados Unidos de Norteamérica)
Roberto Bergalli, Barcelona (España)
Alberto Ciria, British Columbia (Canadá)
Enrique Dahl, Dallas (Estados Unidos de Norteamérica)
Natán Elkin, Ginebra (Suiza)
Alejandro Garro, New York (Estados Unidos de Norteamérica)
Ernesto Garzón Valdés, Mainz (Rep. Federal de Alemania)
Marcos Kaplan, México D. F. (Estados Unidos Mexicanos)
Natán Lerner, Tel Aviv (Israel)
Saúl Litvinof, Baton Rouge (Estados Unidos de Norteamérica)
Antonio Martino, Florencia (Italia)
Carlos Plastino, Río de Janeiro (Rep. Federativa del Brasil)

INDICE

DOCTRINA

ALEJANDRO M. GARRO: <i>Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del Derecho comparado</i>	11
ROBERTO J. VERNENGO: <i>Moral y Derecho: sus relaciones lógicas</i> ..	61
CARLOS E. COLAUTTI: <i>La libertad de expresión en el Pacto de San José de Costa Rica</i>	83
MIGUEL POLAINO NAVARRETE: <i>Los delitos contra la propiedad intelectual en la Reforma Penal española</i>	107
MARÍA ELENA DEMARÍA MASSEY DE FERRÉ: <i>La Región en el ordenamiento Constitucional Argentino</i>	129
ENRIQUE M. FALCÓN: <i>Los fenómenos ecológicos y el Derecho Procesal</i>	141
PABLO E. GALLEGOS FEDRIANI: <i>El método de los juristas romanos</i>	157

BIBLIOGRAFIA

Notas de Libros:

CARRASCO PEREIRA, Angel: <i>El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas</i> , por Roberto M. LÓPEZ CABANA	173
SOLA, Juan Vicente: <i>Las dos caras del Estado: Presidente y Primer Ministro en una Argentina moderna</i> , por José Miguel OVAINDÍA	174
DIEDERIKS - VERSCHOOR: <i>An introduction to air law</i> , por Oscar FERNÁNDEZ BRITAL	176

Revista de Revistas:

LERER, Ignacio Adrián: <i>La Iglesia y el Estado en una futura reforma de la Constitución Nacional</i> , por Alfredo L. DURANTE	179
---	-----

DOCTRINA

EFICACIA Y AUTORIDAD DEL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL EN AMERICA LATINA: LAS
LECCIONES DEL DERECHO COMPARADO

por ALEJANDRO M. GARRO¹

"... Así se quiere que la Constitución sea efectivamente garantida, es necesario que el acto sometido al control del Tribunal Constitucional sea directamente anulado en su totalidad o en uno de que lo considere irregular. Esta sentencia debe tener, como cuando se refiere a normas generales —este es predominantemente el caso principal— fuerza anulatória".

ALFONSO GALIÀ: *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. Rolando Farfán y Salmorán, en *Anuario Jurídico*, vol. I, p. 505, México, U.N.A.M., 1980.

"Poder que en América Latina los jueces declaren leyes inconstitucionales con efectos *erga omnes* es precipitarlos a jugar un papel político para el cual no se encuentran preparados por falta de temperamento y experiencia".

Keith ROSEN: *La independencia del Poder Judicial en América Latina*, The University of Miami Inter-American Law Review, vol. 19, p. 33, Miami, 1987.

¹ *Lecture in Law*, Columbia University, New York. Este trabajo, en su versión original, fue presentado al Seminario de Derecho Constitucional Comparado (México - Estados Unidos de Norteamérica) realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México entre el 13 y 18 de junio de 1988.

INTRODUCCION

Si bien en América Latina no se ha cuestionado mayormente la legitimidad y necesidad de contralor judicial de constitucionalidad de las normas dictadas por el poder ejecutivo y legislativo, esta revisión judicial adquiere diferentes matices que la doctrina constitucional comparada suele clasificar conforme a los tribunales encargados de ejercer este control, la capacidad procesal que debe revestir la parte que impugna la constitucionalidad de la norma general o individual, el mecanismo procesal por el cual se tramita la impugnación y la fuerza vinculatoria de la declaración de inconstitucionalidad. Estos cuatro aspectos están íntimamente vinculados con la eficacia que tiene el sistema de revisión judicial y el poder político que una sociedad determinada considera prudente otorgar al organismo judicial dentro del sistema tripartito de división de funciones de gobierno. En este trabajo me ocuparé principalmente del último de los elementos señalados, esto es, de la fuerza vinculante de la doctrina constitucional pronunciada por los tribunales encargados de ejercer en última instancia el control de constitucionalidad.

La tesis de este ensayo es, que así como los ordenamientos jurídicos de América Latina acomodaron la concepción ortodoxa del principio de separación de poderes a las necesidades del control judicial de constitucionalidad, también es necesario reemplazar la concepción estricta de separación de poderes por un sistema de "pesos y contrapesos" que permita vehicular gradualmente la obligatoriedad de los precedentes en materia constitucional. Este es un paso que estimo necesario para que el organismo judicial ejerza un mayor control sobre los actos de las otras dos ramas de gobierno, cumpliendo de esta forma un papel de mayor relevancia en la consolidación de la democracia.

La primera parte de este trabajo comienza con un breve panorama comparado de los sistemas de control de constitucionalidad. Luego la eficacia general del precedente constitucional se concentra en tres países de América Latina —Argentina, Brasil y México—, países que han seguido de cerca el modelo norteamericano de control judicial de constitucionalidad (*judicial review*).

Este examen comparado destaca que la eficacia *erga omnes* de la doctrina judicial constitucional se encuentra aceptada tanto en los Estados Unidos de Norteamérica a consecuencia de la regla del precedente (*stare decisis*) como en los países de tradición jurídica neoromanista a través de expresas disposiciones constitucionales. Las lecciones del derecho constitucional comparado también permiten destacar la importancia institucional de la continuidad de la doctrina judicial constitucional en lo que se refiere a la implementación de la garantía de igualdad, seguridad jurídica y economía procesal.

La segunda parte de este estudio enfoca el problema conceptual en aceptar la eficacia general del precedente judicial en materia constitucional, acentuando la importancia de reconocer el poder político del poder judicial y los riesgos que este cambio de mentalidad conlleva en regímenes autoritarios. Mi propósito final es el de destacar la conveniencia de otorgar fuerza vinculante *erga omnes* a los pronunciamientos en materia constitucional, conveniencia señalada por el maestro Hans Kelsen en la frase reproducida al comienzo de este trabajo. Este examen valorativo, sin embargo, no puede realizarse sin tener en cuenta las dificultades señaladas por el Profesor Keith Rosenn, en cuanto a la implantación de este sistema en las frágiles democracias de América Latina, donde el poder judicial ha cumplido tradicionalmente un papel relativamente modesto frente a poderes casi omnímodos del órgano ejecutivo.

I. LOS LIMITES DE LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

A. *Control Judicial de Constitucionalidad en América Latina.*

A fin de aproximarnos al tema central de este trabajo, es fundamental esbozar una visión panorámica y sintética sobre los límites del contralor judicial de constitucionalidad en el llamado sistema "norteamericano" y "austríaco"². Conforme al modelo

² Esta división básica se encuentra mayormente aceptada por la doctrina especializada. Pueden consultarse los trabajos de los profesores Mauro Cappelletti y Mauro García-Pelayo en Europa y Héctor Fix-

norteamericano de control de constitucionalidad, cuyos antecedentes se remontan a las prácticas de las colonias inglesas en América³, y que fuera adoptado por la gran mayoría de los países latinoamericanos, los planteos de inconstitucionalidad pueden hacerse ante todos los tribunales, sin importar su jerarquía, y el juez de la causa resuelve en forma incidental y prejudicial⁴ la cuestión constitucional⁵. La última palabra la tienen los tribunales supremos, encargados de resolver el planteo a través del llamado *recurso extraordinario de inconstitucionalidad o writ of error*. Esta decisión tiene efectos *interpartes*, es decir que sólo afecta a las

Zamudio en América Latina para una descripción detallada de los diversos aspectos de cada sistema. Mauro Cappelletti & William Cohen, *Comparative Constitutional Law*, pp. 73-113 (1979); M. Cappelletti, *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle*, *Revue internationale de droit comparé*, p. 39 (1980); Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, (Alianza editorial, 1984); Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, pp. 135-146 (UNAM, 1980); J. Carpizo & H. Fix-Zamudio, *La necesidad y legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente*, p. 51; *Boletín Mejicano de Derecho Comparado*, p. 31 y sigtes., (1980). Véase también, en general, la obra de Louis Favoreu y J. A. Jolowicz, *Le controle juridictionnel*, ed. Económica, Paris, 1986.

³ M. Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, pp. 27-33 (trad. española por C. Gómez Lara y H. Fix-Zamudio, México, 1966).

⁴ Mauro Cappelletti, califica al control de constitucionalidad norteamericano como "prejudicial" o "incidental", en oposición a "principal", tomando en consideración que el problema de inconstitucionalidad constituye una de tantas otras cuestiones jurídicas que se plantean en la controversia. Mauro Capelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, pp. 50-59, Milano, 1957.

⁵ El maestro mejicano Fix-Zamudio define al sistema norteamericano de revisión judicial de constitucionalidad como "la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución y con efectos sólo para las partes que han intervenido en esa controversia". Héctor Fix-Zamudio, *La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo*, *Boletín Mejicano de Derecho Comparado*, vols. 10-11, Año IV, pp. 53, 73 (1971).

partes litigantes, "desaplicando" la ley en una causa concreta y en un proceso concreto y no determinando su derogación⁶.

Cabe observar que aquellos países latinoamericanos que han seguido al modelo norteamericano han debido adaptar dicho modelo no sólo al trasfondo jurídico continental romanista sino también a sus peculiaridades políticas, sociales, económicas y culturales. Dentro de las numerosas diferencias que cabe computar en este trasplante del *judicial review* al suelo latinoamericano, destaco la forma de estado federal y la tradición jurídica del *Common Law* como elementos importantes en el sistema implantado desde "Marbury vs. Madison"⁷. Por un lado, el modelo norteamericano de revisión judicial fue diseñado principalmente para conformar las funciones gubernamentales estatales con la cons-

⁶ H. Fix-Zamudio, *La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad*, p. 111, Revista de la Facultad de Derecho de México, pp. 651-652 (setiembre-diciembre 1978); Enrique Vescovi, *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales de América Latina*, en *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, p. 187, 193, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977. En América Latina, los sistemas argentino y brasileño son los que siguen más de cerca al modelo norteamericano. Const., arts. 100-101 (Argen.) (1853); ley n° 48 (Argen.), art. 14 (1863); Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argen., arts. 256-258 (1967). Esteban Imaz & Ricardo R. Rey, *El recurso extraordinario*, pp. 15-16 (2ª ed., 1962). Const. (Bras.), art. 119 (III) (1969); Luis Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional*, pp. 378-379, 383-385 (2ª ed., 1974).

⁷ 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803). En el momento en que John Marshall, el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1803, hizo la primera declaración de inconstitucionalidad por un tribunal judicial, él no contaba con el beneficio de antecedentes de un texto constitucional claro. Sin embargo, aunque el control judicial de constitucionalidad no fue tema de amplio debate en la Convención constituyente de Filadelfia, existían antecedentes históricos sobre el tema. Los redactores principales de la Constitución norteamericana, Alexander Hamilton, John Jay y James Madison, habían escrito una serie de ensayos periodísticos con el fin de promover la aprobación de la Constitución federal por parte de los estados. Estos ensayos, publicados con el título de "El Federalista", elaboran y defienden el control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial.

titución federal⁸. Sin embargo, dicho modelo fue adoptado por países latinoamericanos con regímenes centralizados de gobierno, y en países con una forma de estado federal muy atenuada en comparación con la norteamericana, como es el caso de Argentina, Brasil y México. Por otro lado, la tradición jurídica del *Common Law* otorgó fuerza vinculante *erga omnes* a las decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos a través de la regla del precedente obligatorio (*stare decisis*), mientras que en los países de América Latina la tradición jurídico-cultural continental romanista se opone a conceder categoría de fuente del derecho autónomo al precedente judicial.

Conforme al modelo de control de constitucionalidad conocido como modelo "austríaco", la revisión judicial se apoya en un tribunal o corte constitucional especializado, cuya sentencia tiene efectos *erga omnes*, es decir que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos generales y futuros. El modelo austríaco ha sido recientemente adoptado por reformas constitucionales recientes en América Latina, como en el caso de Guatemala, Perú y Chile⁹.

⁸ Los derechos individuales fundamentales incorporados a las diversas enmiendas no fueron de observancia obligatoria para los estados sino después de la guerra civil y a través de una discutida interpretación de la enmienda catorce.

⁹ Para las características del sistema austríaco puede consultarse fundamentalmente Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, pp. 197-257 (1928) and *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions*, *Journal of Politics*, pp. 183-100 (Gainsville, Florida, 1942). Este modelo fue introducido por primera vez en América Latina por el artículo 262 de la Constitución Política de Guatemala del 15 de setiembre de 1965, sistema actualmente incorporado a la Constitución de Guatemala que entró en vigor el 14 de enero de 1986. Le siguió la creación del Tribunal Constitucional chileno establecido por la reforma constitucional del 21 de enero de 1970 a la Constitución chilena de 1925, actualmente reglamentado en los artículos 81 a 83 de la Constitución de Chile que entró en vigor en 1981. Véase también la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Chile). También sigue el modelo "austríaco" el Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú, reglamentado por los artículos 296-304

Como en algunos países de América Latina las características principales de los modelos norteamericano (difuso, incidental, especial y declarativo) y austríaco (concentrado, principal, general y constitutivo) aparecen matizadas, cabría mencionar una tercera categoría o bien un sistema "mixto" de revisión judicial de constitucionalidad, en el cual se confunden características del modelo norteamericano y austríaco. Este tercer sistema sigue al modelo norteamericano en cuanto otorga competencia a un tribunal ordinario (así sea el de máxima jerarquía) para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, y sigue al sistema austríaco en tanto que otorga efectos vinculatorios generales al fallo de inconstitucionalidad. Así es como Colombia y Venezuela han introducido la posibilidad de obtener una declaración general de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* a través de la llamada "acción popular"¹⁰.

de la Constitución peruana que entró en vigor en julio de 1980. Véase también la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, 19 de mayo de 1982. Para un estudio de la influencia de la Constitución española de 1978 en la adopción del sistema de contralor constitucional peruano, véase D. García Belaúnde, *La influencia española en la Constitución peruana. A propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales*, 16 *Revista de Derecho Político*, pp. 201-207 (Madrid, invierno 1982-1983). Un estudio más generalizado sobre la influencia del sistema austríaco en América Latina puede verse en H. Fix-Zamudio, *Dos leyes orgánicas de tribunales constitucionales latinoamericanos. Chile y Perú*, 50 *Boletín Mejicano de Derecho Comparado*, pp. 943-95 (enero-abril, 1984).

¹⁰ Las características principales de la llamada *acción popular de inconstitucionalidad* son la amplia capacidad procesal para reclamar la inconstitucionalidad de una norma, la facultad exclusiva de la Suprema Corte de Justicia para entender del reclamo, y los efectos *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad. Const. art. 214 (1886); ley n° 96 (1936); decreto n° 432 (1969) (Colombia). Véase también Const. art. 215 (3) y (4) (1961); Ley Orgánica de la Suprema Corte de Justicia del 30 de junio de 1976 (Venez.). Sobre la acción de inconstitucionalidad en Venezuela, véase José Guillermo Andueza, *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, pp. 35 y sigtes., Caracas, 1955. Sobre la acción popular en Colombia puede consultarse con provecho el libro de Luis C. Sáchica, *Constitucionalismo colombiano*, pp. 91-110 (ed. Temis, 7ª ed., 1983). También dentro del modelo "mixto" habría que ubicar

Lo más significativo del sistema austríaco para el tema que se desarrolla en este trabajo es el efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad una vez publicado el fallo. Esta característica, sin embargo, también se conforma con la práctica del modelo de control judicial de constitucionalidad que se sigue en los Estados Unidos, donde una ley declarada inconstitucional por la Suprema Corte de ese país, si bien no queda derogada formalmente, no vuelve a ser aplicada por ninguna otra autoridad¹¹. Quiere decir entonces que en la propia cuna del modelo "norteamericano" una de sus mentadas características en realidad no existe, ya que la tradicional autoridad moral y política de la Corte Suprema de los Estados Unidos y la regla del precedente en la tradición jurídica anglosajona desembocan en un sistema en el cual los pronunciamientos de inconstitucionalidad tienen carácter

aquellos ordenamientos jurídicos donde a pesar de no haberse adoptado una acción popular los fallos de inconstitucionalidad son obligatorios *erga omnes*. Este es el caso de las decisiones adoptadas por la Corte Plena de Costa Rica a través del recurso de inconstitucionalidad de las leyes. Código de Procedimientos Civiles del 25 de enero de 1933, reformado el 23 de diciembre de 1937. Igualmente, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, al intervenir en instancia única para resolver la acción de *representação* promovida por el Procurador General de la Nación, puede pronunciarse en forma general y con efectos vinculantes *erga omnes* sobre la constitucionalidad de una ley federal o estatal, o de un acto normativo. Constitución del Brasil de 1967, artículo 119, conforme a la enmienda constitucional n° 7 de 1977.

¹¹ Es importante destacar que esto es lo que ocurre "en la práctica", ya que teóricamente continúa en vigencia hasta ser formalmente derogada. Esta discrepancia entre la teoría y la práctica ha dado origen a un planteo conceptual promovido por el Ministro de Justicia (*Attorney General*) de los Estados Unidos Edwin Meese, en una conferencia sobre "El Derecho de la Constitución" pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tulane (Nueva Orleans) el 21 de octubre de 1986. Véase Stuart Taylor, Jr., *Meese and the Storm Over the Court*. The New York Times, 27 de octubre de 1986, p. A-3. Para una crítica académica sobre las expresiones del Ministro de Justicia, véase K. Greenwalt, *Constitutional Decisions and the Supreme Law*, University of Colorado Law Review, vol. 58, pp. 145-176 (1987) y el simposio publicado en Tulane Law Review, vol. 61, pp. 979-1095 (1987).

general y obligatorio para los particulares y las autoridades públicas del país.

En los tres países latinoamericanos de estructura federal (Argentina, Brasil y México) que han seguido al modelo norteamericano se han adoptado mecanismos jurídicos destinados a dotar a la declaración de inconstitucionalidad de cierto grado de autoridad y obligatoriedad. Sin embargo, en ninguno de estos países una ley declarada inconstitucional por la Corte pasa a ser letra muerta como ocurre en los Estados Unidos. La expedición de su partida de defunción queda sujeta a la reiteración de una serie de precedentes de similar orientación, o a una decisión formal de la Corte que hace el pronunciamiento, o a la mayor o menor voluntad de los tribunales inferiores. El propósito que me anima al emprender la siguiente excursión comparativa por los sistemas de control judicial de constitucionalidad en estos tres países, es la de destacar las dificultades y contradicciones de estos "compromisos", destinados a dotar de cierta obligatoriedad a los precedentes, sin destruir el principio general de que carecen de fuerza vinculativa general.

B. *Fuerza Vinculante del Precedente Constitucional.*

1. *El sistema argentino.*

La fuerza derogatoria de la declaración de inconstitucionalidad ha sido consagrada en el derecho público provincial argentino, pero la obligatoriedad del precedente en materia constitucional no ha sido establecida ni por la Constitución Argentina vigente de 1853 ni por norma secundaria alguna, y la doctrina elaborada por la Corte Suprema acerca de la fuerza vinculante de los precedentes de la Corte continúa vacilante¹².

¹² Cabe destacar que la reforma a la Constitución Argentina de 1853 que se sancionó en 1949 estableció la fuerza vinculante de la doctrina de la Corte Suprema de la Nación en la interpretación de la ley suprema a incluso de los códigos y leyes nacionales por vía del recurso de casación. Esta reforma fue dejada sin efecto en 1957. El artículo 45 de la Constitución de 1949 decía así: "La Corte Suprema de Justicia conocerá, como tribunal de casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos

Algunas constituciones provinciales han consagrado la declaración general de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*. Tal es el caso de las constituciones provinciales de Río Negro¹³, Chubut¹⁴ y el Chaco¹⁵. La primera otorga la facultad al tribunal superior provincial de "suspender" la vigencia de una norma que ha sido declarada inconstitucional en tres oportunidades, la segunda establece la derogación automática de la norma que ha sido declarada inconstitucional en dos pronunciamientos consecutivos y la tercera llega a sostener la caducidad de toda norma declarada inconstitucional por órgano judicial supremo a nivel provincial. Entiendo que dada la supremacía del ordenamiento federal sobre el provincial, los tribunales superiores de provincia carecen de competencia constitucional para anular una ley, decreto u ordenanza federal, aunque esta limitación no aparece

gos a que se refiere el inciso 11 del artículo 68 (art. 67 de la Constitución de 1852). La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los Códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales. Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinarios y de casación y para obtener la revisión de la jurisprudencia".

¹³ El artículo 138 de la Constitución de la Provincia de Río Negro dice así: "Al tercer pronunciamiento de inconstitucionalidad del Tribunal Supremo de la provincia, éste puede declarar *suspendida* la vigencia de la norma inconstitucional y su declaración se hace obligatoria desde su publicación".

¹⁴ El artículo 180 de la Constitución de la Provincia de Chubut indica que "luego de dos declaraciones consecutivas de inconstitucionalidad, cesa automáticamente la vigencia de la norma afectada desde el día siguiente de la publicación oficial de la sentencia". Con matices similares en cuanto a la derogabilidad de la norma declarada inconstitucional se pronuncian las constituciones de las provincias de Santiago del Estero (art. 128) y Chaco (art. 9). Véase en general, Ernesto J. Miqueo Ferrero, *Constituciones provinciales* (Buenos Aires, 1964).

¹⁵ El artículo 180 de la Constitución de la Provincia de El Chaco expresa que una declaración de inconstitucionalidad, emanada del Superior Tribunal de Justicia, puede producir la *caducidad* de "toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la ley Suprema de la Nación o a esta Constitución".

claramente establecida en los ordenamientos provinciales a los que acabo de referirme ¹⁶.

El artículo 100 de la Constitución Argentina atribuye a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales federales inferiores "el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución Nacional y las leyes de la Nación..." La opinión de la Corte Suprema constituye la última y definitiva instancia en la resolución de esas cuestiones. Sin embargo, se ha dicho reiteradamente que las resoluciones de la Corte Suprema en materia constitucional en virtud del recurso extraordinario de inconstitucionalidad legislado por la ley n° 48 de 1863 afecta sólo el caso en que se ha producido ¹⁷. Por un principio de economía procesal, la jurisprudencia de la Corte argentina ha establecido que, como regla general, los jueces deben conformar sus resoluciones a las decisiones que en casos análogos dicte la Corte Suprema de Justicia de la Nación ¹⁸. La misma Corte

¹⁶ Con relación al artículo 138 de la Constitución de Río Negro, acota Bidart Campos que "al declararse reiteradamente —tres ocasiones— la inconstitucionalidad de una ley, decreto, ordenanza, etc., cualquiera sea la jurisdicción de donde emanaren, podría ocurrir que una ley del Congreso o del Poder Ejecutivo nacionales, corran el peligro de perder su vigencia por una resolución del órgano judicial provincial, al no aclarar esta constitución si la derogación sólo tiene efectos en el territorio de la provincia, o en el país todo". G. Bidart Campos. *La inconstitucionalidad en el Derecho Público Provincial*, en *Derecho Constitucional*, pág. 44. Resulta clara la inconstitucionalidad de toda norma provincial que tenga por resultado privar de efectividad a una ley de la Nación, ya que ello comportaría ubicar al poder judicial provincial por sobre el Congreso Nacional. Véase, José R. Dromi, *El Poder Judicial*, ob. cit. supra, pág. 77.

¹⁷ David Lascano. *Jurisdicción y Competencia*, pág. 387 (Buenos Aires, 1947); Hugo Alsina, *La Justicia Federal*, pág. 191 (Buenos Aires, 1931). Jueces argentinos han sostenido en forma reiterada que los fallos de la Corte se limitan exclusivamente al caso concreto, sin que tengan efecto vinculante respecto de los jueces inferiores, porque ello no está dispuesto en norma alguna. pág. 111; *El Derecho*, pág. 115; 1977-D, *La Ley*, tomo 107, pág. 111 (voto del doctor Pico), fallo n° 74.818.

¹⁸ Entre numerosos fallos exhortando a los tribunales inferiores a conformar sus resoluciones a los pronunciamientos de la Corte, pueden citarse 9 *Fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (en adelante "Fallos"), pág. 53; 10 *Fallos*, pág. 294; 218 *Fallos*, pág. 227; 224, *Fallos*,

se ha referido al deber moral de los jueces inferiores de conformar sus decisiones en casos análogos a los fallos de aquel alto tribunal¹⁹. Sin embargo, también se ha dicho que los jueces podrán apartarse de la jurisprudencia de la Corte cuando la misma violenta sus propias convicciones²⁰ o cuando se controviertan sus fundamentos²¹. En suma, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia constitucional reviste, a lo sumo, un carácter ejemplar²², pero de ninguna manera obligatorio.

En caso de desconocerse la doctrina establecida por la Corte en temas constitucionales, la parte agraviada puede interponer el recurso extraordinario de inconstitucionalidad. Cabe destacar que si bien el recurso extraordinario otorga la oportunidad de recurrir al más alto tribunal para que corrija una desviación de los tribunales inferiores en la interpretación del derecho federal, no es inusual que algunos tribunales argentinos desconozcan de manera frontal los fallos de la Corte Suprema, especialmente cuando se trata de temas altamente controvertidos²³, mientras que otros

pág. 540. Bidart Campos observá que conforme a esta doctrina judicial los pronunciamientos de la Corte en materia constitucional configuran cuestión federal a los fines de interponer el recurso extraordinario de inconstitucionalidad. G. Bidart Campos, *Problemas constitucionales y procesales de la jurisprudencia divergente*, pág. 1; *Revista Argentina de Derecho Procesal*, pág. 15 (1968).

¹⁹ 25 *Fallos* 368; 147 *Fallos* 149; 180 *Fallos* 297; 189 *Fallos*, 205, 292; 25; *La Ley*, pág. 370. Véase, sin embargo, lo que sostiene una reconocida autoridad argentina en materia de derecho constitucional: "... El respeto a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación importa no solamente un deber moral sino también un deber institucional, porque el orden de las instituciones reposa sobre la interpretación que hace la Corte de la Constitución". Néstor P. Sagüés, pág. 1; *Recurso Extraordinario*, pág. 163, ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.

²⁰ 131, *Fallos*, 106.

²¹ *La Ley*, tomo 54, pág. 307.

²² Véase, José R. Dromi, *El Poder Judicial*, pág. 76 (ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1984).

²³ Para citar solamente dos casos de reciente resonancia pública en la República Argentina, me remito al fallo de la Corte Suprema de ese país del 29 de agosto de 1986, declarando la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley nº 20.771. *Bazterrica, Gustavo M.*, (1986-D) *Revista La Ley*,

jueces consideran inconcebible apartarse de la doctrina de la Corte por la inseguridad jurídica que tal postura desencadenaría²⁴.

pp. 547-586. Al reprimir la tenencia de estupefacientes para uso personal, tres de los cinco miembros de la Corte sostuvieron que dicha disposición es inconstitucional por vulnerar el principio de reserva consagrado por el artículo 19 de la Constitución de 1853. Véase sin embargo, el voto en disidencia del doctor Valdéz Wybert en la causa *M., A.*, Cámara Federal de La Plata, Sala II, 9 de octubre de 1986, (1987-B), *La Ley*, tomo 462, pág. 464; *Revista El Derecho* (en adelante "E. D."), n° 6640, Fallo 39.824, 22 de diciembre de 1987. Al mes siguiente, en otro fallo sumamente controvertido, la Corte de la Nación Argentina declaró inconstitucional el artículo 64 de la ley n° 2393 de Matrimonio Civil de 1888, que prohibía volver a casarse a los cónyuges "divorciados". Contra la opinión del Procurador General y sobre la fuerte disidencia de dos miembros de la Corte, tres ministros declararon que dicha prohibición conculca el sistema de libertades consagrado en la Constitución Nacional que gira alrededor de su artículo 19 (derecho de privacidad o reserva), al alterar el derecho a casarse consagrado en el artículo 20 y afectando los derechos estatuidos en los artículos 14 bis y 16 de la Constitución Argentina de 1853. *Sejean, Juan B. vs. Zacs de Sejean, Ana M.*, 27 de noviembre de 1986, *El Derecho*, números 6672 y 6673, 6-9 de febrero de 1987. Véase sin embargo, el fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala G, en la causa *A., P. E. y N. de B., A. B.*, del 10 de febrero de 1987, rechazando el planteo de inconstitucionalidad interpuesto por las partes. *El Derecho*, n° 6698, 16 de marzo de 1987; fallo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, n° 4, *T. C. de V. y V., P. E.*, *El Derecho*, fallo n° 40.142, 10 de marzo de 1987.

²⁴ Para una opinión contraria, en el sentido de que la doctrina de la Corte debe ser acatada forzosamente, aun cuando violente las convicciones del juzgador, véase fallo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Juzgado n° 7, del 25 de marzo de 1987, *A. de B. y B.*, *El Derecho*, fallo n° 40.141. El Juez Omar J. Cancela expresó en esa oportunidad:

"Parcería casi insólito que fuera obligatoria una resolución de la Excelentísima Cámara (se refiere a un supuesto fallo plenario sobre el tema), generalmente en materias de derecho privado y, naturalmente, controvertidas, mientras no lo es una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, como intérprete final de la Constitución, declarando la inconstitucionalidad de una norma legal. La diversidad de criterio llevaría a una especie de desdoblamiento de orden jurídico: el artículo 64 de la ley 2393 (Ley de Matrimonio Civil) será obligatoria norma legal vigente y constitucional para algunas personas,

Esta diversidad de criterios no resulta sorprendente ya que, como se apuntó anteriormente, la misma Corte autoriza a apartarse de sus precedentes con tal de que los jueces inferiores justifiquen con argumentos razonables por qué deciden apartarse de la decisión del más alto tribunal²⁵. Tampoco resulta claro en los pronunciamientos de la Corte qué entidad deben revestir las razones argumentales del fallo discrepantes del inferior para merecer un apartamiento de la doctrina establecida por la Corte, ni tampoco existe precisión sobre si el apartamiento es justificado en caso de que la jurisprudencia no sea "consolidada" o qué debe entenderse por tal²⁶.

mientras otros que hubieran podido acceder a una tercera instancia, por vía recursiva, actuarían como si la disposición no existiera. En definitiva, y en tanto no se modifique la composición de la Corte Suprema de Justicia o el criterio expresado en el caso *Sejean*, antes citado, considero inexorable la aplicación de su doctrina, dejando a salvo mi opinión en contrario...".

²⁵ *Cerámica San Lorenzo S. A.*, 4 de julio de 1985, *Revista de Jurisprudencia Argentina* (en adelante "J. A."), n° 5444, 1° de enero de 1986 (... "No obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas. De esa doctrina... emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte *sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal*, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia"). Véase en igual sentido los precedentes publicados en 212 *Fallos*, 451, (1949-I), *Juris. Arg.*, pág. 1; 212 *Fallos*, 160, (1949-I); *Juris. Arg.*, pág. 638; (1983-I); *Juris. Arg.*, pág. 40.

²⁶ El Profesor Bidart Campos pareciera favorecer el seguimiento de las decisiones de la Corte en materia constitucional por parte de los demás tribunales argentinos (provinciales y federales) independientemente de cuán consolidada esté esa jurisprudencia, pudiendo el juez manifestar su criterio en contrario pero debiendo someterse al precedente. G. Bidart Campos, pág. 2, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, págs. 341-348, especialmente pág. 345, § 13 (Buenos Aires. Ediar, 1986). Empero, al comentar un fallo que se apartaba de la decisión de la Corte declarando la inconstitucionalidad de la disposición de la Ley de Matri-

Esta postura vacilante de la Corte Suprema de Justicia sobre la obligatoriedad de su doctrina en materia constitucional ha sido, justificadamente, criticada²⁷. Es cierto que si la declaración de inconstitucionalidad se ha reiterado en varios casos, y ya no cabe

monio Civil que prohibía a los cónyuges divorciados volver a casarse, Bidart Campos reconoce que la propia doctrina de la Corte es vacilante en este aspecto:

“... (E)stamos lejos de dar una anatema a los tribunales que, con suficiente discurso racional, resuelven casos como éste en sentido contrario a la Corte. *Por ahora, la Corte sólo ha dado el indicio de que el apartamiento de su jurisprudencia no debe llevarse a cabo sin que el juez explicité razonablemente los fundamentos de su discrepancia...* Todo esto nos permite estimar que en orden a la declarada inconstitucionalidad de la indisolubilidad vincular no puede aún hablarse de jurisprudencia consolidada, por tratarse de una sentencia dictada hace apenas medio año, a la que pese a la reiteración que la Corte le viene dando en causas posteriores, le falta una trayectoria de continuidad prolongada”.

Bidart Campos, comentario a fallo n° 40.141, en *El Derecho*, n° 6754, 9 de junio de 1987, pág. 3.

²⁷ Véase fallo del doctor Omar J. Cancela *in re, A. de B. y B.*, Juzgado n° 7 en lo civil, firme, 23 de marzo de 1987, *El Derecho*, n° 6754, pág. 4:

“(S)e habla de un deber ‘moral’ de los jueces inferiores para conformar sus decisiones a la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia o, en otros casos, de un ‘deber institucional’, porque el orden de las instituciones reposa en el acatamiento de la interpretación constitucional de nuestro más alto tribunal... Claro que estas doctrinas, por cierto vacilantes, no indican clara y concretamente cuáles son las situaciones en que los jueces inferiores pueden apartarse, por razones debidamente fundadas, de la doctrina establecida por la Corte. *Entiendo que ellas llevan hasta un grado que podría calificarse como una forma de ‘deshonestidad intelectual’, puesto que prácticamente autorizan a no seguir el precedente, cuando su doctrina es contraria a la forma de pensar del intérprete; para ello siempre van a existir razones fundadas y por cierto valederas. En cambio, cuando coincida con el criterio del tribunal inferior, bastará con mencionar el precedente y exponer su efecto vinculante*”.

duda de que la doctrina judicial ha sido "consolidada", la norma declarada inconstitucional se convierte en letra muerta. Pero lo preocupante es la incertidumbre existente durante el período —que puede ser prolongado— durante el cual nadie sabe si dicha norma ha caducado o continúa en vigencia²⁸.

En materia de derecho común, esto es, normas nacionales aplicables en todo el país pero no de naturaleza federal, el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial para la Capital Federal y Territorios Nacionales ha establecido la fuerza obligatoria de los llamados "fallos plenarios" dictados por los tribunales (cámaras) de apelaciones²⁹. A pesar de que han pasado muchos

²⁸ Por ello es que no puede sostenerse, como lo hace Dromi, que la declaración reiterada de inconstitucionalidad de una norma produce "virtualmente la caducidad automática" de la misma, ya que no puede haber caducidad "automática" cuando dicha caducidad se produciría solamente luego de reiteradas declaraciones de inconstitucionalidad, sin que exista parámetro alguno para determinar la cantidad de reiteraciones necesarias para que la ley no obligue a nadie. Véase José R. Dromi, *El Poder Judicial*, pág. 77 (ed. Ciudad Argentina, 1984), con cita de Alejandro Ghigliani, *Del 'control' jurisdiccional de constitucionalidad*, págs. 92-93, (ed. Depalma, Buenos Aires, 1952, y Miguel J. Rodríguez Villafañe, *El poder judicial; implicancia política de la función jurisdiccional*, pág. 9, *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, pág. 23 (1980).

²⁹ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (C. P. C.), ley n° 17.454, arts. 288-303. El art. 303 del C. P. C. dice así:

"La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria".

El sistema de unificación de la doctrina judicial en la Argentina comenzó con la sanción de la ley n° 7055 del año 1910, que establecía la obligatoriedad del fallo plenario para la minoría de los jueces de la Cámara o tribunal de apelación que tomaba dicha decisión, sin que fuera vinculante para los jueces de inferior jerarquía, cuyo apartamiento de esa doctrina recibía la única sanción de la eventual revocación del fallo. Posteriormente, la ley n° 13.998 de 1950 y el decreto n° 1285 de 1958 introdujeron la novedad de que tales fallos plenarios, además de ser

años desde la instauración de la obligatoriedad de los fallos plenarios en la República Argentina algunos autores continúan cuestionando la constitucionalidad de este sistema de jurisprudencia obligatoria que, reitero, no se aplica a los fallos de la Corte de la Nación en materia constitucional³⁰.

2. Sistema brasileño.

La Constitución de 1969 actualmente vigente en Brasil reconoce expresamente la viabilidad del *recurso extraordinario* en aquellos casos en que se controvierte el derecho federal o cuando se sostenga una interpretación de una norma federal (incluyendo por supuesto la Constitución) que sea diferente a la mantenida por otro tribunal federal o el propio Supremo Tribunal Federal³¹.

obligatorios para la Cámara que lo pronuncia, lo son también para los jueces de primera instancia que responden ante esa Cámara como tribunal de alzada.

³⁰ Cabe señalar que aún es materia de discusión en la Argentina si la obligatoriedad de los fallos plenarios dispuesta por el Código Procesal se conforma al principio constitucional de separación de poderes. Véase, por ejemplo, voto del doctor Tozzini en la causa *Costas, Héctor et al.*, Cámara Nacional Criminal y Correccional, en pleno, 15 de octubre de 1986, *Juris. Arg.*, n° 5494, 17 de diciembre de 1986 (sosteniendo que obligar a los jueces de primera instancia que responden ante la Cámara que ha dictado el fallo plenario a acatar la doctrina establecida en dicho fallo “viola la división de poderes del Estado, al delegar en el Poder Judicial funciones que son privativas y, por tanto, indelegables, del legislativo, al par que vulnera la libertad e independencia con que los jueces deben emitir sus decisiones”). También se han manifestado por la inconstitucionalidad de los fallos plenarios, Sebastián Soler, pág. 1, *Derecho Penal Argentino*, pág. 136, (1953); Sartorio, *La obligatoriedad de Doctrina*, págs. 799, et seq.; R. Núñez, comentario bibliográfico publicado *los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad*, pág. 96, La Ley, Sección en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, Año IV, setiembre-octubre 1940, págs. 155-156.

³¹ Constitución del Brasil de 1891, artículo 58 (a-b); *Regimiento Interno do Supremo Tribunal Federal*, artículo 15 (2) (b), sancionado el 8 de agosto de 1891; ley n° 221 del 20 de noviembre de 1894, art. 10 (10); Constitución del Brasil de 1934, art. 76 (III) (b) y (c), art. 179 (introduciendo el requisito de una mayoría absoluta de ministros del Supremo Tribunal para la declaración de inconstitucionalidad); Constitución del

A partir de 1964, el Supremo Tribunal Federal³² comenzó a encapsular su doctrina judicial en las llamadas *Súmulas*, propiciando de esta forma una cierta uniformidad y estabilidad en lo que se refiere a la interpretación del derecho federal brasileiro³³. El

Brasil de 1937, art. 101 (III) (b) y (c) y art. 96 (introduciendo una disposición, posteriormente derogada, por la cual se facultaba al Presidente de la República a someter al parlamento la reconsideración de una ley declarada inconstitucional, quedando sin efecto la inconstitucionalidad en caso de que la validez de la norma fuera confirmada por una mayoría de dos tercios de cada cámara del Congreso); Constitución del Brasil de 1946, art. 101 (III) (b) y (c); Constitución del Brasil de 1969, art. 119 (III) (a-d); Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5869 del 11 de enero de 1973, art. 541. Véase en general Pontes de Miranda, pág. 4 Comentarios à Constituição de 1967, págs. 79, 90 (1967); N. Russomano de Mendonça Lima, *Controle da Constitucionalidades das Leis no Brasil*, Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, pág. 141 (1983).

