

906



LECCIONES Y ENSAYOS

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

1988

L y E

50

LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano
Profesor Jorge Alberto Sáenz

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Subdirector
Carlos J. Colombo

Consejo Asesor
Prof. Héctor Alegria
Prof. Julio C. Cuesta Rúa
Prof. Marcelo U. Salerno
Prof. Marcelo A. Sancinetti
Prof. Horacio Sanguinetti

Consejo Directivo

Director: Alejandro Daniel Fiuza
Subdirector: Ignacio Adrián Lerer
Secretario de Redacción: Eduardo Baistrocchi
Secretarios Adjuntos de Redacción: Víctor Abramovich
Gabriel Rizzo
Manuel Garrido

Redactores: Gabriela Lilliana Alonso
Carlos Espósito
Cecilia Rossi
Alberto Bovino
Gustavo Naveira

Secretarios Técnicos: Silvina Bacigalupo
Sergio Rocamora

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



LECCIONES Y ENSAYOS

1988

LyE

50



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1988

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

Correspondencia: Dirigirse a

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Departamento de Publicaciones

Figueras Alcorta 2263 - CP-1425

Buenos Aires - Argentina

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

ISSN: 0024-0079

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

INDICE

LECCIONES

Hassemer, Winfried, <i>La persecución penal, legalidad y oportunidad</i>	13
Zaffaroni, Eugenio Raúl, <i>La ley de obediencia debida</i>	23
Cremades, Bernardo M., <i>El proceso arbitral en los negocios internacionales</i>	33
Aldao Zapiola, Carlos M. J., <i>Negociaciones laborales. Dinámica de su preparación y desarrollo</i>	43
Kunz, Ana, <i>Metodología de investigación</i>	85

ENSAYOS

Fiuza, Alejandro D. - Espósito, Carlos D., <i>Algunos interrogantes sobre la integración latinoamericana</i>	101
Vasquez, María José - Verna, Graciela - Zavala, Claudia, <i>Avería gruesa</i>	121
Ruggeri, María Delicia - Rocamora, Sergio Roberto, <i>Intervención federal a la provincia de Mendoza en el año 1974. Su inconstitucionalidad</i>	133
Flores (h.), Oscar, <i>El derecho de réplica y las constituciones provinciales</i>	147
Espósito, Carlos D., <i>El embargo comercial como forma de intervención económica</i>	177
Blanco, Luis Guillermo, <i>Creación de un nuevo impedimento matrimonial por la ley 23.515. El menor emancipado cuyo matrimonio se ha disuelto</i>	187

UNIVERSITARIAS

Nieto Mingo, José L., <i>Importancia de la revista jurídica estudiantil en el desarrollo del estudiante. Experiencia de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico</i>	229
--	-----

ACTUALIDAD

Maier, Julio B. J., <i>República y justicia criminal</i>	237
Entrevistas: Doctor Carlos Santiago Nino. <i>La discusión crítica en nuestro medio académico</i>	277
Primer Encuentro Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Dirigidas por Estudiantes	287

MISCELÁNEA

Conferencia	293
¿Lo sabía?	294
Cuentos	295

LECCIONES

LA PERSECUCIÓN PENAL: LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD*

WINFRIED HASSEMER

1. VALORACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

a) *Fundamentos en fauor del principio de legalidad*

Un derecho procesal penal orientado hacia el principio de legalidad tiene su fundamento en el principio del Estado de derecho. Se corresponde de forma ideal con los principios que rigen la relación entre el derecho penal material y el derecho procesal penal en un Estado con división de poderes:

1) El derecho penal material no sólo determina los límites de la punibilidad (como Magna Carta, Franz von Liszt), sino que tiene, a la vez, la función de afirmar y asegurar las normas fundamentales de una sociedad ("prevención general positiva"; confr. W. Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, 1984, p. 391 y siguientes).

* Traducción del alemán de Silvana Bacigalupo. El trabajo original fue presentado por el autor, profesor de Derecho Penal, Sociología del Derecho y Teoría General del Derecho, de la Johann Wolfgang Goethe-Universität, de Frankfurt am Main, con motivo del "Symposium Internacional hacia una nueva Justicia Penal", realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, del 2 al 6 de mayo de 1988, organizado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia. El symposium se refirió al Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación presentado al Congreso Nacional por la Secretaría de Justicia de la Nación. El trabajo original del profesor Hassemer contaba con una primera parte dedicada al tema de legalidad y oportunidad en el proyecto, que, por decisión del autor, ha sido suprimida de esta versión castellana (N. de la T.).

De acuerdo con una legalidad jurídico-material, la seguridad de las normas presupone que éstas se realicen en el proceso penal tal y como las afirma el derecho penal material; la aplicación sólo selectiva y oportunista de las normas materiales en el proceso penal tiene que conducir a largo plazo a debilitarias, especialmente a aquellas cuya aplicación resulta más perjudicada por una selección oportunista.

2) Si el derecho penal material es aplicado en el proceso penal de forma desigual, entonces es de esperar que todo el sistema del derecho criminal sufra en su totalidad perjuicios. La población puede esperar que el Estado que castiga observe en la realidad aquellas normas del derecho penal que proclama públicamente en el texto de la legislación penal. El principio de oportunidad en el proceso penal transmite, especialmente si sus presupuestos no están definidos estrictamente (véase 2, f), la impresión de desigualdad, inconsecuencia y engaño.

3) El principio de legalidad asegura el tratamiento igualitario de los ciudadanos -fundamental para una administración justa de la justicia penal- en la medida en que obliga a aplicar de forma igualitaria las normas del derecho penal. Las normas del derecho penal rigen "sin tener en cuenta a la persona": su símbolo es la venda que tapa los ojos de la justicia. El principio de oportunidad no puede excluir con seguridad que el poder social (político, económico, personal) determine la aplicación de las normas del derecho penal y que con ello lesione el mandato del tratamiento igualitario.

4) El principio de oportunidad pone en peligro, en todo caso, el principio de la división de poderes, cuando las autoridades de instrucción pueden decidir independientemente sobre la no persecución de los hechos punibles. La puesta en libertad de delinquentes es competencia de los tribunales; las autoridades de instrucción deben examinar la sospecha y preparar el proceso judicial. La división de poderes significa en el derecho penal que el Poder Ejecutivo tiene que dejar a cargo del Poder Judicial la decisión sobre la punibilidad de una conducta comprobada.

5) El principio de oportunidad, en el proceso de instrucción desvaloriza tendencialmente la vista oral de la causa: cuantos más hechos punibles se sustraigan al proceso de persecución penal durante el procedimiento de instrucción, menos importante será el significado de la vista oral de la causa para el control de la punibilidad; así puede

ocurrir, por ejemplo, que se sustraiga al Poder Judicial partes prácticas y cotidianamente importantes de la criminalidad masiva (p.ej., la criminalidad de tránsito vial y de hurto).

6) Amenaza también el principio de publicidad en el proceso penal. En el proceso de instrucción la publicidad está casi totalmente excluida, y no puede ser tampoco de otra manera. Cuantas más decisiones normativas sobre la punibilidad se tomen ya en el proceso de instrucción, más sufrirá la publicidad de la administración de justicia penal. Sobre todo sospechoso de acciones delictivas públicamente conocidas tenderán a buscar una solución del asunto ya durante el procedimiento de instrucción (unos de los problemas del § 153 a de la StPO¹); también las autoridades de instrucción tienden en casos delicados hacia un manejo discreto.

7) Sólo con un reconocimiento estricto del principio de legalidad se puede delimitar el proceso de instrucción de la actividad ejecutiva policial y configurarlo conforme al principio del Estado de derecho: la intervención policial se rige por el principio de oportunidad, la instrucción penal, por el de legalidad. Sólo con esta delimitación pueden eliminarse del proceso penal métodos de instrucción problemáticos (la pesquisa controlada, la intervención de "hombres-V", la pesquisa en trama, la instrucción de "autores" sin hechos) o al menos limitar su presencia de forma compatible con el principio del Estado de derecho.

Los fundamentos en favor del principio de legalidad son, por lo tanto, contundentes. Ellos residen en el ámbito de la justicia de la administración de justicia penal.

b) Fundamentos en favor del principio de oportunidad

Los fundamentos en favor del principio de oportunidad se tornan más sólidos en la medida en que se entienda al derecho penal como orientado hacia las consecuencias. Ellos residen en el ámbito de la efectividad de la administración de justicia penal. Sin embargo, resultan más heterogéneos en comparación con los fundamentos en favor del principio de legalidad. Dado que el principio de oportunidad casi no tiene ninguna importancia en el proyecto (Proyecto de Código Procesal Penal de la Secretaría de Justicia) serán ex-

¹ StPO: Strafprozeßordnung (Código Procesal Penal Alemán). (N. de la T.)

puestos más detalladamente los fundamentos que pueden aportarse en su favor:

1) Las ideas de la realidad en las que reside el principio de legalidad, son erróneas e idealistas: de ninguna manera se traslada a la realidad de derecho penal material, ni aun aplicándolo estricta y legalmente. Más bien toda norma del derecho penal material tiene indefectiblemente su cifra negra, y las cifras negras son de gran variedad según el tipo de norma penal (asesinato doloso vs. hurto vs. abuso de drogas). No se puede hablar entonces de ninguna manera de una aplicación regular y completa del derecho penal, y la ética del principio de legalidad no se puede realizar.

2) A diferencia del Código Penal, el proceso penal no es texto, sino escena, proceso. Las normas del derecho penal necesitan de una transformación en un actuar práctico. En esa transformación se ven necesariamente modificadas: están a disposición de especiales condiciones de actuación. Por ejemplo, no se puede prescribir con exactitud a las autoridades de instrucción el momento de actuar sobre el sospechoso, de tal forma que no se puede definir exactamente el concepto de sospecha y no se puede impedir legalmente que las autoridades de instrucción adopten una forma de instrucción acorde con la inteligencia policial.

3) El proceso penal y el derecho procesal penal no son una simple prolongación del derecho penal material; no sólo sirven para la realización de las normas penales como reside en la idea del principio de legalidad, sino que también tienen sus propias metas (ellas son el derecho constitucional aplicado). El proceso penal tampoco está obligado a la indagación de la "verdad material", sino más bien a la indagación de "una verdad lograda por vías jurídico-formales" (palabra clave: prohibiciones de pruebas). Las ideas de la relación entre el derecho penal material y derecho procesal penal que le son propias al principio de legalidad se encuentran, por tanto, superadas.

4) A corto plazo resulta económicamente y a largo plazo políticamente poco inteligente el obligar a las autoridades de instrucción a esclarecer de forma igual y con la misma intensidad todos los hechos punibles. Los recursos personales y materiales de las autoridades de instrucción siempre resultarán escasos. Por ello las autoridades de instrucción concentrarán su actividad instructoria de forma selectiva, diga lo que diga el legislador; algunos casos los perseguirán de manera intensa, otros con menos intensidad y otros no

los perseguirán. Sin persistir el legislador severamente en el principio de legalidad, tendrá siempre la oportunidad de prescribir a las autoridades instructorias los criterios de una actividad selectiva, por ejemplo, de limitar una persecución penal en los casos de bagatelas en un sentido amplio (como, p.ej., § 153, 154, 154 a, StPO) o cuando sea previsible que la persecución penal, por motivos determinados, no pueda alcanzar una adecuada ejecución de la pena (p.ej., § 153 c, 154 b, StPO).

5) Es justo y político-criminalmente perspicaz el realizar ya en el proceso de instrucción (y no recién en la sentencia al final de la vista oral) las facilidades previstas en el derecho penal material, de tal manera que si es de esperar una facilidad, ya pueda cesar el proceso de instrucción. Ello es válido en el caso en que el juez penal vaya a prescindir de la pena (§ 153 b, StPO) o si el sospechoso merece la absolución debido al arrepentimiento activo (§ 153 c, StPO —aquí solamente se refiere a delitos políticos—). Esto es justo, porque ya el hecho de llevar a cabo el proceso penal (y no recién una consecuencia penal) representa para el afectado una carga y con frecuencia también una carga de índole jurídica; esta carga puede ser evitada.

6) Resulta criminalísticamente inteligente (la predisposición de denuncia y de testificar) y se corresponde con el principio de orientación hacia la víctima, el conceder la libertad de persecución a la víctima de una coacción o extorsión, ya durante el proceso de instrucción, respecto del hecho punible mediante el cual es presionada por el autor; esto rige en todo caso respecto de hechos de hasta mediana gravedad (ejemplo, § 154 c, StPO).

7) Puede ser aconsejable para la descongestión de los tribunales penales y para la agilidad del proceso el conceder a las autoridades de instrucción la posibilidad de suprimir el proceso hasta en los hechos punibles (sospechosos) de mediana gravedad. Dado que no se trata de bagatelas (cfr. 1, b, 4), la suspensión del proceso no puede quedar sin consecuencias; las autoridades de instrucción tienen que tener un poder de sanción limitado (reparación, multas, etcétera). Ya que esta sanción se dirige contra un inculpable (art. 6 II, MRK²), el acusado tendrá que aceptar el proceso. Para

² MRK: Konvention zum Schutz der Menschenrechte [Convención para la Protección de los Derechos Humanos. (N. de la T.)]

preservar el principio de Estado de derecho en este proceso (división de poderes; supra 1, a, 4) es necesaria la aprobación del tribunal competente. Un ejemplo de esta variante de la oportunidad es el § 153 a, StPO, que es aceptado y utilizado en la práctica, pero que es fuertemente combatido por la doctrina.

8) Para preservar la unidad del ordenamiento jurídico y para evitar decisiones judiciales que se excluyan mutuamente, puede ser aconsejable suspender momentáneamente un proceso de instrucción (y bajo determinados presupuestos suspenderlo totalmente), si la decisión penal depende prejudicialmente de una decisión no penal (ejemplos, art. 233 del Proyecto² y § 154 d, e, StPO).

9) A un sistema penal moderno y orientado hacia las consecuencias no debería parecerle evidente el tener que llevar a cabo un proceso penal, aun cuando los perjuicios políticos sean mayores que los beneficios (*fiat iustitia, peccat mundus*). A esta filosofía se le correspondería la suspensión del proceso, especialmente en los "delitos políticos", justamente cuando el llevar a cabo el proceso tuviese graves desventajas para el Estado (ejemplo, § 153, StPO).

10) En la República Federal de Alemania se intentó introducir la "regulación de testigo principal" (*Kronzeugenregelung*) para los delitos de terrorismo: la suspensión del proceso a través del fiscal general federal (*Generalbundesanwalt*) y/o por el juez de instrucción del Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof*) frente al sospechoso delincuente que hace declaraciones criminalísticamente importantes acerca del grupo terrorista. Fundamentación: esta variante del principio de oportunidad sería la única posibilidad para combatir eficazmente el terrorismo. Aún no se puede predecir cómo terminarán las discusiones políticas.

2. PRESUPUESTOS PARA UNA OPCIÓN

A mí no me corresponde hacer propuestas acerca de una política de persecución penal enmarcada dentro de la dicotomía entre legalidad y oportunidad. Yo quiero más bien llamar la atención finalmente sobre algunas correlacio-

² Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación (N. de la T.).

nes y estructuras que debería tomar en cuenta una opción de mezcla entre legalidad y oportunidad.

a) Los principios de legalidad y oportunidad en la persecución penal acentúan diferentes aspectos de la idea del derecho: la legalidad, la idea de justicia; la oportunidad, la de conveniencia (efectividad e inteligencia política). Por ello una opción político-criminal debería tener en cuenta que la justicia es el fin, pero que la conveniencia es una condición restrictiva de la persecución del fin; expresado más sencillamente: tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea (actual, económica y políticamente) necesaria.

b) El principio de legalidad se puede encuadrar dentro de las teorías absolutas de la pena y el principio de oportunidad dentro de los fines relativos de la pena. El principio de legalidad es exposición de automatismo, regularidad y de justa retribución por el hecho, mientras que el principio de oportunidad es exposición de ponderación en el caso particular de apreciación de cada una de las particularidades y de consideración inteligente de las consecuencias. Por ello también el principio de legalidad nos resulta "clásico" y el principio de oportunidad "moderno", y debido a esto el principio de oportunidad tiene actualmente mayores posibilidades de visibilidad dentro de un derecho penal que hoy en día se orienta hacia las consecuencias.

Pero debe considerarse que un derecho penal orientado exclusivamente en una dirección "moderna" corre el peligro de desvirtuar los límites clásicos del derecho penal y de devenir en un terrorismo de Estado. El derecho penal debe permanecer frente a esto como "barrera infranqueable de la política criminal" (von Liszt). Las objeciones que actualmente se le hacen a las teorías penales "modernas" se pueden formular, *mutatis mutandis*, también contra el principio de oportunidad.

c) El principio de oportunidad es apreciado frecuentemente por su efecto descriminalizador. Esto resulta en principio correcto: aparta tempranamente hechos sospechosos del proceso penal. Pero se debe tener en cuenta que no se trata en su totalidad de hechos punibles (su punibilidad no está determinada, art. 6, II, MRK⁴) y se debe considerar especialmente que el principio de oportunidad no es el ins-

⁴ Ver nota 2 (N. de la T.).

trumento adecuado para la descriminalización; esto le corresponde más bien al derecho penal material. Resulta teóricamente contrario al sistema y políticamente un engaño al público el proclamar públicamente la criminalización en los códigos penales (p.ej., el ilícito de bagatela) y excluirlos clandestinamente en el proceso penal: cuanto más se oriente el derecho penal material hacia los principios de proporcionalidad y de la fragmentariedad, menos motivos habría para un proceso penal oportunista.

d) También para la descongestión de los tribunales que se espera como consecuencia del principio de oportunidad (supra 1, b, 7), existe una equivalencia funcional. Junto a la descriminalización jurídico-material del ilícito no merecedor de pena (2, c) se debe pensar especialmente en la introducción de un proceso reducido y sumarial, que en todo caso tiene la ventaja de la ejecución judicial y de la participación necesaria del acusado.

e) En tanto el principio de oportunidad sea justificado en el marco de un cálculo de utilidad (supra, especialmente 1, b, 9, 10) se debe preguntar críticamente acerca del concepto de "utilidad" y de "daño". Según mi apreciación, resulta político-criminalmente injustificado e irracional el contemplar la utilidad inmediata (p.ej., la destrucción de un grupo de terroristas) y pasar por alto el daño a largo plazo que tal regulación del principio de oportunidad puede ocasionar a la administración de justicia penal. El que omite estratégicamente hechos punibles graves debido a un cálculo criminalístico o político, no sólo daña a la justicia, sino también y especialmente a la confianza de la población en la regularidad del derecho penal. Sin esta confianza la administración de justicia penal no puede sobrevivir.

f) En cuanto un derecho procesal penal admita casos de oportunidad, el grado de compatibilidad con el principio del Estado de derecho del proceso dependerá de que estos casos estén determinados con precisión. Reglas de oportunidad que estén reguladas sin precisión destruyen en su totalidad al principio de legalidad; la persecución penal oportunista se expande entonces como una epidemia: la decisión de las autoridades de instrucción de no perseguir un hecho punible no podrán ser controladas con eficacia, ni tampoco delimitadas.

g) Si se admiten casos de oportunidad en un proceso penal aún hay todavía otros medios para delimitar los peligros para el principio del Estado de derecho:

1) La participación del tribunal competente o también del juez de instrucción para introducir una instancia de control y para atenuar las dudas resultantes del principio de división de poderes (*supra* 1, a, 4).

2) La aprobación del afectado en todo caso en el que la suspensión del proceso vaya unida a cargas para su persona (§ 153 a, StPO). Pero aun cuando éste no sea el caso, es aconsejable la aprobación del afectado dado que permanece la sospecha delictiva contra un ciudadano inculpable sin esclarecimiento judicial, y esto significa un daño jurídico para el inculpable.

3) El requerimiento de fundamentación para cada disposición de suspensión; con ello, no sólo el afectado, sino, eventualmente, también el público interesado, pueden comprobar los motivos de la suspensión.

4) La creación de un procedimiento de acusación obligatoria (§ 171 y ss., StPO) para que por lo menos el lesionado pueda controlar con ayuda de los tribunales la suspensión del proceso.

h) Justamente la relación entre legalidad y oportunidad en la persecución penal resulta en la práctica de la administración de la justicia penal menos un problema de los textos legales, que mucho más una consecuencia de la efectiva implementación del derecho; un derecho procesal por más inteligente que sea, sólo limitará la persecución penal cuando las autoridades de instrucción y los tribunales penales dejen limitarse. Como mero principio, el principio de legalidad es demasiado débil como para poder imponerse realmente en la práctica de la persecución penal; las posibilidades de una persecución penal oportunista son demasiado numerosas, demasiado seductoras y no se pueden controlar bien.

Por ello, finalmente, la mezcla de legalidad y oportunidad depende de la ética de las autoridades y de los tribunales, del control a través del público y de la confianza de la población en la administración de la justicia penal.

Esto podrá ser una opción para el proyecto, es decir la prescripción de una persecución penal orientada estrictamente al principio de legalidad.

LA LEY DE OBEDIENCIA DEBIDA

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

1. HUBO SOLDADOS ARGENTINOS QUE COMETIERON DELITOS PORQUE NO SE DIERON CUENTA QUE SUS VÍCTIMAS ERAN SERES HUMANOS

El considerando de la ley* expresa esto claramente. Se trataría de un error de tipo, un *Tatbestandsirrtum*. Este error de tipo sería invencible, porque no da lugar tampoco a tipicidad culposa. El error sería atribuible a una guerra. Una guerra sería, pues, una circunstancia suficiente para

* Ley 23.521, de obediencia debida.

Art. 1º - Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1, de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes.

En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

Art. 2º - La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles.

Art. 3º - La presente ley se aplicará de oficio. Dentro de los cinco días de su entrada en vigencia, en todas las causas pendientes, cualquiera

fundar la invencibilidad de un error que impida a los soldados reconocer las características de humanidad de sus enemigos que son de su misma nacionalidad, idioma, clase social, etcétera. Con mayor razón sería invencible el error si los enemigos fuesen extranjeros y hablasen otro idioma. En definitiva, a nadie se podría condenar por crímenes de guerra, porque se estaría violando el principio de culpabilidad. Los Convenios de Ginebra serían violatorios del principio de culpabilidad. El derecho humanitario carecería de cualquier sentido.

2. LOS SOLDADOS ARGENTINOS NO REALIZAN ACCIONES

Si un juez quiere secuestrar a su enemigo y libra una orden de detención formalmente impecable, el policía que la ejecuta actúa antijurídicamente considerando que actúa antijurídicamente todo el que interviene en el proceso causal del resultado antijurídico (teoría del injusto objetivo). La víctima del secuestro podría defenderse legítimamente contra el policía y matarlo. Sin embargo, el policía estaría cumpliendo con su deber. Si no queremos renunciar a la teoría del injusto objetivo, la única solución sería afirmar

sea su estado procesal, el tribunal ante el que se encontraren radicadas sin más trámite dictará, respecto del personal comprendido en el art. 1º, primer párrafo, la providencia a que se refiere el art. 252 bis del Código de Justicia Militar o dejará sin efecto la citación a prestar declaración indagatoria, según correspondiere.

El silencio del tribunal durante el plazo indicado, o en el previsto en el segundo párrafo del art. 1º producirá los efectos contemplados en el párrafo precedente, con el alcance de cosa juzgada.

Si en la causa no se hubiere acreditado el grado o función que posea a la fecha de los hechos la persona llamada a prestar declaración indagatoria, el plazo transcurrirá desde la presentación del certificado o informe expedido por autoridad competente que lo acredite.

Art. 4º - Sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 23.492, en las causas respecto de las cuales no hubiera transcurrido el plazo previsto en el art. 1º de la misma, no podrá disponerse la citación a prestar declaración indagatoria de las personas mencionadas en el art. 1º, primer párrafo, de la presente ley.

Art. 5º - Respecto de las decisiones sobre la aplicación de esta ley, procederá recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el que podrá interponerse dentro de los cinco días de su notificación. Si la decisión fuere tácita, el plazo transcurrirá desde que ésta se tuviere por pronunciada conforme con lo dispuesto en esta ley.

Art. 6º - No será aplicable el art. 11 de la ley 23.049 al personal comprendido en el art. 1º de la presente ley.

Art. 7º - De forma.

que el policía no realiza ninguna conducta y, de este modo, la víctima del secuestro sólo podría actuar legítimamente dentro de los límites del estado de necesidad justificante. Así lo sostiene un sector de la doctrina argentina: el que actúa en obediencia debida no realiza conducta, es decir, es lo mismo que una cosa, un animal, una persona usada como masa mecánica o un epiléptico durante una crisis. Si no realizó ninguna acción humana se impone cerrar inmediatamente la causa a su respecto. Esto es lo que hace la ley justamente, con lo que demuestra su afiliación a la obediencia mecánica y a la tesis de la ausencia de acto. Si la obediencia jerárquica debida constituye una ausencia de acto, falta el acto mismo al que se puede valorar negativa (delito) o positivamente (acto heroico). Sería necesario cancelar todos los premios, medallas y ascensos por actos de servicio meritorios o heroicos, incluso *post mortem*, porque no son actos.

3. EN FUNCIÓN DE LA OBEEDIENCIA DEBIDA NO ES PUNIBLE EL HECHO PENAL DE UN MILITAR QUE NO COMETIÓ NINGÚN HECHO PENAL

Un soldado argentino no quiere que se cierre la causa a su respecto, porque afirma que no cometió ningún hecho y que su procesamiento es resultado de la prisa con que se resolvió en virtud de un término perentorio establecido por la "ley de punto final". Su pretensión carecería de sentido, porque la presunción de que lo ampara la obediencia debida es *iuris et de iure*, y si la eximente de obediencia debida no puede discutirse, también será *iuris et de iure* la presunción de que hubo un hecho penal, pues las eximentes corresponden a hechos penales y no a "no hechos penales". Además, no tendría mucho sentido, por tratarse de una cuestión abstracta, pues de cualquier manera no habría realizado acto alguno. Nadie podría afirmar que se afecta su estima o su reputación porque su cuerpo, como masa física, haya sido causa de un resultado, si queda claro que no hubo ninguna voluntad de su parte.

4. LOS MUERTOS NO ESTÁN MUERTOS

La triste metodología de la desaparición forzada de personas ha hecho que miles de muertos no puedan ser considerados muertos y, por ende, los autores de esas muertes no

pueden ser condenados por homicidio. Si este hecho penoso lo sumamos a los análisis anteriores, resultaría que hubo militares que mataron personas porque no sabían que eran personas, pero quizá se pudiera pensar que realmente no lo eran, porque pese a que los mataron no están muertos, pero en definitiva, tampoco los mataron ellos, sino que sus comandantes en jefe les llevaron su cuerpo a hacerlo, impulsándoles su mano con una fuerza a la que no podían oponer ninguna resistencia muscular, e incluso hubo casos en que esa fuerza se ejerció para no matar a ninguna persona irrecognocible como tal y que luego no está muerta, y por sí misma exime de responsabilidad por lo que nunca pasó.

5. ILUSIONES Y ALUCINACIONES

Si un hombre se sienta frente a un psiquiatra y le dice que las Fuerzas Armadas están integradas por máquinas o que los soldados están sometidos a fuerza física irresistible, que hay muertos que no están muertos, que los soldados en la guerra no pueden saber que los enemigos son seres humanos y que a él le ampara la obediencia debida cuando no obedeció a nadie porque no hizo nada, no cabe duda que el psiquiatra dispondrá la inmediata internación de ese hombre. A partir de ese momento el diálogo será difícil, y el médico tratará de imaginar las vivencias del mundo subjetivo psicótico de su paciente, comprenderá e interpretará sus ilusiones y alucinaciones, sus trastornos de percepción de la realidad.

6. ¿EL DERECHO SIRVE PARA ALUCINAR O PARA TRATAR DE REGULAR LA CO-EXISTENCIA?

No hemos escrito lo anterior con placer, y aunque pueda percibirse cierta ironía, ella no hace más que ocultar la profunda amargura que esta ley nos produce, superada la estupefacción del primer momento. Dejamos de lado cualquier consideración política al respecto: no nos interesa aquí saber si era necesario o conveniente suspender los juicios a que se refiere la ley. Esa es materia políticamente opinable y no es nuestra intención entrar en esa polémica. No lo hacemos porque consideramos que la ley presenta un gravísimo problema jurídico, de tal magnitud que supera en mucho la mera cuestión de saber si conviene o no seguir esos proce-

sos: la ley compromete el concepto mismo del derecho y su función.

Si hay homicidios, hay muertos; si los homicidas son militares, se tratará de militares que realizaron conductas de matar; si un militar no realizó ninguna conducta de matar debe ser absuelto por no haber homicidio alguno que imputarle; si por las razones políticas que fuere no conviene que se juzguen esos hechos, el Congreso tiene a su disposición la posibilidad de amnistiarlos. Esto está claro y lo entiende cualquiera. La discusión será política, pero en lo jurídico no puede decirse mucho: hay delitos, pero se decide no desvalorar esos hechos como delitos. En principio, el legislador, que le coloca a un hecho su disvalor jurídico-penal, puede retirárselo. Pero lo que el legislador no puede hacer es inventar lo que valora o disvalora. Cuando el legislador inventa la realidad, ya nadie puede entenderse con el derecho, como no sea al nivel del psiquiatra con el paciente psicótico. Un legislador alucinado no permite la coexistencia, porque no permite el diálogo. Ninguna posibilidad hay de comunicación de un "yo" con un "tú" cuando no sabe uno lo que nombra el otro. Es como una partida de ajedrez en la que cada jugador, en cada jugada, mueve las piezas como quiere, y hace que las torres se crucen como alfiles, que los peones salten como caballos o que los alfiles corran como torres. En semejante partida, el ganador será quien primero mueva las piezas, porque puede hacer que una pieza cualquiera se coma de golpe todas las de su contrincante (¿por qué tendría que atenerse a la regla de comer una pieza por jugada?).

Un legislador semejante nos hace recordar aquello de que "el parlamento británico lo puede todo, menos convertir a un hombre en mujer". Si lo puede todo, puede inventar la realidad, hacer que lo que fue no haya sido y que lo que no fue haya sido. Así, Hitler o Stalin pueden ser campeones de los derechos humanos y Gandhi un sanguinario, todo en un discurso jurídico coherente en cuanto a su completividad lógica interna, pero en el que las palabras designan cosas distintas de las que señala su contenido semántico. Si el legislador fuese omnipotente hasta ese grado y la función del saber jurídico fuese la de limitarse a producir un discurso que pone orden logrando únicamente la completividad interna del propio discurso, el saber jurídico tendría por función la de ordenar alucinaciones de modo no contradictorio y sería en definitiva una mera técnica para el cumplimiento de esa función.

7. LAS COSAS POR SU NOMBRE

Lo anteriormente dicho no es una reducción al absurdo para esgrimirse como coyuntural argumento político, sino que es la expresión del absurdo que representa esta ley, la forma de entender el derecho que presupone y la teoría del conocimiento de que parte, al menos para quienes creemos que la función del derecho es tratar de introducir un orden racional (o lo menos irracional posible) que posibilite (u otorgue la mayor posibilidad disponible) para la co-existencia entre seres capaces de autodeterminarse y de motivarse conforme a sentido, es decir, entre personas. No es broma lo que nos muestra esta ley: presupone el mismo concepto de derecho que provocó la total indefensión de los juristas alemanes frente a la legislación nazi.

Justamente para reparar esa carencia, en la temprana posguerra surgió un importante movimiento, poco homogéneo y nunca bien comprendido, que apelaba a la "naturaleza de las cosas" (*Natur der Sache*). Gustav Radbruch y Hans Welzel —dos de sus más notables expositores— extrajeron consecuencias diferentes, pero ambos se movieron en las fronteras de lo que Engisch llamó "un derecho natural en sentido negativo", que no dice cómo debe ser el derecho, pero sí qué no es derecho.

Radbruch había contribuido como pocos a sustentar un concepto neo-kantiano del derecho, análogo al que presupone esta ley. Sin embargo, al fin de la guerra dio su espectacular "giro" (la *Kehre*), que llamó la atención del mundo jurídico. Ya Radbruch no podía sostener que Herodes producía derecho, porque había tenido la vivencia de Herodes. Su página *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945) es algo más que una reacción especulativa: es un manotazo que limpia la mesa de trabajo de papeles viejos. Las leyes colonialistas en África, la segregación racial en Norteamérica o las purgas stalinistas estaban lejos de Radbruch, en una época en que las distancias contaban en el mundo mucho más que hoy. Pero cuando en la tierra de Goethe y de Kant apareció Herodes hablando su misma lengua, Radbruch no pudo menos que reaccionar y buscar un punto de apoyo para un derecho que se había nutrido de ficciones. La vida no le dio tiempo para desarrollar sus nuevas ideas. Parte del sacudón productor de la *Kehre* había sido la muerte de su

hijo y de su íntimo amigo en el frente ruso en 1942. Pocas figuras son tan trágicas y ejemplares en el campo del pensamiento jurídico, como la del viejo Radbruch y su Kehre.

Por su parte, Welzel, siguió un camino relativamente paralelo con sus "estructuras lógico-reales" (*Sachlogischen Strukturen*), también claramente derivadas de la *Natur der Sache*, llevando la cuestión al derecho penal, aunque limitadamente, puesto que no pasó de la teoría del delito. La discusión en el campo de la teoría del delito fue tan espectacular, que prácticamente se olvidó por completo su fundamento, limitándose a perfeccionar categorías dogmáticas del delito con un formidable y refinado arsenal técnico. Fue inútil que Welzel insistiera hasta su último trabajo en la cuestión de las "estructuras lógico-reales" y en la función del derecho, porque ya nadie volvió a reparar en la *Natur der Sache*. El propio Welzel se quedó a medio camino puesto que, al limitarse a la innovación de la teoría del delito y no llevar sus "estructuras lógico-reales" a la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, introdujo un corte transversal en el derecho penal, que le ahorró la ciclópica tarea de reformular todo su concepto. El concepto *welzeliano* del derecho penal, de las penas y de las "medidas" es tan neo-kantiano como el de sus contradictores en las estrepitosas batallas que tuvieron lugar en la teoría del delito.

8. ¿QUÉ PASÓ EN AMÉRICA LATINA?

En nuestra tierra reproducimos el debate europeo central acerca de la teoría del delito, pero nos quedamos con el neo-kantismo. Unos pocos advertimos el peligro, pero nadie nos escuchó. El saber jurídico, preocupado por la completitud lógica interna de su propio discurso se resistió a la "contaminación" de todo dato de realidad. El derecho no sólo disvalora, sino que también inventa o modifica a su gusto "eso" que disvalora. Así llegamos a la psicosis jurídica, a la imposibilidad de todo diálogo por manejo arbitrario del lenguaje, a la confusión de todos los niveles, al borde de la inutilización del derecho como instrumento de co-existencia. La ley de "obediencia debida" es el punto culminante de la degradación del derecho. Siempre fuimos seguidores fieles del pensamiento europeo, y ya no teníamos nada que copiar en el correcto sentido, porque los europeos estaban circulando por otros senderos.

9. ¿QUÉ PASÓ EN EUROPA?