³² Siguiendo el modelo del *writ of certiorari* introducido en los Estados Unidos en 1925, las reglas internas del Supremo Tribunal Federal confieren cierto margen de discrecionalidad al alto tribunal brasileño para decidir si la cuestión federal o constitucional introducida en el recurso es lo suficientemente importante como para merecer la atención del Supremo Tribunal Federal. Véase Bermudes, *Arguição de Relevância da Questão Federal*, pág. 7 Enciclopedia Saraiva de Direito, págs. 435, 437-38 (1978). Una reforma constitucional introducida a la Constitución Mexicana de 1917 también otorga amplias facultades discrecionales a la Suprema Corte de Méjico para aceptar la revisión de un fallo. Véase Ulises Schmill Ordóñez, *La nuevas bases del sistema judicial mejicano*, en de Méjico, Mejico, 1987). En la República Argentina el Congreso Nacional *Reforma constitucional y legal 1982-1987*, pp. 33-38 (Universidad Autónoma tiene a consideración desde hace tiempo un proyecto de ley introducido por el Poder Ejecutivo en el cual se confieren amplias facultades a la Corte Suprema para ejercer su competencia en revisión. Véase, por ejemplo, Alberto S. Bianchi, *El Writ of Certiorari, en nuestra Corte Suprema*, El Derecho, nº 6862, 12 de noviembre de 1987; Marcelo Bourguignon y Luis Ramón Madozzo, *Reformas al recurso extraordinario federal*, Jurisprudencia Argentina, nº 5498, 14 de enero de 1987; G. Bidart Campos, *El "Certiorari" y la "avocación" en la Competencia de la Corte Suprema*, El Derecho, vol. 115, pp. 805-806 (1986).

³³ Brasil heredó de la tradición jurídica portuguesa la práctica del tribunal superior de expedir instrucciones de naturaleza obligatoria denominadas *assentos*. Estas instrucciones expedidas por el superior tribunal han sido comparadas a los famosos *arrêts de règlement* expedidos por los par-

Supremo Tribunal Federal ha expedido más de 600 *Súmulas* y la práctica se ha extendido a otros tribunales, tales como el Superior Tribunal del Trabajo³⁴.

Teóricamente las decisiones judiciales en Brasil carecen de efectos vinculantes *erga omnes*, y el alcance obligatorio de la *súmula* es un tema que todavía concita algún debate académico³⁵. Sin embargo, una vez que un tribunal brasileño ha resuelto una discrepancia jurisprudencial por medio de una *Súmula*, es muy probable que una interpretación contraria sea desechada *in limine*. De ahí que el Profesor Rosenn haya categorizado a la *Súmula* como una especie de *stare decisis de hecho*³⁶. Claro que la interpretación constitucional resumida en una *súmula* puede ser modificada en cualquier momento³⁷, y es frecuente observar cambios

lements franceses, práctica que como se sabe fue abolida por una ley francesa del 16-24 de agosto de 1790 que todavía se encuentra en vigor. Es conocido que el artículo 5 del Código Civil francés, prohibiendo la expedición de normas de carácter general por parte de los jueces, surgió como reacción al poder omnímodo y antipopular de los *parlements*. Esta antipatía hacia el gobierno de los jueces tiene raigambre típicamente francesa, pero ha sido transplantada a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos donde ha echado raíces sin causas culturales o históricas que lo justifiquen.

³⁴ La doctrina judicial del Superior Tribunal del Trabajo de Brasil ha sido coleccionada en los llamados *prejulgados*, de aplicación obligatoria por los tribunales inferiores en materia laboral. Véase Sampaio, *O Supremo Tribunal Federal e a Nova Fisionomia do Judiciário*, pág. 273, R. For., págs. 29, 35 (1981).

³⁵ Véase, en favor del establecimiento de una verdadera jurisprudencia vinculante *erga omnes* por medio de las *súmulas* la opinión de Lúcio Bittencourt, *O controle Jurisdiccional da Constitucionalidade das Leis*, pág. 144, 2 ed., ed. Forense, Río de Janeiro, 1968; Castro Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pág. 592, ed. Forense, Río de Janeiro, 1943. En contra, destacando que la *súmula* no tiene otro alcance que aquél que afecta a las partes en el proceso, véase R. M. Macedo Nery Ferrari, *Efeitos de declaração de inconstitucionalidade*, pág. 110, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.

³⁶ Véase K. Rossen, *Civil Procedure in Brasil*, páginas 487, 514 (1986). Véase también, Dalmo Dallari, *O controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*, en *Legislação do Trabalho*, vol. 35, pág. 434, Sao Paulo, junio 1971.

³⁷ *Regimento Interno do Supremo Federal Tribunal*, arts. 98 (1) y 99.

do criterio en las tesis jurisprudenciales del Supremo Tribunal Federal³⁸.

El artículo 8 de la constitución brasileña de 1946, introdujo un mecanismo de control judicial de constitucionalidad por vía de acción promovida por el Procurador General de la República. Esta acción, conocida comúnmente como *ação de representação do Procurador Geral da República*, posteriormente ampliada por la enmienda constitucional N° 16 de 1965, es de competencia exclusiva y originaria del Supremo Tribunal Federal y, de resultar exitosa, puede concluir con una declaración general de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*³⁹. Más interesante aún para el propósito del presente análisis comparativo es el mecanismo introducido por el constituyente de 1934, que permite al Supremo Tribunal Federal solicitar la “suspensión” total o parcial de una ley o decreto cuya inconstitucionalidad ha sido declarada por sentencia firme de dicho alto tribunal⁴⁰. La introducción de esta norma constitucional respondió a la necesidad de atemperar el efecto *inter partes* de los pronunciamientos del Supremo Tribunal Federal, intentándose coordinar la autoridad de las ramas judicial

³⁸ La postura vacilante del Supremo Tribunal Federal ha sido expuesta por el Ministro Aliomar Baleeiro de esta forma: “Não podemos negar que, na história do Supremo Tribunal, a respeito de inúmeras teses, a sua jurisprudência tem vacilado, e encontramos, às vezes, num espaço pequeno de tempo, decisões declarando que tal lei é inconstitucional, e outras, que é constitucional. “*Engenharia Souza e Barker Ltda. et al. v. Senado Federal*, R. M. S. 16.512, pág. 38 *Revista Trimestral de Jurisprudência*, pág. 5 (1966).

³⁹ Alfredo Buzaid, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, págs. 100 y sigtes., São Paulo, ed. Saraiva, 1958.

⁴⁰ Constitución de Brasil de 1934, art. 91 (IV) (“Compete ao Senado Federal: Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário”); Constitución del Brasil de 1946, art. 64 (otorgando competencia al Senado Federal para suspender la ejecución “no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”). En igual sentido, véase la Constitución del Brasil de 1967, art. 45 (IV); Constitución del Brasil de 1969, art. 42 (VII).

y legislativa para evitar reiterados planteos de Inconstitucionalidad⁴¹.

La lección más importante que nos deja este examen comparado de la experiencia brasileña es la resistencia del Senado Federal a someterse a las decisiones del Supremo Tribunal Federal. No han sido muchos los casos en que el Senado ha procedido a derogar formalmente una norma federal conforme a esa disposición constitucional. Tampoco ha dejado de ser controvertida la obligación del Senado de proceder a derogar una norma estatal declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal⁴². Además, la doctrina constitucional brasilera se encuentra sumamente dividida acerca de la autoridad que tiene el Senado para revisar lo decidido por el Supremo Tribunal antes de decidir suspender la norma declarada inconstitucional. Mientras que algunos autores sostienen que el Senado debe limitarse a verificar si se ha cumplido con los requisitos formales que habilitan la declaración de inconstitucionalidad⁴³, otros sostienen que el Senado tiene facultades para decidir por sí mismo y con amplia discreción si los efectos de la norma declarada inconstitucional deben ser suspendidos con efectos *erga omnes*⁴⁴. Una tercera posición mantiene que el Senado debe limitarse a obedecer el mandato del tribunal supremo, sin que le quepa ejercer margen de apreciación

⁴¹ Véase R. M. Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, págs. 110-111, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.

⁴² Véase *Engenharia Souza e Barker Ltda., et al. v. Senado Federal*, Revista Trimestral de Jurisprudencia, vol. 38, pág. 5 (1966), traducido al inglés en el libro de Kenneth Karst & Keith Rosenn, *Law and Development in Latin America*, págs. 119-224, ed. University of California Press, Berkeley, 1975.

⁴³ Alfredo Buzaid, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, pág. 89, ed. Saraiva, São Paulo, 1958 (“Concorrendo todos os requisitos legais, não pode o Senado recusar a suspensão, ainda que sob a alegação de que a lei deva ser mantida por necessária ao bemestar do povo, ou à defesa do interesse nacional”).

⁴⁴ Véase la opinión de Aliomar Baleeiro y Vitor Nunes Leal expuesta por R. M. Macedo Nery Ferrari, *ob. cit., supra*, nota 128, pág. 112 (o Senado não é um autômato na aplicação do artículo 46 da Constituição”).

alguna⁴⁵. Estas discrepancias señalan el carácter controvertido, teórico y práctico, de la efectividad *erga omnes* de la doctrina judicial constitucional en países de tradición jurídica neo-romana donde el organismo judicial no ha actuado con la misma autoridad que las otras dos ramas de gobierno⁴⁶.

3. Sistema mejicano.

Mientras que en Argentina y Brasil la relativa obligatoriedad de los precedentes en materia constitucional carece de apoyo normativo expreso, la legislación mejicana confiere fuerza obligatoria general a los pronunciamientos emanados de ciertos tribunales federales, siempre y cuando hayan sido pronunciados por vía de amparo y sean el resultado de cinco ejecutorias no interrumpidas, dictadas por un mínimo de ministros, y con relación a la interpretación de la Constitución, leyes federales y tratados celebrados con potencias extranjeras. Así como el juicio de amparo en México tiene particularidades que lo diferencian de la acción o recurso de amparo en otros países de la región, también el significado del término "jurisprudencia" adquiere características propias dentro del sistema constitucional mejicano.

La experiencia mejicana con el juicio de amparo ofrece una formidable perspectiva para el análisis comparado de la temática en estudio, por ello es que conviene examinar las razones que inspiraron a los grandes juristas mejicanos al establecer los efectos relativos y limitados de los pronunciamientos judiciales en materia de amparo. Estos efectos fueron magistralmente resumidos por Mariano Otero en el artículo 25 de la llamada "Acta de Refor-

⁴⁵ Lúcio Bittencourt, *O Controle Jurisdiccional da Constitucionalidade das Leis*, pág. 145, ed. Forense, 2ª ed., Río de Janeiro, 1968 ("dizer que o Senado suspende a execucao da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica").

⁴⁶ Otro de los temas controvertidos se refieren a los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad. Sobre el tema puede consultarse José Alfonso da Silva, *Curso di Direito Constitucional Positivo*, págs. 19-20, ed. Revista do Tribunais, São Paulo, 1984. Véase en general A. L. Lyra Tavares, *Aspects de l'acclimataion du "judicial review" au droit brésilien*, Revue International de Droit Comparé, pág. 1135 (1986).

mas" de la Constitución Federal del 21 de mayo de 1847". Esta concepción clásica fue transferida al artículo 102 de la Constitución de 1857⁴⁷, con el apoyo de los jurisconsultos Ignacio L. Vallarta y José María Lozano, quienes también eran de la opinión de que en las sentencias de los juicios de amparo no debería hacerse ninguna declaración general respecto de la ley o del acto reclamado⁴⁸. No obstante las importantes reformas que se han realizado en el sistema mejicano de contralor de constitucionalidad, que lo colocan a la vanguardia de los sistemas latinoamericanos en lo que se refiere a su variedad y sofisticación, la fórmula "Otero-Vallarta-Lozano" continúa rigiendo los efectos limitados y particulares de la sentencia de amparo. Así es como el primer párrafo del artículo 107 (II) de la Constitución Mexicana vigente de 1917

⁴⁷ La llamada "Fórmula Otero" fue incorporada al artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, que expresaba:

"Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en ejercicio y conservación de los derechos que le conceden esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración respecto de la Ley o del acto que la motivare".

El ilustre jurista mejicano fundamentó los efectos relativos de la sentencia de amparo en los antecedentes norteamericanos, sosteniendo que los tribunales de los Estados Unidos no derogaban las disposiciones cuya inconstitucionalidad declaraban, sino que se limitaban a hacer impotente a la norma jurídica impugnada en cada caso particular en que ella debía regir. Véase Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México 1808-1964*, págs. 464-465, 2ª ed., México, 1964.

⁴⁸ El artículo 102 de la Constitución mejicana de 1857, sustituyó únicamente la palabra "caso particular" de que hablaba la citada "Fórmula Otero" en el Acta de Reformas de 1847, por "individuos particulares". Esta modificación ocasionó apasionados debates cuando se argumentó que las personas jurídicas se encontraban excluidas del ámbito de protección del amparo.

⁴⁹ Véase José G. Vallarta Plata, *El Poder Judicial y el sistema de declaración de inconstitucionalidad en América Latina*, en *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, pág. 171, 177 (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977).

establece el principio de la relatividad de la cosa juzgada en materia de amparo

“La sentencia (en el juicio de amparo) será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare...”.

Este principio es reiterado en el primer párrafo del artículo 76 de la Ley de Amparo, que dice así:

“Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.

Tal es la importancia que se le ha conferido a limitar la eficacia de la sentencia de amparo a las partes en litigio que esta limitación ha sido considerada como una condición de la supervivencia política del amparo en México⁵⁰. Comentando sobre la sabiduría política de la llamada “fórmula Otero”, destinada a evitar enfrentamientos con el poder ejecutivo mejicano, uno de los diputados de la asamblea constituyente de 1857 expresó:

“No habrá en adelante, y siempre que se trate de leyes o actos inconstitucionales, aquellas iniciativas ruidosas, aque-

⁵⁰ Fernando Vega, *La nueva ley de amparo de garantías individuales orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución*, págs. 7-8, ed. J. Guzmán, Méjico, 1883 (“Por notoria que sea la inconstitucionalidad de una ley, por incontestable las violaciones que engendre, el Poder de la Unión no llega hasta el peligroso extremo de tocar el precepto legislativo y decidir autoritariamente acerca de su legitimidad... Institución digna de aplauso la que impide una ley insostenible, *sin atentar contra la soberanía del poder que la promulgó*”). (El subrayado es mío). Véase también Ignacio Burgoa, *El Juicio de Amparo*, págs. 275-280, 17ª ed., México, 1981; Mariano Azuela, *Introducción al estudio del amparo*, págs. 95-99; Departamento de Bibliotecas de la Universidad de Nuev León, Monterrey, 1968.

los discursos vehementes. . . habrá sí un juicio pacífico, tranquilo, un procedimiento con formas legales que se ocupe de pormenores y que, dando audiencia a los interesados, prepare una sentencia que, si bien deje sin efecto en aquel caso la ley, no ultraje ni deprima al poder soberano”⁵¹.

A pesar de esta declaración de principios, el sistema mejicano se esfuerza por otorgar cierta fuerza normativa general al precedente. La Ley de Amparo y el primer párrafo del artículo 107 (XIII) de la Constitución conferían a los tribunales federales mejicanos el poder de dictar fallos cuya doctrina fuera obligatoria para casos posteriores⁵². Después de las enmiendas constitucionales introducidas al artículo 107 en 1950, la misma fracción XIII del artículo 107 otorga valor obligatorio a la jurisprudencia establecida en juicios de amparo por los Tribunales Colegiados de Circuito, las Salas y el Pleno de la Suprema Corte de Justicia⁵³.

⁵¹ (El subrayado es mío). Transcrito por Fernando Vega, *La nueva ley de amparo de garantías individuales orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución*, pág. 9, ed. J. Guzmán, Méjico, 1883.

⁵² Antes de su reforma en 1968, el primer párrafo del artículo 107 (XIII) de la Constitución Mejicana disponía: “La ley determinará los términos y los casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como los requisitos para su modificación. . .”.

⁵³ El artículo 107 (XIII) de la Constitución Mejicana dice así:

“Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Sala que corresponda, a fin de que decida cuál tesis debe prevalecer.

Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas Salas, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán enunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en Pleno decidirá cuál tesis debe prevalecer.

La Ley de Amparo es la que establece qué tribunales pueden establecer doctrina judicial obligatoria⁵⁴, sobre qué materias puede establecerse dicha jurisprudencia⁵⁵ los requisitos para que una tesis constituya jurisprudencia⁵⁶, para interrumpirla⁵⁷ y modificar-

La resolución que pronuncien las Salas o el Pleno de la Suprema Corte en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción”.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece en su artículo 95 que fuera del juicio de amparo las decisiones del Pleno y las Salas de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito tienen la fuerza de cosa juzgada que les confiere los artículos 195-197 de la Ley de Amparo, lo que conduce a concluir que en Méjico el precedente jurisprudencial que cumple con los requisitos de dichas disposiciones constituye una verdadera fuente de Derecho, tanto en materia de derecho público como de derecho privado. Así lo sostuvo Salinas Martínez, en conferencia dictada en la Universidad de Nuevo León el 19 de abril de 1975, *La Suprema Corte y la jurisprudencia obligatoria*, citada por R. David, en II.5. *International Encyclopedia of Comparative Law. Sources of Law*, pág. 118, nota 268 (1984).

⁵⁴ Los únicos tribunales que pueden establecer jurisprudencia son los tribunales de la Federación y dentro de ellos la Suprema Corte de Justicia, ya sea funcionando en Pleno o en Salas, y los Tribunales Colegiados de Circuito, Ley de Amparo, artículos 192-193 bis.

⁵⁵ Sólo pueden ser materia de jurisprudencia las interpretaciones de la Constitución, de las leyes federales y de los tratados celebrados con las potencias extranjeras.

⁵⁶ La reglamentación de la jurisprudencia está formulada en el Capítulo Unico, Título Cuarto, artículos 192-197 de la Ley de Amparo, reformado y adicionado sustancialmente por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de abril de 1968. Para que haya jurisprudencia en las ejecutorias pronunciadas por el Pleno, las Salas de la Suprema Corte y los Tribunales Colegiados de Circuito son necesarias cinco ejecutorias en determinado sentido, no interrumpidas por otra en contrario. Cada ejecutoria debe ser aprobada, por lo menos, por catorce ministros si es pronunciada por el Pleno, por cuatro ministros si es pronunciada por una de las Salas, y por unanimidad de votos de los magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito (arts. 192-193 bis, Ley de Amparo).

⁵⁷ La jurisprudencia establecida puede siempre interrumpirse. Se in-

la ⁵⁷, unificarla ⁵⁸, publicarla ⁵⁹ y, lo que es más importante para los efectos de este análisis, su fuerza obligatoria. Lo que la ley de amparo no especifica es quién determina la similitud o identidad de tesis entre las cinco ejecutorias que conforman la jurisprudencia del tribunal. En la práctica, esta delicadísima tarea queda a cargo de los abogados del Semanario Judicial de la Federación, cuya labor, como no podía ser de otra forma, siempre se encuentra sujeta a las críticas de aquellos que discrepan acerca

terrumpe cuando se pronuncia una ejecutoria en sentido contrario; por catorce ministros si se trata del Pleno, por cuatro ministros si se trata de alguna de las Salas, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito. La ley requiere que la ejecutoria que interrumpa la jurisprudencia se encuentre debidamente fundamentada, destacándose las razones que motivan el cambio de orientación. Ley de Amparo, artículo 194.

⁵⁸ Una vez interrumpida una tesis jurisprudencial por una ejecutoria en contrario, no se establece una nueva tesis jurisprudencial hasta cumplirse con los requisitos establecidos para su formación. Ley de Amparo, artículo 194, *in fine*.

⁵⁹ Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias, cualquiera de esas Salas, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción al Pleno. En este caso el Pleno adquiere la facultad de expedirse sobre asuntos de competencia de las Salas a fin de determinar la tesis que debe prevalecer. Const. Méj., art. 107 (XIII), segundo párrafo; Ley de Amparo, artículo 195.

Cuando la contradicción surja de resoluciones dictadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, cualquier ministro de la Suprema Corte, el Procurador General, los propios tribunales, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Sala correspondiente. En este caso la Sala que corresponda adquiere la facultad de establecer jurisprudencia en negocios que son de la competencia de los Tribunales, diciendo cuál de las tesis es la que debe substituir. Const. Méj., art. 107 (XIII), primer párrafo; Ley de Amparo, art. 195 bis.

⁶⁰ El artículo 197 de la Ley de Amparo requiere que la jurisprudencia establecida, o la que se modifique, se ponga en conocimiento del público a través del *Semanario Judicial de la Federación*, Ley de Amparo, artículo 197.

de los alcances de una tesis jurisprudencial o de la fórmula con la cual el Semanario Judicial ha decidido resumirla ⁶¹.

Conforme a la Ley de Amparo, la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte, funcionando en Pleno, es obligatoria para ella misma, para las Salas que la componen, para los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, para los jueces de Distrito, para los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados, Distrito y Territorios Federales, y Tribunales Administrativos y del trabajo, locales y federales ⁶². La jurisprudencia que establecen las Salas de la Suprema Corte es obligatoria para ellas mismas y para todas las autoridades mencionadas anteriormente, con excepción de la Suprema Corte cuando funciona en Pleno ⁶³. Finalmente, la jurisprudencia que establezcan los Tribunales Colegiados de Circuito obliga a los mismos tribunales, así como a los Juzgados de Distrito, Tribunales Judiciales del fuero común, Tribunales Administrativos y del Trabajo que funcionen dentro de su jurisdicción territorial ⁶⁴.

Puede observarse a través de la lectura del párrafo anterior que la ley de amparo mejicana excluye a las autoridades administra-

⁶¹ Véase Humberto Briseño Sierra, pág. 2, *Teoría y Técnica del Amparo*, pág. 480 (ed. Cajica, Méjico, 1966). Generalmente, el Semanario Judicial de la Federación se limita a publicar algunos de los razonamientos jurídicos expuestos en los llamados "considerandos", mientras que en muy pocas ocasiones se publican los antecedentes fácticos del caso expuestos en los llamados "resultandos". Esta práctica ha sido arduamente criticada por algunos autores mejicanos por no permitir distinguir entre el fundamento de la decisión (*ratio decidendi*) y las manifestaciones que se hacen pura y simplemente a mayor abundamiento (*obiter dicta*). Véase G. D. Góngora Pimentel & M. Acosta Romero, *Código Federal de Procedimientos Civiles. Ley Orgánica del Poder Judicial Federal. Legislación. Jurisprudencia. Doctrina*, p. 45, 2ª ed., ed. Porrúa, Méjico, 1986 ("Ofrecer al lector del precedente únicamente los considerandos de una sentencia y, generalmente sólo un brevísimo sumario de los mismos, es no sólo amputarle a la sentencia lo más sustancial que hay en ella —el litigio planteado y la decisión— sino también, y por ello mismo, contribuir a hacerla todavía más ininteligible").

⁶² Ley de Amparo, art. 192.

⁶³ Ley de Amparo, art. 193.

⁶⁴ Ley de Amparo, art. 193 bis.

tivas y legislativas de la obligación de respetar las tesis jurisprudenciales que son obligatorias para el organismo judicial. La suposición del constituyente mejicano al limitar de esta forma los efectos de la sentencia de amparo fue que la ley declarada inconstitucional por el poder judicial perdería prestigio y caería en desuso, evitando de esta forma su aplicación por parte del organismo ejecutivo y su reiteración por parte del legislativo sin necesidad de confrontaciones entre los diversos departamentos ⁶⁵.

Pero esta aspiración del constituyente no se ha concretado, quedando a criterio de la autoridad administrativa decidir cuándo y en qué casos dejar de aplicar una norma reiteradamente declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de Méjico. Así es como la jurisprudencia mejicana cuenta en sus anales con casos en que funcionarios de la administración pública han insistido en aplicar normas cuya inconstitucionalidad ha sido declarada repetidas veces por el más alto tribunal del país, provocándose de esta forma la interposición de un nuevo amparo cada vez que las reiteradas tesis jurisprudenciales son desconocidas por la administración, con el consiguiente dispendio jurisdiccional y lesionando la garantía de igualdad ante la ley ⁶⁶. Un caso típico es el

⁶⁵ Así lo expresaba Ponciano Arriaga, miembro de la comisión redactora de la Constitución de 1857, quien expresó: "Se requiere que las leyes absurdas, que atentatorias sucumban parcialmente, paulatinamente, ante los fallos de los tribunales, y no con estrépito ni con escándalo en un palenque abierto a muchas luchas funestas entre la soberanía de los Estados y la soberanía de la federación". Citado por Héctor Fix-Zamudio, *La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo*, Boletín Mejicano de Derecho Comparado, vols. 10-11, pp. 53, 66 (1971). Véase también Fernando Vega, *ob. cit. supra*, nota 55, p. 8: "Una jurisprudencia uniforme que condene sin interrupción un precepto legislativo, acabará por obtener su derogación o su más completo desuso. Pero he aquí el secreto, como acabo de afirmar, de esa valiosa creación de nuestros constituyentes: nulificar la ley inconstitucional, estorbarla, extinguirla, *pero sin humillar el poder público que la autorizó*." (La bastardilla es mía).

⁶⁶ Véase, por ejemplo, *Compañía Minera de San José, S. A. de C. V. et al.*, 48 *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Epoca, Tercera Parte, p. 13, Junio 7, 1961 [en adelante citado bajo la forma 48 S.J.F. 6a., 3:13 (1961)]. Véase en este sentido la crítica expresada por el li-

que se ha presentado en el artículo 15 de la llamada Ley de Profesiones, reglamentaria de los artículos 4 y 5 de la Constitución. Esta disposición, que prohíbe el otorgamiento de licencias profesionales para aquellos que no tienen la nacionalidad mejicana, ha sido reiteradamente declarada inconstitucional por la Suprema Corte, a pesar de lo cual la Dirección General de Profesiones, dependiente de la Secretaría de Educación Pública, continuó rechazando las solicitudes de licencias profesionales por ciudadanos extranjeros que habían cumplimentado con todos los requisitos para obtenerlas ⁶⁷.

Tampoco el Poder Legislativo pareciera estar obligado a acatar las decisiones de la Suprema Corte de Méjico acerca de la constitucionalidad de las leyes, ya que de concederse a un quejoso amparo contra una ley, la jurisprudencia que mantuviera la inconstitucionalidad de dicha ley no protege a dicho ciudadano ni a ningún otro contra una futura ley de contenido similar a la ley reclamada ⁶⁸. Por lo tanto, cuando se concede el amparo contra una ley y su aplicación, el quejoso queda protegido respecto del precepto o preceptos legales considerados contrarios a la constitución federal, pero dicha protección se concede contra una norma específicamente determinada y no contra su contenido, ya que

cenciado Jesús Angel Arroyo M. en su trabajo sobre *Reformas al juicio de amparo*, en Revista de la Facultad de Derecho de Méjico, pp. 257, 282 (1984) ("Los golpes redoblados de la jurisprudencia de que hablaba Tocqueville, en Méjico han demostrado ser harto débiles para impedir que una ley inconstitucional se continúe aplicando. Y no se diga de los reglamentos del Poder Ejecutivo; por años, una y otra vez, los Tribunales Federales declararon inconstitucionales los reglamentos del Distrito Federal cuando contenían el llamado requisito de distancia. Y tales reglamentos siguieron en vigor y siguieron aplicándose, sin que las autoridades administrativas hicieran caso alguno del criterio expresado en las sentencias de amparo.").

⁶⁷ Véase, por ejemplo, el caso *Lem Davis Callahan Lashley*, 60 S. J. F. 6a., 1:59 (1962).

⁶⁸ Véase en particular la discusión sobre este tema por Genaro Gónzora Pimentel, *Introducción al Estudio del Juicio de Amparo. El Artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mejjicanos*, 57-61 (1987), con cita de ejecutorias de la Segunda Sala y otra del Pleno de la Suprema Corte de Méjico, donde se establece esta doctrina.

si esa ley es derogada y se dicta una nueva ley que contiene los mismos preceptos que la anterior, el quejoso deberá solicitar un nuevo amparo⁶⁹.

La situación de incertidumbre originada por la falta de certeza sobre la eventual aplicación de una norma que ha sido reiteradamente declarada inconstitucional por los tribunales de la federación ha provocado las críticas de una autorizada doctrina mejicana, que aboga por dotar a las sentencias de amparo efectos *erga omnes*⁷⁰. Mientras que algunos juristas se pronuncian por

⁶⁹ Véase Genaro Góngora Pimentel, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, p. 59, ed. Porrúa, Méjico, 1987 (“Cuando se ha solicitado el amparo contra un acto de aplicación de *determinada* ley, y también contra esa *determinada* ley considerándola en sí misma, no podría sostenerse que la sentencia protege contra *cualquier futura* ley que sea de contenido similar a la ley reclamada, dado que la sentencia debe ajustarse al imperativo constitucional de que el fallo tiene que limitarse rigurosamente al *caso especial* sobre el que versa la demanda, y resultaría ilógico suponer que la sentencia, que concedió el amparo contra determinada ley, también protege al promovente contra actos en aplicación de otra ley, aunque ésta pudiera contener normas similares a la ley abrogada o derogada.”). (La bastardilla es del original). En contra, véase Ignacio Burgoa, *El Juicio de Amparo*, pp. 565-566, ed. Porrúa, 19ª edición, Méjico, 1983, quien a fin de determinar el ámbito de protección de la sentencia de amparo distingue entre vicios inconstitucionales de carácter material y formal (“... si el amparo se concedió por vicios inconstitucionales de *carácter material* de una ley, ninguna autoridad puede aplicar al quejoso un ordenamiento *formalmente* nuevo o distinto, en cuyos dispositivos se impliquen los mismos vicios, so pena de incurrir en incumplimiento del fallo respectivo. Por el contrario, si la protección federal se impartió contra una ley por *vicios formales de inconstitucionalidad* (ausencia de facultades en el órgano estatal responsable para expedirla, falta de promulgación o de referendo del acto promulgatorio, etc.) y si con posterioridad se expide una ley nueva en la que se purguen tales vicios, aunque tenga el mismo contenido dispositivo que la anterior, se puede aplicar dicha ley nueva al quejoso, sin que esta aplicación traduzca incumplimiento.”).

⁷⁰ Véase, por ejemplo, A. Noriega, *Lecciones de amparo*, pp. 712-713, 2ª ed., Méjico, 1980 (para quien la relatividad de los efectos de la sentencia de amparo “nulifica la eficacia del juicio de amparo como sistema de control de constitucionalidad de las leyes y el mantenimiento de la pureza de la Constitución”).

una mayor autoridad de la declaración de inconstitucionalidad obtenida por vía directa en el llamado "amparo contra leyes"⁷¹, otros favorecen los efectos derogatorios de todo pronunciamiento reiterado del superior tribunal mejicano en materia constitucional, propiciando que la Suprema Corte de Justicia comunique a la autoridad que ha expedido la ley o reglamento declarado inconstitucional que dicha norma sea derogada⁷².

c) *Las Lecciones del Derecho Comparado.*

Este breve examen comparado nos permite observar que los efectos generales de la cosa juzgada constitucional no presuponen necesariamente una larga tradición de respeto al precedente, ya que en aquellos países del continente europeo de cultura jurídica neo-romanista la autoridad del precedente en materia constitucional se ha impuesto gradualmente con la adopción del modelo austríaco. La reciente adopción de este modelo por parte de algunos países de América Latina como Chile, Ecuador, Guatemala y Perú demuestra a su vez que dicho sistema no es patrimonio exclusivo de las democracias industrializadas de Europa occidental, sino que también es susceptible de ser adoptado en los países de América Latina. Cabe observar asimismo que en aquellos países que han seguido al modelo norteamericano, sin importar a su vez la regla del precedente (*stare decisis*), la eficacia y autoridad de los pronunciamientos en materia constitucional se encuentra en una incómoda situación jurídica de difícil definición institucional.

Países como Argentina, Brasil y México han buscado un acomodamiento entre el modelo norteamericano y el austríaco sin

⁷¹ Véase, por ejemplo, José G. Vallarta Plata, *El Poder Judicial y el sistema de la declaración de inconstitucionalidad en Latinoamérica*, en *Función del Poder Judicial*, ob. cit. supra, nota 55, p. 171 y ss.; H. Fix-Zamudio, *La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo*, 10-11 *Boletín Mejicano de Derecho Comparado*, 53-98 (enero-agosto 1971); H. Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, p. 156, citado por Ignacio Burgoa, *El Juicio de Amparo*, p. 277 (17ª ed., Méjico, 1981); Juventivo V. Castro, *Leciones de Garantías y Amparos*, p. 324, 2ª ed., Méjico, 1981.

⁷² Véase J. M. Arroyo M., ob. cit., supra, en la nota 55, pp. 283-284.

llegar a dotar a los precedentes constitucionales de la autoridad de que gozari en esos sistemas. La ley de amparo mejicana ha dado un paso audaz al establecer la obligatoriedad del precedente en materia de amparo en circunstancias reguladas en forma casi matemática, mientras que en Brasil se ha buscado a través de la *súmula* uniformar los criterios jurisprudenciales y obtener cierto grado de acatamiento a los mismos. En la República Argentina, en cambio, la autoridad del precedente en materia constitucional queda librada a la autoridad "moral" de los pronunciamientos de la Corte, que suele ser reverenciada excepto en aquellos casos en que, ahora con más frecuencia que nunca, el alto tribunal se pronuncia sobre temas constitucionales de gran importancia política.

En ninguno de estos países, sin embargo, se ha revestido a los pronunciamientos constitucionales del poder judicial de la misma jerarquía que los actos del poder ejecutivo y legislativo, ya que aun cuando pudiera inculcarse el respeto al precedente por parte de los tribunales inferiores en casos futuros, las autoridades administrativas y legislativas quedan en libertad de acatar o no la decisión judicial de inconstitucionalidad. Aun cuando pueda compartirse un criterio estricto de la noción de separación de poderes, es indudable que el organismo judicial pierde prestigio como poder político cuando sus pronunciamientos son ignorados por las otras ramas de gobierno. En la medida en que un régimen democrático se mantiene y evoluciona no tanto gracias a la separación de poderes sino al equilibrio de "pesos y contrapesos" (*checks and balance*) de las ramas de gobierno, es importante reflexionar sobre la conveniencia de dotar al poder judicial del poder necesario para controlar con eficacia y autoridad general a los actos de los otros dos poderes. De ahí que en la segunda parte de este ensayo me decida a discutir la conveniencia de reforzar la autoridad del precedente constitucional en países de América Latina que mantienen el modelo norteamericano de control de constitucionalidad.

II. IMPORTANCIA DE LA ESTABILIDAD DE LA DOCTRINA JUDICIAL EN MATERIA CONSTITUCIONAL

A. *Importancia Jurídica de la Continuidad del Precedente.*

En América Latina existe una importante corriente doctrinaria en favor de una jurisdicción constitucional especializada, separada e independiente de la jurisdicción de casación de la legislación ordinaria. Todos los argumentos que se han dado en favor de la creación de una corte o tribunal constitucional son atendibles, especialmente a raíz de la crisis por la que vienen atravesando las cortes supremas de los países latinoamericanos a consecuencia del sobrecargo de tareas que conlleva la revisión de la aplicación de leyes ordinarias⁷³. Aun cuando el problema del sobrecargo de tareas pueda ser solucionado a través de un mecanismo procesal más ágil, sin necesidad de crearse un tribunal especial, me adhiero a esta importante corriente de opinión porque considero que un tribunal superior con jurisdicción exclusiva en materia constitucional reforzaría el prestigio político que tanta falta le hace a quien ejerce tan digno y delicado magisterio⁷⁴.

⁷³ H. Fix-Zamudio, *Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica*, IX Anuario Jurídico 414 (Méjico, 1982); Carlos Restrepo Piedrahita, *Notas sobre la Corte Constitucional*, *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá*, separata, s.f., pp. 23-31; J. Carpizo, *Algunas reflexiones sobre el poder federal y sobre las relaciones internacionales de Méjico*, 36 *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia* 561 (1982); J. L. Anahaia Mello, *Da separação de poderes a guarda da Constituição*, *Revista dos Tribunais* (São Paulo, 1968).

⁷⁴ Los profesores Zamudio y Carpizo sostienen que en Méjico "la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe convertirse en un verdadero tribunal constitucional; esto reforzaría su prestigio y le permitiría mejorar sus funciones constitucionales, lo que a su vez redundaría en un mejor cumplimiento de todo el orden jurídico en nuestro país." Los maestros mejicanos son partidarios de una jurisdicción constitucional especializada en razón de: (a) el recargo que tienen las supremas cortes en virtud de los recursos de casación; (b) la dispersión que se origina por el hecho de que varios organismos conozcan de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos; (c) la especialización en derecho público para poder contar con una buena jurisprudencia constitucional; y (d) los aspectos téc-

Los maestros mejicanos Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo, al exponer las conveniencias de consagrar la fuerza vinculante *erga omnes* de los pronunciamientos del más alto tribunal en materia constitucional, han señalado las siguientes ventajas:

"a) Refuerza el principio de la igualdad de todos ante la ley y no permite que a quienes no solicitaron la protección jurisdiccional se les aplique la ley anticonstitucional, especialmente cuando estos últimos son miembros de los sectores más débiles, social, cultural y económicamente, de la sociedad;

b) los tribunales se encuentran recargados de asuntos y si se utiliza el sistema de efectos particulares de las sentencias para las cuestiones constitucionales —más en sistemas donde no existe la fuerza del precedente— se puede llegar a la inoperancia del sistema;

c) se refuerza la cohesión jurídica y social que la Constitución persigue al no permitirse que se apliquen leyes y reglamentos que el máximo tribunal de un país ha considerado anticonstitucionales"⁷⁵.

Coincido con estos argumentos y por ello es que paso a eliminar más de cerca tres aspectos que destacan la conveniencia, sino la necesidad, de otorgar fuerza vinculatoria *erga omnes* a la declaración general de inconstitucionalidad: la garantía de igualdad, la economía procesal y la seguridad jurídica.

nicos y muy especializados que son necesarios para poder realizar una adecuada interpretación constitucional. H. Fix-Zamudio & J. Carpizo, *La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial*, supra nota 55, p. 53.

⁷⁵ H. Fix Zamudio, *Justicia constitucional y régimen democrático*, supra, nota 128, pp. 671-672; *La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo*, págs. 10-11; *Boletín Mejicano de Derecho Comparado*, págs. 93, 98 (1971); *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, pág. 34 (Méjico, UNAM, 1977); Jorge Carpizo, *Estudios Constitucionales*, páginas 562-563 (Méjico, UNAM 1980); *La Constitución Mejicana de 1917*, páginas 276-277 (6ta. ed. Méjico, UNAM-Porrúa, 1983). Véase también J. Castro, *Hacia el amparo evolucionado*, páginas 23-48 (Porrúa, 1977); J. G. Vallarta Plata, *El poder judicial y el sistema de la declaración de inconstitucionalidad en Latinoamérica*, páginas 176-184, citado por Fix Zamudio & Carpizo, en *La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial*, supra, nota 128, p. 54, nota 62.

I. *Garantía de igualdad*

De no lograrse una cierta uniformidad o armonización de criterios jurisprudenciales, el reconocimiento de los derechos fundamentales consagrados en la constitución quedarían a merced del tribunal de turno que decida la cuestión. Esta desigualdad de criterios genera incertidumbre en materia de aplicación del derecho común y resulta francamente caótica en materia constitucional⁷⁶. Aun cuando es dable suponer que una vez que se declara la inconstitucionalidad de una norma la Corte Suprema mantendría su criterio y declararía la inconstitucionalidad alegada todas las veces que el caso fuese sometido a su decisión, la incertidumbre persiste hasta el momento en que la norma vuelva a ser declarada inconstitucional para el caso en particular. ¿Por qué esperar que se produzcan numerosos golpes de jurisprudencia para brindar seguridad a los justiciables de que la norma no debe ser aplicada? Sin duda que resulta más sensato suponer que la comunidad deberá regirse de conformidad con los pronunciamientos de la Corte Suprema, tribunal que debe ser considerado como el intérprete oficial de la Constitución.