Herodes murió en el Bunker y el Plan Marshall dio sus frutos. La Convención de Roma, el Mercado Común, el Parlamento Europeo, la caída de los "coroneles griegos", la democratización de España y Portugal y el paso de las generaciones dieron a los europeos la seguridad de que Herodes no puede renacer. Perdió sentido recordar la *Natur der Sache* de la temprana posguerra, y también murieron sus mentores (Radbruch en 1949, Welzel en 1977). Para unos, se opera una politización general del tema que abarca y consume toda la discusión, por lo cual lo jurídico queda tan radicalmente deslegitimado que sigue funcionando igual y sin inmutarse. Para otros, cualquier referencia a la *Natur der Sache* es demodé, porque resulta no científica, siendo "científico" únicamente el refugio en una técnica que deja fuera de su ámbito la necesidad y el sentido del derecho penal, que lo presupone sin ocuparse de ello, que toma de las discusiones de los años sesenta únicamente los aspectos más formales y peligrosos (una insistencia en la "etización"). Así se llega a una sociología y a un análisis crítico ideológico del sistema penal, sumamente importante, pero que no afecta al derecho penal. Por otro lado se llega a una tecnología altamente compleja, cada día más etizada y menos garantizadora de derechos humanos, que se cierra en sí misma. Cualquier referencia a la *Natur der Sache* es reaccionaria, a-científica o demodé.

Es verdad que la *Natur der Sache* puede instrumentarse de modo altamente reaccionario; es innegable la necesidad del análisis sociológico y de la crítica ideológica al sistema penal: no puede ignorarse tampoco que la aplicación racional del derecho penal requiere una técnica de considerable complejidad. Pero también es verdad que la *Natur der Sache* sin las "cosas" del dato sociológico y crítico-ideológico, sería la *Natur* de cualquier "cosa"; que la sociología del sistema penal y su crítica ideológica que no intente influir sobre la teoría jurídica, será una interesante teorización ofrecida a los políticos y que tomarán en cuenta cuando tengan ganas de hacerlo; y que una teoría jurídica que no respete los datos de realidad será un interminable juego de malentendidos, porque nadie sabrá qué nombra el otro, y que por inventar lo que no existe y darle al valor jurídico la mágica función de crear su objeto, puede elaborar un discurso jurídico coherente y respetuoso de derechos humanos para ex-

plicar una ley que al operar en la realidad a través de todo el sistema penal resulte violando todos los derechos humanos.

Como el paso posterior a Welzel implicaba una reformulación total del derecho penal, altamente cuestionadora de su sentido y alcance, fue mejor dejar de lado las "estructuras lógico-reales". No podemos olvidar que la tecnocracia crea sus discursos en forma que le permita deslegitimar cualquier tentativa de crítica perturbadora. Paralelamente, la convicción de que Herodes murió definitivamente en el Bunker, les muestra como imposible una hipótesis como la señalada o una ley como la de "obediencia debida". Sin embargo, creemos que olvidan que Herodes es como el Ave Fénix, puede renacer de sus cenizas y nunca se sabe cuándo. Quizás a esta actitud europea convenga responder con aquellos versos del Martín Fierro, que resumen la sabiduría del campo: "Y naides se muestre altivo / Aunque en el estribo esté, / Que suele quedarse a pie / El gaucho más alvertido".

10. ¿QUÉ PUEDE ENSEÑABLE A EUROPA LA LEY DE "OBEDIENCIA DEBIDA"?

La opinión pública europea siguió con interés poco frecuente los procesos a los más altos jefes del régimen argentino de 1976. La doble nacionalidad de buena parte de la población argentina, la tradición académica argentina reproductora de ideologías europeas, la actitud de un considerable sector de la clase media argentina (que pretende distinguirse como "europea" frente al resto de Latinoamérica), junto a otros factores que no es del caso analizar, produjo lo que puede llamarse un "efecto de doble espejo": los europeos también se vieron un poco reflejados en la Argentina y "entre europeos" resultaban decididamente intolerables los abominables métodos instrumentados por el régimen de 1976. Europa no sólo se está olvidando de la *Natur der Sache*, sino también del prólogo de Sartre al libro de Fanon.

Ahora, en este "juego del doble espejo", la ley de "obediencia debida" le devuelve a Europa una imagen trágica que no se compatibiliza con "lo europeo". Ante ello, puede optarse por desprestigiar la imagen, destruyendo el "doble espejo", y considerarla propia de subdesarrollados, o bien, por extraer alguna enseñanza y reflexionar sobre la eventual conveniencia de retomar un camino que se abandonó ante una falsa seguridad en la muerte definitiva de Herodes.

11. ¿QUÉ NOS ENSEÑA A LOS LATINOAMERICANOS?

Para nosotros, Herodes no está muerto, sino que deambula, más o menos maltrecho a veces, por todo el continente, y siempre encuentra dónde reinar, incluso gozando del don de la ubicuidad. El disparate jurídico, el escándalo a la razón que es la ley de "obediencia debida", debe servir para que archivemos definitivamente una metodología jurídica que nos lleva a la psicosis jurídica y que invita a Herodes a volver y que es capaz de consagrar como "derecho" sus antojos homicidas. Basta de inventar "cosas", respetemos el mundo, recobremos nuestro lenguaje, comencemos el diálogo que impone la co-existencia, demos dignidad al derecho, rescatémoslo de la cloaca a que lo ha arrojado esta metodología. Empecemos por advertirle al legislador que hay muchas cosas que no puede hacer, como por ejemplo convertir a las vacas en elefantes, a los militares en cosas, a los muertos en vivos, y muchas más. Puede, sin duda, decir qué es jurídicamente bueno y malo, pero no inventar ni modificar el ser de lo que adjetiva. Para no poner el derecho al nivel cloacal de servidor de Herodes, tenemos por delante una inmensa tarea teórica en el campo del derecho penal (para no mencionar más que un área del saber jurídico): perfeccionar las "estructuras lógico-reales", tomar la cuestión donde la dejó Welzel y aplicarlas a las consecuencias jurídicas del delito y, dado que toda teoría de la pena es una teoría del derecho penal, construir por este camino una nueva teoría del derecho penal. Puede parecer un programa demasiado ambicioso y sin duda lo es, especialmente si pensamos que se traza desde una posición marginal del poder central. Sin embargo, como es indispensable para nuestra supervivencia, la necesidad y la pulsión de la conservación pueden darnos fuerza para desarrollarlo.

EL PROCESO ARBITRAL EN LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES*

BERNARDO M. CRENADES**

1. EL ARBITRAJE, TÉCNICA PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Hace algunos años, cuando se me encomendaba la labor de presentar el arbitraje, acostumbraba defender incondicionalmente las ventajas de utilizar el arbitraje en las relaciones económicas internacionales. Quizá la inexperiencia no me hacía ver los posibles defectos que el arbitraje en sí podía tener. Los años me han hecho ver que puede, efectivamente, ser un medio más rápido, más técnico, más barato, más eficaz, más confidencial... Sin embargo, no es ninguna panacea. Es, simplemente, una técnica para la solución de los conflictos mercantiles internacionales, que consiste en poner en manos de un tercero la solución de los mismos, comprometiéndose las partes a estar y pasar por la decisión que aquél tenga a bien tomar en su día.

El arbitraje es nada más ni nada menos que una pura técnica. No vale, en consecuencia, construir una filosofía y en algunos casos una verdadera poesía en su torno. Es una simple técnica y en cuanto tal hay que divulgarla y conocerla para su mejor utilización.

Es además una técnica para la solución de conflictos. El conflicto y en concreto, el conflicto mercantil internacional,

* Publicación autorizada por *Revista Thémis*, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 11, p. 10, 1966.

** Presidente de la Corte Española de Arbitraje, miembro del International Institute for Business Law & Practice, miembro del International Council for Commercial Administration.

se constituye a modo de piedra angular del arbitraje. El conflicto que surge en la ejecución o interpretación de los acuerdos mercantiles. Es simplemente una enfermedad a solucionar para el restablecimiento de la salud en el organismo comercial. Por desgracia hoy, en época de crisis profunda, el conflicto está tomando una relevancia destacada; con verdad podemos decir que en la actualidad, el empresario tiene que hacer frente, al igual que su asesor jurídico, a una economía en situación de crisis.

Hablar del proceso arbitral es tanto como ir desmenuzando el conjunto de actos en que cristaliza el procedimiento desde el comienzo de las relaciones mercantiles hasta que el o los árbitros proceden a dictar la correspondiente sentencia arbitral. En este "procedere" de actuaciones hay que tener muy en cuenta que la técnica arbitral es una solución de empresarios y para empresarios, con un nuevo espíritu en la solución de los conflictos mucho más ágil y flexible, aunque por ello no menos seria ni dotada de menos garantías que aquella a la que estamos acostumbrados los abogados en el diario ejercicio de nuestra actividad profesional ante los tribunales estatales.

2. EL CONVENIO ARBITRAL

El proceso arbitral comienza con la firma de un convenio arbitral. En el arbitraje, la gran carta magna es precisamente este convenio, pues esta institución no es otra cosa que un acuerdo entre unas partes en conflicto real o eventual y -tras su aceptación- los árbitros o la institución arbitral en quienes se deposita la confianza para que lleguen a una aceptable solución de las diferencias entre las partes. De esta forma, surge el convenio arbitral como pieza clave dentro del desarrollo ulterior del proceso, pues los árbitros no pueden apartarse, bajo peligro de nulidad, de lo acordado entre las partes; si así lo hicieren, su sentencia y sus actuaciones podrían ser tachadas de nulidad. Además, por tratarse de un procedimiento empresarial, el espíritu que preside al arbitraje está en torno a la libertad de forma, lejos de los formalismos propios de sistemas judiciales. Por eso, el arbitraje comercial internacional, según se regula en sus convenios internacionales ratificados por numerosos estados a lo largo y a lo ancho de la geografía mundial, no conoce rígidos formalismos a la hora de elaborar el convenio arbitral o de darle eficacia. La diferencia entre cláusula ar-

bitral y compromiso, tan propia del derecho hispánico en todos nuestros países, queda difuminada en la práctica. Lejos de la flexibilidad que exige el arbitraje comercial internacional se encuentran las exigencias de nuestros ordenamientos jurídicos de formalización, ya sea notarial o judicial, del compromiso como pieza clave para la eficacia del convenio arbitral. Los empresarios están acostumbrados a realizar con rapidez grandes transacciones, intercambiándose simplemente telegramas, télex o utilizando otros medios de telecomunicación. Por esta razón, el arbitraje comercial internacional que se introduce a modo de cláusula final en estos contratos, no podía sino admitir la plena validez y eficacia de aquellos convenios arbitrales que cristalicen en una cláusula de los contratos o, a veces, en una simple línea del télex por el cual se pide o se confirma una operación.

El empresario es por hipótesis un emprendedor. No cabe empresario que no asuma con agrado la decisión, tomando los correspondientes riesgos en su vida diaria. La agenda de todo empresario constituye precisamente una concatenada sucesión de decisiones, asumiendo riesgos. Por ello, el empresario entiende muy bien que a la hora de firmar un convenio arbitral esté afrontando unos riesgos. Estos fundamentalmente derivan del hecho de que en dicho convenio se van a señalar los límites y las circunstancias con arreglo a los cuales se va a desarrollar el procedimiento en cuestión.

En concreto, las grandes opciones que puede adoptar el empresario al pactar el arbitraje pudieran ser las siguientes:

¿Qué tipo de procedimiento arbitral quiere en caso de conflicto? ¿Desea someter el eventual arbitraje a la fórmula artesanal de unas concretas y determinadas personas que le merecen su confianza o, por el contrario, pretende dar mayor estabilidad a la solución de los conflictos? En segundo lugar, las partes pueden establecer el lugar donde vaya a desarrollarse el procedimiento arbitral. Si así lo desean, pueden seleccionar también la lengua en la cual vaya a dilucidarse la contienda. Una cláusula muy recomendable en todo tipo de contratos comerciales internacionales es la relativa a la opción sobre la ley aplicable, con eficacia práctica a la hora de decidir el conflicto. Un punto muy crucial en la elaboración del convenio arbitral es, además, el relativo al nombramiento de los árbitros; el arbitraje vale lo que valgan los árbitros, se ha dicho reiteradamente, y es cierto pues a la postre son ellos quienes van a protagonizar el procedimiento hasta el logro de la sentencia definitiva.

El convenio arbitral constituye el punto de partida del arbitraje y además es su verdadera "carta magna". Cuando surja el conflicto, las partes se acordarán de aquella cláusula que a lo mejor colocaron al final de su contrato, sin darle mayor importancia porque en los momentos de redactar el texto que iba a regir esas relaciones comerciales que se prometían tan felices, nadie paró mientes en las serias advertencias del asesor jurídico que en esos momentos parecía prever los posibles nubarrones que las partes excluían por el optimismo de su negociación contractual.

3. ALEGACIONES DE LAS PARTES

Otro segundo gran bloque de actuaciones en el procedimiento arbitral, viene constituido por el que pudiéramos calificar como alegaciones de las partes. Cuando aparece el conflicto y las partes no son capaces de solucionarlo de común acuerdo, deben acudir al arbitraje. La parte que lo intenta poner en marcha formula la correspondiente demanda, recibe la contestación de la otra o de las otras partes y, a su vez, se suceden los escritos de réplica y dúplica en el procedimiento. En este orden de cosas, creo que debe insistirse de nuevo en el escaso formalismo que rige también en este punto el procedimiento arbitral. Los escritos en cuestión no tienen forma alguna sino que en la mayoría de los casos son simples cartas que se intercambian entre las partes, los árbitros o en su caso, las instituciones arbitrales. Tampoco existe gran inconveniente en la flexibilización de los plazos. El procedimiento es, en consecuencia, enormemente ágil.

4. ACTA DE MISIÓN

En algunos procedimientos, como es el caso especialmente de la Cámara de Comercio Internacional, es costumbre que cuando se hayan intercambiado las alegaciones de las partes y designado el tribunal arbitral, éste se reúna con los representantes de las partes para elaborar lo que se ha venido en llamar acta de misión. Este escrito que en su momento firmarán los árbitros con las partes sin formalismo alguno, cristalizado en un simple escrito privado entre ellos, pretende recoger clara y listadamente las pretensiones

de las partes y las cuestiones que someten a la decisión de los árbitros. La experiencia dice que, en muchos casos, la simple elaboración del acta de misión bajo la autoridad de los árbitros es el comienzo de un entendimiento que hasta aquel momento era imposible entre las partes porque hablaban un lenguaje bien distinto y distante. Cuando se ha redactado en negro sobre blanco las pretensiones de una y otra de las partes, éstas comienzan un diálogo sincero que al cabo de los días, semanas o incluso meses, termina en una posible solución de común acuerdo. A veces, cuando estalla el conflicto no es el mejor momento para el diálogo y sucede con bastante frecuencia que las partes no están dispuestas a abordar toda la problemática que la contraparte les plantea.

5. PERIODO PROBATORIO

Intercambiadas las alegaciones y, en su caso, firmada el acta de misión, comienza la fase que pudiéramos llamar período probatorio. La prueba en el arbitraje pretende conducir a la verdad material sobre los hechos. Los árbitros a través de las diferentes pruebas deben llegar al convencimiento sobre los hechos debatidos y en consecuencia sobre quién tiene la razón. Por eso, en el arbitraje, no prima la verdad probatoria formal, sino que la búsqueda se centra fundamentalmente en torno a la verdad real. En la presentación de documentos, testigos, en el desarrollo de la inspección ocular, en la audiencia directa de las partes, los árbitros van llegando a su convencimiento interior y personal. De ahí, el fracaso muchas veces, de técnicas y tácticas legales, quizás exitosas en el procedimiento judicial, pero tremendamente perjudiciales ante los árbitros que pueden ver detrás de ellas el ocultamiento o falseamiento de la verdad. El abuso de excepciones dilatorias o perentorias, la obstaculización en la presentación de pruebas..., son causas que muchas veces conducen a la duda en los árbitros sobre la seriedad de la postura de quienes utilizan tales argucias. Hemos dicho que el arbitraje constituye una técnica y esta técnica debe ser bien conocida por los asesores jurídicos de las partes, pues de lo contrario, corren peligro de estar asesorando no adecuadamente a sus clientes en cuanto que no logren el convencimiento real de quienes tienen que decidir la contienda.

6. LAUDO ARBITRAL

Convencidos los árbitros de su decisión, pasan a la elaboración de la sentencia o laudo arbitral. Este huye igualmente de todo formalismo. No son buenos laudos aquellos que pretenden hacer doctrina, es decir, aquellos en los cuales los árbitros se explayan páginas y páginas para fundamentar su fallo sin ser realmente necesarias. El árbitro tiene que alcanzar un equilibrio entre la lógica información a las partes del porqué llega a la decisión y, por otro lado, la terrible tendencia, sobre todo del profesional universitario, de escribir verdaderos tratados para que su laudo o sentencia arbitral establezca doctrina citada en el futuro. Los árbitros no sientan doctrina y su misión primordial ha de ser la de solucionar pretensiones, pues no hay nada más práctico que la labor decisoria estimando o rechazando pretensiones.

7. LA REALIDAD DEL ARBITRAJE

A efectos puramente expositivos, hemos intentado recoger en estos grandes apartados el desarrollo del proceso arbitral. Pero como ustedes comprenderán, en la solución de los conflictos se vuelcan las partes, sus asesores, los árbitros, eventuales terceros interesados en el desarrollo del procedimiento arbitral (sobre todo si existe la amenaza de iliquidez), las instituciones a las que se encomienda el arbitraje, ... La vida del arbitraje no permite el estático encasillamiento. El jurista está obligado a introducir en las instituciones su bisturí a efectos de conocimiento de la realidad del llamado proceso arbitral, pero no puede evitar que la fisiología del organismo vivo del mundo de los negocios desborde la realidad de una disección anatómica. Algo tan vital como el comercio internacional puede ser explicado estáticamente, pero nada más, pues la realidad desborda todo tipo de explicaciones.

8. EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL

En el funcionamiento real y práctico del procedimiento arbitral tiene una misión importantísima la institución arbitral, si las partes hubieran pactado encomendar la adminis-

tración del arbitraje a una entidad que les merezca confianza. La labor fundamental de ésta consiste principalmente en tutelar el desarrollo del procedimiento arbitral, para garantizar que los árbitros estén efectivamente cumpliendo la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral. Su tutela cristaliza en diferentes actuaciones, principalmente en torno al nombramiento y posible recusación de los árbitros y a la adopción de medidas que impidan posibles conductas obstruccionistas de alguna de las partes que no quieran cumplir con el compromiso dado en su día de someterse a arbitraje.

En este punto sí me gustaría manifestar el sentir cada vez más unánime de los empresarios y juristas provenientes de países hispánicos en torno a la administración arbitral que se está realizando en las instituciones domiciliadas en países importadores de materias primas y fuertemente exportadores de capitales y tecnología. Existe una queja bastante generalizada de que estas instituciones, lo quieran o no lo quieran, lo admitan o lo rechacen, administran los procedimientos arbitrales de acuerdo con la reacción psicológica de quienes habitan en tales países, muchas veces desconociendo los verdaderos intereses de los pueblos en desarrollo. A estas justas reclamaciones yo creo que deberíamos reaccionar de una doble forma: participando si se nos llamara en los organismos decisorios de tales instituciones y fortaleciendo o creando, en su caso, instituciones arbitrales en nuestra propia geografía. En muchos casos, instituciones muy prestigiosas del mundo llaman a nuestras puertas pidiendo representantes de nuestros países que colaboren en la administración de los arbitrajes; con bastante frecuencia, la respuesta ha sido en el pasado el silencio o la designación de personas cuya única finalidad era colocar el nombramiento en sus respectivas tarjetas de visita; tenemos una grave responsabilidad de nombrar a las personas adecuadas y que se dediquen a su función efectivamente para garantizar la neutralidad en la administración de los arbitrajes, con la participación de voces provenientes de nuestros países, con nuestra propia y peculiar mentalidad. Además, creo muy oportuno llamar la atención sobre la necesidad de fortalecer o crear centros de arbitraje que sean administrados en nuestros propios países.

Ya sé que nuestra mentalidad es más bien de jugar a corto plazo, del regateo en términos futbolísticos. Sin embargo, cuando se habla de la creación y, sobre todo, del fortalecimiento de centros de arbitraje en el área hispánica ha

de funcionar con otros criterios más propios del medio y largo alcance. Estos centros no son sino verdaderas y auténticas empresas de servicios y como tales deben dar una especialísima atención a la clientela para ganarla y reafirmar su confianza día a día.

La importancia de la labor a realizar queda ratificada en los nuevos rumbos que está tomando, en el momento actual, el derecho mercantil internacional. Los tribunales arbitrales no sólo solucionan conflictos a lo largo y a lo ancho de la geografía mundial, sino que elaboran una jurisprudencia que algunos califican como una nueva *lex mercatoria* internacional. Es decir, no sólo son cauce para la solución de los conflictos, sino que a través de la decisión reiterada de estos conflictos se genera su regulación, se está estableciendo el precedente, que ha de regir las relaciones mercantiles internacionales en el futuro próximo. De ahí la importancia de eficaces centros arbitrales que sepan hacer eco a la voz de los intereses hispánicos en la exigida neutralidad para la solución de los conflictos y sobre todo —en lo que es más grave y vinculante— en el nacimiento de la nueva regulación.

9. EL ARBITRAJE Y LA ACTIVIDAD JUDICIAL

La anatomía y posteriormente la fisiología del proceso arbitral no puede olvidar su patología. Es decir, aquellos casos extraordinarios en los cuales los empresarios que aceptaron en su día someterse a arbitraje no cumplen con su compromiso. Y digo que se trata de casos excepcionales pues, gracias a Dios, las estadísticas de un conocido centro de arbitraje mundial como es el de la Cámara de Comercio Internacional, indican que sólo el 10 % de las sentencias dictadas en su marco exigen de la intervención judicial para su ulterior ejecución. El 90 % de las mismas son cumplidas de común acuerdo por las partes sin necesidad de intervención judicial; ello refleja algo muy importante en el mundo de los negocios como es el hecho de que los empresarios dan un alto valor a sus compromisos y, en concreto, al que supone someter sus actuales o eventuales conflictos a la solución de un tercero, cuya decisión acatan de antemano. Pero no podemos olvidar, y mucho menos los juristas, ese 10 % y su correspondiente tratamiento. Con lo cual entramos de lleno en un punto crucial para el tratamiento jurídico del arbitraje: la relación entre la función del árbitro y la tutela

judicial. La coordinación de actuaciones entre el juez y el árbitro constituye una pieza básica para el buen funcionamiento del arbitraje.

Existe en algunos países la creencia equivocada de que el arbitraje constituye una competencia desleal y privada a la actividad judicial. Muy por el contrario, sus respectivas actuaciones son bien claras y diferenciadas: el árbitro debe arbitrar, porque así se lo han encomendado las partes en el ejercicio de su libertad contractual; el juez, garante establecido por la Constitución de las justas relaciones entre los individuos, debe tutelar para que efectivamente se cumplan los compromisos libremente establecidos. El juez no es ni puede ser un revisor en segunda instancia de los árbitros, el procedimiento arbitral no es un seudo-procedimiento judicial privatizado.

La tutela judicial sobre el procedimiento arbitral, que según hemos indicado no pretende sino hacer realidad los deseos manifestados por las partes en su convenio arbitral, cristaliza fundamentalmente en lo siguiente: efectiva garantía de la eficacia del convenio arbitral, impidiendo a las partes incumplidoras acudir al procedimiento judicial si se hubiera pactado el sometimiento a arbitraje; la adopción de medidas cautelares que permitan el normal desarrollo del procedimiento arbitral frente a la pasividad de alguna de las partes o a su mala fe en la administración de las pruebas ya sean documentales, testificales, inspección ocular..., medidas provisionales que impidan el que la mala fe de alguna de las partes encaminada a la sustracción de activos ponga en peligro, en su día, la ejecución de la sentencia arbitral; a través de limitados cauces de recurso —limitados para evitar que el recurso sea la solución jurisdiccional en segunda instancia de los arbitrajes— los jueces deben revisar las actuaciones arbitrales y anular aquellas que fueran en contra del convenio arbitral para así garantizar la eficacia de la libertad contractual; en fin, los jueces dan ejecución forzosa a las sentencias arbitrales en aquellos casos en los cuales las partes no lo hicieran voluntariamente. Los jueces en el ejercicio de la actividad tutelar del procedimiento arbitral se encuentran respaldados por la autoridad constitucional, pues ellos son los únicos que pueden adoptar medidas coercitivas. Los árbitros carecen de "puissance publique" y por eso son los jueces quienes deben utilizar la fuerza que la Constitución les confiere para hacer cumplir los compromisos contraídos por las partes, para hacer realidad práctica y eficaz el convenio arbitral.

La patología es, pues, importante, pero los juristas no debemos exagerar. Me refiero al hecho de que los supuestos de incumplimiento por alguna de las partes de sus compromisos arbitrales son realmente excepcionales y raros. Hay —eso sí— casos de incumplimiento y la ley debe tenerlos en cuenta para adoptar las correspondientes medidas preventivas o en su caso coercitivas. Pero tampoco se puede cometer el error de generalizar. A nuestros despachos de abogados sucede que con bastante frecuencia acuden la mayoría de esos casos que constituyen el 10 % y podríamos generalizar a todos los procedimientos arbitrales esos graves defectos que encontramos en los procedimientos que circulan por nuestras mesas de trabajo. De la misma forma que el médico cometería un grave error si pretendiera al salir a la calle generalizar a todos los ciudadanos las enfermedades que ve diariamente en su consulta, de la misma forma erraríamos los abogados que generalizáramos lo que es una minoría dentro del conjunto de procedimientos arbitrales. Lo normal es que la gente esté sana y sólo las enfermedades constituyen algo excepcional. Lo habitual es también que los procedimientos de arbitraje funcionen bien y de acuerdo con la voluntad de las partes. Lo excepcional es una situación de incumplimiento que exija la intervención judicial.

10. LA PAZ POR EL DERECHO

En este mundo en crisis, que nos ha tocado vivir, el conflicto ha tenido y está teniendo un protagonismo excepcional. Los empresarios son muy conscientes de que hay que hacer frente a esta economía en situación de crisis y por ello han dado su respuesta con el pragmatismo que les caracteriza a través de una institución tan empresarial —en sus orígenes como en su desarrollo y sus métodos de utilización— como es el arbitraje. Mucho se habla en los grandes foros internacionales del nuevo orden económico internacional, sin poder precisar exactamente sus consecuencias prácticas. Frente a esos macroplanteamientos, los empresarios dan, a través del arbitraje, soluciones concretas. La gran aportación empresarial a la paz mundial puede precisamente consistir en el establecimiento y fortalecimiento de unos cauces de diálogo. Hoy, cuando las relaciones internacionales son básicamente económicas, los empresarios han sabido encontrar los cauces para un eficaz diálogo.

NEGOCIACIONES LABORALES. DINÁMICA DE SU PREPARACIÓN Y DESARROLLO*

CARLOS M. J. ALDAS ZAPIOLA

I. EXPLICACIÓN DE FINALIDAD Y DE CONTENIDO

Existen distintas fuentes de regulación de las relaciones laborales. Entre ellas se pueden distinguir las siguientes:

a) Unilateral. El empleador por decisión propia —unilateralmente— fija determinadas pautas que regirán la relación laboral. Ejemplos de este tipo de regulación son las políticas de empresa, tales como tolerancia respecto del horario de ingreso, otorgamiento de determinados beneficios, etcétera.

* El presente texto constituye una versión que registra antecedentes en la colaboración que presentara su autor, bajo el título de "Aspectos a considerar para preparar e implementar la negociación colectiva", como complemento y apoyo de la conferencia plenaria sobre "Sindicalismo y relaciones industriales" pronunciada en el XII Congreso Interamericano de Administración de Personal, llevado a cabo del 21 al 24 de setiembre en Bogotá, Colombia.

El tema de la negociación laboral y sus posibles mecanismos de preparación e implementación, reviste suma importancia —ya se trate de negociaciones colectivas o individuales—, para aquellos abogados que se dediquen al área laboral o para aquellos graduados en Relaciones de Trabajo, Relaciones Industriales o carreras afines que tengan contacto con la dinámica de las relaciones laborales.

Pero como, además, en el presente texto se sostiene la posición de que la negociación laboral es una versión de la negociación en general y que por tanto se basa, estructuralmente, en los aspectos teóricos y prácticos de ésta, es dable afirmar que los conceptos fundamentales aquí señalados son aplicables a todas las negociaciones en general —cíviles, comerciales, etc.—, las que en muchas oportunidades son realizadas por abogados o bajo el asesoramiento de éstos; de ahí la importancia que reviste para los mismos el conocer los mecanismos de la negociación.

b) Bilateral. Empleador y trabajador regulan autónomamente, sin la intervención del Estado, las normas bajo las cuales se desarrollarán las relaciones de trabajo. Esta fuente bilateral, a su vez, puede ser individual o colectiva según se trate de un contrato individual de trabajo o de una convención colectiva de trabajo.

c) Trilateral. Empleadores, trabajadores y Estado, concertadamente fijan las normas que regirán las relaciones laborales. En este caso se pueden citar, a modo de ejemplo, los supuestos de conciliación.

d) Impuesta. El Estado fija –sin participación de los propios involucrados: empleadores y trabajadores– las condiciones de regulación de la actividad laboral, las que son impuestas –heterónomamente– tanto a los empleadores como a los trabajadores, los cuales no se pueden apartar bajo ningún pretexto de la pauta estatal. Ejemplos son las políticas de fijación de salarios cuando los incrementos son determinados por el Estado, lo que en general responde a planes económicos.

e) Mixta. Esta fuente de regulación es un resultado de la combinación de la "bilateral" con la "impuesta", ya que el Estado fija, imponiendo límites mínimos y a veces máximos que las partes –trabajadores y empleadores– deben respetar, pero dándoles cierta posibilidad –acotada– de autorregulación. Ejemplo: se estipula una banda de negociación salarial cuyo "piso" es del 10 % y su "techo" del 15 %.

En realidad, no existen en general fuentes puras (unilateral, bilateral, trilateral e impuesta) de regulación de las relaciones laborales, sino que en la mayoría de los casos son mixtas, como las descriptas: "impuesta" / "bilateral", u otras combinaciones: "unilateral" / "bilateral", "unilateral" / "bilateral" / "trilateral", etcétera.

La negociación laboral se relaciona con la forma trilateral, ya que empleadores, trabajadores y Estado, para arribar a una concertación, tienen previamente que negociar. También se relaciona con la forma mixta, porque en ella hay una cuota de libertad dentro de la cual las partes pueden negociar. Pero fundamentalmente tiene una íntima relación con la bilateral, ya que en ésta empleadores y trabajadores, individual o colectivamente, negociando en forma directa y autónoma –sin intervención de terceros– fijan las normas que regirán las relaciones de trabajo.

Las afirmaciones hasta ahora efectuadas permiten concluir que la negociación actúa como fuente de regulación de

las relaciones laborales. De ello surge la importancia que reviste la negociación y el porqué de la imprescindibilidad de un completo y profundo estudio de la misma.

Pero ocurre que la literatura que aborda el tema de la negociación laboral, lo hace, en general, desde un punto de vista jurídico, con lo cual sólo se muestra una faceta de la negociación laboral. También se suele analizar el tema como un apéndice más a considerar dentro de los manuales que tratan la función de recursos humanos, lo que da como resultado una visión bastante resumida de la negociación laboral. Por último, si se quieren conocer aspectos de tipo estratégico y táctico se debe recurrir a cierta bibliografía que sólo trata de la negociación en general, pero no de la negociación laboral en particular.

La situación antes descripta está indicando que existe una necesidad generada por la inexistencia de un tratamiento completo de la negociación laboral —sea ésta individual o colectiva—; hecho que se agrava si sólo se considera la bibliografía en español. Esta necesidad debe ser satisfecha y en consecuencia es altamente recomendable sugerir a los profesionales y especialistas del tema, la investigación y elaboración de trabajos vinculados a la negociación laboral, que posibiliten ir construyendo una teoría completa sobre la misma.

Claro está que, indudablemente, el enfoque deberá ser multidisciplinario ya que esta teoría deberá munirse de elementos extraídos de distintas disciplinas. Así, se recurrirá a las ciencias de la administración, a la economía, a la estrategia, a las ciencias jurídicas, a la sociología y a la psicología. Estas ciencias proveerán de conocimientos que aplicados a la negociación, específicamente la laboral, permitirán formar una teoría de la misma, la que podrá proveer los conocimientos adecuados que satisfagan la necesidad antes descripta¹.

La presente comunicación sólo tiene por objeto enumerar enunciativamente cuáles deberían ser algunos de los tantos contenidos que debería comprender un análisis y desarrollo de esta posible teoría de la negociación laboral, la cual, indudablemente, en su implementación práctica, configurará el arte de la negociación laboral.

¹ Aldao Zapiola, Carlos, M. - Aguirre, Nora - Muzzio, Graciela, *Licencias: bases para una negociación colectiva*, TSS, XIV-1953.

2. CONCEPTO DE NEGOCIACIÓN

Muchas y desde muy distintos puntos de vista son las conceptualizaciones que se pueden dar, primero, de la negociación en general y luego, más específicamente, de la negociación laboral.

a) De la negociación en general

1) Etimológicamente la palabra negocio proviene del latín *neg-otio* que significa negación del ocio, vale decir "no-ocio".

2) Según el Diccionario de la Lengua Española, negociar es tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercaderías o valores para aumentar el caudal. Es, también, tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro¹.

3) Según Cohen², negociar es la utilización de la información para afectar comportamientos dentro de un remolino de tensiones.

Sobre la base de esta definición se ha elaborado una más completa —que integra además de algunos otros elementos señalados por Cohen, una visión propia del autor del presente trabajo— lo que señala que negociar es utilizar la información, el poder y el tiempo para afectar comportamientos, de personas o de grupos, dentro de un remolino de interacciones considerando que las actitudes de los negociadores pueden ser de cooperación o conflicto.

4) Según Depre³, negociar es la acción de discutir asuntos comunes entre dos partes con el fin de llegar a un acuerdo.

5) Según Fischer y Ury⁴, negociar es una forma básica de conseguir lo que se quiere de otros; es una comunicación

¹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 19 ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1981, p. 915.

² Cohen, Herb, *Todo es negociable*, tr. M. Covian, Barcelona, Planeta, 1981, p. 13.

³ Depre, Yara, *El arte de la negociación*, tr. L. Velasco, Bs. As., Atlántida, 1987, p. 7.

⁴ Fisher, Roger - Ury, William, *Obtenga el sí: el arte de negociar sin ceder*, tr. G. de Alba Guerra, México, CECSA, 1986.

en dos sentidos designada para llegar a un acuerdo cuando una y otra parte tienen algunos intereses en común y otros opuestos.

6) Según Kennedy, Benson y Mc Millan⁶, la negociación es un proceso de resolución de conflictos mediante acuerdos entre las partes. Es decir que consiste en el acercamiento de dos partes opuestas hacia una posición mutuamente aceptable.

7) Según Nieremberg⁷, la negociación es el método menos dificultoso para resolver diferencias, pudiendo ser exploratoria, servir para formular puntos de vista o delinear campos de acuerdo o disputa, o apuntar a la elaboración de acuerdos prácticos. Señalando también el mismo autor⁸, que negociar es dar y recibir.

8) Para Sitnisky⁹, la negociación constituye la alternativa a la fuerza para resolver conflictos y un medio de transformar las estructuras interpersonales, políticas, internacionales y económicas.