En aquellos casos en que la norma se encuentra viciada de inconstitucionalidad porque el tribunal de mayor jerarquía así lo ha declarado, carece de sentido seguir aplicándola hasta tanto se presente el caso práctico en que la parte afectada cuestione su aplicación y sea expresamente llevada al examen de la Corte. En un tema de gran trascendencia social, resultaría patentemente injusto que aquellos que no tienen fácil acceso a los servicios profesionales se encuentren sometidos al rigor de una ley que los más

⁷⁶ Es así como Germán Bidart Campos aspira a que la interpretación de la ley en el derecho argentino alcance, en ciertos casos, "vinculatoriedad general para los jueces y también para los particulares, ya que la uniformidad jurisprudencial en esos casos mantendrá la garantía de igualdad jurídica, la que de otro modo no pasa de ser una de las tantas ficciones en que se entretiene la teoría a espaldas de la vida". G. Bidart Campos, *Relaciones de la jurisprudencia vinculatoria con la división de poderes y la igualdad jurídica*, pág. 98, Revista La Ley, (en adelante L. L., pág. 749).

favorecidos económicamente pueden fácilmente eludir gracias a un dicstro ascSORamiento letrado.

2. *Garantía de Igualdad e Inconstitucionalidad de Oficio*

Existe una indudable conexión entre la efectiva implementación de la garantía de igualdad, el respeto al precedente y la facultad de ejercer el control de constitucionalidad “de oficio”, es decir, sin necesidad de un pedido expreso de inconstitucionalidad de una norma por la parte cuyo interés ha sido negativamente afectado por esa disposición. El ordenamiento jurídico que regula el control judicial de constitucionalidad en México establece expresamente lo que se ha dado en llamar “la suplencia de la queja deficiente” en materia de amparo, permitiendo y en algunos casos ordenando al jugador que aplique de oficio la tesis jurisprudencial aunque no haya sido expresamente invocada por el quejoso, cuando los actos que se reclaman se fundan en una ley que ha sido declarada inconstitucional⁷⁷. Pero en la República Argentina, una vieja y consolidada jurisprudencia, fuertemente criticada por un sector importante de la doctrina, ha venido sosteniendo que los tribunales judiciales no pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma, si no hay petitorio de parte con expresa impugnación de dicha norma (o sea, que no pueden hacerlo “de oficio” en la causa judicial que resuelven)⁷⁸.

⁷⁷ El segundo párrafo del art. 107 (II) de la Constitución Mexicana dice así: “En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución”. A su vez, el art. 76 de la Ley de Amparo ordena suplir la deficiencia de la queja cuando los menores de edad o incapaces figuren como quejosos o cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte. La misma disposición *faculta* la deficiencia de la queja en materia penal y la deficiencia de la parte obrera en materia del trabajo, “cuando se encuentre que ha habido en contra del agraviado una violación manifiesta de la ley que lo ha dejado sin defensa, y en materia penal, además, cuando se le haya juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso”.

⁷⁸ 289 Fallos 89, 177; 305 Fallos 2046; 306 Fallos 303 y sus citas, entre muchos otros.

Conviene aclarar que con la expresión “control de constitucionalidad de oficio” me estoy refiriendo a la facultad de los tribunales de corregir los defectos de técnica en que hubiera incurrido el quejoso, declarando la inconstitucionalidad de una ley en base a una jurisprudencia que se ha omitido invocar expresamente por el agraviado. Se trata de lo que en derecho constitucional mejicano se conoce como “queja deficiente”, que no debe confundirse con falta de interés jurídico en impugnar la constitucionalidad de la norma, interés que resulta indispensable para ejercerse el control de constitucionalidad conforme al modelo norteamericano⁷⁹. Tampoco debe confundirse la facultad de ejercer el control de constitucionalidad “de oficio” con la necesidad de un pleito, causa o controversia para plantear la inconstitucionalidad de una norma⁸⁰, que también constituye un requisito indispensable con-

⁷⁹ Esta distinción ha sido debidamente aclarada por la Suprema Corte de Méjico, en fallo citado por el profesor Humberto Briseño Sierra, pág. 2, *Teoría y Técnica de Amparo*, pág. 478 (ed. Cajica, Méjico, 1966):

“La suplencia de la queja en materia de leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, a que se refieren los artículos 107, fracción II, párrafo segundo de la Constitución Federal y 76, segundo párrafo de la ley reglamentaria del juicio de garantías, no puede llegar al extremo de suplir la falta de demostración del interés jurídico del promovente del amparo, ya que esto equivaldría al reconocimiento de la existencia de una acción popular para reclamar la inconstitucionalidad de las leyes; sistema que no acepta nuestro derecho, sino que por el contrario, de acuerdo con la fracción I del artículo 107 constitucional, el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, y por su parte, el artículo 40 de la ley de amparo establece que el juicio de garantías únicamente podrá promoverse por la parte a quien perjudique el acto o la ley que se reclama; lo que significa que es presupuesto indispensable para el examen de la controversia constitucional, la comprobación del interés jurídico del quejoso” (*Amparo en revisión*, 608/1955)”.

⁸⁰ La redacción de la ley argentina n° 27 y algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de ese país hacen suponer que se incurre en una confusión —terminológica sino sustancial— entre la necesidad de peticionar la inconstitucionalidad en forma expresa y la necesidad de que exista un “caso o controversia”. De esta confusión derivan numerosos pronunciamientos rehusando aplicar la Constitución con el erróneo argu-

forme al modelo norteamericano de control de constitucionalidad⁸¹.

mento de que falta una impugnación expresa, cuando lo único que se requiere es la existencia de un "caso o controversia" y un interés legítimo afectado por la aplicación de la norma inconstitucional. El art. 2 de la ley n° 27 expresa que la obligación de los tribunales federales de asegurar la primacía de la Constitución Nacional "nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en las cosas contenciosas en que es requerida a instancia de parte". El art. 3 de la ley n° 27, al referirse a los servicios de la administración de justicia a nivel nacional, describe como uno de los objetivos del Poder Judicial de la Nación, el de "sostener la observancia de la Constitución y las leyes nacionales, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualesquiera de los otros poderes nacionales que estén en oposición con ella". Puede observarse que cuando el artículo 2 se expresa en contra del ejercicio del control de constitucionalidad "de oficio" se está refiriendo al control "en abstracto" de constitucionalidad, puesto que lo que se prohíbe es ejercerlo en ausencia de un "caso contencioso". De ninguna manera esta disposición prohíbe que el juez provea —cuando no lo han provisto las partes— los fundamentos jurídicos determinantes de si existe un conflicto entre la Constitución y una norma secundaria. Esta distinción no resulta muy clara en ciertos pronunciamientos de la Corte argentina, en los cuales al impedir la declaración de inconstitucionalidad en "casos o controversias" en que las partes no han pedido expresamente dicha declaración, la Corte sostiene que se "ha pretendido ejercer improcedentemente un control de constitucionalidad *sin que diera el esencial requisito de la existencia de un 'caso o controversia judicial'*". Véase *Incidente promovido por la querrela sobre inconstitucionalidad del Decreto n° 2125/78*, Corte Suprema de Justicia, 19 de noviembre de 1987, fallo n° 86.433, considerando n° 10) de la opinión de la mayoría, *La Ley*, 22 de abril de 1988, pág. 4 (con disidencia del doctor Fayt).

⁸¹ Esta distinción ha sido eficazmente señalada por el doctor Fayt, en sus votos disidentes con la opinión de la mayoría de los miembros de la Corte Suprema en el caso *Peyru, Osvaldo, C. S.*, 2 de julio de 1986, 1986-E, *La Ley*, 126 y en el voto en disidencia en el caso *P., O. J.*, 2 de julio de 1987, registrado como fallo n° 40.422 en *El Derecho*, 12 de noviembre de 1987. Dijo el doctor Fayt en esa oportunidad:

"[P]ara mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los poderes es necesario que exista un pleito, una cuestión que proporcione a los com-

Si el tribunal de garantías constitucionales omite fiscalizar de oficio la constitucionalidad de una norma, cuya inconstitucionalidad ha sido repetidamente declarada en casos anteriores, se violaría la garantía de igualdad jurídica de los justiciables y se lesionaría la majestad del Poder Judicial por el solo hecho de que la parte agraviada omitió pedir la declaración de inconstitucionalidad⁸². Podría argumentarse con cierta razón que el derecho

ponentes del Poder Judicial la oportunidad de decidirlo. Sólo entonces la potestad legislativa y ejecutiva pueden ser puestas en tela de juicio y tratadas de ilegítimas. Sin este freno el equilibrio de los poderes, condición esencial del gobierno organizado por la Constitución, se habría roto por absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos (190 Fallos, pág. 98, citados). Lo que es erróneo, es suponer que esa exigencia de un caso judicial concreto debe limitar la facultad de los jueces de hallar para las causas sometidas a su conocimiento el encuadre normativo correcto al margen de los argumentos de las partes. Tal facultad, generalmente reconocida bajo la expresión *iura novit curia*, no cabe que se limite cuando está en juego nada menos que la norma más alta del sistema, la Constitución Nacional... No hay que confundir la declaración de inconstitucionalidad nacida de la consciente aplicación de la Ley Suprema por los jueces, al margen de si tal inconstitucionalidad fuese o no traída por el afectado como un argumento explícito que avale su pretensión, de la declaración de inconstitucionalidad en abstracto, sin la existencia de un caso judicial concreto que se tenga a la vista al decidir aquélla. Esta posibilidad, que existe en otros sistemas constitucionales, no existe en el nuestro. Generalmente tales sistemas reservan esa potestad a tribunales constitucionales diferentes de los tribunales de justicia; su tradición jurídica —cabe aventurar— responde a motivaciones históricas diferentes a las nuestras”.

⁸² En opinión sumamente dividida, la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, marginó el control de constitucionalidad de una ley que dispone la actualización de las multas aduaneras (Ley n° 21.898, art. 10) por no haber insertado expresamente la parte agraviada el pedido de control de constitucionalidad. Por lo tanto, dicha ley fue aplicada en ese caso en particular a pesar de que la Corte tenía resuelta su inconstitucionalidad en casos anteriores. Véase causa *P., O. J.*, 2 de julio de 1987, publicada en *El Derecho*, fallo n° 40.422, 12 de noviembre de 1987, con nota de G. Bidart Campos, *Un complicado decisorio en*

de audiencia o de defensa de la parte a quien no favorece la declaración de inconstitucionalidad podría verse menoscabado ante dicho control de constitucionalidad de oficio. Sin embargo, esta valla podría ser sorteada facultándose al tribunal a solicitar argumentos a las partes sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión, cada vez que la Corte lo considere oportuno.

En tanto que el modelo norteamericano de revisión judicial exige la existencia de una "causa o controversia" para que el poder judicial pueda expedirse sobre la constitucionalidad de una norma, no existe impedimento alguno para que el tribunal determine de oficio dicha inconstitucionalidad, cumpliendo con el mandato constitucional de hacer prevalecer la Constitución sobre toda norma secundaria. En un caso reciente en el que se encontraba en juego la interpretación de una norma federal, la Corte Suprema de los Estados Unidos, sin pedido de parte, solicitó a los litigantes que presentaran argumentos acerca del alcance de una sentencia constitucional expedida en 1976 en la que se había interpretado en forma generosa los derechos de grupos raciales minoritarios para entablar una demanda de daños y perjuicios por haber sufrido discriminación⁸³. Esta actitud inusual del supremo tribunal

torno del control constitucional y el dispositivo de actualización de multas aduaneras.

⁸³ En el caso *Patterson v. McLean Credit Unión*, Expediente nº 87-107, cinco de los nueve miembros de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de tendencia conservadora, convinieron en reconsiderar el caso *Runyon v. McCrary* decidido en 1976. En esta causa, el alto tribunal decidió que un grupo de normas destinadas a proteger los derechos civiles, sancionadas con inmediata posterioridad a la guerra civil ("Civil Rights Act" de 1866 y la "Volting Rights Act" de 1870, actualmente codificada en la Sección 1981 del Título 42 del *United States Code*) tenían el propósito de evitar la discriminación racial por parte de escuelas privadas, patronos y entidades privadas en general. Las cuatro votos en disidencia criticaron duramente la libertad que se tomó la mayoría al decidir reexaminar una cuestión que no había sido propuesta por ninguna de las partes. El juez Stevens acusó a la opinión de la mayoría de "exceder los límites impuestos por el principio de contradicción con la finalidad de imponer su propio programa político", provocando de esta forma un daño irreparable al prestigio del alto tribunal. Stuart Tay-

norteamericano, en un tema que no concierne a la inteligencia de una norma constitucional sino a la doctrina judicial elaborada en torno a una ley federal, indica hasta qué punto los jueces se sienten autorizados a aplicar el principio *jura novit curia* en casos de importancia social y política.

3. Seguridad jurídica

Cualquier tribunal se encuentra sujeto a reemplazos parciales por renuncia, fallecimiento o incapacidad temporal de sus integrantes, y en cualquier sistema jurídico las variaciones en la composición humana de la Corte se reflejan en criterios distintos emanados de su seno. Ningún sistema garantiza la inmutabilidad de criterios sobre lo que realmente dice o quiere decir el texto constitucional, y esta garantía no sólo sería innecesaria sino que tampoco parece deseable, pues la regla del precedente no es ni debe ser un mecanismo automático de acatamiento. Sin embargo, debe reflexionarse sobre la incidencia de los cambios bruscos de composición del más alto tribunal que se producen a consecuencia de drásticos vaivenes políticos que ocurren con alguna frecuencia en muchos de los países de la región. Este tema está íntimamente ligado a la mayor seguridad jurídica que puede brindar un sistema de revisión judicial en el cual la declaración de inconstitucionalidad tiene alcance general.

La estabilidad política de los Estados Unidos ha permitido que el principio de inamovilidad de los miembros del poder judicial de la nación se haya respetado en forma continuada. Esta práctica ha asegurado la estabilidad de la composición de la Suprema Corte, y esta continuidad de los miembros de la Corte se refleja a su vez en un cuerpo de doctrina judicial de cambio relativamente constante pero gradual. Por cierto que la inclinación liberal o conservadora de los miembros del tribunal ha variado conforme a las circunstancias políticas que vive la nación, pero

lor, Jr., *Court, 5-4, votes to restudy rights in minority suits*, The New York Times, 26 de abril de 1988, p. A-1 y A-24.

sin que dichas transformaciones hayan sido bruscamente provocadas por una renovación total de los miembros de la Corte. En América Latina, por el contrario, los vaivenes de la política han arrastrado en numerosas ocasiones la desintegración y sustitución completa de los miembros de la Corte de turno. Esta circunstancia aumenta el peligro de cambios de criterios jurisprudenciales para casos sustancialmente iguales, con lo que se resiente enormemente la seguridad jurídica. De allí que al propugnarse un mayor respeto al precedente mediante el establecimiento de su efectividad derogatoria, se acentúa el aspecto institucional de la Corte como tribunal de garantías constitucionales por encima de las variaciones de opiniones que se reflejan en las diferentes composiciones del tribunal.

De ser declarada la inconstitucionalidad de una norma con efecto *erga omnes*, un cambio estructural de la Corte no podría hacer revivir la norma que feneció por repugnar a principios constitucionales. En cambio en aquellos sistemas donde la revisión judicial limita sus efectos a las partes litigantes, un simple giro argumental sería suficiente para reponer un precepto declarado inconstitucional por la Corte en su anterior composición. En la medida que el valor que se persigue en una democracia es el de la renovación de la doctrina dentro de cierto margen de estabilidad, un sistema constitucional que contemple la obligatoriedad del precedente en materia constitucional coadyuvaría a dotar de estabilidad y autoridad a los pronunciamientos judiciales en materia constitucional.

4. *Economía Procesal*

La necesidad de que cada persona recurra a un tribunal para que se le reconozca un derecho constitucional que ha sido objeto de reiterados pronunciamientos judiciales no sólo crea una situación de desigualdad, sino que también ocasiona un dispendio de recursos judiciales escasos. La economía procesal no sólo se obtendría al evitar reiterados planteos de inconstitucionalidad en casos de acogimiento de la inconstitucionalidad, sino también en casos de rechazo. Aunque el pronunciamiento desestimatorio no

adquiere autoridad de cosa juzgada, el respeto al precedente desalentaría la repetición del planteo con los mismos argumentos que fundamentaron al que fue desestimado con anterioridad. Para rechazar el planteo de una cuestión constitucional ya juzgada con pronunciamiento de rechazo, le bastaría al tribunal competente expresar que en el caso particular no se encuentran razones o argumentos de suficiente peso como para adoptar decisiones diferentes a las de los precedentes⁸⁴.

El beneficio de economía procesal parecería ser el argumento más pragmático y de mayor sentido común en favor de la obligatoriedad del precedente establecido por el tribunal de mayor jerarquía. Esta ventaja indica la conveniencia de establecer la obligatoriedad de los precedentes tanto en materia constitucional como en cualquier otra materia. Sin embargo, la fuerza vinculante del precedente en materia constitucional tiene características propias en razón de comprometer el juego institucional de los factores de poder. De allí que considere conveniente detenerme a examinar la importancia institucional de la doctrina judicial constitucional, cuestión que se encuentra relacionada con la legitimidad democrática del control de constitucionalidad ejercido por los jueces y el papel que deben jugar éstos dentro de la estructura democrática que tanto cuesta consolidar en los países de América Latina.

B. *Importancia Institucional en la Tradición Neo-Romanista*

La jerarquía que ocupa el precedente judicial entre las fuentes del Derecho en un país determinado se encuentra íntimamente ligada a la cultura jurídica y política de dicho país. De ahí que en los países del *Common Law* no haya necesidad de imprimir en la Constitución o en una ley que los precedentes son obligatorios, mientras que en los países de tradición jurídica continental romanista es necesario consagrar este principio legislativamente o con la intervención del constituyente, tal como lo ha hecho México en

⁸⁴ Véase sobre este tema Mauro Cappelletti, *Effetti preclusivi nell processo civile delle pronunce costituzionali*, en *Studi in onore di Emilio Corsa*, pp. 331-364, Milano, 1960.

su ley de amparo y como lo han hecho aquellos países neo-romantistas que han seguido al modelo constitucional austríaco de control judicial de constitucionalidad. Resulta claro entonces que si bien en un país de tradición jurídica anglosajona no hay motivos para diferenciar entre la fuerza vinculante de la doctrina judicial constitucional y la doctrina establecida por los tribunales en otras materias jurídicas, esta distinción es pertinente en los países de raigambre romanista, en los cuales dotar de fuerza vinculante al precedente implica un cambio trascendente en el equilibrio de los pesos y contrapesos que ejercen las ramas de gobierno.

Mientras que los países latinoamericanos tuvieron que reexaminar el principio estricto de la separación de poderes al otorgar al organismo judicial la facultad de revisar la constitucionalidad de los actos emanados de los otros dos poderes, también debe examinarse cuidadosamente si la facultad de revisión judicial de constitucionalidad también implica dotar de facultades cuasilegislativas a la Corte Suprema de Justicia. Este problema de naturaleza conceptual ha sido analizado por la doctrina constitucional comparada. Aunque puede admitirse que la eficacia derogatoria de la sentencia que acoge el planteo de inconstitucionalidad tiene características "paralegislativas", lo que interesa desde el punto de vista conceptual es que la declaración general de inconstitucionalidad importa aplicar la Constitución por encima de una norma secundaria, y esta función es típicamente jurisdiccional aún cuando pueda ser asimilada a la función legislativa. Más allá del problema conceptual, estimo que las implicancias políticas de la obligatoriedad del precedente constitucional son las que merecen mayor atención. Aunque esta problemática sólo puede ser examinada con provecho a la luz de una coyuntura histórico-política determinada y con relación a un país determinado, creo conveniente hacer algunas reflexiones generales sobre el tema que estimo aplicables a la región latinoamericana en general.

C. Importancia Política del Precedente Obligatorio.

El dotar de una fuerza cuasi-legislativa o normativa al precedente constitucional plantea una serie de problemas teóricos y prácticos desde el punto de vista político que sería imposible

abordar en forma global en este artículo. Me interesa destacar brevemente, sin embargo, aquellos temas relacionados con el principio de separación de poderes, la idiosincracia más o menos individualista de la sociedad donde se intenta implantar la obligatoriedad del precedente, y la legitimación del control judicial en una democracia. Los autores norteamericanos se han preocupado mucho sobre el tema de la legitimación democrática del control judicial de constitucionalidad⁸⁵, tema que de tanto en tanto aparece como tema de debate no solamente académico y político en los Estados Unidos. Basta destacar entre las más recientes polémicas la que fue desatada a raíz de las declaraciones del Ministro de Justicia de los Estados Unidos, preocupado por disminuir el "activismo judicial" de la Suprema Corte norteamericana⁸⁶. Con la finalidad de minar las facultades de la Corte para tomar partido en temas controvertidos en la sociedad norteamericana tales como el aborto y las plegarias en las escuelas públicas, el Ministro sostuvo en forma implícita sino explícita que la diferencia —más teórica que práctica en los Estados Unidos— entre la fuerza vinculante del texto de la Constitución y la de la interpretación de dicho texto por parte de la Corte Suprema es lo suficientemente importante como para justificar que cada rama ejecutiva de gobierno actúe conforme a su propio criterio de lo que dice la Cons-

⁸⁵ Véase, por ejemplo: James Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law* (1893); John H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980); Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1962; Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, pág. 73; *Harvard Law Review*, pág. 1.

⁸⁶ Conferencia del Ministro de Justicia de los Estados Unidos (*Attorney General*) Edwin Meese en la Universidad de Tulane, Nueva Orleans, el 21 de octubre de 1986. Véase Stuart Taylor, Jr., *Meese and the Storm Over the Court*; Anthony Lewis, *Mr. Meese's Contempt of Court*, página A-30, *The New York Times*, 27 de octubre de 1986. Véase los debates académicos provocados por esta conferencia en las publicaciones citadas *supra*, nota 128. Igualmente, puede consultarse con provecho el excelente trabajo del Profesor Henry Paul Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, *Columbia Law Review*, vol. 88, p. 723 (1988).

titución, sin encontrarse obligada a acatar la doctrina que establezca la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Como era de esperarse, estas declaraciones desataron un sinnúmero de críticas por parte del periodismo, políticos, destacados constitucionalistas, y ciudadanos en general, algunos apoyando la pureza conceptual del ministro y muchos otros calificando dichas declaraciones de poco menos que subversivas del respeto del que tradicionalmente han gozado las decisiones del supremo tribunal norteamericano⁸⁷.

Lo que me interesa resaltar es que si este tipo de polémica puede todavía surgir en un país con casi doscientos años de ininterrumpida estabilidad constitucional, y que cuenta con una tradición de revisión judicial de constitucionalidad que se remonta a la época colonial— herencia jurídica de la que carecen los países de América Latina— no puede pretenderse que el acatamiento al precedente eche raíces profundas en una región en donde la consolidación de una democracia estable es todavía una mera aspiración. Hace falta por lo tanto explorar y ubicar en su real dimensión si el poder judicial puede y debe erigirse en custodio del proceso político en países que sólo recientemente han comenzado con entusiasmo la etapa de transición a la democracia, donde aún los jueces de mayor jerarquía no suelen competir en la vida política de la Nación con el peso que lo hacen legisladores o funcionarios de la administración pública.

Esta perspectiva de análisis exige desechar temores infundados, determinar el riesgo que vale la pena correr en pos de una profundización del proceso democrático, y también calibrar cuidadosamente el cambio de mentalidad necesario para que el precedente judicial en materia constitucional cumpla una cabal función orientadora. Es así como el problema que confrontan los Estados Unidos con respecto a la carencia de legitimación democrática de una Corte Suprema que es un verdadero “poder” tiene

⁸⁷ Véase K. Greenwalt, *Constitutional Decisions and the Supreme Law*, pág. 58 *University of Colorado Law Review*, pág. 145 (1987); *Symposium on Meese's "The Law of the Constitution"*, pág. 61, *Tulane Law Review*, págs. 979-1095 (1987).

... sus cualidades propias debido al prestigio y poder representativo del Congreso, mientras que en la mayoría de los países de América Latina la rama legislativa suele actuar como un mero apéndice del Poder Ejecutivo. También es distinto el contexto político de los temores de una "dictadura" o "tiranía" judicial en las democracias parlamentarias de Europa occidental⁸⁸, donde existe una supremacía del cuerpo legislativo dentro de la tripartición clásica de los órganos de poder, en contraposición con el contexto institucional latinoamericano, donde se observa una tendencia hacia la supremacía del organismo ejecutivo. De allí que si, lejos de desembocar en una dictadura judicial, la efectividad *erga omnes* de los precedentes constitucionales en los países de Europa occidental no ha perjudicado la marcha armónica de los poderes públicos, estimo que la revitalización del precedente en América Latina no debe conducir necesariamente a una politización de la justicia, sino que puede funcionar como un efectivo "contrapeso" de los poderes cuasi-omnímodos del ejecutivo que conduzca a robustecer el proceso democrático.

Como expresa el Profesor Rosenn en la frase que figura en el epígrafe de este trabajo, es indudable que la falta de un poder judicial independiente y la consecuente ausencia de madurez política de los jueces convierte en un paso riesgoso todo aumento de responsabilidad política de los jueces. Conceder al precedente un valor vinculante mayor que el que tiene actualmente, sin embargo, debe ser considerado como parte de un proceso inevitable en el cual se van definiendo los límites del control de constitucionalidad en una democracia constitucional. A medida que las demandas y aspiraciones democráticas de los países latinoamericanos conduzcan a una función judicial fortalecida, será necesario un cambio gradual de mentalidad con respecto a la autoridad del precedente. Las confrontaciones con las otras ramas de gobierno serán inevitables, y el poder judicial solamente podrá cumplir su función de poder político a la par de los otros poderes en

⁸⁸ Sobre las predicciones de la politización de la justicia, véase Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, págs. 21-25, trad. española de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, 1935.

base a su prestigio. La adquisición de esta autoridad moral, a su vez, dependerá del apoyo político que reciba no solamente del texto legal sino también de la comunidad en general. Esto exigirá, sin duda, un cambio gradual de mentalidad.

Además de sabiduría política para conducirse, una Corte que se arrogue facultades para establecer una doctrina constitucional de carácter general y vinculante deberá adquirir la habilidad necesaria para construir principios que permitan a los tribunales inferiores seguir una línea constante de jurisprudencia, alertando debidamente a los legisladores y funcionarios de gobierno sobre cuáles son los límites que no pueden transgredir. Para esto se necesita un cambio de actitud en los jueces que integran la Corte Suprema. Los ministros de la Corte deberán tener una clara conciencia de que más allá de los intereses en juego, están pronunciando palabras susceptibles de ser proyectadas a nivel de generalidad, que operan como fuente del Derecho. La obligatoriedad del precedente colocará a los jueces frente a la realidad social y los ubicará en la imperiosa necesidad de anticipar el probable alcance general y futuro de las palabras pronunciadas en el acto de sentenciar⁸⁹.

Fuera de esta problemática originada por el contexto político en el que debe desenvolverse un sistema de control judicial de constitucionalidad, se hace necesario prestar atención a otros aspectos de índole práctica que es necesario examinar con el detenimiento que no permite este trabajo. Me refiero, por ejemplo, al método a seguir para determinar con precisión posible qué aspectos del precedente son los vinculantes y cuáles son meros pronunciamientos hipotéticos qué grado de "consolidación" o "constancia" se requiere para que uno o más pronunciamientos constituyan una doctrina judicial que deban seguir los tribunales

⁸⁹ Véase, Julio Cueto Rúa, *La Corte Suprema como poder del Estado*, La Ley, 7 de agosto de 1987, pág. 2, destacando que para ello será necesario reducir el número de casos que actualmente inundan las puertas de la Corte, ya que cuando el número de casos se hace inmanejable, como ocurre con la cantidad de casos que debe resolver la Corte Suprema de Justicia argentina, se corre el riesgo de la pérdida de calidad en la norma general implícita en el precedente.

El control de constitucionalidad de la jurisprudencia debe ser en cargo de la propia Corte como ocurre con las "letras de jurisprudencia" en México y las súmulas en Brasil, o si son los órganos del sistema, jueces y abogados, los que deben determinar cuándo el precedente deviene obligatorio; si el pronunciamiento que surge al planteo de inconstitucionalidad debe tener efectos retroactivos o ultractivos, etcétera. Estos aspectos y muchos otros relacionados con la mecánica procesal para llegar al superior tribunal de cada país, al sistema empleado para dar a publicidad los fallos de los tribunales, el mayor o menor acceso que tienen a dichos fallos los jueces, abogados y funcionarios públicos, la difusión periódica que se les otorga, la mayor o menor importancia que se le otorgue a los antecedentes fácticos del caso, etcétera.

CONCLUSION

La obligatoriedad de la doctrina judicial en materia de constitucionalidad no contradice el principio de separación de poderes, sino que integra un sistema funcional de pesos y contrapesos conforme al cual el órgano judicial, lejos de invadir la esfera de competencia del órgano ejecutivo o legislativo, aplica la Constitución con autoridad. Esta función forma parte de la actividad jurisdiccional que le está reservada al organismo judicial.

El control de constitucionalidad es la actividad más importante que cumple el organismo judicial como rama de gobierno. El papel que debe jugar el organismo judicial en una democracia que aspira a consolidarse con el tiempo es el de establecer una definición de los principios constitucionales en forma decisiva, rápida y efectiva. La efectividad del precedente en materia constitucional depende de su fuerza vinculante *erga omnes*. El otorgamiento de esta autoridad al precedente constitucional en los países de América Latina que han seguido al modelo norteamericano de revisión judicial es un paso necesario para la consagración del rol institucional del Poder Judicial en la consolidación de la democracia.

MORAL Y DERECHO: SUS DECLARACIONES LOGICAS

por ROBERTO J. VERNENGO *

Durante mucho tiempo se sostuvo que la moral y el derecho constituirían, no sólo actividades diferentes, sino códigos prescriptivos excluyentes. Sin embargo, hoy nuevamente está en plena vigencia la cuestión tradicional de las relaciones entre el derecho y la moral. Quiero referirme a ella, no sólo desde el punto de vista especulativo que la filosofía prefiere, sino desde un punto de vista analítico que permita el examen de las estructuras lógicas y lingüísticas que ambos tipos de discurso, el moral y el derecho, exhiben. Pareciera que la distinción tajante entre derecho y moral, en cuanto a conjuntos de enunciados prescriptivos, como normalmente se los entiende, tuvo históricamente una motivación política concreta —en Thomasius, a fines del siglo XVII, en Sajonia—, admitiendo por lo tanto una explicación histórica aceptable. Se trataba de crear, en el momento en que el hombre europeo se hace cargo de su característica esencial como un ser consciente, como una inteligencia activa, un ámbito de acciones exento de toda posibilidad de intromisión real. El fuero íntimo, territorio exclusivo de la moral privada de la actividad subjetiva fundamental, el campo donde se admiten decisiones autónomas, debía ser protegido de toda intromisión externa y, en especial, de toda intervención de la autoridad estatal. El sujeto moral requiere del reconocimiento de su independencia, de su autonomía plena, frente a toda ingerencia reguladora impuesta por alguna autoridad externa, fuera ella el brazo secular del estado o el poder espiritual de alguna iglesia.

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho. U.B.A.

Por cierto que las autoridades religiosas y profanas que así perdían poder, no aceptaron complacidas semejante mutilación de sus competencias. Las iglesias, entonces y todavía hoy, consideran que cuentan con competencia bastante para dirimir todo tipo de cuestiones morales, actitud que la iglesia romana y las estatales protestantes adoptaron, como si se tratara de la conquista de un territorio no ocupado anteriormente, ante el surgimiento de los estados nacionales modernos en el siglo xvi. Los estados modernos, que explícitamente se declararon soberanos en todo lo que hace al recurso a la fuerza externa, no renunciaron, sin embargo, a intervenir en aquellos casos en que la moralidad pública (es decir: la que interesa a la autoridad estatal, en cuanto puede constituir un riesgo para el ejercicio del poder) pudiera verse afectada.

Las políticas liberales asumidas en los países anglosajones y en algunos continentales europeos, durante el siglo xix, influyeron para que la ingerencia estatal en los asuntos privados (lugar adonde la moral y sus problemas habían quedado relegados) fuera reducida. Pero, con el auge progresivo de actividades de toda índole —económicas, culturales, etc., que se fueron considerando como propias y legítimas del estado, actividades que se vieron sensiblemente ampliadas desde fines del siglo xix hasta mediados del xx—, y con el predominio de concepciones político-jurídicas, teñidas de algún positivismo ideológico, que hacía imposible cuestionar la validez del derecho positivo estatal, volvió a plantearse expresamente la cuestión de la fundamentación de la validez y legitimidad de esas normas y de las políticas que ellas instauraban. Nuevamente podía invocarse a la moral, ya no como un asunto privado, exclusivo de la conciencia particular de cada uno, sino como una suerte de criterio objetivo de enjuiciamiento de las reglas jurídicas dictadas por el estado.

El derecho, se ha vuelto a decir, quizás no sea cosa distinta de la moral. La moral vuelve a ser vista como aquel conjunto de criterios que permiten emprender, desde un punto de vista pretendidamente objetivo, una crítica del derecho. Esta crítica puede ser considerada, mientras conservan aún influencia formas de moral individualista y relativista, como la mera manifestación

de las opiniones subjetivas de cada cual. Se sostuvo, inclusive, que todo pronunciamiento moral no constituye sino la expresión de los sentimientos y valoraciones del sujeto y no más. Pero si es posible alcanzar criterios morales objetivos —como los que propusiera, a comienzos del siglo pasado, el utilitarismo—, habría que admitir que la crítica moral del derecho tiene otras pretensiones.

Dado que para las morales prescriptivas de hoy esa crítica objetiva del derecho sólo puede fundarse en la conciencia individual, órgano característico de toda actividad autónoma, las morales próximas al escepticismo ético que se daban en las formas de relativismo predominantes a principios de nuestro siglo, ya no podían seguir siendo aceptadas. Era necesario volver a alguna forma de moral objetiva que pudiera servir de pauta absoluta para toda crítica de los derechos positivos, crítica que, de otro modo, carecería de sentido. Pues sólo con tales criterios morales objetivos, el individuo puede instaurarse como un sujeto moral autónomo, frente a la heteronomía del estado y de la política. Estamos hoy, pues, en algo así como ante la imagen invertida de la evocada, hace siglos, por Thomasiaus en Dresden. Frente a la pretensión de competencia universal, tanto moral como jurídica, del estado absolutista y de la iglesia católica, se pretendió delimitar un territorio exento de toda coacción estatal: el fuero íntimo, el pensamiento puro, dominios que iglesia y estado reconocieron como ajenos a sus competencias. Estado e iglesias atienden a la corrección de las conductas externas, sean actividades perceptibles de los ciudadanos o ritos ceremoniales, quedando reservados al individuo y a su conciencia las puras intenciones, los pensamientos inexpresados y los movimientos ideales de su espíritu y de su ánimo. El individuo está sujeto al derecho como cuerpo; es libre en el campo donde se mueven, por decir así, sus ideas.

Nosotros, en cambio, nos vemos a nosotros mismos como sujetos autónomos, como personas libres (ahí, se suele decir, radica nuestra característica esencial, la que nos hace ser lo que somos: hombres miembros de una comunidad espiritual, la humanidad). En cuanto tales, la persona individual autónoma es la

única fuente aceptada de reconocimiento de la validez (esto es de la existencia socialmente admitida) y de la legitimidad (esto es de la no cuestionabilidad social) de toda norma. El derecho producido por órganos estatales, aunque se trate de representantes del pueblo (vale decir: por personas cuyas actividades son atribuidas al pueblo soberano), carece de validez *per se*. Toda norma de derecho positivo, para pretender validez y legitimidad suficientes, tiene que encontrar justificación previa en la conciencia moral de los individuos, única fuente aceptada de aquellas características impalpables. Pero, ¿cómo lograr que puras conciencias morales subjetivas pueden constituirse en el cánón objetivo de la crítica del derecho? Acaso el conocimiento científico moderno, que busca en algún recurso a una verificación empírica la garantía de su validez, ¿puede admitir relegar a una conciencia no empírica, a una conciencia trascendental como la propuesta por Kant, el fundamento de una moral suficiente para emprender la crítica del derecho, del estado y de la política?

Pero hay otro problema que conviene atender. Pues, ¿cuál es el tipo de relación que, expresa o tácitamente, se postula entre la moral fundante y las normas jurídicas fundadas? Puede muy bien ser que la relación que se proponga, o se pretenda reconocer, sea muy fuerte, como sería, por ejemplo, una relación de identidad. La norma jurídica, en ese supuesto, vale (formal y materialmente) porque se identifica con un principio o con una norma moral. Pero semejante criterio de fundamentación recurre a su vez a demasiados presupuestos problemáticos. En efecto, una norma jurídica sólo puede identificarse, en rigor, por su relación con otras normas, por su inclusión en algún orden jurídico concreto. Los criterios de validez o de reconocimiento necesariamente remiten a esas otras normas, sea al establecer la competencia de los órganos productores de las mismas, sea al sentar las pautas de reconocimiento que los órganos de aplicación aceptan o deban aceptar. Esas características son, por definición, ajenas a las normas morales, que, según se ha visto, tienen que ser autónomamente asumidas. Por ende, mal puede sostenerse que una norma jurídica se identifica con una norma moral —pe-se a la apariencia superficial de sus aspectos lingüísticos— cuan-

do sus criterios de identidad difieren esencialmente. Por otra parte, así como las teorías del derecho han sentado pautas de identificación de las reglas de formación de las normas jurídicas, como en la teoría de los *Geltungsbereiche* de Kelsen, pautas que permiten analizar y reconstruir el material prescriptivo que produce el legislador, los moralistas y los filósofos que se ocupan de problemas metaéticos no han dado criterios que permitan diferenciar las expresiones morales bien formadas (ie.: con sentido) de los enunciados moralmente insignificantes. De ahí que se produzca la situación paradójica de que se postule, por un lado, el carácter fundante de los preceptos morales con respecto de los jurídicos, pero, por el otro, se incorporen al lenguaje moral las estructuras analíticas que los juristas han elaborado para explicar conceptualmente normas jurídicas. Así, se sostiene que ciertos derechos (subjetivos) que el derecho objetivo establece (*legal rights*) fundarían su validez material en supuestos derechos morales (*moral rights*). Que sea tal cosa, un derecho moral, apresuradamente se resuelve considerándolos como algo similar a los derechos subjetivos que la teoría del derecho ha invocado desde antiguo. De suerte que para aceptar como válido un derecho subjetivo jurídico —valga la redundancia— debemos postular, como su fundamento, un pretendido derecho moral; pero para entender qué sea un derecho moral debemos dar por supuesto algo semejante a lo que generalmente los juristas entienden por un derecho subjetivo.

 Pero las relaciones de fundamentación, que se postulan o se suponen existentes entre la moral y el derecho, suelen ser más vagas o más problemáticas. Por de pronto, no está para nada en claro cuáles sean los dominios de la relación propuesta. En las discusiones corrientes relativas, por ejemplo, a la fundamentación de los derechos humanos, se admite que el derecho subjetivo que se trata de sustentar o de instaurar —pues, bajo el rótulo de derechos humanos debemos tomar en cuenta no sólo los derechos que acaso algún derecho positivo consagre, sino también ciertos derechos que nos gustaría que todo derecho positivo debiera admitir —necesariamente cuenta con fundamento en un principio moral o en alguna norma moral correlativa. La relación debiera darse

entre norma y norma, o principio y norma. Pero, según refleja la literatura, esta relación suele ser trivial: la norma jurídica que otorga tal o cual derecho subjetivo, por ejemplo, el derecho a concertar matrimonio, se fundaría en la norma moral (postulada) que concede el derecho moral de casarse libremente, con lo cual poco hemos ganado en el propósito de fundamentación, o bien recaemos en la vacuidad de la fundamentación por identidad anteriormente apuntada. El derecho legal —el de estar facultado, en ciertas circunstancias, a contraer matrimonio —remitiría a un principio moral muy general y, por ende, también muy difuso, como el que postula la libertad de las promesas y la obligación de cumplirlas o cosas por el estilo. En otros casos, en cambio, los dominios de la relación de fundamentación son conjuntos de normas (o entidades lingüísticas de carácter prescriptivo, como los famosos principios morales y los principios, preceptos, reglas o directivas jurídicas): es la moral, entendida como un conjunto de reglas, principios y enunciados metaéticos, el fundamento de conjuntos de normas jurídicas, sean órdenes jurídicos estatales (como cuando, invocando la moral, se condena globalmente al régimen nazi o al sistema sudafricano), sean órdenes normativos parciales (como cuando, remitiendo a principios morales, se condena alguna institución, como cuando la iglesia católica condena el régimen civil de divorcio). Pero, cabe apuntar, no es posible, en principio, pretender que la relación de fundamentación que se postule, sea entre norma y norma, o entre conjunto normativo y conjunto normativo, posea idénticas características, sin correr el riesgo de conocidas dificultades lógicas.

Si nos atenemos al primer tipo de relación —la relación uno a uno entre norma moral y norma jurídica—, parece claro que es falso que siempre exista posibilidad de fundar la prescripción jurídica en una norma moral equiparable. Es notorio que casi todos los regímenes jurídicos admiten como conducta facultativa, y, por ende, permitida, conductas que muchos códigos morales califican de desvaliosas o inmorales. Así, por ejemplo, la acción de mentir o de retener información, que moralmente puede ser vista como prohibida y, por tanto, como moralmente mala, es, para la mayoría de los derechos positivos, una acción jurídica-

mente indiferente; vale decir, mentir puede ser acto jurídicamente facultativo, mientras que moralmente se trata de una acción prohibida. Ahora bien, estos dos caracteres normativos son contradictorios y, por ende, mal puede ser el uno fundamento del otro, por lo menos en cuanto dos enunciados que se supone en relación de fundamentación tienen necesariamente que ser lógicamente compatibles. La tesis defendida —toda norma jurídica debe tener un fundamento específico en una norma moral correlativa— tendrá que admitir una versión más débil: algunas normas jurídicas pueden fundarse en normas morales. Pero esta tesis débil no constituye razón suficiente para sustentar la tesis genérica de que el derecho, entendido como algún conjunto de normas, tenga que contar con un fundamento de validez moral para cada uno de sus elementos. Pretender que toda norma jurídica tiene fundamento moral suficiente porque el derecho, como conjunto global, está moralmente justificado, configura la forma de pensar que suele denominarse positivismo ideológico, tesis que los juristas positivistas raramente han asumido, no así en cambio, diversas formas del iusnaturalismo.

Como relación postulada entre conjuntos: la moral y el derecho como conjuntos de normas, reglas, preceptos, principios, etcétera, es frecuente, en la literatura, rehabilitar una vieja tesis del iusnaturalismo escolástico. La moral se identifica con ese conjunto de principios y preceptos denominado derecho natural o ley natural, y se reitera la tesis de que el derecho positivo se encuentra, o debe encontrarse, en una relación de subalternación con ese cuerpo prescriptivo (en algún sentido) que sería el derecho natural. De ahí la vieja tesis de que la norma de derecho positivo contraria al derecho natural —esto es: lógicamente incompatible con los principios enunciados así bautizados— no sería norma jurídica válida. Pero esa relación es más bien invocada como un argumento retórico que efectivamente puesta a prueba. Pues, ¿cómo entender, con algún rigor, una relación de subalternación entre conjuntos normativos? (Cabe aclarar que, para el pensamiento escolástico tradicional, como el que se remonta a Tomás de Aquino, no es admisible entender al derecho natural como un conjunto de normas; más bien se trata de prin-

principios valorativos o pautas que deben ser interpretadas como criterios ontológicos. De todos modos, visto el asunto con ojos contemporáneos, como tienen que hacerlo muchos neo-escolásticos, para no incurrir en falacias lógicas características, algún razi- go normativo es conferido también al denominado derecho natural).

La relación de subalternación entre conjuntos normativos es postulada explícitamente en la interpretación clásica de la tesis de que el derecho tiene un fundamento moral. Pero inmediatamente muchos autores que la sostienen pasan a sustentar otras tesis incompatibles con ese supuesto. De aceptársela, por caso, la moral —ese conjunto identificado con ese otro conjunto oscu- ramente definido que sería el derecho natural invocado— cons- tituiría razón suficiente de la validez del derecho positivo corres- pondiente. Y como esa moral es postulada como válida a priori, sea por haber sido dictada por algún legislador divino, o por estar impuesta necesariamente por alguna característica esencial del ser humano, resultaría que el derecho positivo subalterno, por sim- ples razones de lógica, tendría que ser aceptado como existente (ie.: válido) con idénticas propiedades. Pero es notorio que ni siquiera los autores que explícitamente reiteran la tesis de la subalternación admiten que, por ser válido (en algún sentido), el derecho natural (la moral), el derecho positivo pueda existir (ser válido) sin el acto empírico de su promulgación por alguna autoridad. Ello implica que la mencionada relación de subalter- nación no permite inferir como consecuencia lógica, la validez del conjunto subalternado. Pero entonces resulta claro que esa relación de subalternación, como interpretación lógica de la rela- ción de fundamentación propuesta, no puede ser entendida en su sentido lógico habitual.

Por otra parte, de ser la relación entre moral (derecho na- tural) y derecho (derecho positivo) ese tipo de relación, resulta- ría que el derecho positivo sería condición necesaria de la validez del derecho natural, tesis que, por lo menos, resulta insólita para aquel tipo de especulación. La tesis, en alguna literatura reciente, ha sido debilitada más aún.

No se trata ya de que una cierta norma moral sea vista como fundamento de la norma jurídica correlativa; o de que la moral, como cuerpo normativo identificado con algún derecho natural, sea el presupuesto general de la validez del derecho positivo objetivo en su totalidad, así como de las obligaciones y derechos subjetivos que las normas de ese derecho positivo estatuyen. La moral, más que el fundamento lógico inmediato que se postula en las doctrinas aludidas en el párrafo anterior, sería vista como un conjunto de razones que justifican que, en los derechos positivos, se estatuyen deberes y derechos subjetivos.

Considero que esta tesis reitera, de alguna manera, la idea de que la moral constituye un sistema de valores que, en cuanto tales, serían el fundamento ontológico de las normas jurídicas positivas, de las normas que efectivamente constituyen deberes jurídicos y derechos subjetivos. En efecto, ciertas circunstancias exhibirían características axiológicas tales que permitirían considerarlas bienes que intrínsecamente benefician a algún sujeto. El hecho de darse tales bienes o valores constituiría una buena razón o una fuerte razón para que el sujeto pueda pretender, moral y jurídicamente, que se lo dote de alguna forma de reconocimiento normativo, como suele ser la atribución de derechos (morales o jurídicos). Esta tesis —frecuentemente acompañada de especulaciones sobre el carácter práctico de la relación entre razones y derechos— incurre, en mi opinión, en problemas lógicos no menos graves que los que suscitan tesis como la de la subalternación del derecho a la moral. Ciertamente es que esas situaciones valiosas, que son en todo caso, hechos empíricos, son interpretadas como razones o motivos que pragmáticamente justifican la instauración posterior de derechos y deberes. Esa justificación no es entendida, sin embargo, como la verificación de otra relación empírica —como podría ser la de motivación psicológica—, ni tampoco como una relación de fundamentación deductiva. Se trata, más bien, de razones justificativas que juegan en un nivel pragmático. Pero, cabe apuntar, que sea ello como fuere, tales razones, para poder desempeñar efectivamente el papel de fundamento de normas jurídicas, tendrían que ser por lo menos lógicamente compatibles con aquellas normas a las que sirven de justificación. De

manera que tales razones axiológicas para la atribución de deberes y de derechos —es decir: para el reconocimiento de la validez o existencia de normas jurídicas—, en todo caso deben dar por supuesto, como una condición necesaria, que las normas jurídicas fundadas sean lógicamente compatibles con los enunciados que expresan las razones justificatorias. Ahora bien, dicha condición es de difícil cumplimiento o de oscura interpretación, cuando las normas jurídicas son consideradas como prescripciones, puesto que entre el hecho constitutivo de la buena razón y la norma justificada no puede darse, en rigor, una relación de compatibilidad lógica, en mérito a las conocidas características semánticas de los enunciados fácticos y de las normas. Quizás la teoría podría ser reformulada suponiendo que tales hechos axiológicos constituyen buenas razones para aseverar la verdad del enunciado normativo que informa sobre la existencia de una norma. Pero esta versión parece extremadamente débil como para contentar a quienes sustentan la tesis fuerte de que el derecho se funda en la moral.

La otra alternativa —admitir que la relación se da entre un enunciado fáctico y una norma en función prescriptiva— conduce al problema tradicional de la derivación, lógicamente no aceptable, de una prescripción a partir de enunciados de hecho.

La caracterización de las razones justificatorias (esto es: fundantes) como cosas valiosas, como valores o como bienes, lleva nuevamente a una problemática que, desde que la filosofía entra a admitir entidades axiológicas, valores, ha sido muy transitada. Me refiero al tema de las relaciones entre enunciados axiológicos y normas. Frente a la tesis exagerada de que, a nivel semántico, juicios de valor y normas de idéntico contenido son equivalentes, pareciera predominar la opinión más sensata de que, aún al nivel de los lenguajes naturales en que estos análisis se mueven, las estructuras sintácticas (i.e.: lógicas) del lenguaje declarativo axiológico no coinciden con las de un discurso normativo en su uso prescriptivo primario. Por ejemplo, parece notorio que los caracteres normativos con que los juristas distinguen las normas —la modalidad de ser obligatorio, prohibido, etc.— no admiten una transposición a las características morales que se supo-

nían fundantes. Así, la acción que una norma jurídica regula como indiferente (esto: ni obligatoria ni prohibido), puede muy bien que sea valorada como moralmente mala; o la acción que moralmente calificaríamos de indiferente (esto es, ni buena ni mala), puede ser jurídicamente prohibida o potestativa. Un caso típico de esta discrepancia entre el discurso normativo jurídico y las valoraciones morales, lo suscitan los actos supraerogatorios que, desde un punto de vista moral son altamente valorados, pero que jurídicamente son por lo menos indiferentes, cuando no prohibidos. En suma: no hay correspondencia constante entre los caracteres normativos típicos y las valoraciones correlativas de las acciones reguladas.

Si esto es así, no se ve motivo para considerar que sólo hechos dotados de un valor positivo (bienes) sean razones justificatorias suficientes de normas que otorgan derechos subjetivos o imponen deberes. Por de pronto, aun tratándose de bienes (esto es: cosas axiológicamente positivas) que son razón de la atribución de derechos y deberes, instaurados por normas jurídicas positivas, debería advertirse que, normalmente, el titular del derecho subjetivo puede estimar su situación como beneficiosa, pero que el sujeto deudor, salvo en casos anómalos, verá la norma que le impone una obligación como un perjuicio, como un valor negativo. Y tendríamos entonces que el mismo hecho —el bien que funciona como razón del derecho y del deber—, sería tanto razón justificatoria del derecho subjetivo, positivamente valioso en principio para su titular, como del perjuicio desvalioso que padece el sujeto del deber jurídico. Pareciera más razonable concluir que, de darse, en el plano pragmático, esa relación de justificación entre ciertos hechos valiosos invocados como razones justificatorias de la imposición de deberes y del otorgamiento de derechos subjetivos, la misma tiene un carácter puramente contingente. Por lo tanto, una moral entendida como un sistema de valores no puede constituir fundamento suficiente, ni razón necesaria, de la validez y legitimidad de un orden jurídico positivo.

Es cosa sabida que, para las tendencias contemporáneas que insisten en el carácter práctico del conocimiento, ontológicamente el derecho es definido en forma tal que siempre comprende algún

ingrediente valorativo. Estas formas de pensar, por cierto, se refieren a una antiquísima tradición que ha visto en el problema de la justicia y la equidad, por ejemplo, perspectivas esenciales para la captación de los fenómenos jurídicos. Sea cual fuera la interpretación que se proponga de las justicias platónica, aristotélica o estoica —sin duda, complejos conceptos metafísicos que admiten múltiples interpretaciones—, lo cierto es que el pensamiento moderno, y concretamente, el pensamiento jurídico desde que ha revestido formas expositivas con pretensión científica, ha visto en la justicia, la equidad, etc., valores. Por ende, para esa línea de pensamiento, no tomar en cuenta tales valores implicaría una mutilación del objeto derecho mismo, y no una simple limitación epistemológica.

No siempre ese ingrediente axiológico en el derecho es equiparado a la moral. Tal cosa sucede, sin duda, en muchos de los epígonos de la escolástica medieval. Pero en muchos autores modernos, sensibles a la problemática filosófica y política de la justicia, existe gran renuencia a abandonar la secular y fecunda separación entre derecho y moral, a partir de la cual fueron posibles las construcciones de dogmática continental del siglo pasado. El recurso a la moral, que ahora reaparece, aunque sea en la función un tanto especulativa, de fundamento de justificación, contraviene esa asentada forma de pensar que los juristas heredan de la tradición científica constituida en el siglo XIX. Por el otro lado, sin embargo, el repudiar enteramente, ya no sólo la posibilidad de fundamentación moral del derecho, sino el de alguna relación necesaria entre ambos dominios, suele ser vista, por algunos filósofos recientes, y por muchos ideólogos, como algo moralmente repudiable.

Estas posiciones, en cuanto expresan actitudes ideológicas, son difícilmente rebatibles, pues, por lo común, no expresan cabalmente sus presupuestos, sus estructuras conceptuales y sus alcances teóricos. Me interesa, por ello, examinar en qué medida esas tendencias, sin duda respetables y quizás nobles, admiten un análisis más estricto, tan pronto uno se pregunta por los presupuestos lógicos y las consecuencias derivadas que la relación necesaria postulada entre derecho y moral requiere y suscita.

La tesis tradicional —la que afirma que toda norma jurídica supone un principio moral fundante —vale tanto como afirmar explícitamente una relación lógica de subalternación entre la norma jurídica y la norma moral antecedente. Esto es: se impone como axioma, en la estructura lógica del pensamiento expresado en el discurso prescriptivo normativo, que todo lo que es moral es derecho. Pero tal enunciado axiomático, aunque refleje la tradicional tesis sobre la relación de subalternación, parece excesivamente alejada de las intuiciones de los juristas, que, por razones históricas notorias se encuentran moldeadas por el positivismo. De ahí que cuando la lógica ha tratado de asumir en sus cálculos (modales) aquella directiva ontológica que hace de los valores un ingrediente esencial del derecho, los axiomas correspondientes a los sistemas creados para su aplicación al derecho, parecieran tener otro sentido y alcance que el que *prima facie* pudiera atribuírseles o requerir de interpretaciones que los hagan compatibles con las intuiciones y formas de trabajar conceptualmente que adoptan los juristas.

A diferencia de los planteos clásicos, en que meramente se postula una cierta relación lógica entre normas morales y normas jurídicas, o entre los conjuntos constituidos por las mismas, pero sin penetrar mayormente en el análisis de la relación postulada, tenemos en desarrollos lógicos recientes, logrados como variaciones sobre la lógica normativa propuesta hace ya décadas por Georg von Wright, tesis explícitas sobre la cuestión. Me referiré, por ejemplo, a uno de los sistemas propuestos por L. Z. Puga y Newton C.A. da Costa. En especial, al ensayo “*Logic with deontic and legal modalities: preliminary account*”, que, como su título mismo lo dice, constituye una primera elaboración¹. Dichos lógicos han producido posteriormente versiones más elaboradas, sobre todo en el ensayo “*Logica deontica e direito*”. El propósito declarado de estos autores es esbozar nuevos sistemas de lógica destinados a regir las interconexiones entre dos tipos de obligaciones: las obli-

¹ L. Z. Puga & N. C. A. da Costa, *Logic with deontic and legal modalities: preliminary account*, *Bulletin of the section of logic, Polish Academy of Sciences, Institute of Philosophy and Sociology*, vol. 16, núm. 2, Varsovia, junio 1987, pp. 71 y sigtes.

gaciones morales y las obligaciones jurídicas. Los restantes caracteres normativos admitirían definiciones a partir de dos operadores modales diferenciados: Omp y Olp , que simbolizan la obligación moral (Om) del estado de cosas p , y la obligación legal o jurídica (OI) correspondiente.

El origen de este ensayo de crear una lógica apta para manejar las inferencias en que hay interconexión entre normas morales y normas jurídicas, proviene de la influencia que en la filosofía del derecho tienen las tesis que sostienen que, para comprender la naturaleza misma del derecho, es necesario atender a las distintas dimensiones de ese objeto, entre las cuales figurarían estructuras normativas y elementos valorativos. A ello se agrega la tesis más fuerte de que las modalidades morales y jurídicas —es decir Om y OI — están esencialmente vinculadas.

La nueva lógica propuesta constituye —como señalan específicamente Puga y da Costa—, a partir de los axiomas propuestos, un conjunto de patrones (estándares) ideales para sistemas que comprenden nociones deónticas (morales *latu sensu*) y jurídicas y no un conjunto de principios que reflejan lo que realmente acaece: *our axioms should be envisaged as ideal standards for systems containing deontic and legal notions, and not as sets of principles mirroring what really happens*. Vale decir, que la propuesta no supone primariamente una interpretación ontológica de las relaciones entre los dos dominios objetivos, el de la moral y el del derecho, interpretación ontológica que, en múltiples variantes, siempre pueden ser desentrañadas en las formas de pensar habituales en moralistas y juristas. Específicamente los autores mencionados remiten a conocidas propuestas iusfilosóficas que, en actitud no analítica, postulan la composición esencial de los datos jurídicos a partir de ingredientes valorativos y normativos, entre otros. La propuesta de nuestros lógicos, en cambio, es analítica, en el sentido de que, como construcción formal, proponen un sistema lógico apto para cálculos interpretables en un lenguaje en que se postulan modalidades axiológicas (morales) y modalidades puramente jurídicas intrínsecamente correlacionadas.

Esta lógica moral-jurídica propone dos axiomas que expresan las relaciones fundamentales entre las modalidades normati-

vas morales y jurídicas: 1) Olp implica materialmente a Omp , que los autores glosan de la siguiente manera: lo que es jurídico es moral (aunque quizás sea mejor traducirlo, dada la ambigüedad de la palabra inglesa legal, como "lo que es jurídicamente obligatorio también es moralmente obligatorio"). 2) Omp implica Plp , esto es: lo que es moralmente obligatorio está jurídicamente permitido.

Estos axiomas, junto con postulados relativamente familiares para el campo de la moral y del derecho (como ser los axiomas referentes a la subalternación de la modalidad débil de permisión frente a la modalidad fuerte de obligación, y a la distribución del operador modal) permiten construir un sistema lógico capaz de recibir una interpretación semántica a la Kripke. La prohibición, en ambos campos, es definida en la manera acostumbrada ($O \neg p$) y, por ende, cabe introducir las interdefiniciones corrientes entre los diversos operadores modales normativos. Pero, aceptando su adecuación formal, cabe indagar por su adecuación como instrumento apto para hacerse cargo de distinciones que juristas y moralistas normalmente utilizan en sus discursos.

Los axiomas mismos del sistema parecen, en ciertos casos, admitir interpretaciones contraintuitivas. No es cierto que todo lo que sea legalmente obligatorio sea también moralmente obligatorio, como en el ejemplo clásico del deber jurídico de pagar impuestos que, según sostuviera el Aquinate, no constituye obligación moral. Por contraposición, reaparece la tesis de que lo que está moralmente permitido omitir, también lo estaría jurídicamente, tesis que los juristas aceptarían con justificada alarma. Y de ahí, resulten teoremas que nuevamente suscitan inquietud en el jurista tradicional y, supongo, en el moralista teórico. Es teorema demostrable que todo lo prohibido moralmente implica la permisión jurídica de omitirlo, tesis en que aparece rotundamente la pretensión clásica del iusnaturalismo religioso, pero que descartan no sólo las líneas teóricas del positivismo jurídico, sino todo jurista dedicado a la labor dogmática. Igualmente parece poco convincente tener que aceptar que lo que es jurídicamente obligatorio está moralmente permitido ($Olp \leq Pmp$) que junto al teorema que declara que es moralmente obligatorio convenir que lo que sea jurídicamente obligatorio obliga moralmente $Om (Olp \leq$

Omp). Estas consecuencias parecieran constituir tesis propias de esa grave actitud ideológica que Bobbio caracterizó como positivismo ideológico, que hace del contingente mandato de un contingente legislador una orden necesaria moralmente, como se dictamina notoriamente en la Epístola a los Romanos². Ese teorema tiene su correlato en el no menos alarmante enunciado que declara que uno está jurídicamente obligado a aceptar que todo lo que es obligación jurídica es también obligación moral: $Oj (Oj/p \leq Omp)$.

Estos enunciados, que tienen rango en la lógica reseñada de teoremas, parecen contrarios a nuestras instituciones, pues es claro que no tenemos criterios precisos para correlacionar valoraciones morales reflejadas en enunciados normativos con las valoraciones políticas correspondientes a normas jurídicas superficialmente semejantes a las morales. Inclusive hay fenómenos morales que, de por sí, establecen una divergencia interna entre la valoración y su regulación; las acciones supererogatorias, por ejemplo, suponen una muy positiva valoración moral, pero se verían privadas de sentido si las consideráramos como moralmente oblatorias. Por el otro lado, hay actos jurídicamente indiferentes (y, casi siempre, también moralmente inocuos), que al estar regulados como puramente facultativos o libres son políticamente de altísimo valor. Pero tampoco, ateniéndonos a actos moral o jurídicamente indiferentes, es factible encontrar siempre modalización equivalente de los mismos en el campo de la moral y del derecho: muchas acciones jurídicamente facultativas son, para códigos morales usuales, acciones prohibidas y aún obligatorias. Para la moral corriente, la acción de mentir está moralmente vedada, mientras que, para circunstancias normales, el derecho la autoriza; amar al próximo, proclaman morales religiosas conocidas, es obligación moral importantísima, asunto que, por lo que se sabe, los derechos positivos dejan en libertad a los sujetos. Es indudable que múltiples actos inmorales o pecaminosos, que muchas veces cualquier preceptor moral fulminaría como prohibidos, son jurídicamente facultativos. Si nos atenemos, por otra parte, a las definiciones corrientes del operador modal deóntico de indiferencia (co-

² *Ad Romanos*, 13.

mo el operador F , facultativo, equivalente a la conjunción de Pp y $P \neg p$), o, lo que es lo mismo, a la negación de que la acción moralizada esté prohibida o sea obligatoria), las transformaciones lógicas corrientes, aunque triviales, arrojan más dudas sobre la admisibilidad intuitiva de los axiomas que permitan definir de alguna manera la modalidad de las acciones jurídicamente libres y moralmente indiferentes. En efecto, no parece plausible sostener que si algo está moralmente prohibido o es moralmente obligatorio, consecuentemente esté permitido omitirlo legalmente o esté permitido llevarlo a cabo jurídicamente. Pareciera que con los postulados, que Puga y da Costa denominan mixtos, y que sirven para establecer las relaciones fundamentales entre modalidades morales y modalidades jurídicas, en el tradicional principio de subalternación de los sistemas clásicos de lógica deóntica: $Op \leq Pp$ (la obligación de p implica su permisión), relativamente banal en una primera aproximación intuitiva, se hubiera intercalado una obligación moral. En efecto, la obligación jurídica implica a la obligación moral, y ésta, a su vez, implica una permisión jurídica. El axioma clásico, que separadamente es propuesta, en el sistema mencionado, tanto para las modalidades morales, como para las modalidades jurídicas, resulta también de los denominados postulados mixtos.

Pero para alcanzar, por contraposición en el condicional algunos de los resultados contraintuitivos apuntados, estamos suponiendo que, en nuestro esquema inferencial, esta regla de transformación es válida. Sucede que en la lógica propuesta en "*Logic with deontic and legal modalities*", la ley de contraposición del condicional vale en cuanto teorema del cálculo proposicional clásico. En otras lógicas desarrolladas por da Costa, que se insinúan como más realistas para hacerse cargo del razonamiento ético, dicha ley no es válida. No rige, por ejemplo, en el cálculo paraconsistente C1 de da Costa, cuya extensión a las modalidades mixtas jurídico-morales se sugiere en el ensayo que aquí se discute. En otros términos, la discusión de las relaciones entre normas jurídicas y normas morales —esto es: la discusión tradicional sobre las relaciones entre moral y derecho, o entre derecho natural y derecho natural y derecho positivo —no puede ser planteada rigurosa-

mente mientras no se estatuya primeramente en qué sistema inferencial la cuestión tiene que ser discutida y, eventualmente, dirimida. Es notorio que las tradicionales e interminables discusiones sobre el asunto, tanto en los autores clásicos como en los escritores recientes que pretenden devolver al derecho su dimensión moral, el punto queda en agua de borrajas. Como, por añadidura y repitiendo el viejo dictamen de Carnap, en lógica no hay moral—esto es: los criterios de preferencia entre sistemas lógicos no resultan de remisión a valores absolutos—, es bien claro que juristas y moralistas pueden escoger actualmente entre múltiples sistemas deductivos para nada equivalentes. Puga y de Costa, por caso, sugieren la investigación de otros sistemas lógicos normativos mixtos con modalizadores morales y jurídicos superpuestos cuya interpretación intuitiva, es como es sabido, cosa polémica hasta hoy, fuera de las dificultades formales que involucran.

Pero el sistema propuesto, además de sus méritos puramente formales, sugiere una conclusión filosófica de algún interés y que entiendo novedosa. La contienda secular ya entre positivismo jurídico y iusnaturalismo fue siempre planteada y decidida a favor de uno u otro campo en términos ontológicos: se trataba, sostenían los contrincantes, de que el derecho es, o no es, cosa objetivamente diferente de la moral o del denominado derecho natural. Los positivistas, según sostienen los manuales, reniegan de toda vinculación entre el derecho y la moral y hasta se atreven a desmentir la pretendida existencia de un derecho natural del cual el derecho positivo, de alguna manera, sería derivación. Los iusnaturalistas de las más variadas especies y con casi infinitas variantes se empeñan tercamente en sostener, no sólo que pretender esa separación constituye una suerte de ceguera intelectual sino que, lo que es más grave, resulta una seria falta moral. El desarrollo de la lógica normativa mixta que propone el trabajo comentado permite insinuar una tesis más: quizás la agria polémica oculta que positivistas y iusnaturalistas piensan, a la postre, con lógicas diferentes y, por ende, mientras no logren contar con criterios inferenciales comunes la discusión no puede ser racionalmente resuelta. Además resultaría que esos presupuestos lógicos diferentes, que, según creo, importan creencias ideológicas incompatibles, los llevan a postu-

lar relaciones diferentes para expresar las relaciones esenciales entre las modalidades morales y jurídicas y, por ende, mediante una poco justificada generalización, para definir las relaciones entre la moral y el derecho o entre un derecho natural no positivo y el derecho positivo. El sistema de Puga y de Costa, me parece elaborado para hacerse cargo de líneas teóricas en la teoría del derecho que postulan un sincretismo esencial en el derecho, visto como un compuesto estructural de datos normativos, fácticos y axiológicos, pone en claro, sin embargo, que tales formas de pensar traducen aquel positivismo ideológico que Bobbio caracterizara, pero que, curiosamente, es poco practicado por los iuspositivistas más preclaros. En efecto: en cuanto todo deber jurídico implica un deber moral, pero no a la inversa, cabe pensar que hay una suerte de proclividad legalista: todo lo que estoy jurídicamente obligado a hacer, también estoy moralmente constreñido a llevar a cabo. La vieja tesis iusnaturalista de que lo que está moralmente prohibido, o es moralmente desvalioso, tiene que estar jurídicamente permitido omitir, es teorema derivable de los postulados mixtos. Por ende, no parece aventurado sostener, como ya ha sido sospechado, que estas teorías sincréticas, como los tridimensionalismos de M. Reale, o algunas de las actuales teorías críticas, coinciden con formas de los iusnaturalismos clásicos, sobre todo, de inspiración religiosa, en ser expresión, paradójicamente, de un larvado positivismo ideológico. El positivismo típico de un Kelsen, por ejemplo, no podría coherentemente ser pensado con la lógica mixta que aquí se ha traído a cuento. Más aún, cabe pensar que en ese tipo de positivismo se cuestionaría la posibilidad misma de una lógica deóntica mixta, si no es que, como insinúan algunos ensayistas de última hora, se propondría un irracionalismo más enérgico en que se renegaría de todo control lógico del discurso jurídico. Actitudes semejantes con respecto a la irracionalidad del discurso moral, aunque cundieron hace tiempo, no son populares en el pensamiento ético de nuestros días. Por el contrario, se supone que la subalternación del derecho a la moral, por ser esta última la dadora de los criterios fundamentales de racionalidad, permitiría rescatar para el derecho y la política atisbos de racionalidad. Pero esta actitud,

de hacer explícitos los postulados mixtos que definen, como lo hacen Puga y da Costa, las relaciones entre moral y derecho, llevan nuevamente a la no menos paradójica situación, indicada arriba, de que habría que defender la nefasta postura del positivismo ideológico.

Otras situaciones en que, quizás, el sistema mixto comentado se hace poco plausible, aun aceptando el valor intuitivo de algunos de los postulados, es para casos anómalos que, sin embargo, no dejan de presentarse en la práctica jurídica y moral y de los cuales moralistas y juristas tienen que hacerse cargo de alguna manera. El segundo postulado mixto mencionado, en cambio, parece bastante inofensivo, pues algo sería inaceptable, en la moral que sustentamos, si lo que es moralmente obligatorio no estuviera jurídicamente permitido. Pero cabe, con todo, pensar situaciones límites o catastróficas en que la validez intuitiva del axioma podría ser puesta en duda: el caso del mártir que considera obligación moral suya ofrendar su vida, aún cuando el sistema jurídico prohíba el suicidio. O el del rebelde que, conforme a su peculiar sistema moral, estima obligatorio llevar a cabo un acto que, sin duda, el régimen jurídico calificará de ilícito.

En suma, me parece que en el sistema preliminar propuesto en el ensayo mencionado, son aceptables e intuitivamente convincentes los postulados o axiomas referentes a la moral y al derecho —postulados que reflejan los tradicionales en las lógicas deónticas clásicas—. Son de dudosa interpretación intuitiva y de poca fuerza persuasiva, los postulados mixtos, donde se establecen las relaciones lógicas entre la moral y el derecho.

Cierto es que este tipo de crítica está ligado, como se ha destacado, a cuestiones lógicas conocidas, como las referencias a la interpretación de la relación de implicación y al desconcertante relativismo lógico que nos proponen hoy los lógicos. Puga y da Costa, conscientes de ello, señalan que cabría elaborar otros esquemas axiomáticos, en los cuales las consecuencias derivables diferirían del sistema propuesto para hacerse cargo del relativismo de M. Reale. En esos posibles sistemas, como se apuntó, cabría la iteración de los operadores normativos morales o jurídicos. Tendríamos, por ejemplo, un postulado que expresa que si O/p

entonces $O_m O_l p$, que dice que si algo es jurídicamente obligatorio, entonces es moralmente obligatorio que sea jurídicamente obligatorio, un principio que pareciera establecer una suerte de contricción ética sobre la actuación del legislador. Otro axioma propuesto — $O_l O_m p$ equivale a que $O_m p$: lo que es moralmente obligatorio equivale a que sea jurídicamente obligatoria esa obligación moral— parece excesivamente autoritario, en cuanto, interpretado como una prescripción, permitiría convertir en obligación jurídica lo que aparece como obligatorio moralmente. Los autores mencionados tienen clara visión de estas dificultades y destacan la importancia de construir otras lógicas que excluyan a todos o a algunos de esos principios, para alcanzar lo que denominan “sistemas más realistas”. En otro trabajo, insisten en la necesidad de que los juristas atiendan a estos desarrollos formales y que asistan a los lógicos en la elaboración y crítica de los sistemas formales producidos, una labor de colaboración que, desgraciadamente, por el momento sólo es incipiente.

Las propuestas comentadas, sin embargo, permiten, en mi opinión, poner en claro ciertos presupuestos implícitos, pero esenciales, que condicionan algunas de las discusiones teóricas tradicionales o novedosas de la teoría del derecho y de la especulación ética. Pero la inquietante situación paradójica subsiste. En efecto, de alguna manera para pensar las relaciones entre la moral y el derecho tenemos que recurrir al arsenal conocido de funtores lógicos. Lo tradicional, por ejemplo, en el pensamiento iusnaturalista religioso y en el pensamiento moralizante de muchos políticos, ha sido sostener que el derecho está en alguna relación necesaria con la moral. Esta tesis, aparentemente incontrovertible, no es inocente políticamente. Además: esta tesis, debidamente formalizada e interpretada, parece muchas veces implausible. La tesis inversa —la que declara que toda obligación jurídica implica la correspondiente obligación moral— parece también contraria a asentadas y compartidas intuiciones éticas. Va de suyo que la equiparación entre normas morales y normas jurídicas de idéntico contenido material y similar caracterización normativa, no sólo parece contraria a notorios ejemplos, como los sugeridos páginas arriba, sino que hace sospechar de la intromisión subrepticia de alguna

ideología de tipo autoritario, sea en el campo moral, sea en el jurídico.

Por otra parte, y no como propuesta ideológica, sino como constatación del modo de trabajar y pensar de juristas y moralistas, que correspondería aceptar que la relación entre códigos morales y códigos jurídicos fuera enteramente contingente: a veces coinciden, en algún grado y en algunas culturas, normas morales y normas jurídicas. Otras veces, tal coincidencia o implicación ni se verifican ni son admisibles. La tesis, hoy tan prestigiosa, que vuelve a insistir en la existencia efectiva, o en la postulación metafísica, de una relación necesaria entre el derecho y la moral, tendrá acaso que quedar rebajada al nivel de una contingente constatación empírica.

SUMMARY

Legal philosophy has traditionally considered the relations between morals and law. The question had not only a high theoretical interest, but also a political and religious one: it attained great importance in the fight against absolutism in the XVIIth. century and in the controversies between legal positivism and natural right doctrines. But the nature of the proposed relation between law and morals is of different kinds: it is an equivalence relation or a disjunctive one, or, more frequently, an intersection relationship. There are nowadays new proposals for formal systems where not only legal norms but also moral ones have a place; therefore, new modal operators are defined referring to moral ought or obligation and legal ought or duty, plus the axioms necessary to establish their relations. The paper discusses some of these proposals and stresses that some of the consequences are not intuitively correct.

LA LIBERTAD DE EXPRESION EN EL PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA

por CARLOS E. COLAUTTI *

1. El tema al que intento aproximarme atañe a dos problemas fundamentales del derecho. Uno es un tema clásico cuyo debate público se remonta al siglo diecisiete: la libertad de expresión como derecho preminente. El otro es relativamente moderno. Podemos ubicar el comienzo de su debate a principios de este siglo cuando Mirkin Gutzewitz publicó su libro "El derecho Constitucional Internacional": trata de la protección internacional de los derechos humanos.

El sistema de la libertad de expresión es un mecanismo complejo pues constituye el centro de un haz de facultades que las sociedades liberales garantizan a sus miembros.

El sistema está constituido por un doble conjunto de situaciones. Por una parte significa la posibilidad de expresar ideas y creencias sobre cualquier materia y comunicarlas. Este punto es fundamental porque constituye un presupuesto del derecho de vivir de acuerdo con su propio estilo o para utilizar palabras de nuestra Corte Suprema, el derecho de darse su propio plan de vida sin interferencias del Estado.

Por otra parte, la libertad de expresión significa el derecho de leer, escuchar, oír los puntos de vista que otros expresan sobre hechos, ideas y creencias. En este sentido comprende el derecho a la información y a la investigación. Es decir que el sistema pro-

* Profesor Titular de Derecho Constitucional U. B. A.

vec un método racional para acercarse a la verdad individual y realizar juicios sobre ella.

Todo este mecanismo es fundamental para la formación de la opinión pública que es la base del sistema democrático y está vinculado en forma estrecha con su significado. Es más, como recuerda Linares Quintana, en la actualidad se caracteriza al estado democrático como el resultante de la opinión pública.

Sabemos que en nuestro derecho constitucional la libertad de expresión constituye un derecho en parte enumerado a través de la protección a la prensa de los artículos 14 y 32, y en parte no enumerado, pero que nace del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

El Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054) enumera algunos principios básicos referentes a la libertad de expresión que en nuestro sistema se entendían como no enumerados. En ese sentido realiza un aporte de importancia en el campo del derecho internacional de los derechos humanos.

El artículo 13 de la Convención garantiza en forma genérica la libertad de pensamiento y expresión y prohíbe la apología del odio nacional, racial o religioso, la violencia y la guerra.

En su primera parte describe en forma genérica:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión”

En su segunda parte precisa su extensión:

“Este derecho comprende la libertad de buscar recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”

Es decir que se consagra no sólo la libertad de recibir y difundir, sino también la de *buscar informaciones e ideas*.

Creo que es prudente detenernos por un momento sobre el problema básico del derecho de *recibir y buscar información*. La doctrina de la Suprema Corte de Estados Unidos ha insistido, entre otros en el caso *Red Lion Broadcasting Co.* (395 US 367), que

el derecho preminente es el de quien recibe la información, por sobre el de quien la emite. Es decir que el objeto del sistema es proteger la libertad de información.

En forma concordante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva en el caso *Stephen Schmidt* (OC/5/85) decidió que es incompatible con este principio exigir que los periodistas tengan licencia para ejercer su profesión.

La Corte Interamericana sentó la doctrina de que “cuando se restringe la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas”. Añadiendo “Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento . . . pero implica también un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (párrafo 30).

2. El párrafo 2º del artículo 13 se refiere a la interdicción de la censura previa y está redactado en estos términos:

“El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

El tema de las posibles restricciones requiere algunas precisiones que trataré de diseñar sucintamente:

No he de referirme al problema de la censura previa en materia de prensa. La lucha por esta libertad ha sido demasiado larga y ha cobrado muchas víctimas. Cuando creemos que se ha clausurado una oscura historia, vemos aparecer nuevas y sutiles restricciones. En la última década han existido ejemplos dramáticos.

Un caso extremo es el del accidente de Chernobyl, dónde quedó demostrado que las restricciones al derecho a la información pueden poner en peligro la propia sobrevivencia del género humano sobre nuestro planeta.

Hace poco más de una década, el presidente de los Estados Unidos, por primera vez en la historia trató de evitar mediante una acción judicial que se publicara material sobre la guerra de Vietnam, que afirmó podía causar un "daño irreparable" a la seguridad nacional. La Suprema Corte rechazó la petición del gobierno y sostuvo el derecho de la prensa a difundir la información ("New York Times v. U. S.", junio 30 de 1971).

En los meses de abril a junio de 1982 nuestra comunidad fue agredida severamente en su derecho a la información por la actuación irresponsable del Estado. El resultado fue absolutamente negativo para la moral de gran parte de la comunidad que se sintió lesionada en sus sentimientos. Hace poco más de un año se consumó un nuevo intento de implantar la censura a través de la figura penal de la tentativa de apología del delito. En los últimos meses, un líder de la intolerancia condenó a muerte a Salman Rushdee, autor del libro *Versos Satánicos* por el delito de ser un novelista que no inhibe su imaginación. Siempre, en todos los regímenes habrá funcionarios que aman la censura.

El punto donde me parece oportuno detenerme no es éste, sino el de las responsabilidades ulteriores que pueden fijarse por ley con motivo del ejercicio del derecho a la información y que abarca diversos problemas que trataré de deslindar.

El primero es el del conflicto permanente entre la libertad de expresión y el derecho a la honra, dignidad o intimidad. El tema fue abordado por la Corte Suprema de Justicia en su actual composición en los casos "Campillay", "Ponzetti de Balbín" y "Costa", dónde se citaron las disposiciones de la Convención Americana sobre libertad de expresión y sobre el derecho a la intimidad.

En estos casos se abordan tres problemas:

- a) la exigencia de verificar informaciones cuando emanan de una fuente oficial.
- b) el derecho a la intimidad de las personas públicas.

c) la protección de los funcionarios o empleados públicos o personas que se ven involucrados en circunstancias de interés público.

Pasaré a recordarlos en forma sucinta.