9) En un estudio psicosociológico sobre los conflictos del trabajo, Touzard¹⁰ ha definido la negociación como un procesamiento de discusión que la establece entre una parte adversa por medio de sus representantes oficiales y cuyo objetivo es el de llegar a un acuerdo aceptable por todos.

b) De la negociación laboral en particular¹¹,
haciendo referencia específica a la negociación colectiva

1) La Organización Internacional del Trabajo distingue en sus distintas publicaciones entre negociación colectiva y

⁶ Kennedy, Gavin - Benson, John - Mc Millan, John. *Cómo negociar con éxito*, tr. Jiménez Larrea, Bilbao, Deusto, 1983, p. 20 y 22.

⁷ Nieremberg, Gerard. *Principios fundamentales de la negociación*, tr. L. Justo, Bs. As., Sudamericana, 1984, p. 15.

⁸ *Ibidem*, p. 39.

⁹ Sitnisky, Mario, *De la negociación*, Bs. As., Argonauta, 1983, p. 17.

¹⁰ Touzard, Hubert, *La mediación y la solución de los conflictos*, tr. de Diorki, Barcelona, Herder, 1981, p. 89.

¹¹ Tantas y tan variadas son las conceptualizaciones que desde un punto de vista jurídico o desde el ángulo de las relaciones industriales se pueden dar de la negociación colectiva, que resulta imposible hacer referencia a ellas, por esto se ha decidido sólo citar dos definiciones: la de la Organización Internacional del Trabajo y la del autor del presente trabajo.

convención colectiva de trabajo. Así señala¹² que la negociación colectiva es un proceso de adopción de decisiones para convenir un conjunto de normas, que rijan cuestiones de fondo y forma en las relaciones de trabajo y las relaciones entre las propias partes negociadoras, que puede culminar en un convenio colectivo de trabajo o que simplemente implica toda forma de trato entre empleadores y trabajadores que suponga una negociación.

Entiende por convención colectiva de trabajo, en cambio, todo acuerdo escrito relativo a condiciones de trabajo y empleo celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores, una organización de empleadores o varias organizaciones de empleadores y una organización de trabajadores, varias organizaciones de trabajadores o representantes de los trabajadores, de conformidad con la legislación nacional.

2) En un trabajo anterior¹³, en el que se analizaba la prevención y resolución de los conflictos laborales, se explicó que existían distintos medios para prevenir y solucionar estos conflictos y que estos medios, según que existiera o no una intervención de terceros ajenos a las partes en conflicto, podían constituir mecanismos de heterocomposición o de autocomposición, siendo el procedimiento de reclamos y la negociación medios de autocomposición. Esto permitió afirmar que indudablemente la actitud negociadora —cualquiera que sea el nivel en que la misma tenga lugar entre empleadores y trabajadores— es el mejor sistema de autocomposición de conflictos. La negociación —señaló el VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social realizado en Caracas en 1977— es no sólo un instrumento para fijar las condiciones de trabajo, sino también para superar las diferencias que surjan entre las partes.

Todas las conceptualizaciones antes dadas son susceptibles de ser criticadas, pero no cabe en esta oportunidad, por razones de espacio, señalar los puntos de discrepancias. Corresponde, en cambio, enunciar la que parece ser la conceptualización más adecuada: negociación es la actividad dialéctica en la cual las partes, que representan intereses discrepantes, se comunican e interactúan influencián-

¹² OIT. *La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1974, p. 2 y 7.

¹³ Aldao Zapata, Carlos M., *La prevención y resolución de los conflictos laborales*, TSS, XII-128.

dose recíprocamente con el fin de arribar a un acuerdo mutuamente aceptado.

Se trata de una actividad dialéctica en el sentido de síntesis de los opuestos (Hegel), en la que la comunicación constituye la esencia, siendo las interacciones manifestaciones de la influencia recíproca, cuya finalidad es la de llegar a un acuerdo.

Cuando esta negociación busca regular relaciones de trabajo —individuales o colectivas—, se está ante la negociación laboral.

3. COMPONENTES DE LA NEGOCIACIÓN

Los componentes de la negociación laboral no son otros que los de la negociación en general, ya que surgen de contestar las siguientes preguntas: a) ¿quién negocia?; b) ¿qué se negocia?; c) ¿dónde se negocia?; d) ¿con qué recursos (lo que incluye el cuándo) se negocia?; e) ¿cómo se negocia?

Se visualizan así los siguientes componentes: a) sujetos negociadores; b) materia negociable; c) lugar de realización de la negociación; d) elementos de la negociación; e) modelos negociacionales.

a) Sujetos negociadores

- Conformación de los sujetos negociadores.
- Aspectos psicológicos de los negociadores.
- Aspectos sociológicos.

1) Conformación de los sujetos negociadores. Atendiendo a este componente hay que considerar dos variables: la cantidad de representantes que intervienen en la negociación, vale decir el número de negociadores intervinientes y el nivel¹⁶ de quien o qué representan los negociadores. Así, en el primer caso, la negociación podrá ser individual o grupal según que cada parte con entidad de sujeto negociador esté representada por un individuo o por un grupo de individuos. En el segundo caso, los negociadores podrán representar a una persona, una organización o una nación, por lo que se tratará de una negociación interpersonal, interorganizacional o internacional.

¹⁶ Nierenberg, op. cit., p. 115.

Según el número de personas	{ individual grupal
Según el nivel de quien representan	{ personal - negociación interpersonal organizacional - negociación interorganizacional nacional - negociación internacional

Aplicando la tipología anterior al ámbito de las negociaciones laborales, se encontrarán negociaciones laborales individuales —entre un representante empleador y un representante trabajador— y negociaciones laborales grupales —entre dos o más representantes de la parte empleadora y dos o más representantes de la parte trabajadora—. Cabe recordar que esta clasificación sólo tiene en cuenta la conformación de los sujetos negociadores y no a quien representan.

Además, atendiendo al nivel de quien representan los negociadores, la negociación podrá ser interpersonal —la que, en la doctrina jurídica, es llamada individual porque se refiere a un empleador y un trabajador— en donde los negociadores representan a un empleador y a un trabajador con independencia de que cada uno de estos sujetos negociadores estén conformados individualmente o grupalmente (ejemplos: grupo de representantes empresarios o gerentes de personal que representan a un empleador, o el empleador en sí mismo que negocia con un grupo sindical o delegado sindical, o con el trabajador en sí mismo, alguna cuestión relativa al contrato individual de trabajo que relaciona a este trabajador con aquel empleador); también la negociación puede ser interorganizacional entre, por una parte, una empresa o un grupo de empresas o una cámara empresaria y, por otra parte, un grupo de trabajadores, o un sindicato o conjunto de sindicatos, siendo ésta la llamada, jurídicamente, negociación colectiva; por último, la negociación laboral también puede ser internacional como lo son las que se producen en el seno de las Asambleas Anuales de la Organización Internacional del Trabajo, en donde representantes de los empleadores, trabajadores y estados nacionales de los países miembros llevan a cabo negociaciones tendientes a implementar acuerdos que luego pueden tener implicancias en el ámbito de las relaciones laborales de cada país.

2) Aspectos psicológicos de los negociadores. La conducta humana, según Nierenberg²⁵, es comprensible y posi-

²⁵ *Ibidem*.

ble de predecir para lo cual se deben considerar algunos fenómenos de la misma, ellos son: racionalización, proyección, desplazamiento, represión, reacción, autoimagen, interpretación de rol y conducta racional. A esta concepción Tara Depre¹⁸ agrega que las reacciones y automatismos más comunes en que pueden caer los sujetos negociadores son: pasividad, agresividad, presuntuosidad, angustia y fatalismo. Por su parte Bleger¹⁹, al definir las conductas defensivas como a las técnicas con las que opera la personalidad para mantener un equilibrio homeostático eliminando fuentes de inseguridad, peligro, tensión o ansiedad, enumera: proyección, introyección, regresión, conversión, aislamiento, inhibición, racionalización, formación reactiva y sublimación.

De la combinación de las consideraciones mencionadas surge el siguiente cuadro de fenómenos de la conducta que todo buen negociador debe conocer y comprender, ya sea que se den en su negociador adversario o en sí mismo, para así poder controlar y dominar las situaciones posibles.

- a) Proyección.
- b) Introyección (identificación).
- c) Regresión.
- d) Desplazamiento.
- e) Represión.
- f) Conversión.
- g) Inhibición.
- h) Racionalización.
- i) Formación reactiva.
- j) Sublimación.
- k) Autoimagen.
- l) Interpretación de rol.
- m) Automatismos posibles: pasividad, agresividad, presuntuosidad, angustia, fatalismo.
- n) Conducta racional.

Pero para poder entender las distintas actitudes que pueden adoptar los sujetos negociadores no basta con conocer las conductas y los fenómenos antes descriptos, ya que se ha sostenido que las conductas humanas son motivadas

¹⁸ Depre, op. cit.

¹⁹ Bleger, José, *Psicología de la conducta*, Bs. As., Paidós, 1967.

por la satisfacción de necesidades y ello hace pensar que un negociador debe tener muy en claro cuáles son sus necesidades a satisfacer, así como también las de su interlocutor; caso contrario puede no avanzar en una negociación por no saber cuáles son sus alternativas de propuesta, para la otra parte, que puedan satisfacer las necesidades que ésta tiene, es decir puede no llegar a ofrecer "alternativas aptas" para su adversario, o sea alternativas que se adecuen a las necesidades ajenas. El problema radica en cómo conocer esas necesidades; para ello se debe recurrir a la teoría actual de las necesidades, la que jerarquiza las necesidades humanas básicas, siguiendo la mayoría de las descripciones de esta tipología el modelo descrito por Maslow. Esta jerarquización de necesidades que ha sido llamada también pirámide de necesidades está constituida de la siguiente forma:

- 1) Necesidades fisiológicas.
- 2) Necesidades de seguridad.
- 3) Necesidades de afecto y pertenencia.
- 4) Necesidades de estima.
- 5) Necesidades de autorrealización.
- 6) Necesidades de saber comprender.
- 7) Necesidades estéticas.

Esta gradación de necesidades está ordenada en correlación a su prioridad de cubrimiento por parte del individuo, el que primero necesita cubrir sus aspectos homeostáticos y una vez que estos aspectos físicos están satisfechos, otros tipos de necesidades —en el segundo nivel están las de seguridad— constituyen el objeto de su búsqueda; esto es lo que ha sido llamado "concepto de necesidad cambiante" lo que implica que conforme se satisfacen los niveles de necesidades más bajos cobran importancia los más altos y si aparecen circunstancias que amenazan la satisfacción de necesidades elementales ya cubiertas, el énfasis puede volver a centrarse en estas últimas; cabe señalar que el orden jerárquico de satisfacción de necesidades si bien sirve en términos generales, no debe ser considerado en forma rígida ni tampoco aplicable a todos los individuos. Como el hombre actúa motivado para cubrir necesidades es fácil comprender que los incentivos a su acción deben consistir en oportunidades para la satisfacción de aquéllas y que si ya están satisfechas no existirán motivos para la acción. Un buen negociador debe tener claramente identificada cuál es la propia necesidad que quiere cubrir —esto hace indudablemente a la existencia de objetivos claros y concretos—, pero también debe

primero inferir y luego conocer cuál es la necesidad de su interlocutor, caso contrario no estará en condiciones de ofrecer alternativas aptas al otro interlocutor.

En un ejemplo burdo es como si un grupo empresarial negociador de un convenio colectivo de trabajo esté ofreciendo sistemas de participación informativa y mecánicas de comunicación que permitan acrecentar el conocimiento sobre las empresas (nivel 6: necesidades de comprender y de saber) a una parte trabajadora que no tiene satisfechas sus necesidades mínimas económicas elementales (nivel 1: necesidades fisiológicas); indudablemente que la reacción previsible será la de un rechazo, probablemente airado, de la oferta realizada.

Pretender enumerar y desarrollar detalladamente todos los aspectos psicológicos que un buen negociador debe conocer para poder utilizarlos como herramienta adecuada tanto sobre su propia conducta como sobre la de sus interlocutores, resultaría de una extensión inadecuada, que sobrepasaría con seguridad los límites previamente asignados a este trabajo¹⁸, por ello se ha tratado, esquemáticamente, de señalar algunos aspectos dentro del campo de la psicología que influyen sobre los individuos y que por lo tanto todos los que practican la negociación deben necesaria e imprescindiblemente conocer si pretenden ser negociadores exitosos.

3) Aspectos sociológicos. Se ha señalado con antelación que las actitudes de los sujetos inmersos en una negociación pueden ser de cooperación o de conflicto. Esta afirmación muestra la relación existente entre el binomio "cooperación-conflicto" y la negociación y lo importante que resulta para negociar adecuadamente el conocimiento del conflicto y la cooperación.

En un trabajo anterior¹⁹ se ha hecho referencia a estos aspectos sociológicos que se vinculan a los sujetos negocia-

¹⁸ Lo dicho en el presente trabajo constituye una versión reducida de uno anterior. Aldao Zapiola, Carlos M., *Negociaciones laborales: aspectos psicológicos de los sujetos negociadores*, en rev. "Panorama de Management y Gestión", Bs. As., Organización y Desarrollo Empresarial, junio 1988, año 6, n.º 56, p. 39.

¹⁹ Lo dicho en el presente trabajo constituye una versión resumida de uno anterior. Aldao Zapiola, Carlos M., *Los sujetos negociadores (aspectos sociológicos a considerar)*, en revista "Panorama de Management y Gestión", Bs. As., Organización y Desarrollo Empresarial, n.º 59, setiembre 1988, año 6, p. 21.

dores. Así, se dijo que si se pretendiera esbozar una tipología respecto del tratamiento que dan los distintos autores dentro del ámbito de la sociología, al tema del conflicto, se podrían señalar muy esquemáticamente las principales posturas:

a) Las que tratan el conflicto como una realidad dialéctica (Marx y más moderna y actualizadamente Dahrendorf).

b) Las que tratan el conflicto como a una realidad funcional (Simmel y más recientemente Coser).

Por su parte, Mac Iver y Page³⁰ sostienen que la cooperación y el conflicto son elementos universales de la vida humana. Estos se presentan juntos en un amplio campo de actividades y al igual que en el mundo físico, en el que existen fuerzas de atracción y de repulsión que actúan simultáneamente y que determinan la posición de los cuerpos en el espacio, en el mundo social se da también una combinación de cooperación y conflicto que se exterioriza en las relaciones individuales y grupales de los hombres y los grupos.

Como presupuesto básico estos autores recuerdan la necesidad indiscutible que tienen los hombres de asociarse, para lo cual deben entrar necesariamente en cooperación. Esta cooperación puede ser directa o indirecta según que se trate de tareas iguales que la gente hace conjuntamente, pero que también podría hacer separadamente, o que se trate de tareas claramente distintas que tienden a un solo fin, siendo este supuesto en donde se presenta el principio de la división del trabajo. Pero cuando los hombres cooperan entre sí, sus intereses armonizan hasta cierto punto, ocurriendo que aun en las relaciones más amistosas e íntimas existe un punto en que los intereses divergen. Esto lleva a la necesidad de recordar que existen dos tipos de intereses: los comunes (aquellos que son compartidos colectivamente participando todos del fin buscado pero sin repartírselo, p.ej., intereses de raza, religión, nación, etc.) y los semejantes o armónicos (en los que los individuos o grupos buscan una satisfacción privada para sí mismos, apareciendo aquí una noción de reparto y consecuentemente la noción de cálculo individual o grupal).

Es indudable que la conducta (admisión) cooperativa es mucho más fuerte en el ámbito de los intereses comunes

³⁰ Mac Iver, R. - Page, Charles, *Sociología*, tr. J. Cazorla Pérez, Madrid, Tecnos, 1989, p. 46.

que en el de los intereses semejantes, en donde el impulso cooperativo depende del hecho de que el interés de unos llegue a armonizar con el interés de otros y si esta armonía se perturba aparece el conflicto.

El conflicto –según Mac Iver y Page– puede darse en diferentes planos, que varían según los tipos de intereses a los que, además, se debe adicionar el supuesto de las actitudes antagónicas, así:

1) Tipo A: "Conflicto de intereses comunes". Los intereses comunes son importantes energizantes o motores del conflicto. Con frecuencia se ha observado que un grupo se vuelve más unido al sentirse amenazado por otro, de donde se comprende que una forma de estimular los intereses comunes consiste en mostrar amenazas generadas por posiciones opuestas.

2) Tipo B: "Conflicto e intereses semejantes". Si los intereses semejantes son armónicos no existe conflicto. Si por el contrario son inarmónicos, aparece el conflicto. Este último supuesto se da cuando dos o más grupos desean una misma cosa en particular (modelo: "Ellos quieren lo mismo que nosotros queremos").

3) Tipo C: "Conflicto y actitudes antagónicas". Aquí el modelo responde a la fórmula "ustedes odian lo que nosotros amamos".

Con estos conocimientos básicos aplicados al ámbito de las negociaciones laborales es fácil comprender cuán importante es identificar si la actitud de los sujetos negociadores –así como también la de los grupos representados– es de conflicto o de colaboración.

En el ámbito de la negociación laboral cuando hay cooperación entre las partes negociadoras se está en el campo de los intereses semejantes o armónicos (tipo B); aquí el impulso cooperativo depende de que el interés de unos –trabajadores– llegue a armonizar con el interés de otros –empleadores–, pero cuando la armonía se interrumpe el interés cooperativo tiende a desaparecer.

Pero puede ocurrir también que la actitud de un grupo, que si bien está formalmente sentado a una mesa negociadora, sea antagónica (responda al tipo "C"), y aparecerá un conflicto como el de la lucha de clases, ligada a una posición económica; así, una diferencia en los intereses económicos puede transformarse en un profundo enfrentamiento cultural.