En el caso "Campillay" (C. S., mayo 15 de 1986) los medios de prensa demandados habían reproducido un comunicado de la Policía Federal que involucraba al actor en la comisión de diversos delitos calificándolo "como integrante de una organización delictiva dedicada al robo y al tráfico de estupefacientes". El imputado, que era un ex miembro de la institución policial, fue sobreseído definitivamente en sede penal. Los órganos de prensa sostuvieron que dado que se trataba de la publicación de un comunicado oficial, la exigencia impuesta de verificar la veracidad de su contenido con carácter previo a la difusión, traducía una indebida restricción a la libertad de prensa y de información. De hecho se imposibilitaba el correcto cumplimiento de la tarea periodística tal cual se desenvuelve en los tiempos actuales.

El voto de la mayoría entendió que debían imponerse dos condiciones a la difusión de este tipo de informaciones: la atribución de su contenido a la fuente pertinente y la utilización de un tiempo de verbo que la Corte denomina potencial.

Los votos de la minoría (Caballero y Fayt), en cambio entendieron —posición que comparto— que la publicación constituyó el ejercicio legítimo del derecho de crónica, porque el periódico como medio y el periodista como comunicador no responden de las noticias falsas cuando la calidad de la fuente los exonera de indagar la realidad de los hechos. Esta posición es semejante a la de la jurisprudencia de los Tribunales de Estados Unidos que exonera de responsabilidad a los medios cuando difunden noticias de fuente oficial. Frente a una realidad social que presenta diferencias que resulta innecesario subrayar, el voto de la mayoría se limitó a establecer dos requisitos para proteger la información en los casos en que se difundan comunicaciones oficiales: citar la fuente y redactar la noticia en tiempo potencial.

El primer requisito aunque imponga una condición no parece lesivo a la libertad de prensa porque tiende a añadir un elemento

más a la información. No ocurre lo mismo con el segundo requisito, es decir utilizar lo que el fallo denomina tiempo potencial. En realidad no existe en nuestro idioma el tiempo potencial. En consecuencia debemos entender que se quiso expresar que las noticias oficiales para quedar protegidas de falsedad, deben difundirse en alguno de los tiempos del modo condicional o del modo subjuntivo. Creo que imponer esta condición a los editores no sólo significa una severa limitación a la libertad de expresión, sino que es susceptible de convertir la redacción de las noticias en un verdadero laberinto que puede confundir a su destinatario. En este sentido la decisión de la Corte resulta disvaliosa.

Los hechos en el caso "Ponzetti de Balbín" (*Fallos*, 306: 1892-1984) tienen características especiales, porque la intromisión a la intimidad del doctor Balbín se realizó en circunstancias particularmente dramáticas y porque los que se consideraron afectados en su intimidad fueron su esposa e hijo. No obstante creo que es necesario advertir que el doctor Balbín era sin duda una relevante figura pública y que en consecuencia este extremo debía ser tenido en cuenta en el balance de intereses entre el derecho de los medios de documentar una realidad histórica y el del público a ser informado, que es preminente, y el derecho a la intimidad de una figura pública.

La Suprema Corte de Estados Unidos desde el caso "New York Times v. Sullivan" (376 US 254-1964) ha decidido que el reclamo de las personas públicas sólo puede prosperar cuando prueban que la noticia ha sido difundida o bien con conocimiento malicioso de su falsedad o con una negligente despreocupación sobre esta circunstancia, con el objeto de evitar el efecto paralizante que pudiera derivar de las posibles incriminaciones. Más tarde esta inmunidad se extendió no sólo a los funcionarios sino a las "figuras privadas involucradas en temas en relación con los cuales el público tiene un justificado e importante interés" ("Curtis Publications Co. v. Butts 388 US 130-1967). En cambio basta la "negligencia precipitada o simple culpa" para generar responsabilidad cuando quien está involucrado es un ciudadano cualquiera en cuestiones dónde no esté en juego el interés público

(“Time Inc. v. Firestone, Mary Alice” 424 US 448, “Virgil v. Time Inc.”, 1982).

Desde luego que el caso “Ponzetti de Balbín” tiene facetas particulares. Como lo reconocieron con algún eufemismo los propios demandados. “La foto de la tapa no había sido del agrado de mucha gente”. La violación de la intimidad, en efecto, había sido desaprobada por las autoridades del estado, eclesíásticas y científicas. Los representantes de la editora señalaron, no obstante, que ejercieron un legítimo derecho a la información, sosteniendo que intentaron documentar una realidad y que la vida del doctor Balbín como hombre público tenía carácter histórico y pertenecía a la realidad nacional.

La Corte fundó su decisión en que el derecho a la intimidad tiene sustento constitucional en el artículo 19 de la Carta Magna. En los votos de los doctores Caballero, Belluscio y Petracchi se señala además que este derecho está consagrado también en el artículo 11, incisos 2 y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y en la de su familia, ni de ataques ilegales a la honra o reputación.

Es evidente que la Corte Suprema sentó doctrina general respecto a la libertad de expresión, al derecho a la información y a la intimidad, que exceden lo particular de la litis y se proyectan hacia el futuro en un caso de características negativas muy especiales, pero donde se había cuestionado el derecho a la imagen de una persona que indiscutiblemente era una persona pública. El Procurador General de la Nación había opinado que debía declararse mal concedido el recurso. Con este temperamento no se sentaba doctrina frente a sucesos de características tan especiales.

Creo que si bien en el caso se hizo justicia respecto del derecho de los familiares, la doctrina judicial debe ser muy cuidadosa en valorar el derecho preminente de información de los habitantes sobre los hechos en que estén involucradas figuras públicas y evitar que sus decisiones puedan tener efectos disuatorios para la divulgación de hechos vinculados con la historia presente.

El tercer fallo al que creo necesario referirme es el caso “Costa” del 12 de marzo de 1987, dónde la Corte amplió el con-

cepto de la protección del honor en detrimento de la libertad de información.

En efecto, en las inmediaciones de un local municipal donde se habilitaban taxímetros, el equipo de un canal de televisión filmó la conversación del actor, quien era empleado administrativo de la Municipalidad, con un vendedor ambulante de elementos identificativos para automóviles de alquiler. El demandante, que había concurrido al lugar para habilitar el taxímetro de su esposa, se atribuyó el falso cargo de inspector municipal tanto ante el vendedor ambulante como ante el periodismo. Cuando se le interrogó sobre los motivos de su presencia en el sitio no sólo se negó a responder, sino que además escondió su rostro para evitar ser filmado, subió a su automóvil y en su huida destruyó el farol de otro que estaba estacionado. Luego de esto faltó cuatro días a su trabajo y al volver no informó a sus jefes sobre lo ocurrido. Como consecuencia fue declarado cesante. Sobre la base de estos datos y de la filmación que había sido televisada, un diario y un semanario informaron sobre el hecho y atribuyeron al actor el delito de exacciones ilegales.

La Corte con la sola disidencia de Carlos Fayt condenó a los medios a la indemnización del daño moral, porque la causa concluyó con un sobreseimiento y porque el vendedor ambulante tanto en sede administrativa como judicial negó que se le hubiera pedido suma alguna.

Parece en el caso claro que, como bien lo afirma la disidencia "el contenido de las notas se vinculaba a la expectativa general que genera en la opinión pública este tipo de temas estrechamente vinculados con la moralidad social". La prensa informó sobre la actividad de un empleado público que había alegado su condición de tal. Los hechos descriptos se habían desarrollado durante el horario en que debía cumplir funciones y su modo de actuar resultaba particularmente convincente sobre sus intenciones. Si existe un interés del público en ser informado éste debe primar. Caso contrario se crea un factor paralizante que puede disuadir a la prensa de suministrar información. Es lo que la Suprema Corte de Estados Unidos denomina el *chilling effect*. Creo que éste es el punto central por el cual es criticable la doctrina

En nuestra Corte Suprema en los tres casos que hemos señalado, pues en una zona gris donde se hallaba en juego el derecho a la información frente al derecho de los actores a su intimidad u honor se inclinó, en todos los casos, por este último valor.

Es oportuno recordar que la Corte en el caso "Moreno" (*Fallos*, 269:200, 1967) había expresado que las críticas al ejercicio de la función pública no pueden ser sancionadas, aún cuando estén concebidas en términos caústicos, vehementes, hirientes, excesivamente duros o irritantes, si no resulta la existencia de un propósito específico de denigrar o menoscabar con el *pretexto* de la crítica formulada a la persona misma que desempeña la función.

3. Como hemos visto, el párrafo 2 b) del artículo 13 del Pacto habilita para que la ley imponga responsabilidades ulteriores para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Sin perjuicio de volver sobre el tema cuando tratemos las normas de la Convención aplicables a los espectáculos públicos, me referiré aquí brevemente al problema de las responsabilidades ulteriores que pueden provenir genéricamente de situaciones planteadas en consideración a la protección de la moral pública y específicamente a las restricciones en relación con la represión de la obscenidad.

Desde luego, la definición de lo que debe entenderse por obscenidad no es pacífica y hacer un listado de quienes han sido perseguidos por publicaciones obscenas podría extenderse casi hasta el infinito. Citaré sólo tres: Baudelaire, Poe y Joyce. En nuestro país —entre otros— Victoria Ocampo y Demetrio Urruchúa. Recientemente Dalmiro Sáenz.

El juez Hugo Black afirmaba en un reportaje: "Era una ley en Roma, después que Augusto llegó a ser Emperador, que era posible arrestar a la gente por obscenidad. Tácito relata que entonces comenzó a ser obsceno atacar al Emperador". Y agregaba: "No creo que haya un camino medio para proteger la libertad de expresión y prensa. Si uno dice que una mitad es libre, puede estar seguro de que esa mitad no va a quedar tan libre". "Advierto —concluye— que en la libertad de expresión existen peligros, pero no creo que haya límites intermedios".

A partir de la doctrina establecido en el caso "Editorial Sur" (*Fallos*, 257:255, 1963) vinculado con la prohibición de la novela *Lolita* de Vladimir Nobokov, la Corte renunció a conocer si realmente correspondía al material incriminado la calificación realizada por el órgano administrativo o por los tribunales inferiores y se ha abstenido de conocer sobre la posible inconstitucionalidad de aquellos módulos prohibitivos, que por ser demasiado latos dejan en un mar de dudas al destinatario de las normas. Este criterio ha sido ratificado por la Corte en su actual composición en el fallo "Mussotto" del 29 de setiembre de 1987.

En este caso los recurrentes sostuvieron que el artículo 128 del Código Penal infringe la garantía de la ley previa, dado que el término "obsceno" posee una indeterminación tal que hace imposible saber si la publicación o la imagen resultarán o no obscenos a criterio del Juez.

La Corte, con cita del caso "Mouviel" (*Fallos*, 237:636, 1957) que precisamente declaró la inconstitucionalidad de los edictos policiales por ser lesivos al principio de división de poderes, estableció como doctrina que el artículo 128 satisface el principio de legalidad y reiteró su criterio de que "la valoración del material remite al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario".

De este modo la Corte ha renunciado, en esta materia, a la revisión de los módulos prohibitivos y a la extensión que quieran acordarle los jueces.

El principio de legalidad que está también acuñado en el artículo 16 —cuyos orígenes se remontan a Montesquieu— constituye un eje del constitucionalismo y tiende a fulminar el paternalismo de Estado. Por ello entiendo que descalifica aquellos módulos legales excesivamente amplios que dejan al arbitrio irrestricto de cualquier poder del Estado, incluido el judicial, la penalización de los actos de los individuos. Quiero aquí recordar que como consecuencia de la exhibición de la película "El Silencio" de Ingmar Bergman en 1963, el ministerio público denunció por el delito de publicaciones obscenas no sólo a los importadores y distribuidores de la película, los propietarios del laboratorio donde

fue procesada y del cinematógrafo donde se exhibió, sino también a los miembros de la Asociación de Cronistas Cinematográficos que auspiciaron el estreno y a los miembros del Consejo de Calificación Cinematográfica que permitieron su exhibición.

Tengo la convicción de que la Corte debería acotar los límites del concepto de obscenidad con el objeto de establecer criterios respecto de qué tipo de material puede ser incriminado.

4. *La censura en los espectáculos públicos.* Creo que en esta materia el principio general del Pacto es el establecido en la primera parte del artículo 13.4.

“Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa...”.

A continuación añade:

“...con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

El tema de la censura previa en materia de espectáculos públicos fue objeto de extenso debate durante la reunión en la que se suscribió el tratado (7 al 22 de noviembre de 1969), dado que desde las instancias preparatorias no hubo unanimidad de criterios.

Las posiciones fueron básicamente dos. La reflejada en el proyecto de Uruguay de 1965 que aceptaba la censura previa “con el exclusivo objeto de regular el acceso para la protección moral de la infancia y la adolescencia” y la de los proyectos del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (1959) y de Chile (1965) que entendieron que la aplicación de la censura previa en los espectáculos era legítima también para “salvaguardar las buenas costumbres, el prestigio o la seguridad nacional”.

En el documento preliminar que la CIDH presentó a la reunión de San José de Costa Rica adoptó el criterio de protección exclusiva de la infancia y la adolescencia.

El gobierno argentino, en consonancia con el criterio que el autoritarismo de aquella época hizo prevalecer en el derecho in-

terno, afirmó en sus observaciones preliminares que este párrafo “restringía y limitaba en exceso el ejercicio de funciones privadas del Estado en el ámbito de la moral pública, la seguridad nacional y el orden público”. En consecuencia sugirió su supresión o modificación. A su vez durante el debate en San José de Costa Rica expuso que “el artículo no incluía todos los casos y todos los problemas que podía traer la exhibición de ciertas películas”.

Los Estados Unidos elevaron un proyecto que —al igual a lo establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19— no distinguía en el tema de las restricciones a la expresión, entre los espectáculos públicos y los otros medios de difusión. Establecía genéricamente que al aplicar las restricciones “se puede ejercer censura previa sólo cuando se disponga de una pronta y adecuada consideración judicial de dicha acción en virtud de salvaguardias procesales eficaces”. El criterio concordaba con la decisión de la Suprema Corte de Justicia en “Freedman v. Maryland” (380 US 51-1965) que en todos los casos condicionó la constitucionalidad de la censura previa en materia cinematográfica a la previsión de procedimientos que aseguraran una rápida revisión judicial.

En definitiva primó la propuesta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que fue aprobada sin modificaciones.

El sistema de la ley 23.052 y su decreto reglamentario 828/84 en cuanto dispone que “la calificación de las películas cinematográficas se realizará sin ningún tipo de censura” y que “el criterio de la calificación debe tender a la protección de los menores y terceros no informados debidamente, contra exhibiciones pornográficas, macabras o excesivamente violentas” concuerda en líneas generales con las disposiciones del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica en la materia.

Creo que en la práctica el sistema, después de más de cinco años de aplicación, no ha causado las distorsiones y daños que preveían sus opositores y ha contribuido a la expansión creativa de nuestra cinematografía.

Pienso, no obstante, que es objetable que el texto normativo no especifique con claridad cuáles son las pautas que se utilizan para prohibir o permitir que los menores asistan a determinados

espectáculos. El silencio en cuanto a estos extremos puede lesionar derechos inherentes a la patria potestad. El tema tiene entidad constitucional, pues ellos, desde el caso “Treviranus, Mónica A. s/adopción” (Fallos, 285:279; 1972) han sido considerados por la Corte Suprema como extensión de los no enumerados a que alude el artículo 33 de la Carta. También es criticable que la ley no determine sanciones contra la exhibición en la vía pública de propaganda que pueda afectar la sensibilidad de menores o terceros inadvertidos. Es necesario tener en cuenta que estas formas de publicidad también pueden constituir una interferencia indebida en esferas de la privacidad. La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos ha reiterado desde “Bigelow v/Virginia” (421 US 809-1975) que “las garantías de expresión y prensa de la Primera Enmienda no son aplicables a los avisos comerciales”. Es obvio asimismo que las autoridades de aplicación no cumplen con la disposición del artículo 4º del reglamento que establece que “en ningún caso el título de la película podrá enfatizar el carácter pornográfico, macabro o apologético de la violencia de la misma”.

A pesar de que como hemos dicho, el sistema vigente establece la abolición de la censura previa, todavía es posible llevar a cabo el secuestro de filmes por aplicación del artículo 128 del Código Penal. No obstante, recientemente, en una decisión en que la mayoría de la Corte Suprema no entró al fondo del asunto en atención a tecnicismos procesales, el voto en disidencia del Ministro Enrique Petracchi señaló esta incongruencia y estableció en forma inequívoca que el cumplimiento de los recaudos administrativos previstos por la ley excluye, en el campo de la exhibición cinematográfica, la posibilidad de aplicación de las normas penales que reprimen la obscenidad (“Bresky, Armando” C.S., 1 de setiembre de 1988).

5. Pasaré ahora a referirme al inciso 5º del artículo 13 del Pacto que prohíbe la apología de la violencia o de la guerra.

Este precepto dispone que *la ley deberá* prohibir:

- a) “toda propaganda en favor de la guerra”;
- b) “toda apología del odio nacional, racial o religioso” en tanto “constituyan incitaciones a la violencia”.

c) "cualquier acción similar, es decir que constituya incitación a la violencia, contra cualquier persona o grupo de personas por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

Lo primero que es necesario advertir es que esta norma, al igual que otras del Pacto, se limita a diseñar pautas que deberán ser observadas por la legislación interna. En consecuencia constituye una cláusula no directamente operativa, que si bien puede operar como pauta interpretativa para los jueces, sólo tendrá recepción en el derecho interno mediante el dictado de la ley correspondiente.

Esto debe ser interpretado en el sentido de que los estados conservan el derecho inherente a su soberanía de establecer las circunstancias de tiempo y el modo en que se han de dictar las normas necesarias para su implementación.

A pesar de las objeciones de alguno de nuestros más calificados juristas, tengo la convicción que esta interpretación no implica colisión con el principio de *pacta sunt servanda*, ni con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados que obliga a cumplirlos de buena fe. El Pacto al remitir en alguno de sus artículos, a lo que disponga en el futuro la legislación interna, habilita a los Estados Partes para decidir la oportunidad en que reglamentarán los derechos. Esta fue la posición sostenida en forma invariable por los Estados Unidos en el seno de la Convención y el sentido de la declaración que en la sesión del 10 de noviembre de 1969 hizo constar en actas y que resumía su posición de que las cláusulas de la Convención no podían interpretarse como si fueran auto operativas (*self-executing* - Actas, p. 146).

Estos principios de la Convención Americana de Derechos Humanos han tenido amplia recepción en nuestro país con la sanción de la ley 23.592.

En líneas generales esta norma prevé una acción para dejar sin efecto los actos discriminatorios y reparar el daño moral y material causado. Por otra establece una sanción penal para quienes "realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada



decir que constituye persona o grupo de personas, raza, color, religión, idioma, etc., que si bien pueden ser sancionados por la ley, no están sujetos a las penas de que los estados de establecimiento han de dictar. Otros más castigos, etación no inflige, ni con...

religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma". No he de intentar aquí la valoración de una norma que aún no ha tenido proyección en nuestra comunidad. Pero sí deseo reiterar dos conceptos. En primer lugar creo que la locución verbal "realizar propaganda" abre un conjunto indefinible de interrogantes sobre cuál puede ser su significado y cuáles son los hechos punibles. En segundo lugar me parece que una sociedad madura debe tratar de no multiplicar los tipos penales que en cierta circunstancia pueden ser utilizados para intentar reprimir la expresión lícita.

5.1. El Gobierno de Estados Unidos en su informe de junio de 1969 instó a que se suprima este párrafo sosteniendo que en él se requiere la censura. "Una prohibición absoluta sobre la libertad de palabra como la prevista —añadió— resulta

utilizados hizo posible que el Presidente de la República José Sarney, implementando en forma directa el precepto constitucional, prohibiera por medio de un decreto la exhibición de la controvertida película de Jean-Luc Goddard *Je vous salue Marie*.

Creo que, a pesar de que el artículo 29 de la Convención señala que ninguna de sus normas puede ser interpretada para limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocida por las leyes de los Estados Partes, a la aplicación de la norma del artículo 13.5. puede posibilitar la adopción de medidas que resulten limitativas.

6. Con el fin de acotar esta nota y poder referirme con algún detenimiento al derecho de rectificación o respuesta, realizaré un muy breve comentario sobre el inciso 3º del artículo 13 que prohíbe las restricciones indirectas a la libertad de expresión. La norma en su primera parte establece el principio general:

“No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos...”.

A continuación hace una enumeración meramente ejemplificativa:

“tales como el abuso de:

a) controles oficiales o particulares para el papel para periódicos,

b) de frecuencias radioeléctricas,

c) de enseres o aparatos usados en la difusión de información,

d) cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

Si bien el fin de la norma es positivo en cuanto apunta a limitar la intervención del estado en los medios de comunicación, establece pautas que —como lo expresaron los representantes de Chile y Argentina— parecen más propias del derecho interno que de convenciones internacionales. La representación de Estados Unidos también observó que la enumeración ejemplificativa carece de precisión.

Como reflexión de tipo general, podemos afirmar que en los hechos es muy difícil e inconveniente que un organismo internacional determine qué disposiciones de derecho interno pueden, en esta materia, constituir un abuso.

7. *Derecho de rectificación o respuesta.* Este derecho, previsto en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica es una institución que carece de antecedentes en el derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien en el marco de las Naciones Unidas se halla en vigor desde 1962 una Convención sobre Derecho de Rectificación, esta no establece obligaciones para los particulares, sino sólo para los Estados. En efecto, dispone que cuando uno de ellos alegue que determinado despacho informativo, capaz de perjudicar sus relaciones con otros Estados, es falso o tergiversado, podrá presentar su versión de los hechos a los demás Estados contratantes en cuyo territorio haya sido publicado o difundido dicho despacho. El Estado receptor deberá distribuir el comunicado rectificatorio a los corresponsales y agencias de información que ejerzan actividades en su territorio, por las vías que utiliza habitualmente para la transmisión de informaciones.

Voy a transcribir textualmente el inciso 1º del artículo 14:

“Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

Es decir que la Convención establece los parámetros que debería tener la legislación interna para que una persona pueda ejercer este derecho.

En primer lugar la persona debe ser concretamente *afectada por informaciones emitidas en su perjuicio*. Dichas informaciones deben tener el carácter de *inexactas o agraviantes*.

El derecho corresponde cuando las informaciones hayan sido emitidas a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general.

Esta disposición fue objeto de minuciosa elaboración y debate durante tres etapas:

- a) las preparatorias del Tratado.
- b) en el seno de la Conferencia y
- c) en el Grupo de Trabajo que se formó para su elaboración final.

Creo que es de interés reseñar los antecedentes porque entiendo son útiles para fijar una línea de interpretación sobre el texto actual.

El proyecto presentado por la CIDH en 1965 implicaba por una parte la instrumentación del derecho de respuesta para todas las publicaciones y por otra que la norma no sería directamente operativa, dado que requería instrumentación posterior.

1. “Toda persona tiene derecho, si fuera afectada por alusiones inexactas o agraviada en publicaciones hechas por la prensa y otros medios de difusión, a que se publique en la misma forma su rectificación o respuesta”.

2. “La ley regulará los límites y la manera de hacer uso de estos derechos”.

El gobierno de Chile, en sus observaciones de junio de 1969 definió como “dudosa la conveniencia de incluir en esta Convención el derecho de rectificación”. Agregaba que “si hay estados que no tienen en sus legislaciones internas disposiciones sobre el ejercicio de este derecho, es posible que se arriesgue innecesariamente la aceptación de la Convención, puesto que este derecho tiene el carácter de secundario y ha demostrado ser de difícil aceptación”.

Los Estados Unidos en sus observaciones preliminares fueron más terminantes en sus críticas. “La disposición debe ser excluida —afirmaron— por innecesaria e impracticable” agregando que “en el artículo 13 tal cual estaba redactado ya se disponía

de protección contra las declaraciones ofensivas" y que en la práctica, en virtud de las amplias disposiciones del proyecto, la parte ofendida es desde el comienzo el juez de su propio perjuicio y puede insistir en extensas respuestas. "Este derecho de rectificación —concluía— puede conducir al hostigamiento, que bien puede perjudicar a la prensa libre".

Frente a las observaciones que mereció el proyecto original, la CIDH propuso finalmente a la Conferencia una nueva redacción que en sustancia sustituía el período "publicaciones hechas por la prensa" por "informaciones emitidas por medios de difusión que se dirijan al público general".

En el seno de la Conferencia la delegación argentina propuso una enmienda que distinguía entre las informaciones emitidas por "medios de difusión que se dirijan al público en general" y las que se "hubiesen propagado por la prensa". En el primer caso concedía derecho de réplica. Para el segundo caso en cambio se reproducía lo establecido por el artículo 114 del Código Penal, es decir que "si los autores fueran condenados judicialmente, el Juez o Tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción".

Estados Unidos insistió en la conveniencia de suprimir el artículo, su delegado afirmó que "sería muy difícil tratar de definir este asunto y que cualquier decisión que se tomara sería una carga que se echaría sobre los medios de difusión". Esta posición contó con el apoyo de Dunshee de Abranches que recordó que "existe una Convención Internacional sobre la materia que no ha logrado un apoyo muy grande lo que evidencia que es muy difícil regular esta cuestión por medios convencionales". Añadió que entendía que debía dejarse que la materia fuera regulada por las legislaciones internas.

La propuesta de supresión fue rechazada, pero surgía de las manifestaciones hechas durante el transcurso del debate y de los antecedentes, que Argentina, Brasil, México, Chile y Estados Unidos tenían serias objeciones de fondo sobre el proyecto en tratamiento. Se decidió en consecuencia formar un grupo de trabajo integrado por los países que habían propuesto enmiendas, desig-

nándose asesor al Dr. Justino Giménez de Aréchaga. El grupo debía intentar una redacción que pudiera resultar aceptable para todas las delegaciones y no dificultar la posterior ratificación de la Convención.

El Grupo de trabajo propuso el 18 de noviembre la actual redacción del texto que incluía el período *legalmente reglamentados* y en forma correlativa suprimió toda mención a “publicaciones” o “impresos”.

El texto concordaba con la distinción propuesta por la delegación argentina y con la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos pocos meses antes.

El Tribunal había afirmado, en junio de 1969, que no debían aplicarse necesariamente los mismos principios a la prensa escrita y a los medios de difusión que operan bajo licencia estatal. En el caso la Corte decidió que puede ser regulado el acceso de terceros a los medios de radiodifusión, cuyas frecuencias —que son licenciadas por el Estado— constituyen un recurso escaso (*Red Lion Broadcasting Co. v/Federal Communications Commission*”, 395 US 367).

7.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC — 7/86 del 29 de agosto de 1986 se expidió sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta en los siguientes términos:

A. — Que el artículo 14.1 de la Convención reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que de conformidad con el artículo 1.1., los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

B. — Que cuando el derecho consagrado en el artículo 14.1. no pueda hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte, ese Estado tiene la obligación, en virtud del artículo 2 de la Convención, de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias.

La Corte no se pronunció sobre el posible contenido de la legislación interna. A este respecto afirmó:

“Si se le pidiera responder preguntas que versaran exclusivamente sobre la aplicación o interpretación de las leyes internas de un Estado Miembro la Corte carecería de competencia para emitir su opinión”.

En consecuencia de la breve reseña de los antecedentes que he presentado y teniendo en cuenta el valor que la Convención de Viena asigna “a los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración” (art. 32) creo que debe entenderse que las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica que instrumentan el derecho de respuesta no necesariamente son aplicables a la prensa escrita y rigen sólo para aquellos medios que operan bajo reglamentaciones estatales. “Lo menos que se requiere para considerar ‘legalmente reglamentado’ a un medio de comunicación es un esquema reglamentario sustancial, que incluya un sistema de concesión de licencia administrado por el Estado. Donde no exista ese esquema, el medio no puede ser considerado como ‘legalmente reglamentado’ según el artículo 14” (“El derecho de réplica”, “La Nación”, 13 de marzo de 1986).

7.2. A partir de la asunción del gobierno constitucional se ha avivado la polémica en relación con la oportunidad o conveniencia de instituir el denominado derecho a rectificación o respuesta. En el proceso que han encarado diversas provincias se han establecido normas que reconocen esta institución (Constituciones de las Provincias de Salta, Jujuy, San Juan, Santiago del Estero y San Luis).

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado recientemente sobre el tema (C.S., 1 de diciembre de 1988 “Sánchez Abelenda c/Ediciones La Urraca S.A. s/Amparo” S.C., S-451-XXI y “Ekmekdjian, Miguel Angel c/Neustad Bernardo y otros s/Amparo”, E-60-XXII) exponiendo tres principios básicos:

a) La ausencia de reglamentación legal impide tener al artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica como derecho interno.

b) Que la importancia fundamental de la libertad de prensa para nuestro sistema de gobierno, lleva a concluir que toda restricción de aquella debe estar prevista expresamente en una norma jurídica sancionada por el órgano legislativo. En consecuencia reconocer un derecho a réplica basado en las previsiones constitucionales sobre derechos no enumerados significaría dejar en manos de los jueces la facultad de decidir por sí mismos los alcances de un supuesto derecho de amplios e indefinidos contornos, sin que ninguna ley autorice expresamente dicha intervención.

c) El Tribunal advierte expresamente que no se trata de decidir si el derecho de réplica es o no compatible con la Constitución Nacional, sino de un problema distinto, cual es el de apreciar si aquél está comprendido en las garantías no enumeradas a que alude el artículo 33.

Es preciso aquí advertir, que en nuestros medios académicos el derecho de respuesta es propugnado por muchos fervientes defensores de los derechos individuales y que el tema implica una polémica que a pesar de los recientes fallos de la Corte Suprema se halla lejos de estar agotada.

Creo que, al respecto, es necesario diferenciar entre el acceso a la prensa escrita y a los medios de difusión que operan bajo licencia estatal. En relación con éstos debe realizarse, a su vez, una distinción entre la radio y la televisión. Ésta en todos los casos está bajo la supervisión de los órganos de aplicación. A su vez en los medios administrados por el estado deben establecerse reglas que permitan un acceso amplio a los distintos sectores de opinión en los temas que directamente les conciernen. Pero es preciso subrayar que los medios que operan bajo licencia pueden ser sometidos a regulaciones que de ninguna manera podrían aplicarse a la prensa escrita.

Desde luego, no está en discusión el principio de que los licenciarios tienen el más amplio derecho a decidir con total libertad su programación y exponer sus propios puntos de vista. Pero en tanto que no todos los que solicitan la titularidad de una frecuencia la obtienen, dado que la posibilidad está aún sometida a límites técnicos que el Estado regula, el organismo de aplicación —en un medio escaso— debe tener facultades para otorgar a los

eventuales afectados un acceso razonable. Desde luego las normas deberán estar diseñadas en términos precisos, que permitan al licenciatarario prever que la emisión de determinado material puede tener como consecuencia el ejercicio del derecho de respuesta.

No deseo extenderme sobre la compatibilidad de los artículos 14 y 32 de nuestra Constitución y los principios de la libertad de expresión, con las leyes de réplica en materia de prensa escrita, pero si me parece conveniente arrimar algunas reflexiones.

En primer lugar, tengo la convicción de que en cualquier caso y aunque se diseñen en forma minuciosa los módulos a aplicar, este tipo de normas ha de tener un efecto disuasorio sobre los editores y en consecuencia afectarán el derecho preminente del público a ser informado.

En este sentido son plenamente válidos los argumentos vertidos por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en el fallo “Miami Herald Publishing C^o v/Tornillo” (418 US 241 - 1974). En esta decisión el Tribunal, aplicando un sistema que en sustancia es idéntico al nuestro, declaró por unanimidad la inconstitucionalidad de una ley local del Estado de Florida que instrumentó el derecho de replica.

El Presidente del Tribunal en su voto afirmaba: “Un diario es algo más que un receptáculo pasivo o conducto para noticias. La elección del material a incluir y las decisiones sobre el tamaño y contenido del mismo y el tratamiento de las cuestiones públicas y de los funcionarios públicos, constituyen el ejercicio del control y del editor”. Agregaba que “en la ley en examen se aplica una penalidad sobre la base del contenido del diario... la primera parte de la penalidad resulta del costo en tiempo y bienes y en tomar espacio que podría dedicarse a la impresión de otro material que el diario hubiera podido publicar... Pero aún si el diario no afrontara costos adicionales para cumplir con esta compulsiva ‘ley de acceso’ y no tuviera que postergar otras publicaciones, la ley —concluye— es deficiente en cuanto a las exigencias de la Primera Enmienda por su intromisión en las funciones de los editores”. El fallo dejaba en claro que su doctrina se circunscribía estrictamente al derecho de réplica y no implicaba

toma de posición respecto de la constitucionalidad de las leyes que conceden derecho para publicar retractaciones a quienes prueban judicialmente haber sido difamados.

El sistema de la libertad de expresión es un mecanismo complejo cuya reglamentación en lo posible debe ser evitada. La responsabilidad de la prensa, como la de toda expresión es un bien sin duda deseable, pero excede, como otras virtudes, el campo de la regulación estatal.

SUMMARY

The study deals with the system of freedom of speech and expression in the American Convention on Human Rights and in the Argentine constitutional system. The author makes reference of the rulings of the Argentine Supreme Court imposing liability to ensure the rights of privacy or the rights of reputation of others. He asserts that the Court in the cases under examination in which the principle of freedom of speech has been in conflict with the right of privacy has regarded as a prior fundamental right the latter. |

The study also deals with censorship in publications, public entertainments and specially on movies, related with the criminal punishment of the publication or exhibition of matter allegedly obscene.

The last part of the study deals with the right of reply as is established in the American Convention. The author asserts that from his point of view in the Argentine constitutional system the press is not a "regulated medium of communication" as reads article 14 of the Compact. Therefore the statements or ideas disseminated by the press can not be subject to the right of reply.

LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA REFORMA PENAL ESPAÑOLA

Por MIGUEL POLAINO NAVARRETE *

I. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Incorporados en el texto del Código penal los artículos 534 *bis a*)¹, *bis b*)², *bis c*)³ y 534 *ter*⁴, por la Ley Orgánica 6/1987,

* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla.

¹ Artículo 534 *bis a*) del Código Penal:

“Será castigado con la pena de multa de 30.000 a 600.000 pesetas quien intencionalmente reprodujere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica o su transformación o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

La misma pena se impondrá a quien intencionalmente importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización”.

² Artículo 534, *bis b*) del Código Penal:

“1. Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.500.000 pesetas quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior, concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Obrar con ánimo de lucro.
- b) Infringir el derecho de divulgación del autor.
- c) Usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución.
- d) Modificar sustancialmente la integridad de la obra sin la autorización del autor.

de 11 de noviembre, de propiedad intelectual, por la que se incriminan los comportamientos delictivos de las infracciones del derecho de autor y de la propiedad intelectual, a diferencia de la infracción de la propiedad industrial que es conminada en el artículo 534 del Código penal ⁵, el primer problema fundamental que interesa dilucidar, por su carácter genérico y su significación sistemática, es el relativo al bien jurídico protegido en las nuevas figuras legales de delito contra la propiedad intelectual.

Los nuevos tipos delictivos son incorporados en la Sección 3ª (“De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial”) del Capítulo IV (“De las defraudaciones”) del Título XIII (“De los delitos contra la propiedad”) del Libro II del Código penal, conforme a una configuración eminentemente patrimonialista, en la que la norma penal se circunscribe a la protección de los valores patrimoniales derivados de los derechos económicos y de explotación ⁶ de las obras de ingenio, científicas, lite-

2. Se impondrá la pena de prisión menor, multa de 50.000 a 300.000 pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando, además de obrar con ánimo de lucro, concurra alguna de las siguientes circunstancias;

a) Que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica.

b) Que el daño causado revista especial gravedad.

En tales supuestos el Juez podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado”.

³ Artículo 534, *bis c)* del Código Penal:

“En el supuesto de sentencia condenatoria el Juez podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial”.

⁴ Artículo 534 *ter* del Código Penal:

“La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los artículos 534 *bis a)* y 534 *bis b)* se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios”.

⁵ Artículo 534 del Código Penal:

“El que infringiere intencionadamente los derechos de propiedad industrial será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pesetas”.

⁶ Artículo 17 de la ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual:

rarias y artísticas del hombre ⁷, a diferencia de las de aplicación inherentes a la propiedad industrial ⁸.

“Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente ley”.

⁷ Artículo 10 de la ley 22/1987, de 11 de noviembre, Propiedad Intelectual:

“1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.

b) Las composiciones musicales, con o sin letra.

c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.

d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.

e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía, y las historietas gráficas, tebeos o *comics*, así como sus ensayos o bocetos, y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.

f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.

g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la Ciencia.

h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.

i) Los programas de ordenador.

2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella”.

Artículo 11 de la ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual:

“Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual:

1º Las traducciones y adaptaciones.

2º Las revisiones, actualizaciones y anotaciones.

3º Los compendios, resúmenes y extractos.

4º Los arreglos musicales.

Por virtud principalmente de algunas notorias deficiencias legislativas, sobre todo la amplitud de la tipificación de las conductas básicas delictivas del artículo 534 *bis a*) del Código penal⁹, y la penalidad de prevalescente índole simbólica o testimonial que a las mismas se asigna en el ámbito del tipo básico¹⁰, en efecto, se ha propiciado cierta reticencia y acentuada dificultad en orden a la exacta determinación del bien jurídico protegido.

Es de resaltar a tal respecto que, salvo alguna esporádica y marginal opinión sobre la noción típica de los derechos de autor, de signo prevalescentemente extra-jurídico penal y de solapada pretensión espiritualista, la doctrina penalista española absolutamente mayoritaria en la actualidad —así, entre otros, Gimbernat Ordeig, Jorge Barreiro, Carmona Salgado, Bajo Fernández, Muñoz Conde, Gómez Benítez, Morillas Cueva y Romeo Casabona— ha convenido en postular inequívocamente la concepción que reconoce contenido patrimonial a estos delitos, en cuyo ámbito posi-

5º Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica”.

Artículo 12 de la ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual:

“También son objeto de propiedad intelectual, en los términos de la presente ley, las colecciones de obras ajenas, como las antologías, y las de otros elementos o datos que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos de los autores de las obras originales”.

⁸ Artículos 3º, 2º de la ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual:

“Los derechos de autor son independientes y compatibles con:

2º Los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra”.

⁹ La heterogeneidad señalada resalta, tanto en el marco típico de cada uno de los párrafos que integran el artículo 534 *bis a*) del Código Penal, como en el contraste del respectivo ámbito regulativo de los mismos”.

¹⁰ La fijación de la pena pecuniaria de multa en los límites legalmente establecidos, con frecuencia, podrá llegar a erigirse en factor criminógeno, precisamente, en lugar de eficaz medio preventivo de esta índole de criminalidad”.

tivo el Código penal incrimina comportamientos típicos que atentan contra bienes jurídicos patrimoniales.

Es de interés asimismo, como ha puesto de relieve otro sector de la doctrina, principalmente representado por la escuela de Rodríguez Ramos, resaltar el aspecto de valoración socio-económica en los delitos contra la propiedad intelectual, configurados como delitos que no sólo asumen una relevancia patrimonialista individual, sino que inciden singularmente en el alcance social de los bienes patrimoniales de ejercicio de explotación económica de los derechos de autor.

No obstante, el sistema penal español circunscribe su tutela positiva a las facultades jurídicas de ejercicio de los derechos económicos derivados de la propiedad intelectual, en la medida en que la explotación socialmente inadecuada de los mismos trasciende el ámbito de tutela punitiva, rebasando el marco de garantía jurídica de la propiedad intelectual cubierto por la legislación civil, al incidir en la forma más grave de antijuricidad sobre el objeto de protección típica.

Es de consignar que las esferas típicas de la protección penal de la propiedad intelectual, en el marco de los comportamientos delictivos atentatorios a las dimensiones patrimoniales de los derechos de autor, no se interfiere en absoluto ni se identifica sustancialmente *in totum* con el contenido de la básica proclamación jurídico-constitucional de la libertad de expresión y de difusión de pensamientos, ideas y opiniones, y la libertad de producción y de creación literaria, artística, científica y técnica, que como derechos fundamentales consagra el artículo 20.1 de la Constitución Española ¹¹, si bien obviamente ambas categorías conceptuales de

¹¹ Artículo 20.1 de la Constitución española:

“Se reconocen y protegen los derechos.

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cual-

tutela jurídica pueden ser perfectamente compatibles y congruentes entre sí, en la medida en que manifiesten relevancia en el específico ámbito de la tipicidad.

Tanto de la estimación de la ubicación sistemática¹² de los preceptos incriminadores de los delitos contra la propiedad intelectual, como de la ponderación del contenido valorativo de las facultades jurídicas afectadas por las respectivas conductas típicas¹³, se deriva que el objeto de protección de las normas penales, en las figuras delictivas de referencia, se halla constituido por los bienes patrimoniales inherentes a los derechos económicos de la propiedad intelectual.

II. DELIMITACION TIPICA DE LA CONDUCTA DELICTIVA

La sistemática positiva de la incriminación penal de los delitos contra la propiedad intelectual se caracteriza porque inicialmente configura un tipo básico de delito, en el marco descriptivo del artículo 534 *bis a)* del Código penal, y procede seguidamente a establecer, en el artículo 534 *bis b)*, diversas modalidades típicas cualificadas por razón de la concurrencia de ciertos elementos agravatorios de dispar naturaleza que operan sobre el comportamiento típico básico.

La configuración de la tipología básica, contenida en el artículo 534 *bis a)* del Código penal, abarca a su vez una doble modalidad de comportamientos delictivos contra la propiedad intelectual.

quier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

¹² Libro II del Código Penal, Título XIII (De los delitos contra la propiedad), Capítulo IV (De las defraudaciones), Sección 3ª (De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial).

¹³ Derechos de propiedad intelectual o de su cesión, relativos a la reproducción, distribución o comunicación pública, en todo o en parte, de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, o a una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicación a través de cualquier medio, así como a la importación, exportación o almacenamiento de ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones y al derecho de divulgación del autor.

tual de diversa naturaleza entre sí: los descritos en el párrafo primero del precepto, que comprende variadas modalidades típicas de reproducción ¹⁴, plagio ¹⁵, distribución ¹⁶ o comunicación públi-

¹⁴ Artículo 18 de la ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual:

“Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella”.

¹⁵ Artículo 14 de la ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual:

“Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:

1º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.

2º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.

3º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.

4º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración, o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

5º Modificar la obra, respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.

6º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra, deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originales.

7º Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra, y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen”.

¹⁶ Artículo 19 de la ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual:

“Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

Cuando la distribución se efectúe mediante venta, este derecho se extingue a partir de la primera”.

ca¹⁷ de obras literarias, artísticas o científicas, o sus transformaciones¹⁸, interpretaciones o ejecuciones¹⁹ sobre las que recae el

¹⁷ Artículo 20 de la ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual:

“1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conoado a una red de difusión de cualquier tipo.

2. Especialmente, son actos de comunicación pública.

a) Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.

b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.

c) La emisión de cualesquiera obra por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación.

d) La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.

e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por Entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada.

f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión.

g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.

h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas”.

¹⁸ Artículo 11 de la ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual:

“Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual:

1º Las traducciones y adaptaciones.

2º Las revisiones, actualizaciones y anotaciones.

3º Los compendios, resúmenes y extractos.

4º Los arreglos musicales.

5º Cualquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica”.

derecho de autor, y los conminados en el párrafo segundo, que versa sobre la importación, exportación o almacenamiento de dichas obras, producciones o ejecuciones.

Como se advierte, la sustitución de la arcaica técnica de remisión normativa a la legislación de la propiedad intelectual, que imperó tradicionalmente en esta materia en el Código penal con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de 11 de noviembre de 1987, no ha alcanzado aún a proveer una adecuada solución normativa en la reciente reforma de referencia del texto punitivo, en aras a la elemental observancia de las condiciones de seguridad y certeza jurídicas, requeridas por el principio de legalidad penal material en la tipificación de los comportamientos delictivos.

En efecto, el párrafo primero del artículo 534 *bis a*) del Código penal constituye un cabal ejemplo de exacerbada descripción alternativa, por mor de una norma penal mixta que da acceso a una multiplicidad de posibles comportamientos típicos, que a su vez pueden recaer sobre diversos objetos materiales, tales como obras literarias, artísticas o científicas, o la transformación de tales obras de ingenio humano, o la interpretación de las mismas, o la ejecución artística de ellas, ya sea fijada en cualquier tipo de soporte o bien comunicada a través de cualquier medio técnico²⁰.

Artículo 21 de la ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual:

“1. La transformación de la obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.

2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultante de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente”.

¹⁹ Artículo 20, 2, a) de la ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual:

“Especialmente, son actos de comunicación pública:

a) Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento”.

²⁰ Artículo 534 *bis a*), párrafo primero, del Código Penal:

“Será castigado con la pena de multa de 30.000 a 600.000 pesetas

De esta suerte, la actual regulación del comportamiento típico contra la propiedad intelectual, que requiere además la ausencia de autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, en rigor, si bien elude el mecanismo de la directa remisión normativa a la legislación sustantiva de la propiedad intelectual, incorpora nuevas específicas dificultades interpretativas de determinación del alcance de los elementos del tipo, que afectan al objeto material, a las formas de incidencia típica sobre el mismo, y a la ausencia de autorización de los respectivos titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

La observancia de las elementales exigencias de precisión y de certeza del precepto penal, relativas a la descripción del comportamiento típico, no ha sido ciertamente acreditada en modo alguno de forma satisfactoria, en el marco del presente contexto positivo de conminación de la conducta de infracción de la propiedad intelectual.

Por otra parte, la multiplicidad y la diversidad de las conductas típicas alternativas descritas en la figura legal asimismo suscitan ciertamente nuevos problemas, de notable relevancia político-criminal, por cuanto dificultan tanto la determinación técnica de la cualidad del sujeto activo como la individualización del sujeto pasivo, titular de las respectivas facultades jurídicas de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual o de las respectivas cesiones de los mismos, al tiempo que propician arduas cuestiones en relación específica con la hipótesis de cesionarios en cadena superpuestos sobre una misma explotación económica de derechos de la propiedad intelectual.

Por lo demás, las exigencias de una precisa tipificación de la infracción de los respectivos derechos de la propiedad intelectual,

quien intencionadamente reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica o su transformación, o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”.

provee una dispar valoración a las diversas formas de comportamiento típico que inciden sobre el objeto jurídico protegido, afectan esencialmente a los postulados del principio de proporcionalidad, que conjuntamente con el principio de intervención mínima legalizada ha de inspirar el marco regulativo de la legislación penal. Tales exigencias fundamentales, en considerable medida, han sido patentemente desatendidas en la reciente reforma de la legislación penal sobre la garantía de la propiedad intelectual.

La irregularidad valorativa que en este sentido contiene el enunciado de la descripción típica, efectuada en el párrafo primero del artículo 534 *bis a)* del Código penal, se ve acrecentada sensiblemente por la incorporación de nuevas formas extensivas de comportamiento típico, en el marco del párrafo segundo del indicado precepto, representadas por los actos de importar, exportar o almacenar ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones objeto de la infracción típica de la propiedad intelectual²¹.

De esta suerte, se configura, a modo de receptación impropia, un singular tipo de tráfico ilícito, que se caracteriza por la amplitud y la ambigüedad de delimitación del comportamiento tipificado por la norma penal en base a la conducta básica central.

Habida cuenta de la diversidad de configuración delictiva, ambos supuestos descritos respectivamente en los párrafos primero y segundo del artículo 534 *bis a)* del Código penal, se suscita asimismo, con adicional dificultad, la problemática referente a la concurrencia delictiva de ambas hipótesis de comportamiento típico, que en principio hacen posible el reconocimiento de un concurso real de delitos entre sí.

III. DESVALOR DE INJUSTO TIPICO E INTERVENCION PENAL MINIMA

La incriminación de las infracciones de la propiedad intelectual, introducida en el Código penal por virtud de la Ley Orgá-

²¹ Artículo 534 *bis a)*, párrafo segundo, del Código penal:

La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización”.

nica de 11 de noviembre de 1987, comprende los delitos contenidos en el artículo 534 *bis a*), que incorpora una diversidad de figuras básicas. y en el artículo 534 *bis b*), que conmina un conjunto de correspondientes hipótesis delictivas calificadas.

a) El artículo 534 *bis a*) del Código penal²² incrimina los tipos básicos de delito contra la propiedad intelectual, fundamentalmente atentatorios al derecho de reproducción que corresponde al autor, a través de la descripción de una pluralidad de conductas lesivas del mismo, contenidas en el párrafo primero del precepto, si bien seguidamente en el párrafo segundo y último el artículo de referencia incorpora una serie de comportamientos que son equiparados en desvalor al anterior atentado típico de reproducción ilegítima, cuales son los actos de importación, exportación o almacenamiento de ejemplares de obras, producciones o ejecuciones ilícitas.

La descripción efectuada en el artículo 534 *bis a*) del Código penal, a través de un enojoso y exacerbado casuismo legislativo, que establece incorrectas equiparaciones desvalorativas de conductas típicas por completo diversas entre sí, adolece de la grave deficiencia axiológica de la falta de exigencia positiva de una afectación patrimonial que se revele penalmente significativa en el ámbito del contenido económico de la propiedad intelectual, a cuya garantía típica propende la norma penal.

Teniendo presente que el proceso de criminalización debe inspirarse en el principio de intervención mínima de la norma penal, es fácil observar que en este contexto cobra singular signi-

²² Artículo 534 *bis a*) del Código Penal:

“Será castigado con la pena de multa de 30.000 a 600.000 pesetas quien intencionadamente reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica o su transformación o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización”.

ficación la delimitación entre la esfera del ilícito civil y el ámbito del injusto típico.

La propia ley de propiedad intelectual parece indirecta y ocasionalmente tener en cuenta la relevancia de la adecuación social de la conducta, como criterio determinante de la trascendencia o no del acto de infracción de la propiedad intelectual, en orden a la apreciación de la comunicación pública que exceda el ámbito estrictamente doméstico²³.

Junto a la exigencia de estimación positiva de la inadecuación social de la conducta, en relación con la relevancia de la incidencia típica sobre el bien jurídico protegido, procede asimismo considerar, a efectos de determinación de la responsabilidad civil derivada de la penal, el llamado valor de afección, que habrá de estimarse conforme al sentido de la concreta referencia subjetiva al respectivo objeto material de la acción contradictoria del derecho de propiedad intelectual.

b) El artículo 534 *bis b)* del Código penal comprende la descripción de diversos supuestos de piratería intelectual, que se configuran como tipos cualificados de los delitos contra la propiedad intelectual incriminados en el artículo 534 *bis a)*, por virtud de la concurrencia de determinadas circunstancias que operan como singulares elementos típicos de agravación punitiva.

Las hipótesis de piratería criminal contra la propiedad intelectual, descritas en el apartado 1 del artículo 534 *bis b)* del Código penal²⁴, se asientan en la incorporación, a la conducta típica

²³ Artículo 20, 1 de la ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual:

“1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”.

²⁴ Artículo 534 *bis b)*, apartado 1, del Código Penal:

“1. Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.500.000 pesetas quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior, concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

básica de reproducción ilegítima o de plagio de la obra de ingenio protegida por la propiedad intelectual, de algunos de los elementos típicos de cualificación siguientes: obrar con ánimo de lucro, infringir el derecho de divulgación del autor, usurpar la condición de autor o el nombre de un artista en la interpretación o ejecución de la obra, y modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor.

Tales modalidades de piratería criminal contra la propiedad intelectual son representativas de hipótesis cualificadas de primer grado, que describen tanto el comportamiento de infracción de los derechos de autor realizados con ánimo de lucro como las infracciones no lucrativas de la propiedad intelectual.

Al desvalor propio de la reproducción, distribución o comunicación pública o del plagio, o bien de la importación, exportación o el almacenamiento de los respectivos objetos materiales de tales infracciones de la propiedad intelectual, se añaden alternativamente los siguientes diversos fundamentos de desvalor.

Ante todo, es de reseñar, como primer fundamento positivo de agravación penal, el ánimo de lucro, que como elemento subjetivo del tipo incrementa el desvalor de injusto personal.

En segundo término, se consigna como elemento determinante de la cualificación penal la infracción al derecho de divulgación del autor, que había quedado, con expresa y manifiesta incoherencia, fuera de la casuística descripción de los tipos básicos, si bien podría eventualmente solaparse bajo la modalidad típica de la comunicación pública.

En tercer lugar, la cualificación punitiva puede venir determinada por la acción de usurpación de la condición de autor o del nombre del artista, elemento típico de agravación que en opinión del profesor Gimbernat no resulta contradictorio, superfluo

-
- a) Obrar con ánimo de lucro.
 - b) Infringir el derecho de divulgación del autor.
 - c) Usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución.
 - d) Modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor”.

ni reiterativo respecto de la conducta de plagio de la descripción básica, por cuanto tal momento cualificante permite abarcar tanto las interpretaciones usurpatorias genuinas como las usurpaciones de imitadores a través de adaptaciones (v.gr., compraventa y distribución de obras ya plagiadas).

Y finalmente, en cuarto término, constituye fundamento legal de agravación el comportamiento de modificación sustancial de la integridad de la obra, el cual, incidiendo en el ámbito de las infracciones puramente morales de la propiedad intelectual, afecta a la esfera típica de las falsedades.

c) El artículo 534 *bis b*), apartado 2, del Código penal²⁵ contiene la tipificación de las más graves formas de infracciones penales de la propiedad intelectual, representadas por los tipos delictivos de piratería, caracterizados por la básica infracción dolosa de la propiedad intelectual (reproducción, plagio, distribución o comunicación pública de una obra o su transformación, o de una interpretación artística, así como sus correlativos actos de importación, exportación o almacenamiento), siempre que sea ejecutada con ánimo de lucro, y además concurren alternativamente las circunstancias, bien de que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica, bien de que el daño causado revista especial gravedad.

Conviene reseñar que la configuración legal subjetiva del presente tipo agravado de piratería criminal contra la propiedad intelectual, en cuanto a la propia configuración de su estructura típica respecta, adolece técnicamente de un contenido de evidente sentido contradictorio.

²⁵ Artículo 534 *bis b*), apartado 2, del Código Penal:

“2. Se impondrá la pena de prisión menor, multa de 50.000 a 300.000 pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando, además de obrar con ánimo de lucro, concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica.

b) Que el daño causado revista especial gravedad.

En tales supuestos el Juez podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado”.

En efecto, la presente hipótesis típica de máxima cualificación aparece descrita como un tipo subjetivamente configurado, constitutivo de un delito intencional de resultado cortado, en que, además del dolo del autor, se exige la presencia del ánimo de lucro, que por virtud de la configuración subjetiva del tipo no requiere ser satisfecho objetivamente, toda vez que el desvalor de acción inspirada en el ánimo lucrativo incrementa el desvalor personal de injusto, permitiendo anticipar la barrera de la protección penal a un momento previo al de la realización objetiva.

Desde esta perspectiva, resulta de dudosa significación, conforme a la estructura subjetiva del tipo de injusto, que “la cantidad o el valor” de las copias ilícitas en que se sustancie la conducta típica de infracción de la propiedad intelectual posea o no especial trascendencia económica, por cuanto el elemento subjetivo del ánimo de lucro, que va más allá de la esfera propia del dolo, sustituye y desplaza al desvalor de resultado, correlativo a la cantidad o al valor económico de especial trascendencia que posean las copias ilícitas efectuadas.

Y, en cualquier caso, la segunda hipótesis alternativa de cualificación típica de la piratería criminal contra la propiedad intelectual, representada por la causación de “daño que revista especial gravedad”, se muestra aún más contradictoria en su configuración con la estructura subjetiva propia del delito intencional, que requiere, para la concreción típica y la consumación delictiva, el ánimo de lucro del autor.

En síntesis, al ser incongruentes entre sí los diferentes momentos normativos de cualificación de la conducta típica básica representados por el “ánimo de lucro” del autor, de un lado, y la especial “trascendencia económica” de las copias ilícitas o la especial “gravedad del daño” causado, de otro, procede a este respecto, en orden a una coherente configuración delictiva de las hipótesis típicas cualificadas, desglosar nítidamente, conforme a su naturaleza, los criterios objetivos de la trascendencia económica y de la especial gravedad del daño, respecto del elemento típico subjetivo constituido por el ánimo de lucro.

De este modo, supeditar la relevancia positiva de los aludidos efectos de índole objetiva a la existencia de ánimo de lucro

en el autor entraña una contradicción sustantiva, por cuanto comporta operar simultáneamente, de forma indiscriminada, con dos criterios sistemático-valorativos, que básicamente son opuestos y contradictorios entre sí.

En suma, las dos modalidades típicas de piratería criminal contra la propiedad intelectual, en los términos en que las configura el artículo 534 *bis b*), 2, del Código penal, representativas de hipótesis de cualificación de segundo grado, merecen consideración crítica por diversas razones, tanto de carácter técnico como de naturaleza sustantiva, y de modo especial por la incongruente utilización acumulativa de criterios de tipificación diferentes entre sí, de suerte que, al ser empleados en forma estructuralmente incongruente, en su virtud a un tiempo se atenta a la seguridad y certeza del precepto así como a la finalidad de justicia pretendida por la norma.

A tal respecto, en síntesis, conviene recordar con carácter general que la descripción del injusto típico contradictor de la propiedad intelectual, conforme a una política legislativa de incriminación que atienda efectivamente a las exigencias preventivo-generales y preventivo-especiales, debe circunscribirse a los supuestos representativos de los más graves atentados contra el contenido patrimonial de la propiedad intelectual, en términos que impliquen una trascendente incidencia patrimonial sobre el bien jurídico protegido, equiparable y proporcional a la de los restantes delitos contra la propiedad, y en los que el desvalor de acción sea congruente con un contenido objetivo de desvalor de resultado patrimonial.

IV. CONFIGURACION SUBJETIVA

Desde la perspectiva de consideración de las exigencias inherentes al principio de fragmentariedad y al de subsidiariedad, en concordancia con la proporcionalidad de la desvaloración del injusto típico y la necesidad de la intervención mínima legalizada en el orden punitivo, parece indicado político-criminalmente estimar que el Ordenamiento penal ha de proveer la protección jurídica de la propiedad intelectual, circunscribiéndose exclusivamen-

te a tipificar las manifestaciones disfuncionales, socialmente intolerables, de lesión de o puesta en peligro de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual, a diferencia de la legislación civil, que debe aspirar, tanto a la tutela de los derechos morales del autor, como a la salvaguarda de la propiedad intelectual en cuantos aspectos no lleguen a implicar relevante incidencia típica en el contenido patrimonial de la misma.

La elemental exigencia político-criminal de una incriminación restrictiva de los injustos típicos en materia de propiedad intelectual, que posibilite una respuesta eficazmente operativa a los comportamientos lesivos de los derechos de autor, en orden a la configuración típica de la materia de la prohibición penal, requiere básicamente la constatación de una afectación de los bienes de contenido patrimonial protegidos por el Derecho penal, que, por una parte, atienda a la gravedad objetiva del comportamiento lesivo de tales bienes patrimoniales, y, por otro lado, pondere convenientemente la actitud subjetiva del desvalor de autor.

Desde la óptica de este planteamiento, se sugiere la conveniencia de homologar los específicos criterios de incriminación de los ataques típicos contra la propiedad intelectual a las pautas valorativas que rigen en general para los delitos contra bienes patrimoniales. Y, por otra parte, se estima que resulta asimismo procedente el mantenimiento en todo caso del criterio positivo, aunque ciertamente mejorado y perfeccionado, de la exclusiva incriminación de los comportamientos injustos cuya realización exija la presencia del dolo del autor.

En la configuración del tipo debe tenerse en cuenta singularmente la significación sustantiva de los elementos de índole objetiva y de naturaleza subjetiva que en el mismo se incorporan, para fundamentar la respectiva gravedad del injusto típico.

En tanto los elementos subjetivos cumplen la misión de conformar un tipo de injusto personal, en que prevalece el carácter subjetivo de la actitud de conducta del autor, apreciado evidentemente sobre un comportamiento objetivo básico de relevancia sustantiva propia, la exigencia de elementos objetivos en la descripción típica atiende prevalecientemente a la valoración material del contenido de protección de la norma penal, desde el punto

de vista de la estimación de las consecuencias objetivamente perceptibles de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

La naturaleza del bien jurídico, el desvalor social de la actitud antijurídica del autor y la necesidad político-criminal de la salvaguarda del objeto de tutela penal determinarán la conveniencia legislativa de acentuar los aspectos objetivos o las dimensiones subjetivas en la configuración del tipo legal.

Como se ha advertido con anterioridad, en el ámbito de tipicidad de referencia, el legislador penal, no sólo no se muestra congruente con el propio criterio básicamente asumido, sino que supedita el alcance de la cualificación de segundo grado conforme a elementos objetivos de valoración a la previa cualificación subjetiva del tipo de injusto en virtud del ánimo de lucro del autor, con lo que relativiza doblemente los dos máximos criterios de agravación que él mismo proclama.

De este modo, ambos criterios normativos de cualificación típica, que vienen a determinar la máxima agravación legal en el texto vigente, ciertamente operan, más que por mor de una valoración ontológica individualizada, por virtud de mera conjunción acumulativa.

V. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

La consideración político-criminal del proceso criminalizador de las infracciones de la propiedad intelectual pone de relieve la conveniencia de atender de nuevo, dentro del proceso de la Reforma penal en materia de propiedad intelectual y derechos de autor, entre otras indicaciones generales, a las siguientes sugerencias de *lege ferenda*.

1. En virtud de la necesidad de intervención mínima de la norma penal, las actuales conductas incriminadas en el artículo 534 *bis b*), 1, del texto punitivo deben dejar de constituir tipo cualificado, y pasar a integrar tipo básico de delito de reproducción ilícita de obra de ingenio o de su interpretación o ejecución, absorbiendo en sí a la materia de prohibición de bagatela que en buena medida ocupa al actual artículo 534 *bis a*) del Código penal.

2. Los supuestos típicos comprendidos en el artículo 534 *bis b)*, 2, del Código penal, por consideraciones axiológicas, merecen configurarse como los únicos tipos cualificados, que por su mayor gravedad determinen la resolución de las hipótesis de concurso de normas, conforme al principio de alternatividad, respecto de los tipos de configuración subjetiva por virtud de la intención lucrativa y de configuración objetiva meramente dolosa, y de conformidad con el principio de consunción penal, por mor de la singular trascendencia socio-económica y patrimonial apreciable, respecto de la delimitación entre tipos básicos y tipos cualificados.

3. Procede mantener el sistema incriminador restrictivo de la incriminación dolosa, con específica exclusión, del presente ámbito de la incriminación típica, de cualesquiera comportamientos culposos, que deben ser relegados a la consideración de meras infracciones extrapenales de la propiedad intelectual.

4. El principio de proporcionalidad requiere una observancia nomológica singular en el presente ámbito de tipicidad, tanto en la desvaloración de la gravedad del resultado típico, como en la configuración positiva de los respectivos supuestos delictivos, atendiéndose primordialmente a la ponderación del contenido patrimonial de injusto y, adicionalmente, a la significación socio-económica del mismo.

5. El proceso jurídico de concreción y eficacia de la norma penal, incriminadora de las infracciones de propiedad intelectual, debe propiciar la precisa consideración de las peculiares exigencias derivadas de la continuidad delictiva y de las formas de aparición del delito masa, así como de aquellas dimanantes de las modalidades de ejecución permanente, y de las hipótesis de concatenación de las facultades jurídicas correspondientes a los derechos de autor, por superposición de titularidades de derechos patrimoniales de propiedad intelectual, supuestos todos ellos que sin duda ofrecen singular relieve en el presente marco típico.

SUMMARY

The professor of Criminal Law, lately appointed at the University of Sevilla, Spain, comments deeply enough, the spanish reform at the ends of 1987, related with crimes against intelectual property.

In both chapters he defines the juridic aim, that is protected, and the conformation of forbidden behaviours in their objective aspect as well as in their subjetive one. Finally he suggests a new study to produce some reforms on the approved texts.

The article encloses in its notes the legislatives texts, on which are dealt with, so it can be considered an efficient instrument to help who wants to face any critical task of the in force law.

LA REGION EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

por MARÍA ELENA DEMARÍA MASSEY DE FERRÉ *

I. INTRODUCCION

El Estado Federal —según anota García Pelayo— nace “como concepto y como forma de organización política” en la Constitución de los EE.UU., si bien este texto no incluye esa expresión, la que se afirmará en la literatura alemana para contrastar la Confederación de las nuevas formas surgidas en Norteamérica y Suiza ¹.

Estructurado sobre las relaciones jurídicas de coordinación, subordinación e inordinación, el Estado Federal se nos presenta esencialmente como un ordenamiento jurídico que contiene en su esfera interna otros estados menores colocados en un plano de paridad y caracterizados por una autonomía particular y directamente participativa en el Gobierno Central, en quien reside la soberanía.

Es decir, una integración signada por un criterio de unicidad pero conformada por la diversidad, dicho en otras palabras, una convergencia hacia la concentración sin que cada parte se desprenda de su particularidad, con un señalamiento temporal, en la centuria pasada, esto es, cuando era necesaria una forma intermedia entre la Confederación y el Estado Unitario.

Por ello, si analizamos el origen de los estados federales, veremos que algunos de ellos proceden de una Confederación pre-

* Profesora Adjunta de Derecho Constitucional, U. B. A.

¹ García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1964, pág. 215 y sigtes.

existente, así, los Estados Unidos, en 1787-89, Suiza, en 1848-1974, el Reich, en 1871, mientras otros derivan de la transformación de un Estado unitario, así, Argentina, en 1853, México, en 1917, Brasil, en 1891, U.R.S.S., en 1924, Austria, en 1920, a la vez que un grupo se forma de antiguos dominios británicos, como Canadá, en 1867 y Australia, en 1900, pero que recién adquieren su pleno reconocimiento en el Estatuto de Westminster, en 1931. Otros, tienen breves experiencias federales, como Chile con la Constitución de 1828 y Colombia, con las de 1853 y 1866².

Las alternativas del siglo actual han impuesto como realidad la necesidad de desconcentrar el poder y de esa variable ha brotado el Estado regional, caracterizado, también, por una cierta autonomía, con un sensible sentido de lograr una fórmula equilibrada entre las fuerzas centrífugas y centrípetas.

La conveniencia o no de estos sistemas contemporáneos está sustentada por criterios dispares que, a manera de síntesis, expone Biscaretti di Ruffia:

Argumentos a favor: 1) mayor participación activa de la ciudadanía en los asuntos públicos, dada la inmediatez; 2) aliviar a los órganos centrales del gobierno de los problemas puramente locales; 3) canalización legal expedita a las tendencias de núcleos autonomistas, aún secesionistas, propios de los lugares periféricos.

Argumentos en contra: 1) producen el quebrantamiento del sentido unitario del Estado; 2) propenden a remarcar la desigualdad económica de las zonas ricas y pobres; 3) al crear un nuevo orden, se agiganta la burocracia; 4) son generadores de conflictos normativos de las regiones entre sí y entre éstas y el Estado; 5) como consecuencia de lo anterior, se atenta contra el principio de la certeza jurídica al haber diversidad de fuentes creadoras de derecho y no estar bien delimitados los ámbitos de validez³.

² Las ejemplificaciones citadas no agotan la existencia de otros Estados federales.

³ Biscaretti de Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1873, pág. 629.

II. EL REGIONALISMO

— El regionalismo ha tenido diferentes maneras de realización en los ordenamientos constitucionales. Desde un período limitado en el tiempo, como los Länder alemanes —entre las leyes del 7-4-1933 y del 30-1-1934— pues luego convergieron en una rígida centralización, o las cuatro provincias de la Unión Sudafricana —de acuerdo con la constitución de 1909— que por tendencias descentralizadoras llevaron a constituir un estado federal.

— La actual Constitución de la U.R.S.S., de 1977, al igual que la de 1936, prevé ocho regiones autónomas, cinco de las cuales pertenecen a la República Federativa de Rusia. A propuesta del Soviet de Diputados Populares de la región autónoma, el Soviet Supremo de la República federada promulga la Ley sobre la región autónoma, fija el artículo 86.

— El sistema implementado por el constituyente italiano introduce las variables de adoptar el autogobierno regional en todo el territorio (art. 114 y ss.) en coexistencia con tipos especiales de ordenamiento en regiones para aquellas zonas con características peculiares (art. 116).

Así establece una estructura regional que se adoptará en el ámbito de la nación y condiciones especiales de autonomía para Sicilia, Cerdeña, Trento, Alto Adigio, Friuli, Venecia, Julia y Valle de Aosta, instrumentados éstos a través de estatutos especiales, adoptados por medio de leyes constitucionales.

Como concluye Biscaretti de Ruffia, las instituciones en que se concreta su autogobierno están reguladas por normas constitucionales formales que exigen, generalmente, la intervención del Tribunal Constitucional para dirimir sus controversias. Pero, fundamentalmente, no tienen ejercicio del poder constituyente, pueden tener su Estatuto Regional que, tras deliberación en el Consejo regional, aprueba el Parlamento por ley de la República (art. 123).

— En *Bélgica*, la reforma del 24 de diciembre de 1970 estableció tres regiones en el reino: la valona, la flamenca y la bruselesa y derivó a la ley la atribución de sus órganos. La misma reforma determinó cuatro regiones lingüísticas: la francesa, la

neerlandesa, la bilingüe de Bruselas y la alemana, a la vez que determinó, sobre esa base, tres comunidades culturales (art. 3º ter). Además, la Constitución fijó, para determinados casos, que los miembros electos de cada grupo lingüístico de cada una de las Cámaras fueran repartidos en un grupo francés y un grupo neerlandés.

— Inspirado en el esquema *italiano* está el Título VIII de la Constitución española de 1978, de tipo no federal, que prevé las Comunidades autónomas, con personalidad jurídica propia, potestad normativa, autogobierno y recursos financieros propios.

De acuerdo con el artículo 143 podrán acceder al autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas “Las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica”.

El estatuto será elaborado por una asamblea compuesta por los miembros de la Diputación y por los Diputados y Senadores elegidos en ellas y elevado a las Cortes Generales para su aprobación como ley, procedimiento más concreto que el establecido por la Constitución de 1931.

Es decir, que el autogobierno no es la regla, sino el caso sujeto al cumplimiento de determinadas peculiaridades.

La Constitución del Perú, de 1979, en sus artículos 259-268 institucionaliza a las regiones.

Esta ejemplificación, que en nada agota el tema, nos lleva a plantear la naturaleza del estado regional, en cuanto a si lo consideramos como manifestación del unitarismo o del federalismo.

Podríamos reflexionar, en cuanto a sus connotaciones de autonomía, sobre el ejemplo de las regiones italianas.

El reparto de los escaños en el Senado se efectúa en proporción a la población de las regiones, según el último censo general, pero ninguna región puede tener menos de siete senadores, exceptuando Molise, que tiene dos y el Valle de Aosta, que sólo tiene uno (art. 57).

Es decir, que no se respeta la representación igualitaria de las regiones en la Alta Cámara, como es propio en la organización federal.

Tampoco, con ocasión de la elección del Presidente de la República, se integra al Parlamento un número equivalente de delegados por cada región. Así mientras todas eligen, a través de su Consejo Regional, tres delegados, el Valle de Aosta envía sólo uno.

Por otro lado, la amplitud de las facultades legislativas de estas entidades públicas territoriales es considerable, limitada a las materias fijadas en la Constitución y al natural ámbito del territorio, amén de los fijados en el artículo 117, concernientes al respeto del interés nacional y al de otras regiones.

Sus Consejos Regionales pueden ejercer la iniciativa legislativa (art. 121), el referéndum derogador (art. 75) y el constitucional (art. 138).

El análisis de los poderes otorgados a través de la regulación constitucional, a gran distancia de tiempo, hace que perviva la indefinición sobre la calificación del regionalismo, tema que verdaderamente nos convoca a mayor concentración e investigación.

Según Ferrando Badía, “el Estado regional es una *entidad jurídica independiente* y en él existe un ordenamiento constitucional; un único titular de autonomía constitucional; un único poder constituyente, pero pluralidad de fuentes legislativas de igual naturaleza, por su fundamento y por la eficacia jurídica de las leyes promulgadas por las mismas”⁴.

El estudioso del federalismo, el distinguido maestro Pedro J. Frías, parte de la fórmula de tipo intermedio entre el unitario y el federal, impuesta por el jurista Gaspar Ambrosini y define al estado regional como “el que reconoce autonomía para ciertas

⁴ Citado por Romero, César E., *Derecho Constitucional*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1975, t. I, pág. 93 y sigtes. Ver Ferrando Badía, Juan, *Las formas históricas del poder político* en “Revista de Estudios Políticos” nº 138, Madrid, 1964 y *El Estado unitario, el federal y el estado regional*, Madrid, Ed. Tecnos, 1978, págs. 139 y sigtes.

competencias a áreas con homogeneidad ambiental, social o económica”⁵.

Se inclina por creer que el Estado regional es una forma federativa, tesitura a la que adherimos, por considerar que, naciones históricamente unitarias, como España, Bélgica, Italia, han respondido a las autonomías locales con esta respuesta de renuncia, por parte del Estado, a una parte de sus atribuciones, aunque, también, tiene otros matices peculiares que veremos.

III. EL REGIONALISMO EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

A. *En la Constitución Nacional.*

Pasaremos a considerar la temática del regionalismo en el marco de la Constitución Argentina a fin de analizar si cabe esa alternativa dentro de nuestra base institucional, ya que de su letra no se desprende, en forma categórica, la evidencia de su incorporación. Descartamos, obviamente, su consideración como estructura dotada de poder político, aunque sí su formación con criterio de integrar provincias para su desarrollo.

De las atribuciones del Congreso, surgen formas viables para regular el funcionamiento regional a tenor de los artículos 67 inc. 12 (comercio interprovincial), 67 inc. 14 (fijación de límites y organización, administración y gobierno de los territorios nacionales), 67 inc. 27 (Legislación exclusiva en lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias).

Otra posibilidad podría ser a través de la normativa del artículo 13 y del artículo 67 inciso 14, pero este supuesto cae inmediatamente, porque el constituyente habla allí —dentro de las distintas variables— de formación de “provincias”, es decir entes territoriales del poder político y la “región”, como tipo intermedio entre el juego de fuerzas centrífugas y centrípetas, afecta-

⁵ Frías, Pedro J., *El Estado Federo-Regional*, en *La Ley*, año XLVII, n° 64, del 1-4-1982, pág. 1.

ría una de las que Bidart Campos llama cláusulas pétreas, es decir, el federalismo.

Las facultades concurrentes del artículo 67 inciso 16 abren caminos para regular acuerdos que permitan la concreción de los objetivos enunciados en esa cláusula constitucional, las que a su vez se articulan con las previsiones marcadas por el artículo 107, o sea, la facultad de celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con la prevención, en el artículo 108 C.N., de que les está vedado formalizar los que tengan "carácter político".

Entiende Vanossi que tal prohibición tiene el sentido de neutralizar la formación de "ligas" de gobernadores o "acuerdos" de provincias que pudieran afectar el ejercicio de las funciones del gobierno central⁶.

Los citados tratados parciales provinciales pueden acordarse a nivel internacional, con conocimiento del Congreso y siempre y cuando no invadan las previsiones fijadas por los artículos 27, 67 inc. 19 y 86 inc. 14 de la Constitución Nacional.

Por otra parte, las tratativas que llevarán adelante las provincias para concretar acuerdos en el plano económico, social, cultural, judicial en el marco de la regionalización, tienen plena cabida dentro de nuestro ordenamiento y permiten incorporar la "región" como entidad intermedia entre la provincia y la Nación. Tal sentido se ampara en el contenido de los artículos 1º, 5º, 104 y 106.

Es de interés hacer referencia al III dictamen sobre el contenido de las reformas constitucionales, producidas en mayoría por la Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Constitucional, en 1971, que proponía que el artículo 107 "reciba un añadido en el que se consigne que, sin perjuicio de las directivas y potestades que son competencia del gobierno federal, será legítima la creación de organismos regionales, surgidos del acuerdo de las provincias interesadas, con aprobación del Congreso. Esos organismos y sus autoridades tendrán atribuciones respecto del

⁶ Vanossi, Jorge R., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Eudeba, Buenos Aires, 1982, pág. 251.

plificando el funcionamiento de entes regionales de fomento y desarrollo”⁷.

Dentro del marco extraconstitucional, las necesidades de coordinación, peculiares del régimen federal, han determinado la proliferación de convenios entre órganos administrativos y entidades políticas diversas. Así, como instrumento de concertación apareció desde la década del treinta, la ley-convenio, como un contrato de adhesión para la coparticipación impositiva, en el cual la Nación estatuye y las provincias adhieren.

B. *En las constituciones provinciales.*

El Derecho Público Provincial, en una línea congruente con el nacional, no previó la regionalización, elaboración más novedosa en las organizaciones jurídico-políticas de los estados.

Anterior al ciclo constituyente de la década del ochenta, sólo las Constituciones del Chaco y Neuquén, ambas de 1957, contienen una mención difusa sobre esta figura institucional, según vemos.

La primera de ellas, en su artículo 48, prevé la integración económica regional en materia impositiva y de producción y explotación de la riqueza natural, la que se instrumentará mediante acuerdos, tratados y organizaciones nacionales e interprovinciales.

El artículo 236 de la Constitución del *Neuquén* se refiere a la organización de la industria con sentido regional.

En las nuevas constituciones provinciales, la de *Salta*, en su artículo 8º, promueve la integración social, económica y cultural de las regiones con características e intereses comunes con el fin de alcanzar el desarrollo regional. Además, el artículo 3º, al estimular un federalismo de concertación con el gobierno nacional y las provincias, fomenta las relaciones intergubernamentales o interjurisdiccionales a través de tratados y convenios.

Según el artículo 17 de la ley suprema de *La Rioja*, la Provincia podrá celebrar acuerdos, efectuar gestiones o mantener relaciones a nivel bilateral o regional con otras provincias o con la

⁷ Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, tomo I, pág. 574 y sigtes.

Nación pero sin afectar los poderes políticos delegados al gobierno federal. Podrá acordar con la Nación sobre coparticipación de impuestos, compensación económica y participación en todo órgano que administre facultades concurrentes, regímenes concertados y empresas interjurisdiccionales o del estado nacional que exploten recursos en su territorio.

La Provincia se dividirá en regiones geoeconómicas —declara la Constitución de *Santiago del Estero* (art. 58)— para lo cual elaborará una carta de uso potencial del suelo que señale la vocación productiva de las regiones y permita establecer las prioridades del desarrollo regional.

Jujuy, al encarar la promoción económica en el artículo 72 de su Constitución, se propone dictar leyes para orientar la industria con sentido regional (inc. 2), así como estimular la integración económica regional (inc. 9).

La Constitución de *Córdoba*, en su artículo 69 establece que el planeamiento de las actividades económicas estará destinado al desarrollo regional e integración provincial. Con ese fin, la Provincia acuerda con otras y con el Gobierno Federal su participación en sistemas federales o regionales de planeamiento.

En otro aspecto y a través de una ley especial, se prevé la regionalización de la Provincia a los fines de facilitar la desconcentración administrativa, la más eficiente prestación de los servicios públicos y unificar los diversos criterios de división territorial (art. 175).

Como corolario de estas referencias, advertimos que la incorporación del tratamiento de la región se inicia a partir de fines de la década del cincuenta, para destacarse en el último ciclo de reformas constitucionales, en todos los casos con exclusiva referencia al desarrollo económico y con intento integrador, sin olvidar, el constituyente, de remarcar la instrumentación de los mecanismos idóneos para enmarcar a la región. Quizás, *Córdoba* sea más ambiciosa al introducirla como medio de descentralización para lograr el mejoramiento de los servicios públicos.

En ningún momento la región adquiere virtualidad jurídico-política propia, ya hemos expresado que la autonomía es una

peculiaridad de la provincia, entidad con gobierno propio y ejercicio del poder constituyente.