Si además los dirigentes de los grupos en pugna logran mostrar a sus dirigidos que son objeto de una situación de amenaza por parte de otros grupos -tipo "A"- podrán obtener una cohesión caracterizada a su vez por un alto grado de agresividad para con ellos.

Resulta a ojos vistas que en el campo del tipo "B", respecto de las relaciones laborales se pueden encontrar, en términos generales, actitudes cooperativas con distinto grado de intereses mientras que en el ámbito de tipo "C" la actitud será evidentemente de conflicto y enfrentamiento, resultando muy difícil -aunque no imposible- poder negociar, sobre todo si se da un supuesto de "enquistamiento" de agresividad como en el modelo de tipo "A". Efectivamente, resultará sumamente dificultoso llevar a cabo negociaciones laborales con alguien que está en contra del sistema económico imperante y que sólo busca la quiebra del mismo. Es por todo ello que resulta sumamente importante para los negociadores poder identificar si las actitudes imperantes en la mesa de negociaciones son de cooperación o de conflicto.

Otro aspecto sumamente importante a considerar es el de la interpretación del conflicto como realidad funcional y sus implicancias en el ámbito de la negociación laboral. Para abordar este tema es conveniente recurrir a Lewis Coser, quien en sus dos principales obras: *Las funciones del conflicto social*²¹ y *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social*²² -partiendo de las afirmaciones básicas extraídas de las enseñanzas de George Simmel- explica las funciones del conflicto social. En su primera obra (*Las funciones del conflicto social*), Coser extrae textos de Simmel a los que llama proposiciones que luego reformula; resultan así siete grupos que contienen un total de dieciséis proposiciones con sus correlativas reformulaciones, a saber:

1º Grupo: El conflicto y las fronteras del grupo.

1ª proposición: Funciones conectivas del grupo desarrolladas por el conflicto.

2º Grupo: La hostilidad y las tensiones en las relaciones de conflicto.

²¹ Coser, Lewis, *Las funciones del conflicto social*, tr. B. Bass, R. Bentaourt y F. Ibarra, México, Fondo de Cultura Económica, 1961.

²² Coser, Lewis, *Nuevos aportes de la teoría del conflicto social*, tr. M. Vignato, Bs. As., Amorrortu, 1970.

- 2ª proposición: Funciones del conflicto en la protección del grupo y significado de las instituciones que actúan como válvula de seguridad.
- 3ª proposición: El conflicto real y el irreal.
- 4ª proposición: El conflicto y los impulsos hostiles.
- 5ª proposición: La hostilidad en las relaciones sociales de carácter íntimo.
- 3º Grupo: Los conflictos internos y la estructura de grupo.
- 6ª proposición: A mayor intimidad de la relación, mayor intensidad del conflicto.
- 7ª proposición: Impacto y función del conflicto en las estructuras del grupo.
- 8ª proposición: El conflicto como índice de estabilidad de una relación.
- 4º Grupo: Los conflictos con grupos extraños y la estructura de grupo.
- 9ª proposición: Los conflictos con grupos extraños aumentan la cohesión interna.
- 10ª proposición: El conflicto con otros grupos define la estructura del grupo y la relación consecuente al conflicto interno.
- 11ª proposición: La búsqueda de enemigos.
- 5º Grupo: Ideología y conflicto.
- 12ª proposición: Ideología y conflicto.
- 6º Grupo: Conflicto como unificador.
- 13ª proposición: El conflicto liga a los contendientes.
- 14ª proposición: Interés en la unificación del enemigo del poder.
- 15ª proposición: El conflicto establece y mantiene el equilibrio del poder.
- 7º Grupo: El conflicto reclama la formación de alianzas.
- 16ª proposición: El conflicto crea asociaciones y coaliciones.

Desarrollar en esta oportunidad todas las implicancias que estas proposiciones tienen en el ámbito de la negociación laboral resulta inadecuado, ya que excedería los límites del presente trabajo; no obstante, a modo de ejemplo y muy sucintamente, se hará referencia a tres proposiciones.

a) Proposición cuarta. Proposición ligada a la anterior, postula que los impulsos agresivos u hostiles no bastan para explicar el conflicto sino que además —del odio o el amor— se requiere un objeto. Aparece así el hecho de que en ciertas ocasiones en las que se intenta elevar el nivel de conflictividad se inculca el odio al antagonista ya que si se puede agregar energía afectiva a la motivación real para el conflicto es muy probable que se enquisten las actitudes enfrentadas. En sentido contrario es recomendable que todo buen negociador evite caer, él y su adversario, en esta situación, para lo cual se debe objetivizar la situación conflictiva despojándola de todos los elementos emotivos que pueden acentuarla.

b) Proposición decimocuarta. Siempre existe un interés en la unificación del adversario, debido a que la cohesión interna a que un grupo se ve impulsado por el conflicto, prolifera más allá del grupo mismo y le hace desear que el antagonista también adopte esa forma, habiendo sido éste el caso más evidente de conflictos entre trabajadores y patrones. Coser señala además, que para un sindicato unificado en una federación le resulta difícil sostener un conflicto con empresas dispersas en pequeños empresarios; a esto cabe agregar —a modo de ejemplo— la necesidad de poder entablar negociaciones con interlocutores válidos. Una cosa es hablar con un grupo negociador que representa la totalidad cohesionada de los tres mil trabajadores de una empresa o actividad, y otra muy distinta es negociar en forma atomizada con cada uno de esos tres mil trabajadores. En el campo de las relaciones industriales parece evidente que la unificación de la gerencia tiende a mantener relaciones con los sindicatos unificados; el gigantismo de la industria conduce al gigantismo por parte de los trabajadores organizados. El conjunto de reglas comunes, dentro de las cuales operan los sindicatos y las administraciones modernas, propician el interés mutuo de que el contrario se apegue a las reglas aun en situaciones de conflicto. Continúa señalando Coser, que en la medida en que las relaciones obrero-patronales se formalizan y se vuelven rutinarias, cada bando estará interesado en impedir que el comportamiento de los miembros del bando contrario se desenvuelva fuera de las reglas. Existe un acuerdo tácito entre el sindicato y los empresarios para proteger las relaciones contra los trastornos que pueden provocar representantes no autorizados, estando, por lo tanto, cada bando interesado en la coherencia de la estructura del otro. A menudo, los sindicatos también están de

acuerdo en que la contratación colectiva puede lograrse más eficientemente con patrones organizados.

c) Posición decimosesta. En ésta se hace referencia a la función unificadora generada por el conflicto, siendo el caso de la unión frente a la aparición del enemigo común. Un ejemplo vinculado a la negociación laboral que se puede mencionar es el de cooperación antagónica existente entre un empresario y sus trabajadores que deciden aunar esfuerzos —sin dejar por ello de enfrentarse en otros aspectos— para mantener una posición competitiva de la empresa dando permanencia, así, a la fuente de trabajo y asegurando la rentabilidad, estrategia ésta que fue usada por Iacocca al hacerse cargo de Chrysler.

Como se puede comprender, resulta imposible desarrollar en este corto espacio la totalidad de los aspectos sociológicos basados en las actitudes de cooperación o conflicto que pueden adoptar los sujetos negociadores en el ámbito de las negociaciones laborales.

Son muchos y muy variados los aspectos sociológicos vinculados a las negociaciones laborales que todo negociador que se precie de serlo, deberá conocer. Será responsabilidad de ellos ampliar y profundizar el contenido de lo aquí señalado para poder conocer así parte del arte de la negociación.

b) Materia negociable

¿Qué se negocia?, ¿cuál es el contenido de la negociación?, ¿cuál es la materia negociable? Para Cohen todo es negociable.

Las negociaciones laborales pueden incluir un variado contenido de aspectos tratados; a continuación se resume esquemáticamente un trabajo anterior²³ en el que se enumeran los posibles contenidos de una negociación laboral, especialmente la colectiva.

1) Aspectos vinculados por la variable económica: los que se pueden clasificar de la siguiente forma:

²³ Lo dicho en el presente trabajo constituye una versión reducida de uno anterior. Aldo Zapata, Carlos M., *Condiciones colectivas de trabajo: posibilidades de enriquecer su contenido*, DT, XIV-1963.

	Monetarios	<ul style="list-style-type: none"> sueldos y salarios adicionales 	<ul style="list-style-type: none"> descripción de tareas valorización de tareas agrupamiento de tareas en categorías estructura de remuneraciones
			<ul style="list-style-type: none"> incentivos mérito antigüedad <ul style="list-style-type: none"> puesto categoría establecimiento empresa actividad relación de dependencia título idiomas premios (ej.: presentismo)
No monetarios	Beneficios	<ul style="list-style-type: none"> transporte comedor servicio médico asistencial becas de capacitación para familiares del trabajador 	

2) Aspectos vinculados a la variable tiempo:

Duración del trabajo	<ul style="list-style-type: none"> jornada normal otras jornadas extensión de la jornada <ul style="list-style-type: none"> obligatoriedad forma de pago
Vacaciones	<ul style="list-style-type: none"> extensión época notificación interrupciones
Licencias	<ul style="list-style-type: none"> día de la actividad mudanza cumplidos antigüedad aniversario en la empresa fallecimiento de familiar
Feridos	<ul style="list-style-type: none"> enumeración época

- 3) Aspectos vinculados a la higiene y seguridad y calidad de vida.
- 4) Aspectos vinculados a la capacitación.
- 5) Aspectos vinculados a la cobertura de vacantes.
- 6) Aspectos vinculados a la dotación de personal.
- 7) Aspectos vinculados a las cuestiones disciplinarias.
- 8) Aspectos vinculados al estado y derechos de los representantes sindicales y del personal.
- 9) Procedimientos para la prevención y resolución de conflictos.
- 10) Aspectos vinculados a la participación.
- 11) Aspectos vinculados a las prerrogativas de empresa.
- 12) Aspectos vinculados a los derechos y obligaciones de las partes firmantes entre sí.
- 13) Circunstancias relativas a la existencia del propio convenio colectivo de trabajo acordado.

Es indudable que todos estos aspectos que se han referenciado a la negociación laboral colectiva, pueden, previa adaptación, aplicarse a la negociación laboral individual.

Con respecto a este tema cabe realizar una reflexión de tipo jurídico-económico y es la de que en algunos contextos —como en el caso argentino— la legislación laboral está altamente desarrollada y ello conspira contra el desarrollo del contenido de los convenios colectivos, pues resulta sumamente dificultosa una situación en que se generan considerables beneficios estipulados por disposiciones legales a los que luego se le adicionan importantes beneficios consagrados por convenios colectivos, lo que no es soportable por las economías de determinados contextos, ello porque en tiempos difíciles no se puede generar una espiral ascendente de otorgamiento de beneficios —ley convenciones colectivas, contratos individuales— que no vaya acompañada de una espiral ascendente de crecimiento económico.

c) Lugar de realización

¿Dónde se negocia?, ¿en el propio terreno o en el del adversario?

Lo primero que todo buen negociador debe hacer es conocer todos los lugares posibles en los que se puede llevar a cabo la negociación, luego elegir el que le es más conve-

niente, y por último —si puede— adaptarlo de acuerdo con sus necesidades.

Ya Sun-Tzu sugería: "con un conocimiento exacto del terreno, un general puede salir de apuros aun en las circunstancias más críticas... podéis contar con una victoria segura si conocéis todas las vueltas y revueltas"²⁴.

¿Quiere el grupo empleador negociar en las oficinas de la empresa para contar con una infraestructura propia, o prefiere hacerlo en el local sindical, para que le resulte más fácil retirarse cuando lo entienda oportuno, o quiere hacerlo en un lugar neutral? Y si la opción es la última, ¿es mejor hacerlo en las oficinas del Ministerio de Trabajo, o locar un lugar específico para la negociación? ¿Cómo debe ser ese lugar?, ¿puede ser un hotel?, ¿es conveniente que así sea?

Una vez elegido el lugar se debe elegir la disposición de los muebles; Korda²⁵ recuerda que los muebles oficinescos tienen un poderoso valor simbólico. Muchas anécdotas señalan la utilización de sillas duras y ambientes fríos y desolados que inducen a reuniones cortas.

El conocer y elegir el lugar donde la negociación se llevará a cabo es uno de los aspectos a considerar en la planificación del negociador.

d) Elementos de la negociación

Señala Cohen la existencia de tres variantes cruciales de la negociación²⁶, a las que en el presente trabajo se las llama elementos de la negociación. Estos elementos constituyen un triángulo en el que los tres vértices son: a) información; b) poder; c) tiempo.

1) Información. En términos generales se puede afirmar que información es conocimiento²⁷ y si bien no se puede hacer que abarque o signifique el conocimiento de todo, por lo menos significa una cantidad importante y variada de conocimientos.

²⁴ Sun-Tzu, *El arte de la guerra*, cit. por Cholet, E., "El arte militar de los chinos", tr. J. Martínez Alinari, Bs. As., Pleamar, 1969, p. 107.

²⁵ Korda, Michael, *El poder*, tr. I. Menéndez, Bs. As., Emecé, 1987, p. 105.

²⁶ Cohen, *Todo es negociable*, p. 44.

²⁷ Kent, Sherman, *Inteligencia estratégica*, tr. J. Saint-Lary, Bs. As., Pleamar, 1968, p. 17.

Hay quienes distinguen²⁸ información de inteligencia y ejemplifican diciendo que con bastantes "nadas" la suma es "algo", es decir que puede existir una cierta cantidad de hechos, cada uno de los cuales no significa casi nada en sí mismo -información- y confeccionar un cuadro significativo -inteligencia- reuniéndolos. Estas ideas que tienen que ver con el concepto de inteligencia estratégica, el que requiere un grado de análisis más profundo, no invalidan sino que amplían el concepto general de que la información es el conocimiento acabado de algo.

Cabe recordar a Sun-Tzu²⁹, quien al escribir el arte de la guerra en el siglo V antes de Cristo, refiriéndose a los espías proveedores de información, ya decía: "Los ejércitos hostiles podrán enfrentarse durante años, esforzándose por la victoria que se decide en un solo día; siendo esto así, permanecer ignorando la situación del enemigo simplemente por rehusarse a gastar cien onzas de plata en honorarios y emolumentos, es el colmo de la inhumanidad... Lo que permite al soberano sensato y al buen general, conseguir cosas más allá del alcance de los hombres comunes, es la información anticipada... Los espías enemigos que han venido a copiarlos deben ser individualizados, tentados. Es a través de su información que podemos hacer que el espía condenado lleve noticias falsas al enemigo... El fin y objeto del espionaje es el conocimiento del enemigo".

Indudablemente que el espionaje no es la única forma de obtener información y sería poco inteligente pretender afirmarlo, pero el ejemplo de Sun-Tzu ha sido citado sólo para señalar la importancia de la información; ésta debe satisfacer para que sea válida, tres requisitos: ser precisa, completa y disponerse de ella en el momento adecuado.

a) Precisa. La información no puede ser vaga sino que debe ser exacta, concisa y para nada confusa.

b) Completa. Vale decir no parcializada, sino que contemple la mayor cantidad de variables posibles sin por ello caer en vaguedades e imprecisiones.

c) Ser poseída en el momento adecuado. La información que se conoce a destiempo no sirve para tomar decisio-

²⁸ Platt, Washington, Producción de inteligencia estratégica, tr. J. Soneyra, Bs. As., Struhart & Cia., 1963.

²⁹ Sun-Tzu, El arte de la guerra, en "El ejército y la guerra", Bs. As., Emecé, 1982, p. 145.

nes estratégicas sino sólo para explicar y comprender por qué sucedieron ciertos hechos que ya pertenecen al pasado, vale decir que sirve para aprender para el futuro sobre errores del pasado. Sirve para dar explicaciones pero no para producir soluciones que es lo que todo buen negociador debe lograr. Es por esto que es fundamental contar con la información con la suficiente antelación como para permitir planificar y conducir acciones eficaces en el curso de una negociación.

2) Poder. Poder para Max Weber es la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad; en cambio, por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato determinado²⁰.

En cambio, Cohen²¹ define al poder como la capacidad o habilidad de hacer que se hagan las cosas, de ejercer control sobre gente, acontecimientos, situaciones y sobre uno mismo.

Para sistematizar resumidamente algunos aspectos del poder cabe recurrir a Galbraith²², quien en su reciente obra *Anatomía del poder* distingue tres clases de él²³, al señalar que hay tres instrumentos para ejercerlo o imponerlo, existiendo a su vez tres fuentes de poder. Así:

a) Poder condigno. Obtiene sumisión por la capacidad de imponer a las preferencias del individuo o del grupo una alternativa lo suficientemente desagradable o penosa como para que sean abandonadas esas preferencias. La sumisión se obtiene infligiendo o amenazando consecuencias adversas. Se trata del temor al castigo.

b) Poder compensatorio. Obtiene la sumisión mediante el ofrecimiento de una recompensa afirmativa, por medio del otorgamiento de algo valioso para el individuo que se somete. Así como en el poder condigno se amenaza con castigo, en el poder compensatorio se ofrece premio.

²⁰ Weber, Max. *Economía y sociedad*, tr. J. Echavarría, J. Roura Parella, E. Imaz, E. García Maynez, J. Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 43.

²¹ Cohen, *Todo es negociable*, p. 45.

²² Galbraith, John, *La anatomía del poder*, tr. de Ferrer Alen, Barcelona, Plaza y Janés, 1985.

²³ *Ibidem*, p. 22.

c) Poder condicionado. Se ejercita modificando la creencia; la persuasión, la educación o el compromiso social con lo que parece natural, correcto o justo y hace que el individuo se someta a la voluntad de otro y otros.