A modo de síntesis, apoyamos la "regionalización" como medio de cooperación entre los estados miembros, tendiente a promover su desarrollo y a sortear los problemas que los afectan.

Ésta podrá implementarse a través de las leyes-convenio, o de los tratados parciales interprovinciales, siempre en el ámbito económico, social, cultural, judicial, pero nunca en lo político.

La "región", como nueva entidad política del estado no tiene cabida en nuestro orden jurídico, su institucionalización, como tal, exigiría el ejercicio del poder constituyente, lo que, a su vez, implicaría retacear la expresión formal de nuestro federalismo ya que la fórmula regional limita la autonomía local.

Tal sería el efecto en el plano constitucional, con profunda derivación en el campo político e histórico, consecuencias todas ellas no deseadas pues significaría borrar los más importantes logros de nuestra organización institucional.

Sin embargo, el roce del tema nos advierte que la región, en lugar de constituir un esquema que mengua nuestra base federalista, puede transformarse en el instrumento revitalizador del sistema, al punto de que el progresivo deterioro de la fórmula federal puede detenerse o aún, revestirse, a través de nuevas implementaciones regionales.

Estas reflexiones son motivadas por el funcionamiento —de hecho— de prácticas disociativas de nuestro espíritu autonómico, cuando al calor de fervorosas declamaciones favorables a nuestra esencia federal se han trastocado ideas, sentires, principios, por intereses y conveniencias no siempre favorables a la salud del sistema, realidad ésta inspirada desde los propios centros de poder local.

Frente a tan mal entendida defensa del federalismo no ha sido ajeno el poder central, el que ha penetrado en las órbitas provinciales a tenor de los intervenciones federales⁸, con la con-

⁸ Con referencia a esa facultad federal en las Constituciones de Argentina, Brasil y Méjico dice Duverger que "se ha solido desviar de sus objetivos para ser ejercida con fines políticos: desplazar a gobernantes".

siguiente interrupción del régimen institucional o a través de los múltiples avances que el Estado moderno ha practicado en áreas antes vedadas pero que, a la postre, significan un recorte a las funciones y a los recursos provinciales.

Advertimos, entonces, que la región como nuevo marco en el orden de integración económica, social o cultural, cuyos tipos y características describen los expertos en distintas disciplinas, puede propender al desarrollo de un determinado núcleo regional, elaborado sobre la base de una planificación con objetivos bien precisos.

Estas políticas, delineadas en plena concordancia con la política nacional, pueden alcanzar un óptimo resultado traducido en crecimiento económico y bienestar general, lo que, sin duda, afianzará la entidad provincial como agente ejecutor de esas programaciones, como estructura generadora de riqueza y finalmente, como órbita de decisión política y por tal, centro difusor de poder.

Por todo ello, hacemos profesión de fe en torno de nuestro federalismo histórico y apoyamos la regionalización en el sentido expuesto y en cuanto propenda a que esa forma de organización autónoma se recree por encima de personalismos localistas, intereses sectoriales y los efectos de un centralismo que —durante años— ha ahogado la vida provincial.

SUMMARY

The author asserts that the regional organization in federal States is a new frame for their economic, social and cultural integration. She remembers that the Federal States have in some cases borned from a Confederation as in the United States, Switzerland and Germany in 1871 and in others from a united form of state as in the case of Argentina, México, Brasil, U.R.S.S. or Austria, and that the advantages and inconveniences of each form of state have been, in recent years, deeply discussed in theory.

tes elegidos por sufragio popular que no resulten gratos al Gobierno central y reemplazarlos por agentes designados por el Poder Ejecutivo". (Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, págs. 585/586).

A new form that has appeared is the Regional State whose early examples had been the organization of the German Länder between 1933 and 1934 and of the four provinces of the Sudafrican Union in the Constitution of 1909. More recently, the Constitutions of Italy (1948), Belgium (1970), Perú (1979) and Spain (1978) have established different forms of regional structures.

The last part of the study deals with the possibility of establishing some regional structures in the frame of the Argentine Constitution of 1853. The author also includes a study of the provisions of the Provincial Chartes of Chaco, Neuquén, Salta, La Rioja, Santiago del Estero, Jujuy and Córdoba. She concludes that the regional structure does not oppose to the federal system. On the contrary it is able to give new life to the federal state, that in the case of Argentina is losing strength.

LOS FENOMENOS ECOLOGICOS Y EL DERECHO PROCESAL

por ENRIQUE M. FALCÓN *

1. *Concepto.*

La voz ecología viene del griego (de eco = casa, morada, ámbito vital; logía = ciencia, disciplina). Así, la ecología se entiende como la ciencia que estudia las relaciones entre los seres vivientes y su medio ambiente. Fundada en la información descriptiva, “la ecología moderna quiere desarrollar teorías generales con poderes proféticos que puedan compararse en contraste con el mundo real. Los ecólogos modernos quieren comprender y explicar en términos generales, el origen y los mecanismos de las interacciones de los organismos entre sí y con el mundo no vivo”¹.

Los estudios ecológicos actuales se valen de todos los medios técnicos y científicos, y desarrollan sus temas dentro de marcos matemáticos y lógicos. Paralelamente del concepto de ecología, la sociología, y especialmente la vertiente antropológica, hicieron una extensión, para entender la ecología como el estudio de la relación de los grupos humanos y su ambiente, tanto físico como social.

Para diferenciar la original y la derivada, se acuñaron los términos ECOLOGÍA NATURAL y ECOLOGÍA CULTURAL o social.

* Profesor Titular de Derecho Procesal, U.B.A.

¹ Pianka, Eric R., *Ecología evolutiva*, traducción de Joan Ayala, 1982, pág. 3.

Normativas más o menos paralelas principalmente de la primera, ya que las características de las acciones del término por la ecología, se ven continuamente aceptando en la actualidad. Vale a considerar aspectos de una dimensión superior a la propuesta en este artículo.

2. La ecología y el derecho.

Aunque no fue la primera rama jurídica en considerar la ecología, el Derecho Agrario —más tarde llamado con más propiedad Régimen Jurídico de los Recursos Naturales— accedió a ella, en lo que luego se independizó con el nombre de Derecho Ambiental, el que para 1972 quedó estructurado en la Reunión de Estocolmo (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, 5 al 6 de junio de 1972), y que según Pigretti², debe integrarse en un área mayor, a la denominada Derecho de la Biosfera.

También, en el Derecho Administrativo, el problema tuvo un desarrollo importante, no sólo por la doctrina y antecedentes de Estados Unidos de América, sino por dos fallos de nuestro país. El primero de la Cámara Segunda Civil y Comercial de La Plata, sala II, del 11 de octubre de 1977, fundado en una disidencia de Gualberto Lucas Sosa³. El segundo, por una medida cautelar y posterior admisión de la acción de Amparo por el juez de primera instancia Federal en lo Contencioso Administrativo n° 2 Oscar Garzón Funes⁴. Aquí se plantearon los problemas básicos de los intereses difusos⁵, los fenómenos ecológicos, el problema del de-

² Pigretti, Eduardo A. y otros, por Pigretti, *Derecho Ambiental*, pág. 11, en *Temas de Derecho Ambiental*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

³ "Celulosa Argentina c. Municipalidad de Quilmes", en *La Ley*, 1979-A-224, con importantes comentarios de Mario A. Morello en *Jurisprudencia Argentina*, 1978-III-21 y luego Guillermo J. Cano, 1979-A-224.

⁴ *Acción de Amparo. Prohibición de Innovar*, (La Ley, 1983-D-567) *Acción de Amparo. Personas que pueden interponerla*, (La Ley, 1983-D-575). Con destacados comentarios de Guillermo J. Cano, glosando el primer fallo (cit.) y de Miguel Marienhoff, *Delfines o toninas y Acción Popular*, (El Derecho, tomo 105, pág. 244).

⁵ Sobre intereses difusos, la doctrina en la R. Argentina se ha desarrollado a partir del trabajo de Morello citado en *Jurisprudencia*

recho subjetivo, los intereses de las partes y la legitimación para peticionar. Algunos de estos problemas son específicos del Derecho Procesal, otros vienen al mismo a través de la solución que al respecto plantee el derecho de fondo.

3. *El principio de equilibrio.*

El sistema ecológico pretende un equilibrio estable. Por eso, las "comunidades pioneras" se van modificando en su sistema de adaptación hasta alcanzar ese equilibrio o desaparecer.

El hombre, aun con su poder actual, está prisionero del planeta, de modo que el fenómeno ecológico natural, siempre ha estado tentando diversas alteraciones y recuperando nuevos equilibrios. La desaparición de los dinosaurios es una muestra acabada del problema. Pero en nuestros tiempos ha habido un sacudimiento global, pues el factor del desequilibrio somos nosotros mismos. Ya sea por nuestros productos y comodidad, la destrucción consciente (¿o inconsciente?) del planeta por vía de guerras, pruebas nucleares, desperdicio de gases que consumen el ozono, etc. Se ha llegado a un momento, en que hemos alterado tan significativamente el equilibrio del planeta, que lo hemos comprometido realmente en un camino sin regreso.

Argentina, 1978-III-321. El mismo Morello con G. Stiglitz en Jur. Arg., sem. 5433 del 16-10-85 (Juris. Arg., 1985-IV-651) "*Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos*", proporciona una bibliografía muy importante y completa en la materia. Posteriormente Vázquez Rossi, Jorge, en *Apuntes para el encuadre de una problemática jurídica de los intereses difusos*, en "Cuadernos de derecho procesal", de Santa Fe, n° 1, pág. 135, brinda un encuadre con perspectivas interesantes. La doctrina de los intereses difusos ha tenido un desarrollo importante desde la primera época que hemos marcado. Así podemos citar entre otros a Morello, Augusto Mario, *El amparo colectivo*, en Jurisprudencia Argentina, Semanario, 5405, de 3-4-85, pág. 1; Morello-Stiglitz, *Las nuevas constituciones de San Juan y Salta y los intereses difusos*, (Juris. Arg., 1986-III-907); Mairal, Héctor A., *Sobre legitimación y ecología*, (La Ley, 1984-B-779), con un destacado estudio de la jurisprudencia de EE. UU. de América en sus principales causas, etc.

Frente a esto se impone una acción mundial conjunta. Pero también en el sector interno de las naciones debe obtenerse una conducta tal que se priorice el equilibrio natural necesario para la supervivencia, donde cada acto individual deba ser tomado en consideración, porque la suma de ellos puede producir la catástrofe. En este sentido el control comunitario es importante sobre las cosas comunes. Así se puede comprender que ya no resulta irrevisable la decisión del Estado o de los organismos encargados de la custodia del patrimonio común, aun dentro de sus áreas de su competencia, cuando se está comprometiendo intereses generales. Ello porque en estos casos se está destruyendo el equilibrio, y cuando esto sucede, nace el derecho a reclamar la recuperación. Esta recuperación se reclama a través del proceso, donde el ejercicio de la acción y la jurisdicción juegan un papel capital, al brindar las vías donde canalizar dichos reclamos.

¿Pero dónde están esas vías?

4. *La posibilidad de peticionar y la fundabilidad de pretensión.*

La posibilidad de reclamar en justicia está ligada a dos vías. Una es la de la acción abstracta, como excitante de la jurisdicción, un derecho dentro del ámbito constitucional, ejercido en el campo procesal.

Esto hace a la procedibilidad de peticionar. Dentro de esta posibilidad de peticionar a la jurisdicción, que tiene cualquier habitante de la Nación, se requieren, para la procedencia, hasta obtener una sentencia de mérito, otros elementos, que hacen a la fundabilidad de la pretensión. La fundabilidad de la pretensión está relacionada, en primer lugar con la mención de la misma, de modo que ella pueda ser eventualmente acogida por la decisión final fundada en derecho. En segundo lugar requiere la legitimación. Este último punto está ligado especialmente a la ecología a través de la mencionada teoría de los intereses difusos ^{5 bis}. Cuando se produce un desequilibrio de tal naturaleza que pueda

^{5 bis} Sobre la relación inmediata de los intereses difusos y la ecología, véase Payrano, Jorge W., *Daño ecológico, protección del medio ambiente e intereses difusos*, en *Jurisprudencia Argentina*, 1983-III-835.

afectar a una comunidad o parte importante de la misma, de modo actual o eventual, pero en bienes o cosas sobre los que ninguno de sus miembros está legitimado en la actualidad de modo coercitivo para reclamar. ¿Quién puede peticionar?

5. *La tesis tradicional.*

Aunque no fue su iniciador, CHIOVENDA es un destacado exponente de la tesis tradicional. Dice este autor: "No hay necesidad de creer, sin embargo, que toda voluntad de ley que obliga a los órganos del Estado a hacer o no hacer alguna cosa sea de tal naturaleza que puede ser invocada por el particular. Hay normas que regulan la actividad pública para conseguir un bien público, es decir, propio del conjunto de todos los ciudadanos, de la colectividad (tal es el interés en tener una buena administración, un buen ejército, buenas fortificaciones; el interés a la conservación de las carreteras públicas y cosas semejantes). De estas normas nacen derechos colectivos (o derechos cívicos generales), los cuales están difundidos en un número indeterminado de personas, que no se individualizan en ninguna de éstas en particular: el particular no puede hacerlos valer, a menos que la ley le conceda el convertirse en el órgano de la comunidad. El particular, como tal, tiene un derecho hacia el Estado, sólo cuando la ley que regula la actividad pública ha tenido en cuenta su interés personal, inmediato directo"⁶. Sin embargo, no parece que esta dicotomía interés público e interés privado, baste para dejar resuelto íntegramente el actual panorama que muestra la realidad de las situaciones en demanda de tutela que se dan en la estructura social de nuestra época. En ella emergen claramente nuevos intereses que no son públicos en el sentido tradicional de la palabra, pero sí grupales, comunes, difusos o colectivos. Ninguno y todos son titulares. De allí que la antigua concepción de la iniciativa procesal monopolizada en las manos del titular del "derecho subjetivo" revela su impotencia, su intrínseca insuficiencia para hacerse cargo y dar respuesta cabal a estos nuevos fenómenos. Mues-

⁶ Chioventa, G., *Instituciones*, trad. de Gómez Urbaneja, tomo I, págs. 5/6.

tran su inadecuación frente a los intereses que son al mismo tiempo de todos y de ninguno⁷.

Ciertamente que el interés está relacionado fundamentalmente con el derecho de fondo, y en especial con el llamado derecho subjetivo. Debido a las extensas y diversas teorías sobre la materia, el tratamiento sobre la cuestión del "interés", por sí sola, podría ser materia de una monografía o de una tesis. Pero ahora, a nosotros, nos interesa el concepto como punto de partida hacia otros confines del derecho procesal. Por ello podemos decir con Alsina que: "En efecto; el interés consiste únicamente en que, sin la intervención del órgano público, el actor sufriría un perjuicio. Por consiguiente, la cuestión de saber si media un interés justificado constituye una situación de hecho, debiendo tenerse en cuenta que, si bien todo interés merece la protección judicial, por mínimo que sea, no puede el juez ampararlo cuando el procedimiento tiene un propósito vejatorio"⁸. Por su parte Vázquez Rossi⁹, explica claramente: "toda relación jurídica implica necesariamente un sujeto titular, un objeto interesante y un hecho genético. De ello se desprenderán: el deber jurídico, que significa la necesidad de ajustar el propio libre albedrío a la regla jurídica, y por otro, el derecho, que no es sino una posición de ventaja de un sujeto respecto de un objeto en virtud de una norma. De allí surgirá lo que tradicionalmente se entiende como derecho subjetivo y que fuera caracterizado por diversas teorías", de distinto modo.

6. *Los problemas de la sociedad actual.*

En la medida en que se plantea el problema de la ecología cultural, más tarde o más temprano los conflictos logran resta-

⁷ Morello, Sosa, Berizonce, *Códigos*, 2ª edición, tomo I, págs. 90/91, con cita de Cappelletti, *Formazioni sociali de interessi di gruppo davante a la giustizia civile*, págs. 368/372, de Riv. Dir. Proc. ital., tomo I, pág. 30.

⁸ Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, tomo I, pág. 393.

⁹ Vázquez, Rossi, *Apuntes para el encuadre de la problemática jurídica de los intereses difusos*, cit., pág. 142.

bloquear el equilibrio, aunque para ello sea necesario que en el camino quede más de un cadáver.

Hoy en día la informática y la cibernética, lideran de algún modo la cuestión del problema ecológico cultural, y ese tema ya ha llegado al derecho ^{9 bis}.

En lo que hace a los intereses difusos en el campo social los que más protección han recibido, en nuestro país, son los derechos del consumidor, aunque ello no signifique que están plenamente garantizados.

Diversas leyes y decretos se van dictando en la sociedad de consumo, al limitar por un lado la propaganda sin fundamento, o de productos nocivos (como el cigarrillo), se prohíbe el uso de cualquier medio de publicidad subliminal, presión compulsiva de gran magnitud, etc.), alterando de este modo la situación de equilibrio normal de oferta y demanda ¹⁰. El tema ha recibido asimismo igualmente en el campo de la tutela penal, que comprende la conducta desde la producción hasta el consumidor (Aduanas, monopolio, abastecimiento, etc.).

Pero ha sido el impacto ecológico natural con su extensión y características de catástrofe, por su irreversibilidad, en muchos casos, el que desnudó la pobreza legislativa, y donde las técnicas represivas tradicionales, como las de responsabilidad civil, responsabilidad penal o administrativa (aun siendo esta última la de mayor desarrollo), demuestran que cuando "sólo (se) recibe la posibilidad de aplicación de leyes comunes, (nos encontramos), en virtual estado de parálisis" ¹¹. Y este estado de parálisis se agrava porque del derecho Procesal anquilosado en su vertiente histórico-tradicional, no surgen soluciones nuevas. Y es más, llega a constituirse en una verdadera barrera para obtenerlas. Para pa-

^{9 bis} Sobre Informática y Derecho, tanto en sus conceptos como en sus problemas, puede verse: Miguel López-Muñiz Goñi, *Informática jurídica documental*, Madrid, 1984; Carlos Correa, Hilda Batto, Susana Czar de Zaldueno y Félix A. Nazar Espeche, *Derecho informático*, Buenos Aires, 1987; Pedro H. Prado, *La informática y el abogado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988.

¹⁰ Alvarado Velloso-Rivas, *De la defensa jurídica del consumidor en la República Argentina*, Juris. 1982, tomo 69, pág. 246.

¹¹ Pigretti, citado, p. 23.

zar del estado actual a otro de resolución de los problemas como el ecológico no bastan los fallos pretorianos, pues en primer lugar no todos los magistrados estarán de acuerdo con los mismos, ni en condiciones científicas de aplicarlos, y en segundo lugar dejarán siempre un sabor de inestabilidad e inseguridad creciente.

7. *Recuerdos históricos.*

En la segunda Edad Media, la sociedad había logrado una cierta estabilidad que permitió el desarrollo del comercio. El proceso romano ordinario no resistió la confluencia con el germano y así los Papas fueron concediendo modificaciones parciales al proceso, que se fijaron en 1306, cuando el Papa Clemente V dictó una Decretal que dio lugar al nacimiento del proceso sumario plenario¹². A su vez, la necesidad del cobro compulsivo e inmediato de los créditos entre los comerciantes, dio lugar a la aparición de otro proceso sumario, donde la “sumariedad” tiene por objeto prescindir de la etapa cognocitiva previa y, emergiendo de un documento que contenía un título, obtener el pago de una suma de dinero¹³. Es el juicio ejecutivo que conocemos también aunque en menor grado, como “sumario determinado”. Este juicio ejecutivo se agiliza aún más en Italia, Francia y Alemania con la llamada ejecución pura o monitoria, que los países hispánicos no han recibido sino accidentalmente en alguna institución en particular.

Esto muestra la recepción por el derecho de una realidad social cambiante. Así el derecho debe adecuar el sistema pues el anterior se desenvuelve en un campo que ya no es útil.

¹² Esta Decretal de 1306 “Clementina saepe” que reguló un modo de proceder “simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii” para observarse en casos determinados, dispensó del libelo, de la contestación de la litis, de la rigurosa sucesión de los términos, procurando concentrar en una sola audiencia todas las deducciones de las partes, reforzando los poderes del juez en la duración del litigio, aumentando el contacto entre las partes y el juez y la oralidad de la causa, admitiendo un verdadero y propio juicio en rebeldía (Chiovenda, G., *Instituciones*, cit., tomo I, pág. 113).

¹³ Id. Chiovenda, G., *Principii di diritto processuale civile*, Ed. Jovene, Nápoles, Italia, 1965, pág. 4/5.

¿Cuánto tiempo tardó este cambio? Siglos.

Antes, en Roma también había habido un cambio fundamental cuando las Acciones de la ley (siglo VII a 1 AC.) fueron sustituidas definitivamente por el Proceso formulario, con el que habían convivido por un siglo. Este último proceso duró hasta el siglo III, en que el proceso extraordinario se hizo dueño del Imperio, luego de actuar conjuntamente con el anterior durante casi un siglo.

En Roma, como lo fue después, el origen de los cambios fueron los hechos. Pero los hechos tardaban en llegar al derecho y al proceso, pues una vez que se afirmaban los sistemas anteriores (lo que conseguían a través de una denodada lucha) se producía un efecto de estabilidad e inercia que impedía toda nueva modificación.

La historia registra estos dos solos cambios de magnitud en el proceso civil. Los restantes fueron parciales o referidos a instituciones particulares (vgr. las normas sobre la interpretación de la prueba, los principios inquisitivo y dispositivo, etc.).

Los dos sistemas se estabilizaron y recibieron además el aporte de un estabilizado derecho sustancial.

8. *Los nuevos cambios.*

Pero el siglo presente mostró la ineficacia del sistema y así, luego de luchas y pequeñas conquistas, aparece en la Argentina una nueva modificación de magnitud: es el proceso laboral (decreto 3247/44). Más tarde la Corte debió recibir el Amparo (casos Siri 27/12/57 y Kot 5/9/58) que se concretó en las leyes 16.986 y 17.454 (art. 321, inc. 1, luego 22.434 inc. 2). Siempre están latentes los tribunales de Familia, con sus sistemas conciliatorios particulares, aun sin concreción aunque resueltos parcialmente en las leyes de fondo. Pero, pese a todo, faltaba un detonante que mostrara con toda evidencia la falencia del actual sistema procesal. En otros países ese detonante ya había recibido respuesta¹⁴.

¹⁴ La limitación es explicada por Mairal (*Sobre legitimación y ecología*, en *La Ley*, 1984-B-780), con motivo del fallo de 1ª Instancia Federal Contencioso administrativo, n° 2, firme (*La Ley*, 1983-D-568, *Medida*

No obstante, en el nuestro, tradicionalmente limitado por un cor- sé que pone freno a las más evidentes necesidades procesales, se- guía la cuestión sin solución.

cautelar; id., p. 576). Analiza este autor la cuestión desde el punto de vista del Derecho Administrativo en sus tres categorías: derecho subje- tivo, interés legítimo e interés simple. Y explica que en países con sis- temas de doble jurisdicción, donde los tribunales administrativos coexisten con los judiciales, el interés legítimo está adecuadamente “protegido y su distinción con el derecho subjetivo sirve como criterio de selección del recurso apropiado, recurso de plena jurisdicción cuando se invoca una situación jurídica subjetiva y recurso por exceso de poder cuando por plantearse una cuestión de derecho objetivo, la legitimación es más amplia”. En los países como el nuestro y EE.UU. de América, donde no existe esta doble vía, se amplía el criterio del derecho subjetivo. Así lo ha entendido la jurisprudencia de EE.UU. extendiendo la “Adminis- trative procedure Act” de 1946, a través de considerar la existencia de un daño de hecho en sentido amplio, una zona de intereses donde se encuentra incluido el peticionario, una conexidad entre el daño alegado y la conducta del demandado y utilidad del remedio impetrado. Esto dio lugar a la aplicación de varias técnicas, como la de la legitimación de quienes invocaban su calidad de competidores, consumidores, oferentes, derrotados en una licitación pública, personas afectadas por la degrada- ción del medio ambiente, usuarios de edificios históricos y bellezas na- turales, linderos o vecinos y en alguna oportunidad los contribuyentes. Las asociaciones por actos administrativos que afecten los derechos de sus miembros e iguales derechos se ha dado a sindicatos, ciudades ó Estados.

El *ombudsman* es otra solución. Originado en principios del siglo XIX, se extendió en los países nórdicos y posteriormente en Francia e Inglaterra, con modalidades propias (Vázquez Rossi, *cit.*, pág. 153, no- ta 11).

Vanossi (*El defensor del pueblo o comisionado parlamentario en el régimen constitucional argentino*, en RJBA, 1985-p. 151), tema que en la actualidad representa un Proyecto, ha explicado que el defensor del pue- blo es un delegado parlamentario, cuya misión es, a solicitud de los par- ticulares o de oficio y con las limitaciones que correspondan de acuerdo a la competencia, funciones como controlar y supervisar lo concerniente al funcionamiento y cumplimiento de la ley por parte de la Administra- ción Pública Nacional, entes descentralizados, empresas de estado, em- presas privadas concesionarias de un servicio, funcionarios argentinos en los entes binacionales, etc., para lo cual tendría facultades de investi-

¿Cuáles son los problemas procesales que muestra la ecología ecológica? No son sólo los de la legitimación y sus eventuales soluciones, acción popular y *ombudsman*. Tampoco está en el hecho de admitir en mayor o menor extensión las cuestiones informáticas. Nuestros problemas actuales son: 1) La rigidez del sistema, 2) La falta de retroalimentación, 3) La inversión del sistema científico para la formación del derecho.

9. *La rigidez y sus soluciones.*

Nuestro sistema procesal es rígido. Las normas procesales tienen como fundamento el resguardo de los derechos individuales, y de allí que su modificación sea poco admisible.

Ciertamente, en determinado momento esas formas procesales atentan contra la protección de los mismos derechos que pretenden resguardar, pero no se advierte. La mentalidad jurídica se ha formado en los criterios rituales del proceso civil, que arrastran una cultura milenaria con pocas modificaciones. Una pequeña luz dio al informalismo el procedimiento administrativo¹⁵, y en el proceso civil la aceptación del posible proceso plenario optativo unido al juicio ejecutivo¹⁶. También mostraron un progreso las medidas sobre la amplitud de la prueba¹⁷ o los sistemas cuasoadministrati-

gación e inquisitorias relativamente amplias. Pero en nuestro régimen sus funciones se detienen en la denuncia ante las autoridades competentes, y la solicitud de sanciones a los funcionarios. Muchas observaciones merece este instituto, que representa un avance del poder legislativo sobre el ejecutivo y el judicial, modificando la estructura constitucional. Debido a que el origen de este instituto se encuentra en los regímenes monárquico-parlamentarios con sistema centralista unitario, la adaptación a nuestro derecho es compleja, sobre todo teniendo en cuenta la existencia de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas.

¹⁵ La ley 19.549 conforme ley 26.686 (art. 1º C) y el decreto reglamentario 1759/72, por ejemplo en los artículos 81, 88, etc.

¹⁶ Art. 521 de la ley 17.454.

¹⁷ Artículo 232, ley 17.454. (*Medidas cautelares genéricas*), Artículo 378, 2ª parte ley 17.454 (medios de prueba no previstos).

109 III Interpretación del Código procesal civil y comercial de la Nación. Por lo tanto ello no resulta más que un paliativo insuficiente.

¿Es posible vencer la rigidez? ¿Especialmente si ello va unido a la preservación de los derechos que la forma trata de proteger?

Muchas veces las normas superan al legislador. Esta frase, que ha ganado estado, se debe a que las normas jurídicas están redactadas en un lenguaje de textura abierta, que permite una interpretación extensiva toda vez que se quiera superar algún problema de interpretación. Esta cuestión se inscribe además, en que en la redacción de las normas jurídicas, se dan ciertos "sobrentendidos" que luego al contrastarlos con la aplicación práctica dejan de tener su sentido originario para ser asimilados a otras situaciones.

Es el caso del artículo 319 2ª parte del C.P.C.C.N., que dice "Cuando la controversia versare sobre derechos que no sean apreciables en dinero, o existan dudas sobre el valor reclamado y no correspondiere juicio sumario o sumarísimo, o un proceso especial, el juez determinará el tipo de proceso aplicable".

La interpretación tradicional, en la que en cierto modo me he enrolado al escribir mi Código Comentado¹⁹ postula, una de dos variantes: o se aplica al caso cualquiera de los procesos de conocimiento, o se aplica exclusivamente al proceso ordinario.

Sin embargo, creo que este artículo 319, es una puerta abierta para que el juez determine el procedimiento aplicable a la contienda, cuando un fenómeno como el ecológico irrumpe en el derecho procesal.

Este procedimiento, puede observar aspectos propios o parciales de un proceso, o ser uno nuevo, con el único límite de respetar la defensa en juicio de la persona y de los derechos. Este criterio ya fue adoptado por el Código en materia de Incidente²⁰.

¹⁸ Los agregados al Capítulo de Interdictos y Acciones posesorias *Denuncia de daño temido*, artículo 623 bis, ley 22.434, "oposición" a las reparaciones urgentes, artículo 623 ter, ley 22.434.

¹⁹ Falcón, Enrique M., *Código procesal civil y comercial de la Nación. Anotado. Concordado. Comentado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, tomo II, pág. 534.

²⁰ Ver artículo 187 del Código procesal civil y comercial de la Nación.

Si a ello sumamos las acciones que el mismo Código autoriza y que han sido ya sintetizadas por Abatti-Diber-Roca (h) ²¹ comprensiva de un amplio grupo de medidas cautelares y especialmente el amparo para la urgencia; o la declaratividad de Inconstitucionalidad, conforme la reciente tesis de Salgado ²², tendremos un cuadro bastante amplio para plantear cualquier cuestión dentro de un marco suficientemente amplio y flexible.

10. Falta de retroalimentación y comunicación en el sistema

Ciertamente, las materias del derecho son autónomas, pero esa autonomía no es una separación total, ya que ninguna, y menos en el caso sustancial-procesal, es independiente. No obstante ello son características las distintas fuentes y doctrinas que abonan nuestro derecho, proveniente de prácticas extranjeras diversas

²¹ Estos autores definen el *Ecoderecho*, como el “conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones del derecho público o privado, tendientes a mantener el medio ambiente libre de contaminación o mejorar sus condiciones para el caso de hallarse contaminado, todo ello a la luz de los estudios de las relaciones entre los organismos y su medio, tendiente en última instancia a mantener o lograr el equilibrio natural” (*Ecoderecho básico*, La Ley, 1984-B-767). La voz “ecoderecho” es un vocablo creado por el “Centro unificado de investigaciones en Derecho Ambiental de la República Argentina”, en su sesión del 30 de julio de 1983. Entre las acciones del Código procesal que entienden como aplicables a este caso citan (págs. 776/777); el Reconocimiento judicial previo (art. 326, inc. 2º); medida de no innovar y prohibición de contratar (arts. 230 y 231); acción “precautoria” de daño temido (arts. 623 bis y 2499 del Código civil); suspensión preventiva de alguna actividad (art. 2618, Código civil) y acción resarcitoria por daño de vecindad (art. 2618, 2ª parte del Cód. civil).

No obstante se advierte que esta enumeración presenta con exclusividad medidas de cautelaridad, provenientes de distintos supuestos, pero no muestra una línea procedimental propia o adecuada a los fenómenos (más allá de la situación que pudiera contemplar el amparo).

²² Salgado, Alí J., *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, 1987, donde el autor destaca la posibilidad de un control constitucional más allá de los “casos” o “causas” con petición de condena, extendiendo el artículo 322 del Código procesal nacional, como un medio para instaurar la acción preventiva de inconstitucionalidad.

(vgr. derecho francés para el derecho civil, español para el procesal civil, derecho americano en lo constitucional, etc.), abocadas también por una doctrina salpicada y que la moda imperante en cada momento hizo gravitar en la interpretación. Con el tiempo, el sistema fue ajustado a fuerza de ensayo y error. Este ajuste, por haberse realizado de este modo se concretó estratificándose. Las modificaciones fueron costosas y difíciles, generalmente "extraídas" como una declaración del derecho vigente (vgr. Amparo, Desvalorización monetaria, el Divorcio, etc.). Estas "extracciones" pudieron ser en su momento realizadas y concretarse en la legislación. Pero el fenómeno ecológico es distinto. Pudo haber sentencias, como la disidencia de Sosa o la de Garzón Funes, que resolvieron algún problema puntual, pero ello no es suficiente porque choca con constantes contradicciones jurídicas que pueden oponerse válidamente (vgr., la señalada en la nota 4).

El sistema jurídico en el que estamos incluidos está en un cambio que la legislación debe receptar de modo coherente y completo. Este sistema es difícil de concretar porque se encuentra inmerso en algo más complejo, que es el de la participación, concepto actual que tiende a sustituir en este último tramo del siglo la concepción de segundo o tercer grado en la toma de decisiones (vgr. voto directo en los partidos políticos y en las elecciones nacionales, peticiones directas de los interesados, etc.).

En lo que hace al derecho procesal y la ecología, el cambio que es necesario pasa por la modificación del sistema legitimatorio, por ampliación del amparo más allá de la referencia constitucional concreta (aunque la cuestión deriva necesariamente de la Constitución), por el desarrollo de la normativa cautelar y en especial de la prohibición de innovar, e incluyendo en este caso la medida cautelar innovativa²³, por la admisión de la pretensión de sentencia declarativa amplia, por la aplicación del proceso sumarísimo a este tipo de cuestiones, por la definición concreta de la intervención de terceros, etc.

²³ Peyrano, Jorge W., *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires, 1981.

Esta temática debe contemplarse como un proceso especial dentro del Código Procesal Civil, Comercial, mientras no se efectúe un estudio omnicomprendivo del problema.

11. *La inversión del sistema científico para la formación del derecho.*

El derecho participa de características sacrosantas. Este aspecto no puede pasar inadvertido para un observador cualquiera que no tenga intereses creados. Este tipo de características se asienta en valores históricos, donde la religión y el poder han tenido singular importancia.

De allí, surge que las normas obran no sólo como elementos de regulación de convivencia, sino como verdaderos factores de regulación de conductas tendientes al cumplimiento de las mismas en determinado sentido.

Con estos antecedentes, el jurista considera siempre al derecho como un sistema cerrado del que derivan todas las soluciones. No le interesa mayormente cómo se comportan los hechos de la realidad. Siempre, de algún modo, trata de explicarlos, de incluirlos en normas existentes de modo que se orienten hacia un sentido determinado, o directamente los ignora o excluye.

A diferencia del científico que trata de explicar los fenómenos y comprende la falibilidad de sus conocimientos, el jurista no estima en su fuero interno que sus conocimientos sean falibles. Podrá admitir que los mismos son incompletos, pero siempre con la posibilidad de adquirirlos dentro del mismo sistema.

De este modo se ha invertido el sistema científico queriendo aplicar los conceptos de su escritorio a la realidad. A la larga los hechos se “vengan” creando problemas insolubles y muchas veces trágicos.

Estamos ahora en un momento de esos. Los sistemas que poseemos carecen de eficacia y deben buscarse verdaderas soluciones con carácter científico. Esto importa una revolución en el mundo del derecho. Un Código procesal no se confecciona viendo cómo están confeccionados otros Códigos. Se hace con un sistema comprensivo de la realidad abierto, al cual se le incorporan luego las

normas explicativas. Por otro lado es necesario, y hasta fundamental que los jueces tengan una mayor libertad para establecer los procedimientos adecuados a casos nuevos²⁴.

12. Conclusiones.

Podemos concluir que el problema ecológico ha desnudado las falencias de un sistema que carece de la elasticidad suficiente para afrontar verdaderos cambios, a menos que estos se hagan a un costo irrazonable.

Para poder alcanzar verdaderas soluciones que permitan receptar los problemas de esta naturaleza, se hace necesaria la existencia de un adecuado sistema procesal, lo suficientemente elástico, coordinado con normas de fondo que avizoren el futuro de un modo también amplio, y una actitud judicial comprometida para alcanzar los objetivos de la administración de justicia, cual es resolver los problemas de los ciudadanos en un marco de igualdad no solo individual, sino también social.

SUMMARY

The ecology matter has showed the inefficiency of the actual right systems. or meet the solution isn't the pretorian decision enough. We must use the actual law in an elastic form, together with a concordant interpretation of the right norms, an adequate proceeding system, and the use of scientific schemes for the construction of the juridical laws.

²⁴ Un destacado examen sobre la posibilidad científica del derecho ha realizado Antonio Hernández Gil, en su obra, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Madrid, 1976. Sobre la ciencia el siempre vigente Mario Bunge, *La ciencia, su método y su filosofía*, en varias ediciones, originada en diversos ensayos entre 1957/1959.

EL METODO DE LOS JURISTAS ROMANOS 1. ORDENAMIENTOS JURIDICOS

por PABLO E. GALLEGOS FEDRIANI *

Como es sabido, los ordenamientos jurídicos se agrupan en torno a dos tipos fundamentales, según cristalicen en un sistema cerrado de normas o en un complejo de soluciones o problemas jurídicos, que la más de las veces están inspirados en casos prácticos.

Representan el primer tipo los derechos del continente europeo y latinoamericanos, en que las materias jurídicas más importantes se encuentran reguladas en amplias codificaciones. Es el llamado Derecho Continental.

Pertenecen al segundo tipo el Derecho Anglosajón y, en el pasado, el Derecho Romano.

Mas ninguno de estos tipos se da hoy día en toda su pureza. En los derechos continentales la interpretación, complemento y reelaboración de las materias ordenadas en leyes se realiza dentro de las categorías conceptuales y con los medios del derecho casuístico. Por otra parte los derechos anglosajones contienen importantes porciones de derecho reglado.

2. METODOS DEL PENSAMIENTO

Los dos tipos extremos de ordenamiento jurídico arriba señalados se pueden relacionar con los métodos clásicos del pensar: el axiomático y el tópico.

* Profesor Adjunto de Derecho Romano. U. B. A.

a) El axiomático; sirviéndose de la deducción lógica, hace derivar todas las máximas y conceptos de un sistema de normas y conceptos raíces, que por ser axiomas no son susceptibles ni necesitan siquiera ulterior fundamentación.

En el campo del Derecho esta fundamentación lógica no es susceptible de realización, ya que el Derecho encierra múltiples elementos de naturaleza material y que, por tanto, no son puramente lógicos sino que exigen una valoración y medida.

El Derecho escapa a una sistematización completa ya que tanto en el punto de partida como en la realización de los sistemas jurídicos puede observarse cómo irrumpen, por diversos puntos, elementos materiales.

El sistema continental del Derecho tiende a una construcción sistemática y con ello a crear una armazón cuyas normas y conceptos concretos son lógicamente deducibles de determinadas normas y conceptos, si bien este sistema queda necesariamente incompleto desde el punto de vista de la axiomática.

b) La Tópica; arranca del caso mismo, busca las premisas que puedan servir para resolver el caso e intenta, de este modo, llegar a las directrices generales, a los conceptos guía, que permitan inducir la decisión.

Pero estas ideas guía no son, ya de antemano, verdades válidas y unívocas, sino que su mismo sentido y alcance son problemáticos. Por eso, se discute su aplicación al caso controvertido y su significado para la solución del mismo, hasta que quede clara la decisión final.

En principio la elaboración jurídica puede tanto discurrir por cauces sistemático deductivos como arrancar del problema del caso concreto; por lo que no puede afirmarse que cada uno de los métodos expuestos sea adjudicable con exclusividad a un determinado ordenamiento jurídico.

Por otra parte no debe olvidarse que:

A) No es esencial a la jurisprudencia, el que las soluciones concretas sean siempre susceptibles de reducción a directrices generales.

B) Una elaboración jurídica que se sirve de los tópicos, tampoco puede renunciar al pensamiento deductivo.

C) No deben menospreciarse los ingredientes sistemáticos, pues tienen también eficacia en un ordenamiento montado sobre la casuística.

3. METODO DEL DERECHO ROMANO

Los romanos veían su derecho casuísticamente desde el caso concreto.

Esta perspectiva domina todos los períodos de la historia de su derecho.

En los comienzos de cualquier pensamiento jurídico existe el Tribunal, en el que se encuentra el Derecho para cada caso concreto.

La ley por el contrario, al ser norma abstracta, presupone ya la facultad de abstraer del caso concreto.

Sin perjuicio de ello es necesario poner de relieve que en los comienzos de la codificación encuéntrase leyes para el caso concreto.

Así nos explica GAYO en I. 2.101. “En un principio, sólo hubo dos clases de testamento ya que o se hacía testamento en los comicios calados, los cuales sólo dos veces por año eran destinados a la celebración del testamento . . .” y en I. 1/99 “Adoptamos por la *auctoritas del populus* a aquellos que son *sui iuris*; esta especie de adopción es llamada *adrogatio*, porque aquél que adopta es consultado (*rogatus*), es decir, es interrogado sobre si quiere que la persona a adoptar sea su hijo legítimo; aquél que es adoptado es interrogado sobre si consiente en ello y el *populus* lo es también para saber si quiere que esto sea así . . .”

El Derecho Romano mantuvo siempre su carácter de casuística jurídica aun cuando haya habido actos de codificación (Ley de las XII TABLAS, *Corpus Iuris Civilis*).

Sentada esta premisa es necesario preguntarse qué caminos utilizaban los romanos para elaborar su Derecho. 1) Lo que se encuentra en primer plano es más bien la intuición. Esto es, se lle-

ga a la decisión mediante una comprensión inmediata, que no necesita de una argumentación racional.

Es por ello frecuente que los juristas romanos silencien los fundamentos de sus decisiones casuísticas.

Así Paulo en D. 28.2.19 dice: "Habiendo uno instituido heredero de toda la herencia a su hija y habiendo legado 10 a un hijo, que tenía bajo su potestad, añadió: "y en la restante parte quedará para mí desheredado", y preguntándosele si se le consideraba bien desheredado Scevola respondió: *no se le considera*" (no da su motivación) lo que sólo añade después, en la *disputatio* "y discutiendo añadía, que ésto no era válido porque tampoco el que se mandó que fuese desheredado, y que era distinta la causa de la institución, la cual se interpreta favorablemente, pero que las desheredaciones no debían ser favorecidas".

Les bastaba, en efecto, apoyar la decisión en su autoridad, conscientes de sus seguras facultades cognoscitivas; en todo caso era para ellos suficiente apoyarse en la autoridad de sus predecesores, citándolos.

Esta intuición de la que se habla tuvo a su vez como base el sentimiento jurídico; entendiendo como tal al sentido para encontrar la solución justa que corresponda al caso en cuestión.

Este don fue concedido al pueblo romano como un talento extraordinariamente fecundo.

A este sentimiento jurídico hay que añadir el tradicionalismo romano, con su idea de mantener a toda costa las costumbres, que habrán mostrado su razón de ser a lo largo de generaciones.

Sin perjuicio de lo antes expuesto es necesario tener en cuenta que otras circunstancias externas ayudaron a fortalecer la conciencia jurídica.

En efecto la jurisprudencia romana era una "jurisprudencia honoraria" y estaba limitada a un círculo relativamente reducido de personalidades del estamento superior, ligadas por sólidos lazos sociales.

Su pericia y elevada posición social otorgaron la más alta autoridad a las concepciones jurídicas emanadas de este reducido círculo.

Los juristas daban dictámenes (respuesta), así nos dice Gayo, I 1.7; “Las respuestas de los prudentes son los dictámenes y opiniones de aquellos a quienes se ha concedido la facultad de crear el derecho...”; no solo a los particulares, sino que intervendrán tanto en el *consilium* de los magistrados jurisdiccionales como en el de los jurados, influyendo así en la formación de los edictos y en la práctica procesal y negocial de cada día.

Por último su influencia sobre leyes (que “es lo que el pueblo ordena y establece” Gayo I 1.3) y senadoconsulta (que “es lo que el Senado ordena y establece” Gayo, I 1.4), fue a todas luces menor.

Con el transcurso del tiempo se fue formando la rica experiencia que junto con el sentimiento jurídico fue el fundamento del conocimiento intuitivo del Derecho.

2) La creación jurídica intuitiva dominó totalmente la época arcaica. Sin embargo, con el tiempo aparece también la tendencia a motivar con razones de tipo material las soluciones encontradas.

Este método, que opera con métodos deductivos e inductivos tuvo que practicarse muy pronto en el círculo interno de los juristas; mientras que hacia afuera se hace visible alrededor de mediados del siglo II antes de Jesucristo, cuando los juristas interviniendo en el proceso para ayudar a las partes, entran en concurrencia con los retóricos.

Así Pomponio en D. 1.2.2.5. afirma: “Promulgadas estas leyes, comenzó según naturalmente suele acontecer, a requerir la la interpretación que la discusión en el foro fuese necesaria apoyándose en la autoridad de los jurisconsultos. Esta discusión y este derecho, que apoyándose en la autoridad de los jurisconsultos, no torna su nombre de alguna otra parte propia cual las demás partes del derecho se designan por sus nombres, pues a todas ellas se les dio nombres especiales; sino que con la denominación común es llamado derecho civil”.

No obstante la intuición jurídica sigue siendo aun el factor clave, que dirige el proceso racional por determinados cauces y controla su éxito.

Los romanos, al buscar argumentos para resolver los casos en cuestión proceden de un modo típico, es decir, empírico. Pero

su búsqueda no es un arbitrio ir a tientas, sino que *la intuición* va marcando *determinados rumbos* que conducen a las soluciones justas.

El sentimiento jurídico coopera de la misma manera, allí donde es necesario aprovechar los argumentos que se poseen para valorarlos y sopesarlos mutuamente.

Aquí se procede de modos diversos:

a) En primer lugar son frecuentes los casos en que el jurista no acude ni a otros casos, ni a otras normas o conceptos jurídicos, sino directamente a la justicia material; esto es, a la realización concreta de la ética jurídica específica.

Lo que hace a lo sumo, es apoyarse en argumentos, que recoge de las propias circunstancias del caso en cuestión, destacando cada uno de los elementos del supuesto de hecho y evidenciando cómo determinaron su decisión.

b) En otros casos el jurista rompe el marco del tema con su argumentación pero sin referirse aun a normas o conceptos generales sino simplemente a casos parecidos o contrarios; es decir, se deja llevar por asociaciones.

Así se sirve de los conocidos razonamientos como el “argumentum a simili” es decir la analogía o del “argumentum a contraria”.

Así Paulo, en D. 21.1.11 afirma: “Aquél a quien le falta algún diente no es tenido por enfermo; porque una gran parte de los hombres carece de algún diente, y no por eso son enfermos; principalmente, porque nacemos sin dientes, y no por eso estamos menos sanos hasta que tenemos dientes, pues de otro modo ningún anciano estaría sano”.

Ulpiano, en D. 21.1.10 dice: “Dice el mismo Ofilio, que si a un esclavo se le hubiera cortado un dedo, o estropeado algún miembro, aunque haya sanado, si no obstante no pudiera por esta causa hacer uso de él, no se considera que está sano.

1. Leo que también escribe Catón, que si a alguno se le hubiera cortado un dedo de la mano o del pie, éste es enfermo; lo que es verdad conforme a la distinción antes expresada.

2 Pero si alguno tuviera más dedos, o en las manos, o en los pies, si para nada está impedido por el número de aquellos no está en el caso de redhibición; por lo cual no se ha de mirar sea el número de dedos, sino si puede usar sin impedimento, o de más, o de menos”.

Utiliza también el jurista el “argumentum ad absurdum”; esto es, la motivación de que una solución diversa de la elegida conduciría a consecuencias absurdas.

Así, Ulpiano, en D. 21.1.1.9 dice: “Pregúntase Viviano, si un esclavo que está entre los fanáticos, no perdiera siempre la cabeza, y hubiese profetizado algunas cosas, se considerará no obstante sano; y dice Viviano, que sin embargo éste está sano; porque dice, que nosotros no debemos entender que algunos están menos sanos por defectos del espíritu; de otra manera, dice, sucedería que por esta razón negaríamos que muchos hasta lo infinito estaban sanos, por ejemplo, el ligero, el supersticioso, el iracundo, y los que tienen algunos otros defectos semejantes del espíritu”.

El jurista, por otra parte, se distancia algo más del caso cuando se apoya en una norma jurídica abstracta o en una delimitación conceptual independiente.

Sin embargo, aquí hay que distinguir:

a) En primer lugar, es muy frecuente que el jurista no demuestre su opinión apoyándose en un caso, sino que la exponga en un juicio abstracto.

Así, Ulpiano, en D. 20.1.19 afirma: “El que recibió en prenda muchas cosas, no es obligado a liberar una, sino habiendo recibido todo cuanto se le debe”.

Lo que hace el jurista en estos juicios es más bien resumir la idea común de una casuística unitaria y bien delimitada.

La validez de este juicio obtenido empíricamente no será otra que la que corresponda tanto a la prudencia y justicia de su contenido, como a la autoridad del jurista y de sus predecesores del mismo parecer. Como fuente de elaboración jurídica estas normas no tienen mayor valor que las manifestaciones del jurista en la casuística.

b) Frente a estas normas de contenido concreto, tan frecuentes y tan claras para los juristas, se encuentran otras normas formuladas de modo muy general denominadas por los propios romanos *regulae*.

Así Paulo, en D. 50-1711 define: "Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla; sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay. Así, pues; por medio de una regla se hace breve narración de las cosas, y como dice Sabino, es como un compendio de la causa, que tan pronto como es viciada en algo, pierde su eficacia".

Tales ejemplos son la regla Catoniana: Celso D. 34.7.1. "La regla Catoniana define de este modo: que si hubiere de ser inútil, si el testador hubiese fallecido al tiempo de haberse hecho el testamento, el legado no es válido, cuando quiera que hubiere fallecido el testador. . ."

La expuesta por Juliano en D. 29.2.13.1: "Hay una regla de derecho civil, en la cual se determinó que no se puede quitar una herencia por razón de la que aquel que se mandó que fuese libre y heredero, aunque su señor le hubiere quitado en el mismo testamento la libertad, tendrá sin embargo la libertad y la herencia.

O por Pomponio en D. 30.12.2: "Hay una regla de Derecho Civil que hace, que también podamos hacer legados a los esclavos de aquellos mismos a quienes les podemos legar. . ."

O por Ulpiano en D. 26.8.1.: "Aunque sea regla de Derecho Civil, que el tutor no puede prestar su autoridad en cosa propia. . ."

En lo que se refiere a la importancia de la *regulae* como medio de conocer Derecho es significativa la sentencia de Paulo en D. 50.17.1 ya transcrita "El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay". Esto es, tampoco las *regulae* son fuentes independientes de conocimiento del Derecho tal y como se manifiesta en las resoluciones casuísticas concretas.

Así Alfino en D. 9.2.52.2 dice: "En la cuesta Capitolina llevaban unas mulas dos carros cargados, los carreteros del primer carro sostenían por las ruedas el carro, que había cejado, para que con facilidad lo llevaran las mulas; mientras tanto, el carro que

estaba más arriba comenzó a ir hacia atrás; y cuando los carreteros que se hallaban entre los dos carros salieron de en medio, el segundo carro, impelido por el primero, retrocedió y magulló a un muchacho de cierto individuo, el dueño del muchacho consultaba ¿Contra quién debería intentar la acción? Respondí, que *en el mismo caso había sido planteado el derecho...*

Los romanos consideraban que las *regulae* son peligrosas porque carecen de sentido cuando no están formuladas de modo cortante y preciso. Así Paulo en D. 50.17.1. dice: "...es como un compendio de la causa, que tan pronto como es viciada en algo pierde su eficacia".

De hecho sacrificaban las *regulae* cuando comprendían que su empleo iba a conducir a resultados injustos.

Así, Celso, en D. 34.7.1.1 y 2 luego de definir la regla *Catoniana* afirma "...cuya definición es falsa en algunos casos. Porque ¿qué se dirá si uno hubiese legado así: "Si yo hubiere muerto después de las calendas, désele a Ticio"? ¿nos chanceamos? Porque de este modo, si hubiere muerto inmediatamente, es más verdadero que no se dio el legado, que no que se dio inútilmente. Asimismo, si se te legó un fundo, que al tiempo de escribirse el testamento es tuyo, si lo hubieres enajenado viviendo el testador, se te debe el legado; el cual no se te debería, si el testador hubiese fallecido".

Y Paulo en D. 34.7.2: "Pero también si uno hubiere legado así: 'Si mi hija se hubiere casado con Ticio' se consideró que bastaba; si se hallare casada al tiempo de la muerte, aunque hubiere sido impúbera al tiempo de haber hecho el testamento".

Como también Papiniano en D. 34.7.3: "La regla *Catoniana* no es aplicable a las herencias, ni a aquellos legados cuyo término no corre al tiempo de la muerte, sino después de adida la herencia" y Ulpiano en D. 34.7.4: "Está determinado que la regla de Catón no es aplicable a las instituciones condicionales" y Ulpiano en D. 34.7.5 "La regla *Catoniana* no es aplicable a las leyes nuevas".

c) Además encontramos en los textos romanos la definición que es simplemente un caso de aplicación de la *regulae*.

Pero las delimitaciones conceptuales son raras en los juristas romanos por ser también peligrosas.

Así, Javoleno, en D. 50.17.202: "En el Derecho civil toda definición es peligrosa, porque es difícil que no pueda ser alterada".

Habíamos dicho que la tónica busca en el caso mismo las premisas e intenta llegar a las directrices generales; a los conceptos guías; de allí que surja el interrogante respecto a cuáles son esas directrices generales para los romanos.

La primera respuesta sería que esos conceptos guías son las *regulae* anteriormente mencionadas, recogidas en el Digesto 50.17. "De las diversas reglas del Derecho Antiguo" y que los frutos de todo el quehacer jurídico culminan en ese repertorio.

Pero, este orden de ideas corresponde más a los retóricos que a los juristas. En efecto, los juristas clásicos y preclásicos hubieran pensado que la meta quedaba aquí trastrocada porque no es que se emplee la casuística para llegar a unas reglas; sino que de lo que se trata es de decidir acertadamente el caso en cuestión.

La segunda respuesta indicaría que esas directrices generales estarían compuestas por ciertos conceptos, cuando estos funcionan como módulos generales. Así por ejemplo la *aequitas*, la *bonafide*; el *animus*.

Mas, también aquí debe observarse que los conceptos romanos, sean generales o especiales, proceden de la casuística no dan valor a la definición, ni se preocupan por agotar su contenido dogmático.

Así se explica que los juristas romanos manejen siempre los conceptos tal como lo exigen las finalidades concretas y que su terminología jurídica traduzca una elasticidad que es ajena a nuestros sistemas.

Si se piensa por lo tanto que todo el resultado de la labor jurídica está compuesto por estas definiciones o conceptos, es posible creer que la creación jurídica romana solo llegó a desarrollar principios guías en muy pocos casos.

Pero si nos fijamos en los cimientos materiales sobre los que está construido el ordenamiento jurídico romano, hay que re-

conocer que existen un sinfín de instituciones, reglas y conceptos, difíciles de encuadrar en los términos modernos.

Partiendo de la casuística los juristas elaboran para todas las manifestaciones de la vida jurídica, tipificadas de uno u otro modo, un sinfín de normas jurídicas en las que vino a cristalizar su ordenamiento jurídico.

Las normas jurídicas romanas no tienen la vigencia dogmática ilimitada que corresponde a nuestras actuales normas codificadas; son más bien normas de la experiencia que, al menos teóricamente, pueden ponerse siempre en entredicho.

Por otra parte es necesario tener presente que los juristas romanos elaboraron y manejaron estas normas de modo que no chocasen unas con otras, lo que implica una buena dosis de sistemática interna, que desborda el mero empirismo.

3º) Método Dialéctico.

Hacia la mitad del siglo II antes de Jesucristo se produce un cambio fundamental en el método de los juristas romanos que, impulsados por la filosofía griega, dan a la materia jurídica un enfoque dialéctico.

Este método era especialmente apropiado para la materia jurídica y contribuyó esencialmente a aclarar los conceptos, pero los juristas romanos se mostraron mucho más retraídos de lo que suele creerse.

En efecto, de la división de los conceptos jurídicos sólo se han conservado con referencia a los juristas republicanos testimonios que no van más allá de unos cuantos conceptos. Así, Gayo, en I 1.188 dice: "De lo que hemos dicho no se puede ver cuántas especies de tutela se han instituido. Pero si preguntamos en cuántos géneros se pueden agrupar estas especies, ello será motivo de una larga disputa, ya que los antiguos han dudado mucho sobre este punto. Por lo que hace a nosotros, que hemos tratado con tanta diligencia esta cuestión en la interpretación que hicimos del edicto, así como también de los libros de Quintus Mucius, nos bastará admitir que para algunos, como el citado Quintus Mucius, existen cinco géneros de tutela; para otros, como Servius Sulpicius, existen tres; para otros, como Labeo, dos; y otros finalmente han estimado

que existen tantos géneros de tutela como especies” y en I 3.183: “Servius Sulpicius y Masurius Sabinus distinguen la existencia de cuatro géneros de ‘furtum’; el ‘manifestum’ y el ‘nec manifestum’, el ‘conceptum’ y el ‘Oblatum’, Labeo, dos, el ‘manifestum’ y el ‘nec manifestum’, ya que el ‘conceptum’ y el ‘Oblatum’ más que géneros de ‘furtum’ son especies de la ‘actio furti’, lo cual nos parece mucho más claro tal cual lo veremos después”.

Respecto a las obligaciones nos dice en I 3.88.89: “Y ahora, pasemos a las obligaciones cuya división fundamental se reduce a dos especies, pues toda obligación, o nace de un contrato o nace de un delito”. “Y primero veamos aquellas que nacen de un contrato. Hay cuatro géneros de ellas, ya que una obligación es contraída por la cosa, por palabras, por escrito o por el consentimiento”.

Los esfuerzos de los juristas por un sistema se limitan en un principio a materias específicas (tutela, furtum) sin que se conciba el proyecto de abarcar y dividir sistemáticamente la materia jurídica.

Los progresos que realiza el método dialéctico en la época clásica son también reducidos, ya que las obras más amplias se conforman con seguir la estructura del edicto, que se caracteriza por sus flexibles directrices procesales y por carecer de una sistemática del Derecho Privado.

Un cuadro diferente lo ofrecen las corrientes didácticas que discurren junto a los grandes clásicos. En efecto, la elaboración de reglas presenta aquí perfiles muy acusados.

Así, las Institutas de Gayo muestran un verdadero sistema que estando planificado desde el vértice, arranca de una clasificación dogmática tan fructífera como es la de *personae* y *res*.

Así, Gayo, en I 2,8 nos dice: “La totalidad del derecho que utilizamos se relaciona o con las personas, o con las cosas, o con las acciones. Veamos primero lo que concierne a las personas”.

En Gayo el sistema viene a ser una superestructura postiza, que sólo tiende a lograr una construcción didáctica eficaz, pero que no sirve de fundamento de una investigación dogmática acabada.

Las escuelas jurídicas postclásicas revelan un esfuerzo mucho mayor para la renovación del material jurídico, aplicando en toda la extensión de la literatura jurídica el método dialéctico.

Sin embargo, estas escuelas tampoco llegaron a elaborar un verdadero sistema, sino que únicamente lo prepararon.

En esencia, sigue subsistiendo la casuística, de modo tal que el Derecho Romano no había logrado una sistemática externa acabada, ni siquiera al final de su historia antigua.

En efecto, faltaron los conceptos generales que hubieran hecho posible una superestructura, la que fue realización de la época moderna.

La misma estructura de las Instituciones de Gayo y de Justiniano no significa más que una mera ordenación de materias para la enseñanza y es partiendo de ese precedente que los siglos posteriores forman un auténtico sistema que sigue viviendo aún en la actualidad con las codificaciones.

BIBLIOGRAFIA

- Kaser, Max: *En torno al Método de los juristas Romanos*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1964.
- Russomanno, Mario César: *Curso de Instituciones de Derecho Romano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.
- Petit, Eugene: *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1972.
- Iglesias, Juan: *Derecho Romano-Instituciones de Derecho Privado*, Ariel, Barcelona, 1965.
- Di Pietro, Alfredo: *Institutas de Gayo*, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1975.
- Ortolán, M.: *Instituciones de Justiniano*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1976.
- Corpus Iuris Civilis*: Editor Jaime Molinas, Barcelona, 1889/1897.

SUMMARY

Legal systems can be grouped into two main types, according to whether they conform a closed system of rules, such as the so called "Continental Law", or a combination of solutions to legal problems that

are, most of the times, inspired in practical cases such as Anglosaxon and Roman Law.

As regards methodology, Roman Jurisprudents departed from the case itself, in their attempt to find the premises that might serve to solve the case, trying, in this way, to reach the general guiding principles that might help to induce the decision.

Nevertheless, they did not elaborate a systematization of the law, a superstructure, which was only attained in modern times.

BIBLIOGRAFIA

NOTAS DE LIBROS

CARRASCO PEREYRA, Angel, *El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas*. Editorial Tecnos, Madrid, 1988. (109 págs.).

El autor desarrolla una breve —aunque fecunda— obra, en la que indaga acerca de las diversas cuestiones cuya resolución demanda la realidad social y sobre cómo el Derecho Civil puede desempeñar ese cometido.

Constituye un valioso estudio de perspectiva en el que se analizan los objetos de controversia propios del Derecho Civil: los contratos, la propiedad; y las aplicaciones de técnicas no propias en las que se acrecienta el papel de la Administración Pública.

Cuando hay multitud de intereses en juego se observa un fenómeno *colectivo* donde “el Derecho Civil cojea”. También se afirma que cada vez hay menos “cuestiones privadas” y que cada vez es menos cierta la regla de oro del Derecho Civil: *res inter alios acta* “que quiere decir tan sólo: cada uno a lo suyo y Dios a lo de todos”, concluyendo que “este es el tapón mal encajado por donde se vacía el agua del Derecho Civil”.

Sin dejar de polemizar, se recuerdan las *fundaciones* del Derecho Civil español, considerándose que el incorporado al Código Civil español —que cumple este año un siglo— admite ser definido como un ordenamiento que regula relaciones de Derecho *universalmente accesibles*.

El Derecho Civil —se afirma— es fundamentalmente Derecho de la dinámica patrimonial. Se asiste a “una patrimonialización creciente de valores jurídicos antes desasistidos de relevancia civil”, admitiéndose que se ha hecho posible una regla de indem-

universalidad "lo que no es otra cosa que la confesión de que todo puede ser puesto a precio".

Un capítulo íntegro está dedicado a intentar demostrar que el derecho de propiedad privada no es un contenido específico del Derecho Civil.

Con relación a la presunta *descodificación* del Derecho Civil, se la distingue de la simple localización externa de diversas leyes espaciales. La legislación interventora asume así la tentativa de corrección de las relaciones de poder económico, mutando principios asimilados por la ley codificada.

El autor se interna en las complejidades del Derecho Privado patrimonial, en el valor "casi-constitucional" del Código Civil, en la variada problemática que ofrece la interpretación, y desemboca en una necesaria apertura unificadora de todo el Derecho Privado, ya que la adscripción a una u otra de sus ramas "no obedece a criterios objetivos sustanciales".

Sólo se considera como único Derecho Civil en estado puro al Derecho sucesorio, caracterizándolo como el que por excepción no está influido por razones de especialización. Esta universalidad se deriva "de la verdad aplastante de que todo el mundo muere", sin importar que sea comerciante o haya contratado con la Administración.

Es una obra que denota una sólida formación jurídica integral, señalamientos derivados de una problemática de rigurosa actualidad, con tomas de posición muy claras y enfoques originales. Contiene, en suma, una visión crítica del Derecho Civil que, conservando su identidad original, enfrenta el reto del siglo XIX.

ROBERTO M. LÓPEZ CABANA

SOLA, Juan Vicente, *Las dos caras del Estado; Presidente y Primer Ministro en una Argentina moderna*. Prólogo de Jorge Reinaldo Vanossi, Buenos Aires, Planeta, 190 páginas.

La presente obra constituye un lúcido análisis de nuestro sistema institucional y de los caminos posibles para implementar su

reforma, que a juicio del autor resulta necesaria para la consolidación de la democracia.

El Dr. Juan V. Sola fija en la introducción de su libro el objetivo que lo ha guiado en su escritura: la crítica al presidencialismo y la propuesta de la adopción de regímenes mixtos que establezcan para nuestro país una democracia consensual.

Con agudeza conceptual y sólida fundamentación histórica destaca la incapacidad del régimen presidencial para dar solución a las crisis políticas dentro del sistema, puesto que la fragmentación del poder y la ausencia de mecanismos idóneos de control entre órganos conspiran contra su eficacia. Por ello, la tentación autoritaria aparece con mayor frecuencia en este tipo de regímenes, alentada también por la concentración de poder en la figura presidencial.

Con afán demitificador realiza un examen del régimen presidencialista norteamericano para demostrar que es erróneo sostener que nuestros constituyentes copiaron de tal modelo la organización del Poder Ejecutivo. Fundamenta su opinión en la diferente caracterización que la institución ministerial tiene en cada sistema. Mientras que nuestros constituyentes tomaron de Francia el régimen de ministros, responsables y con voz en las cámaras legislativas, en los Estados Unidos el Presidente y los gobernadores de los Estados firman y asumen solos la responsabilidad de sus actos.

Cita en este tópico a José Nicolás Matienzo, quien en su obra "El gobierno representativo federal de la República Argentina" (1920) concibe a nuestro sistema como cuasi-presidencial o mixto, dado que según su interpretación los ministros asumen en nuestras instituciones el carácter de copartícipes del Poder Ejecutivo.

La exégesis efectuada por el autor de las fuentes históricas de los ministerios en Argentina, merece el mayor elogio, puesto que agota la investigación de los antecedentes y opiniones sobre tan controvertido instituto.

A partir del capítulo III el Dr. Sola despliega su capacidad de comparatista para analizar los diferentes modelos de regímenes semi-presidenciales y el rol que en cada uno de ellos asumen sus instituciones fundamentales: el Presidente, el Consejo de Minis-

ros y la Cámara de Diputados. Resulta de especial interés el análisis de los regímenes unipresidenciales de Finlandia y Portugal; no sólo por tratarse de casos poco transitados por nuestros autores, sino porque presentan características asimilables a nuestra realidad.

Por último, delinea los modelos ideales que a partir de este trialismo de poderes pueden concebirse según el peso estratégico de cada órgano de gobierno. Los cuatro modelos descritos por el autor son: trialismo horizontal, donde no existe preeminencia de ningún órgano; el trialismo vertical, con supremacía presidencial; el trialismo gubernamental, donde el peso político recae en el Presidente del Consejo de Ministros y el trialismo parlamentario, en el cual el órgano legislativo es el centro del poder.

La contundente propuesta del autor de instalar en la Argentina un régimen semi-presidencial coincide con el dictamen emitido por el Consejo de Consolidación de la Democracia sobre la reforma a nuestra Constitución, hecho demostrativo de la importante corriente de opinión favorable a la instauración de este nuevo sistema en nuestra República.

La claridad expositiva y la fundamentación científica de cada idea son también destacables dentro de esta obra que indudablemente será lectura imprescindible para quienes tengan inquietudes por el perfeccionamiento de nuestra organización institucional.

JOSÉ MIGUEL OVAINDÍA

I. H. Ph. DIEDERIKS-VERSCHOOR, *An introduction to air law*, 3rd. edition, 197 pags., Kluwer and Taxation Publishers, Deventer-Antwerp, 1988.

Esta tercera edición, primera en llegar a nuestro país, del importante libro de la actual Presidenta Internacional de Derecho Especial, que fuera durante más de treinta años profesora de Derecho Aeronáutico y Espacial en la Universidad de Utrecht, es de gran utilidad para quienes requieren una rápida y completa información sobre la materia.

En una muy lograda síntesis, enfoca principalmente los aspectos internacionales de los temas tratados. Ambos detalles segu-

ramente fueron tenidos en cuenta, por los editores de las versiones en chino e indonesio del mismo.

Comienza con una muy útil y completa lista de los convenios aeronáuticos, adicionada con citas bibliográficas de los textos, donde estos figuran en versión inglesa.

Traza en el capítulo primero "Historia y desenvolvimiento del derecho aéreo", una síntesis de éste dentro del que destacamos su definición del derecho aéreo —como lo denomina por considerarlo de mayor uso— y sus consideraciones sobre la autonomía, que acertadamente limita sólo a la necesaria y el enunciado de las fuentes; temas todos poco usuales en libros en inglés.

El Convenio de Chicago, como no podía ser de otro modo, es analizado con prolijidad, dentro del capítulo dos. Le merece diversos comentarios, siendo particularmente interesante aquél referido a las aeronaves públicas y sus aportes con relación a la modificación posible del artículo tercero.

Se resaltan debidamente las funciones del Consejo, sobre todo en materia de solución de disputas, con un muy completo listado de los casos y las razones por las cuáles interviniera.

Completa el mismo, un estudio de los organismos internacionales y regionales que regulan la actividad y el sistema bilateral en materia de derechos aerocomerciales.

Atribuye gran suceso al Acuerdo Bermuda I, debido a su naturaleza conciliatoria y a la relativa vaguedad de sus normas.

Lamentamos dentro de este punto, la falta de análisis y su comparación con el mismo, de la Doctrina Ferreira.

En el Capítulo tercero analiza la responsabilidad del transportador aéreo, tema fundamental en la materia, se lo considera con la debida profundidad —dentro de la amplitud del libro— con apoyo jurisprudencial, entre el que encontramos una cita de nuestros tribunales.

Resaltan por lo novedoso, los dos capítulos siguientes: "Responsabilidad por los productos de aviación" y "Automatización y derecho aéreo".

Señala en el primero que un estudio *in extenso* de sus múltiples variedades, es imposible en un trabajo como el intentado,

así limita sus referencias que serán introductorias a lo sucedido en USA.

Estudia así la noción de responsabilidad por productos y luego las vías jurídicas que se presentan en dicho país, para accionar en caso de daño.

Enfatiza el distinto criterio seguido por los tribunales, cuando se enfrenta un fabricante y un usuario —en defensa del más débil o cuando lo son dos grandes empresas.

Párrafo aparte merece el estudio de un nuevo factor de responsabilidad, conocido como *crashworthiness*, el que según una de las más difundidas definiciones, consiste en la capacidad que deben poseer las estructuras de los vehículos, de proteger a sus ocupantes en caso de que estos se estrellen.

En esta hipótesis, como en general en todo lo referido a este tipo de responsabilidades, se observa un avance en la defensa del usuario y en consecuencia un agravamiento de la responsabilidad del constructor y en su caso del operador.

Concluye este capítulo con referencias a otras soluciones brindadas dentro del marco de las Convenciones Estrasburgo de 1977, impulsadas por el Consejo de Europa.

Partiendo de la afirmación de que la automatización es una de las mayores invenciones de la centuria, el capítulo siguiente analiza ésta con relación a los distintos sistemas y sus consecuencias jurídicas con relación a las responsabilidades de los distintos involucrados en una operación aérea, pilotos, organismos de control de tránsito aéreo, diseñadores, constructores, operadores de mantenimiento y operadores de carga de pasajeros y mercancías.

Su mayor auge futuro ampliará los problemas ya existentes, los que además deberán solucionarse teniendo en cuenta las distintas jurisdicciones a aplicarse en cada caso.

Los daños a terceros en la superficie, ocupan el siguiente capítulo con el estudio de los Convenios de Roma y su protocolo.

La probidad intelectual de la autora, la lleva a no citar su tesis de doctorado, que versara precisamente sobre el primero de estos textos.

Los seguros son estudiados a continuación, donde luego de señalar las especiales características de su obligatoriedad en el in-

ternacional, se da debido espacio al nuevo impacto del apoderamiento ilícito de aeronaves en ellos.

Dentro del tema siguiente "Derechos sobre aeronaves" destacamos la muy buena comparación —además inusual en libros como éste— entre el *common law* y el derecho continental, sin duda el gran dilema en cuanto a su equilibrio en el texto de Ginebra de 1948.

Idéntica mención destacada, merece dentro del capítulo siguiente "Asistencia y salvamento", el estudio comparativo de las normas del Convenio de Bruselas de 1938, con las contenidas en Chicago, aspecto éste muchas veces olvidado al tratarse este asunto.

Los delitos aeronáuticos son estudiados en el último de sus capítulos, y con el rigor ya mencionado.

A los comentarios ya realizados agreguemos que el empleo de una clasificación decimal, metodiza el trabajo dándole rigor; una muy buena y actual base bibliográfica y jurisprudencial —en el que lamentamos la falta de mayor doctrina iberoamericana— completan el panorama de calidad, indicado al comienzo de este comentario.

OSCAR FERNÁNDEZ BRITAL

REVISTA DE REVISTAS

LERER, Ignacio Adrián, *La Iglesia y el Estado en una futura reforma de la Constitución Nacional*, en "Lecciones y Ensayos", 1988, 49, ed. Astrea, págs. 131 y sigts.

Sólido estudio sobre las relaciones del Estado y la Iglesia Católica. Un tema (y problema) irresuelto.

En la República Argentina, se entiende.

A pesar del concordato de 1966 ("... la Iglesia se independizó del Estado, pero el Estado no se independizó de la Iglesia, por lo menos fácticamente").

Porque en las naciones avanzadas del mundo occidental y cristiano, hace tiempo que ha dejado de serlo.

Baste acudir a los cercanos (en lo ancestral y en lo cultural) ejemplos de Italia, sede del Estado Vaticano; y de España, cuna

de arraigadas tradiciones religiosas y de nuestro catolicismo, impuesto con la cruz y con la espada (ver el polémico e interesantísimo *Del buen salvaje al buen revolucionario*, del venezolano Carlos Rangel, Monte Avila Editores, Bs. As., 1977, esp. el Capítulo VI, págs. 197 y sigts.).

No es, por cierto, que los referidos países carezcan de antecedentes conflictivos.

Pero, después de apasionadas y encarnizadas confrontaciones (bélicas e intelectuales), los estados y las iglesias respectivas supieron elevarse hasta un nivel de convivencia e independencia que, en definitiva, ha beneficiado a ambas partes.

Aunque en la historia y en la actualidad continúa anidando un dilema cratológico (Loewenstein), entre los llamados “poder temporal” y “poder espiritual”, tajante dicotomía desmentida por la realidad (“la pasión de dominar —decía Voltaire— es la más terrible de todas las enfermedades del espíritu humano”), en nuestras tierras el proceso de superación es lento e impreciso, entre otras razones porque no se ha sabido extraer y separar de la disputa política lo estrictamente religioso.

Y aquí, los equívocos y las culpas deben ser atribuidos, en pareja medida, a los partidarios de la “comunión” y de la “secesión”.

Por otro lado, no se ha reparado en que, en el fondo, se trata de las consecuencias prácticas del derecho igualitario a tener y a no tener creencias religiosas, pues los ateos, los agnósticos y, en general, los librepensadores merecen, en una república democrática, el mismo respeto y las mismas posibilidades de representar a sus conciudadanos, hasta en las más altas magistraturas, que los adherentes a cualesquiera de los dogmas y cultos reconocidos.

Termino de exponer, con absoluta franqueza y humildad, una prieta síntesis de mi pensamiento, derivado de lecturas y experiencias. Humildad que, obviamente, se explica por todas las lecturas que me faltan (muchas) o que mal digerí y por las experiencias que no tuve, que desperdicié o que no capté cabalmente.

Pero es también algo de lo que aprendí y me sugirió el valioso ensayo de Ignacio Adrián Lerer, del que tomé las palabras

transcriptas entre paréntesis en el tercer párrafo, correspondiente a la página 193.

Lerer se distinguió en el curso a mi cargo de "Derechos Humanos y Garantías" (año 1986) e inició —respondiendo a mi invitación— y continúa la carrera docente, a mi lado y como ayudante alumno, en "Elementos de Derecho Constitucional", Cátedra del Dr. Alberto A. Spota, a la que ingresó por concurso con alta calificación.

Más allá de lo formativo, tuvo y sigue desarrollando vuelo propio ("por sus frutos los conoceréis").

Lo suyo es documentado, sustancialmente exhaustivo e "implacable", en el sentido de que no hace concesiones hipócritas para disimular sus convicciones. Y ello realza el trabajo, ya que la investigación seria y rigurosa, lejos de estar reñida con el fervor, lo presupone, como auténtico elemento estimulante (siempre he desconfiado —cuando se abordan cuestiones como ésta— de pretendidos "objetivismos").

Me enorgullezco de él, porque ha colmado con creces mi aspiración máxima y permanente de que los estudiantes aprendan a pensar por sí mismos.

ALFREDO L. DURANTE

NOVEDADES 1989

ABELED0 - PERROT

- ALTERINI, A. A. — *Derecho Privado*, Parte General, 1 tomo, 432 páginas.
- ALTERINI, A. A.-LOPEZ CABANA, R. M. — *La Autonomía de la voluntad en el contrato Moderno*, 1 tomo, 144 páginas.
- ARACAMA ZORRAQUIN, E. — *Medios Distintivos y Publicidad Comparativa*, Prólogo del doctor Ernesto O'Farrell, 1 tomo, 96 páginas.
- BIANCHI, A. A. — *Competencia Originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 1 tomo, 480 páginas.
- BORDA, G. A. — *Tratado de Derecho Civil. —Familia—*, 8ª edición, 2 tomos, 912 páginas.
- CARNELLI, S.-CAFARO, E. B. — *Eficacia Contractual*, 1 tomo, 208 páginas.
- CHAMI, D. E. — *La Protesta Aeronáutica*, Teoría y Práctica, 1 tomo, 118 páginas.
- DERECHO DE FAMILIA — *Revista Interdisciplinaria de Jurisprudencia y Doctrina*, —I—, 1 tomo, 168 páginas.
- ESTRELLA GUTIERREZ, G. M. de. — *La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica*, 1 tomo, 272 páginas.
- FALCON, E. — *Caducidad o Perención de Instancia*, 1 tomo, 312 páginas.
- GARRONE, J. A. — *Diccionario Jurídico Abreviado*, Abeledo-Perrot, 1 tomo, 784 páginas.
- JIMENEZ DE ASUA, L. — *Principios de Derecho Penal - La Ley y el Delito*, 1 tomo, 578 páginas.
- JÖLD, C. — *Contratos Comerciales*, 1 tomo, 976 páginas.
- LIMA, S. — *La Corte y el Proceso. Las llamadas "Cuestiones Procesales"*, 1 tomo, 128 páginas. Prólogo de Fernando H. Paya.

- LOPEZ CABANA, R. M. — *La Demora en el Derecho Proscrito*. 1 tomo, 218 páginas.
- MADILE, J. A. — *Sociología Jurídica*. 1 tomo, 216 páginas.
- MAZZINGHI, J. A.-VIDELA, J. R.-BOGGIANO, A.-ASTIGUETA, C. P.-DIAZ DE PRADA, M. V.- GOWLAND, A. J. — *Nuevo Régimen de Matrimonio Civil*. —Ley 23.515—, 1 tomo, 224 páginas.
- MORELLO, A. M. — *La Corte Suprema en Acción*, 1 tomo, 624 páginas.
- PAYA, F. H.-LIMA, S. — *Extinción del Proceso Civil por la voluntad de las partes*, 1 tomo, 152 páginas.
- OTAMENDI, J. — *Derecho de Marcas*. 1 tomo, 392 páginas.
- REVISTA JURIDICA —1988—, III. — Publicación Oficial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1 tomo, 192 páginas.
- RINESSI, A. J. — *Las Garantías en los Alquileres Urbanos*, 1 tomo, 112 páginas.
- SCHWARTZ, B. — *Artífices del Derecho Norteamericano*, 1 tomo, 240 páginas.
- VALENTE, C. G. — *Tratado de Socio-Economía Urbanística*, 1 tomo, 240 páginas.
- WITTENZELLNER, U. — *Derecho de Marcas en la Argentina*. —Bases y Desarrollo—, 1 tomo, 288 páginas.



ABELEDOPERROT

“ESPECIALIZARSE ES UNA GARANTIA”

LAVALLE 1280
☎ 35-2848

LAVALLE 1328
☎ 40-6126

AZCUENAGA 1846
☎ 803-5591

Locales en Facultades de Derecho U.B.A. y U.C.A.