Detrás de estos tres instrumentos del poder, continúa Galbraith²⁴, existen tres fuentes del mismo, a saber:

a) La personalidad: considerada como las cualidades del aspecto físico, la inteligencia, la facilidad de palabra y otras cualidades personales.

b) La propiedad o la riqueza.

c) La organización: conceptualizada como el conjunto de personas o grupos unidos para algún fin o trabajo.

Parecería que la fuente por antonomasia del poder condigno fuera la personalidad, del poder compensatorio la propiedad y del poder condicionado la organización; pero en realidad existen numerosas combinaciones de las fuentes y de los instrumentos de poder, combinándose la personalidad, la propiedad y la organización en proporciones diversas.

Así, por ejemplo, el Estado moderno reúne dentro de su estructura las tres fuentes de poder, la personalidad política —en forma de autoridad—, la propiedad —en forma de los recursos que dirige y administra— y la organización²⁵.

Un sindicato respecto de sus afiliados ejerce poder compensatorio al prometerles la obtención, de parte de los empleadores, de beneficios para sus asociados; también ejerce poder condigno cuando los amenaza con aplicar sanciones a aquellos que no acaten sus decisiones, y por último aplica el poder condicionado cuando mediante su organización persuade generando el pensamiento de que lo lógico es que determinada categoría de trabajadores estén afiliados.

Muchos y variados son los ejemplos que se pueden continuar dando, pero se ha creído que con estos pocos conceptos ya se puede generar la idea de lo importante que es el poder para la negociación. Tanto es así que otra visión, de tipo estratégico —distinta de la de Galbraith y mantenida por Allegroni²⁶—, sostiene que para negociar se utiliza el poder

²⁴ *Ibidem*, p. 24.

²⁵ *Ibidem*, p. 186.

²⁶ El profesor Juan J. Allegroni dicta las materias de Estrategia, Planeamiento y Gobierno y Alta Dirección en el Magister en Administración del Instituto Tecnológico de Buenos Aires.

en el ámbito de los elementos estratégicos: tiempo, espacio y medios.

Hay dos reflexiones más que se deben hacer con respecto al poder. Primero: la mejor utilización del poder está dada por la obtención de la máxima sumisión con el menor costo; segundo: nunca se debe olvidar que frente a la pretensión del ejercicio del poder aparece una resistencia a dicho ejercicio y a veces también otra pretensión, no ya de resistir sino de contraejercicio del poder.

Todo negociador que se precie de serio debe conocer el poder y sus formas de aplicarlo. No se ha desarrollado, acá, el tema del poder; se lo ha insinuado y corresponde a los negociadores desarrollar su conocimiento y la práctica de su ejercicio.

3) Tiempo. No es propósito de este informe el dilucidar si es correcta la posición de Cohen, quien señala que los tres elementos de la negociación son la información, el poder y el tiempo, o si lo es la visión estratégica que indica —como ya se dijo— que tiempo, espacio y medios constituyen los elementos estratégicos que posibilitan el ejercicio del poder. Sí, en cambio, es su propósito hacer referencia al tiempo, cualquiera que sea el lugar que se le asigne.

A nadie escapa lo difícil que resulta conceptualizar el tiempo, situación que ha generado múltiples definiciones, opuestas o coincidentes; así Jaques²⁷ señala que el lenguaje usual parece indicar la existencia de diferentes clases de tiempo pero en realidad se reduce a una sola: la permanencia de las cosas; en cambio Servan-Schreiber²⁸ lo define como aquello que mide una transformación.

El mismo Jaques sostiene la bidimensionalidad del tiempo al expresar: la primera dimensión es el eje temporal de la intención, el tiempo en que nos proponemos, planeamos o tratamos de realizar algo; la segunda es el eje temporal de la sucesión, al que ajustamos nuestros calendarios y relojes.

En cambio, desde un punto de vista estratégico se distinguen tres clases de tiempo: de duración, de oportunidad y de ritmo.

²⁷ Jaques, Elliot. *La forma del tiempo*, tr. J. Etcheverry, Bs. As., Paidós, 1984, p. 18.

²⁸ Servan-Schreiber, Jean. *Cómo dominar el tiempo*, tr. D. Zadunaisky, Bs. As., Emecé, 1986, p. 15.

a) De duración. Es el tiempo que transcurre ecológicamente, el que constituye el eje temporal de la sucesión en la concepción de Jaques.

b) De oportunidad. El tiempo de oportunidad es el determinado por el momento en que se puede y quiere hacer algo, el momento en que es conveniente hacer algo.

c) De ritmo. El ritmo es el orden acompasado en la sucesión o acaecimiento de las cosas, siendo el tiempo de ritmo el que está dado por la velocidad con que se suceden las distintas etapas o con que se suscitan los diferentes hechos.

Mucho se puede hablar y decir del tiempo en general, del tiempo de oportunidad y del tiempo ritmo en particular.

Aquí se ha preferido señalar algunos consejos prácticos que da Mc Cormack sobre el sentido de la oportunidad. Así se menciona²⁹ que hay mucha gente que —en una negociación— suele caer en el error, una vez que han planificado adecuadamente la misma, de sentirse espoleada por el ansia de culminarla por lo que busca comprimir el marco temporal de la misma y pasar directamente al tercer acto de la obra; si bien captan las señales indicativas de la oportunidad para hacer algo, hacen caso omiso de ellas y no logran manejar la situación como es debido.

La oportunidad y adecuada sincronización de una iniciativa (el *timing*) no se rige por enunciados, no existe un precepto o una serie de reglas a seguir sino una percepción, unas señales sensoriales que el cerebro recibe y que luego aplica a la circunstancia concreta. Si se sabe combinar la naturaleza perceptible del factor tiempo con todos los factores intangibles que involucra el sentido de la oportunidad referida a una negociación, la habilidad para elegir el momento oportuno se reduce casi a un juicio lógico.

Así como el buen negociador debe administrar su tiempo eligiendo las oportunidades para hacer o dejar de hacer algo, también debe administrar el ritmo de la negociación; implementar el ritmo correcto de la misma puede ser un factor determinante del final exitoso o desastroso de ello. Cuántas veces, cuando se está intentando negociar un conflicto, se suele afirmar que éste todavía no ha madurado lo suficiente como para que se hagan las ofertas que tiendan a buscar su solución.

²⁹ Mc Cormack, Lo que no le enseñarán en la Harvard Business School, Barcelona, Grijalbo, 1985, p. 144.

Ou-Tse —que junto con Sun-Tzu, Se-Ma y otros cinco generales es coautor del Vou King o libros clásicos militares de China— señaló apropiadamente que un buen general no debe contentarse con saber cuándo debe atacar, es también necesario que sepa cuándo y cómo debe batirse en retirada y evitar todo combate⁴⁹.

Como advertencia cabe recordar que las limitaciones de tiempo y los plazos restrictivos a que se somete a un negociador le generará una gran presión. Es el caso del sindicato que le comunica a la empresa que si "mañana no nos contestan nuestro peticitorio respecto del incremento salarial le paramos la planta, ya que sólo esperaremos hasta las once de la mañana".

La recomendación final en materia de tiempo, sobre la que todo negociador debe reflexionar es la de que debe evitar que el oponente administre su tiempo, debiéndolo administrar él por sí mismo, pero esto no basta sino que, además, debe él administrar el tiempo del oponente.

e) Modelos negociacionales

Existen muchos y muy distintos modelos a seguir cuando se encara una negociación. Si bien estas formas variadas muestran notables diferencias entre sí, a los efectos de sintetizar los conceptos se las puede reducir a dos modelos arquetípicos, que siendo antitéticos se ubican en las antípodas del espectro. Todos los demás modelos, si bien diferentes entre sí, se van a asemejar a alguno de estos dos modelos arquetípicos y se van a ubicar en el espectro que va de uno a otro, es decir del modelo competitivo al modelo cooperativo. Así se puede mencionar sólo a título de ejemplo los siguientes: modelo del enfrentamiento directo clásico (clausewiano), modelo de enfrentamiento indirecto, modelo de negociación de Harvard (Fisher - Ury), modelo de las ocho fases (Kennedy - Benson - Mc William), modelo de la negociación efectiva, etcétera.

Dado los límites de espacio que tiene el presente trabajo sólo se van a esquematizar los modelos competitivo y cooperativo.

1) **Modelo competitivo.** También llamado modelo "ganar-perder" y por Cohen "modelo soviético", basa su estra-

⁴⁹ Sun-Tzu, *El arte de la guerra*, cit. por Cholet, "El arte militar de los chinos", p. 166.

tegia en conceptualizar la negociación como un juego de suma "cero" en el que lo que gana una parte lo pierde la otra, por lo tanto hay que tratar de ganar a toda costa porque lo que uno no gana lo gana el adversario a costa de lo que uno pierde.

Este modelo se caracteriza por algunas tácticas y maniobras específicas tales como:

a) Posiciones iniciales extremas. Los negociadores parten al inicio de la negociación de posiciones extremas que luego van acercando en las sucesivas etapas. Ejemplo: el sindicato solicita un ajuste salarial del 60 % para luego conformarse con un 25 o 30 %, vale decir entra en un proceso de regateo y de partición de diferencia, la que no es poco si partió de un petitorio alto (posición inicial extrema).

b) Autoridad limitada. Los sujetos negociadores declaran no tener un mandato absoluto sino limitado, lo que les posibilita la permanente necesidad de consulta, evitando así encontrarse en situaciones en las que tengan que asumir compromisos y responsabilidades. Ejemplo: el sindicato cuando ha obtenido la oferta definitiva de la parte empleadora explica que debe consultar con sus representados, vale decir acudir a las "bases" para que éstas decidan si aceptan la oferta efectuada. Cabe recordar que Kissinger en sus memorias cuenta que cuando (en representación del gobierno de los EE.UU.) tenía que realizar alguna negociación siempre exigía que el oponente fuera el detentador del poder y no un simple mandatario, sin posibilidad de comprometerse.

c) Tácticas emocionales. Es muy común la utilización de las mismas en este modelo negociacional; cabe recordar la famosa foto de Kruschchev en las Naciones Unidas en la que se lo muestra golpeando con un zapato la mesa, pero en la que se observa que sus dos pies estaban correctamente calzados, lo que hace suponer que la utilización del zapato golpeando la mesa no era un hecho espontáneo sino el de una acción premeditada y planificada previamente —llevar el zapato en el portafolio para golpear la mesa— para ser utilizada como táctica emocional.

d) Conceptualización de las concesiones del adversario como debilidad de éste, por ejemplo, si están cediendo es porque son débiles, entonces aprovechamos más la oportunidad, o si pedimos tal aumento de sueldo y nos lo están dando no es porque concedan algo sino porque corresponde

y más aún, habría que pensar en todo lo que se ahorraron y no nos dieron antes.

e) Mezquindad en las propias concesiones. El negociador que utiliza este modelo trata de obtener todo de su adversario y de no ceder nada (recordar que se trata de un modelo de juego de Suma Cero).

f) Ignorancia de las fechas límites. Ésta es otra característica del negociador competitivo; no se preocupa por respetar las fechas límites, respondiendo esta maniobra a un accionar estratégico. Ejemplo: "si no nos dan lo que hemos pedido seguiremos con la medida de fuerza indefinidamente".

Este modelo competitivo funciona cuando no existe relación continua entre los negociadores, ya que cuando la hay el modelo resulta más difícil de aplicar puesto que la víctima del negociador competitivo termina por descubrir su estrategia y genera una contraestrategia. También funciona el modelo competitivo cuando hay ignorancia de la víctima.

Las tres alternativas básicas posibles que tiene un negociador que se enfrenta a un oponente que utiliza un modelo competitivo son: 1) suspender la negociación: no continuar negociando en el marco del modelo competitivo que se le aplica; 2) aceptar la negociación en el marco aludido y desarrollar contramaneobras basadas en una estrategia también competitiva; 3) modificar la situación: pasar de un modelo competitivo a uno de colaboración, para lo cual deberá lograr el consenso del oponente.

2) Modelo cooperativo. También llamado ganar-ganar⁴¹ o para la satisfacción mutua. Este modelo no parte de considerar la negociación como un enfrentamiento del que surgirá un vencedor y un perdedor, sino que ambos resultarán ganadores. Indudablemente este modelo constituye un objetivo hacia el cual el negociador laboral debe tender privilegiándolo ampliamente sobre el modelo competitivo por ser éste el modelo por antonomasia, se explica por qué se debe contar con un espacio mucho más amplio que el asignado en este trabajo para poder desarrollarlo. Es por ello que en una oportunidad futura se volverá sobre el particu-

⁴¹ Janét, Fred. *Ganar negociando*, tr. A. Díaz Mata, México, CECSA, 1987.

lar, brindándole a este tema la extensión que su importancia requiere.

Solamente se enumeran a continuación algunas de las actitudes que protagonizan los negociadores cooperativos:

a) Lograr confianza mutua, no sólo durante la negociación, sino también antes de la misma para así poder prepararla.

b) Tienen como uno de sus objetivos el lograr el compromiso de la otra parte para arribar a un resultado beneficioso para todos.

c) Obviamente también controlan a la oposición no sólo por la negociación en sí misma sino porque podría ocurrir que el oponente que aceptó originalmente negociar bajo un modelo cooperativo, en algún momento cambie su estrategia adoptando un modelo competitivo.

4. ASPECTOS ESTRATÉGICOS Y TÁCTICOS DE LA NEGOCIACIÓN

Pretender resumir en pocas páginas los aspectos estratégicos y tácticos de la negociación constituye una ilusión. Pero hablar de la negociación laboral sin hacer aunque solo sea una breve referencia a datos constituye un error intelectual. Por ello y teniendo en cuenta las limitaciones de espacio sólo se realizarán algunas pocas conceptualizaciones.

La estrategia, según Beaufre⁴², es un método de pensamiento que permite clasificar y jerarquizar los acontecimientos para luego escoger los procedimientos más eficaces. Por su parte Allegroni⁴³ lo ha definido como el arte de la acción con método de pensamiento y sentido profundo.

Como la negociación es una acción, a ella le es aplicable la estrategia y si lo es con respecto a la negociación en general también lo es para la negociación laboral.

Por su parte la táctica es el arte de emplear las herramientas -recursos materiales e inmateriales-, en situaciones concretas. De esta conceptualización se desprende la aplicación de la táctica a las negociaciones laborales.

⁴² Beaufre, André, *Introducción a la estrategia*, tr. L. Pérez Roldán con correcciones técnicas de J. Allegroni, 3ª ed., Bs. As., Struhart & Cia., 1982, p. 12.

⁴³ Allegroni, J., ver nota 36.

El encadenamiento estratégico está dado por la continuación de sucesos con este contenido; siendo los sucesos hechos pasados, presentes o futuros.

Para poder planificar estratégicamente se hace necesario establecer objetivos. Cabe recordar que los objetivos pueden ser cuantificables o no, siendo los primeros operativos mientras que los segundos son no operativos o abstractos. En cambio desde el punto de vista del tiempo fijado para su logro pueden ser objetivos inmediatos, a corto plazo, a mediano plazo o a largo plazo.

Se entiende por objetivo una situación a crear o a mantener. Situación es un estado de cosas y estado es un conjunto de hechos y circunstancias, siendo estas últimas hechos categorizados arbitrariamente como laterales pero no por ello secundarios.

Con estos conceptos se puede entender cómo es factible —siendo también necesario— planificar la negociación en todas sus etapas y establecer los objetivos que en el transcurso de la misma se deben alcanzar sin olvidar que toda ésta a su vez, constituye un objetivo que se inserta en otra cadena de objetivos que tiene que ver con la organización a la que se refiere esa negociación.

Una vez señaladas las conceptualizaciones anteriores cabe hacer referencia a los principios estratégicos aplicables a la negociación, pero hay⁴⁴ una pregunta previa que debe ser formulada⁴⁵: ¿comprende la estrategia reglas que permitan guiar el razonamiento en la elección de soluciones? La contestación es positiva; efectivamente, existen los llamados principios estratégicos que pueden ser definidos como reglas para la maniobra, no exactos sino probabilísticos y que son extraídos de la experiencia y de la razón.

Estos principios varían según las distintas escuelas estratégicas que los trate.

La concepción aquí señalada considera tres principios estratégicos fundamentales —ello no implica que sean los únicos—, a saber:

⁴⁴ Lo dicho en el presente trabajo constituye una versión resumida de uno anterior. Aldo Zapola, Carlos M. Flexibilidad y negociación. ¿Qué pasa en la Argentina?, en rev. "Ideas", Bs. As., Instituto para el Desarrollo de Empresarios de Argentina, marzo 1968, n° 118, p. 32.

⁴⁵ Beaufre, Introducción a la estrategia, p. 29.

a) Principio del objetivo

Implica que para que una operación progrese satisfactoriamente se requiere el establecimiento y mantenimiento de un objetivo.

Muchas conclusiones se podrían derivar de este principio, pero no es el propósito de este trabajo el desarrollo acabado de éstos; no obstante, si se ha querido señalar dos aspectos generales, uno en cuanto a la forma de elegir o establecer el objetivo y otro en cuanto a su mantenimiento. Respecto del primer aspecto cabe, parafraseando a Clausewitz⁴⁶, señalar la importancia de fijar objetivos: limitarse a un fin mediano cuando el adversario persigue uno grande es caer necesariamente en un fracaso rápido, sería lo mismo que jugar monedas de oro contra monedas de cobre. El otro aspecto a considerar es que si bien, como lo señala Fourastié⁴⁷, el hombre alcanza rara vez en materia política, social y económica los objetivos que motivaron sus actos, logrando por el contrario otros resultados no buscados que incluso pueden ser o no parecidos a los objetivos que se proponía, no por ello debe dejar de fijar objetivos que si son a corto plazo muy probablemente deba reformular permanentemente, pero que si son a largo plazo serán estables. Lo que desde ningún punto de vista se puede hacer es no fijar los objetivos a seguir con el pretexto de que total rápidamente van a cambiar.

b) Principio de la economía de los medios

Postula que para que una operación progrese satisfactoriamente se deben distribuir adecuadamente los medios disponibles en las distintas tareas y cumplir el objetivo con el mínimo esfuerzo posible. Esto no significa otra cosa que saber repartir, atribuir racionalmente las disponibilidades propias a los distintos aspectos que deben ser cubiertos para poder alcanzar o mantener el objetivo fijado. De este principio se desprenden tres corolarios:

1) Corolario de la concentración. Los medios disponibles deben ser atribuidos de manera de lograr la mayor con-

⁴⁶ Clausewitz, Karl von, De la guerra, tr. R. de Setaro, Bs. As., Del Soler, 1983.

⁴⁷ Fourastié, Jean, La realidad económica, tr. M. Giacchino, Bs. As., Emecé, 1980, p. 292.

concentración posible sobre el objetivo principal, lo que equivale a mayor concentración del esfuerzo en ese objetivo, vale decir, a no desperdiciar fuerzas. En materia de relaciones laborales el objetivo principal sería el de alcanzar o mantener la paz laboral a un costo aceptable.

2) Corolario del apoyo mutuo. El mejor rendimiento de las fuerzas que cumplen diferentes tareas se obtiene mediante el apoyo mutuo, lo que implica la coordinación de esfuerzos. Suele ocurrir, a veces, que una negociación colectiva de actividad se realiza a través de distintas comisiones paritarias para cada rama que conforma la actividad, las que funcionan simultáneamente en lugares distintos; es indiscutible, en estos supuestos –al igual que en aquellos en que varios empleadores o sindicatos negocian por separado pero coetáneamente como el caso SMATA con distintas empresas automotrices–, la necesidad de que haya una coordinación de esfuerzos por parte de los grupos negociadores.

3) Corolario de la conservación de los medios. En la planificación de operaciones que conducirán al logro de un objetivo deberán evaluarse los riesgos de pérdidas en relación con el objetivo a alcanzar, teniendo en cuenta, además, que será necesario quedar capacitado –conservar los medios necesarios– para emprender las operaciones de los objetivos subsiguientes de la campaña. Efectivamente, en una negociación laboral, si los representantes empresarios agotan todas sus disponibilidades en el otorgamiento de beneficios y condiciones generales de la convención colectiva, con nada contarán para atender los requerimientos vinculados a aspectos salariales; por su parte, la representación de los trabajadores ha aprendido y en tal sentido desarrollado, la estrategia acorde, que no conviene acordar todos los beneficios juntos como en un solo paquete, siendo preferible discutir y acordar de uno en uno para luego pasar al siguiente, pues ello le permite obtener mejores logros de los que obtendría si tuviera que pactar en un solo acto el conjunto total del contenido del convenio colectivo.

c) Principio de la libertad de acción

Implica que en la planificación y conducción de operaciones para el logro de un objetivo, debe asegurarse la ausencia de servidumbre –limitaciones a la acción del negociador– imposibles de superar. De este principio se derivan dos corolarios:

1) *Corolario de la seguridad en la información.* El mantenimiento de la libertad de acción requiere asegurar la correcta información propia y administrar (obstaculizando o posibilitando información verdadera o falsa) la capacidad del adversario para obtener información.

2) *Corolario de la coordinación.* La libertad de acción se obtiene coordinando las acciones para facilitar la dirección.

Según Foch⁴⁸ la estrategia clásica se sintetiza en conservar la libertad de acción, reduciéndose la lucha de voluntades de los oponentes a la lucha por la libertad de acción, tratando cada uno de ellos de conservarla y de privar de ella al adversario.

Por su parte, Beaufre⁴⁹ ha señalado que los principios que antes se han enunciado pueden reducirse sintéticamente a la fórmula siguiente: "alcanzar el punto decisivo merced a la libertad de acción, conseguida mediante una nueva economía de fuerzas", en otras palabras, alcanzar el objetivo gracias a la libertad de acción con economía de medios.

En suma y considerando el ámbito de las relaciones laborales para los empleadores, el objetivo será mantener o alcanzar —según los casos— la paz laboral que asegure un adecuado comportamiento productivo de los empleados a cambio de una recompensa apropiada. Por su parte, los trabajadores tendrán como meta la conservación de su fuente de trabajo y la mejor recompensa posible a cambio de su desempeño, con la menor amenaza o concreción de conflictividad.

La llamada escuela estratégica norteamericana llega actualmente en sus conclusiones a dos reglas⁵⁰: disuasión graduada y respuesta flexible, respondiendo, así, a una preocupación de disuasión y limitación de los conflictos. En esta concepción la idea de flexibilidad adquiere una importantísima entidad propia.

Cabe recordar que flexibilidad es lo opuesto a rigidez y rígido es algo que no se puede mover, que no se puede adaptar, que no se puede acomodar a las otras cosas o personas, que no se puede avenir a circunstancias o condiciones cambiantes.

⁴⁸ Foch, cit. por Beaufre, op. cit., p. 23.

⁴⁹ Beaufre, op. cit., p. 32.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 31.

Es oportuno recordar nuevamente a Sun-Tzu quien sin utilizar el vocablo flexibilidad hacía referencia a ella al decir: "la manera de atacar y de defenderse no debe ser invariablemente la misma... un buen general no debe decir jamás: 'pase lo que pasare haré tal cosa, iré allí, atacaré al enemigo, asediaré tal lugar'. Sólo las circunstancias deben determinarlo; no debe atenerse a un sistema general ni a una manera única de gobernar. Cada día, cada ocasión, cada circunstancia, exige una aplicación particular de los mismos principios... Si los acontecimientos cambian, en general cambia la conducta; si sus métodos, sus sistemas, tienen inconvenientes, los corrige todas las veces".

Cabe preguntarse: ¿un buen negociador laboral no debe aplicar, conceptualmente, estas recomendaciones? El que conteste negativamente se equivoca.

Recurriendo a la esgrima clasifica Beaufre²¹ cierto número de tipos de acciones y reacciones:

a) Ofensivamente. "Atacar", operación que puede ser preparada o seguida de las acciones de "amenazar", "sorprender", "fingir", "engañar", "forzar", "cansar" y "perseguir".

b) Defensivamente. "Guardarse", "parar", "parar atacando", "despejar", "esquivar" y "romper".

A su vez en materia de recursos propios se pueden distinguir cinco tipos de decisiones: "concentrar", "dispensar", "economizar", "aumentar" y "reducir".

Todo esto da un total de diecinueve alternativas que combinadas con una elección de tiempo y de lugar, constituyen el teclado estratégico que todo negociador que se precie de serlo debe conocer, con independencia a que aplique o no —dependiendo del modelo negociacional que adopte— algunas o todas las acciones mencionadas, siendo también causa de la necesidad de conocerlos la de poder reconocerlas cuando son utilizadas por el negociador oponente.

5. ETAPAS DE LA NEGOCIACIÓN

Corresponde acá solamente mencionarlas conceptualizándolas brevemente, pero no desarrollarlas; ellas son:

²¹ *Ibidem*, p. 33.

a) Determinación de las necesidades y correlativa fijación de objetivos: todo negociador debe conocer las necesidades que lo motivan a actuar: qué quiere y para qué. Luego en base a eso establecer los objetivos a alcanzar: cómo lo logra. Si estos conceptos no están claros mal va a poder transitar en una dirección definitiva, a través de la negociación que le permita alcanzar las finalidades buscadas.

b) Preparación de la negociación: una vez fijados los objetivos se puede preparar la negociación.

c) Desarrollo de la negociación: implica la negociación en sí misma, es decir, la discusión, las señales que se emiten durante la misma³², las propuestas, el intercambio, etcétera.

d) Finalización de la etapa negociacional: la que se produce por el acuerdo o el desacuerdo que genera la imposibilidad de continuar negociando y casi con seguridad el consiguiente conflicto, que generalmente en el ámbito de las relaciones laborales colectivas se traduce en medidas de fuerza.

e) Implementación del resultado: implementación del acuerdo o de la ruptura. Cuántas veces se ha llegado a un acuerdo en una negociación laboral, pero que luego al implementarlo ha generado desacuerdo por problemas de interpretación de lo que se dijo o quiso decir en el desarrollo de la negociación y en la finalización de la misma.

6. METODOLOGÍA A SEGUIR PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN

El establecer una metodología a seguir para la implementación de la negociación constituye por sí solo materia suficiente para otro trabajo, incluso más extenso que el presente; por otro lado el no incluir aunque más no sea un brevísimo resumen en el que sólomente se enuncien los grandes aspectos a considerar generaría una visión incompleta de

³² Muchas son las señales que emiten los negociadores en el transcurso de una negociación; estas señales pueden ser verbales o no habladas como lo son los gestos y actitudes. Así mucho se ha dicho respecto del lenguaje del cuerpo (body language); cabe reseñar entre otros el libro de Pease, Allan, *El lenguaje del cuerpo*, tr. M. Ford, Bs. As., Sudamericana-Planeta, 1987, en el que se sugiere cómo leer la mente de los otros a través de sus gestos.

la negociación, por ello se ha decidido optar por esta última posibilidad y enumerar algunos de los grandes aspectos que hacen a un método recomendable a seguir —no el único pero sí el que parece más adecuado— para preparar e implementar la negociación laboral.

La metodología propuesta²³ incluye cuatro etapas o fases: a) determinación del plan general; b) desarrollo del plan general; c) directiva; d) supervisión de la acción.

a) *Determinación del plan general*

Esta etapa se conforma de cuatro aspectos:

1) *Análisis de la misión.* Para ello se debe:

a) Reconocer el incentivo para actuar: estableciendo claramente cuál es la motivación para actuar.

b) Comprender el efecto buscado: debiendo estar perfectamente indicada la relación causa-efecto.

c) Examinar el propósito: permite poseer una indicación de lo que se quiere obtener con el logro del objetivo.

d) Enunciar el problema: lo que implica que considerando los aspectos anteriores señalados se configura el llamado "núcleo de aptitud" —en sentido contrario a ineptitud—, es decir se toma conocimiento del problema y de los objetivos que alcanzados son idóneos, o sea tienen la cualidad de adecuados para solucionarlo.

2) *Análisis de la situación.* Con éste se busca establecer relaciones de poder relativo conociendo las limitaciones propias y del adversario. Aparece así el "núcleo de factibilidad" o sea la cualidad que indica que algo puede ser hecho. Para poder elaborar este núcleo de factibilidad debe llevarse a cabo un proceso mental de cuatro pasos, a saber: analizar los medios y recursos que posee el negociador opuesto; analizar los medios propios; analizar las condiciones imperantes en el contexto que rodea a ambos negociadores y, por último, llevar a cabo un proceso de síntesis de los tres análisis anteriores, que permita realizar un balance del poder relativo.

²³ Allegroni, Juan J., *Manual para la apreciación de la situación estratégica*, Bs. As., Fundación de Altos Estudios de Conducción y Organización, 1978, y también "Apunte complementario al Manual para la apreciación de la situación estratégica - Aclaraciones sobre el trazado de políticas", Fundación de Altos Estudios de Conducción y Organización, Bs. As., 1978.

3) Análisis de los modos de acción. Con éste se evalúa la posibilidad de obrar seleccionando el mejor modo de acción en base a un método lógico y definido; para ello se realizan cuatro actividades mentales:

a) Concepción de los modos de acción, es decir que se conciben las posibles soluciones.

b) Se someten los modos de acción concebidos a tres pruebas:

De aptitud: ¿se adecua la solución al problema existente?

De factibilidad: ¿se puede ejecutar el modo de acción concebido?

De aceptabilidad: ¿a qué costo (aceptabilidad del costo)?

Una vez sometidos los modos de acción concebidos a las tres pruebas señaladas surgen las "soluciones tentativas" que no son otras que los "modos de acción tentativos".

c) Se comparan las soluciones tentativas con las capacidades del negociador oponente de lo que puede resultar una de dos posibilidades: se descartan o se retienen, apareciendo así los "modos de acción retenidos".

d) Se comparan los modos de acción retenidos entre sí pudiendo resultar que haya algunos prioritarios por ser mejores que los otros (son mejores a la luz de la aptitud, factibilidad y aceptabilidad), o que no haya unos mejores que otros siendo todos equivalentes. En el primer supuesto se eligen los mejores, en el segundo -todos equivalentes- se eligen aquellos que generen situaciones más favorables para el futuro. Surgen así las soluciones preferidas que determinan los "modos de acción preferidos".

4) Enunciación del plan general. Esta enunciación del plan general indica el objetivo seleccionado para el cumplimiento de la tarea.

b) Desarrollo del plan general

En esta etapa se llevan a cabo tres actividades:

Se definen las acciones que se deben emprender para alcanzar el objetivo fijado por el plan general para lo que se responde a las siguientes preguntas: ¿qué?, ¿cómo?, ¿cuándo?, ¿dónde?

Se determinan las tareas que se deben cumplir y la organización más adecuada para el cumplimiento de las mismas.

Se recopila toda la información a brindar al equipo que está liderado por el negociador.

Los pasos a seguir son:

1) Análisis del plan general. Análisis y reevaluación de la primera etapa.

2) Enunciado de las suposiciones. Esto se debe a que a veces no se puede contar con una información completa porque se desconoce la misma lo que obliga a realizar suposiciones.

3) Determinación de las acciones componentes. Se define si es necesario subdividir la acción (objetivo seleccionado) en acciones componentes (objetivos parciales).

4) Determinación de las tareas necesarias para cumplir con la acción y de los medios adecuados para cumplir con cada una de esas tareas.

5) Organización de los medios más convenientes para llevar a cabo la acción, es decir, organizar la tarea.

6) Asignación de las tareas y preparación de las instrucciones.

7) Solución de los problemas de dirección, asegurándose la claridad de las relaciones de autoridad y de la cadena de autoridad.

8) Se reúne toda la información a remitir a los integrantes del grupo negociador.

Esta segunda etapa debe ser revisada antes de pasar a la tercera; para efectuar la revisión se deben formular y responder las siguientes preguntas:

— ¿Con las medidas adoptadas se asegura el cumplimiento del plan general?

— ¿Es practicable?

— ¿Está basado en hechos ciertos y suposiciones válidas?

— ¿Es flexible?

— ¿Asegura una organización adecuada y fija responsabilidades?

— ¿Permite delegación, supervisión y control?

— ¿Prevé las comunicaciones necesarias?

— ¿Se utilizan adecuada y suficientemente los recursos?

— ¿Se solucionan los requerimientos de apoyo?

— ¿Se determina si el actuar de los subordinados es acorde al plan general?

c) Directiva

En esta tercera etapa se elabora y emite la directiva, que es una comunicación escrita en la que se indica el plan de acción. Esta directiva contiene párrafos relativos a los siguientes aspectos:

- Organización a utilizar.
- Situación: medios opuestos y propios, objetivos asignados y suposiciones sobre las que se apoya el plan.
- Resolución: se indica el objetivo seleccionado y su propósito.
- Ejecución: forma en que el conductor de la negociación visualiza el plan, indicándose la tarea y responsabilidad concreta de cada componente de la organización.
- Apoyo administrativo.
- Dirección y comunicaciones: implica indicar, entre otras cosas, relaciones de mando, alcance de responsabilidades, libertad de acción de los subordinados, plan de comunicación, instrucciones, etcétera.

d) Supervisión de la acción

Una vez iniciada la negociación el responsable de la misma —cuando se trata de un grupo negociador— debe apreciar en forma continua la situación por dos razones: prevenir fracasos y aprovechar oportunidades favorables.

Esto implica la necesidad de una planificación continua que produzca las correcciones necesarias pudiéndose llegar a cambiar el plan de acuerdo con las nuevas condiciones.

7. RECOMENDACIONES FINALES A MANERA DE CONCLUSIONES

El tema de la negociación laboral —individual o colectiva, formal o informal— es tan amplio que el autor del presente informe está totalmente convencido de que es inagotable y por tanto objeto de permanente estudio, investigación y aplicación práctica —ya que cotidianamente se vive negociando, muchas veces aun sin saberlo—, en consecuencia aquella persona que quiera iniciarse en el arte de la negociación o todo aquel negociador que pretenda perfeccionar y desarrollar su gestión deberá dedicar mucho tiempo —quizá toda una vida— a este aprendizaje.

Reiterativamente se ha dicho a lo largo de este trabajo que tal o cual aspecto no puede dejar de ser tratado pero que dadas las limitaciones de espacio no se lo puede desarrollar. Parecería un error del autor tener que utilizar repetidamente dicho razonamiento, pero en realidad lo que ha sucedido es que se ha intentado enumerar y mencionar casi todos los principales aspectos que debe comprender una teoría de la negociación laboral.

Se ha creído importante recordar una vez más que negociar es dar algo a cambio de algo, y no dar algo a cambio de nada; esto último es "regalar" cuando el que lo da lo hace voluntariamente o "imponer" o "arrebatar" cuando se da algo condicionadamente, sin libertad de la voluntad. Tanto el negociador laboral que representa a la empresa como el que representa a los trabajadores o al sindicato, e incluso, el que representa al Estado, cuando éste actúa como interlocutor social, negociando en el ámbito de las relaciones laborales, deben tener muy presente este concepto, pues lo que se logra regalando o imponiendo tendrá efímero resultado y producirá a la postre rebotes con conflictivas consecuencias. Situación ésta que también se producirá cuando se trata de una relación continua jalonada por sucesivas negociaciones —como lo es el caso de la relación laboral—, si los sujetos negociadores adoptan un modelo competitivo en lugar de cooperativo; en concordancia con esta idea se ha dicho recientemente²⁴ que parecería que en la Argentina cae, lentamente, el viejo concepto que negociar es sinónimo de ceder, claudicar, como perder; es más, parecería que la mayor revolución positiva que podría vivir el país sería la práctica de la negociación eficaz entre sectores; ejercicio éste que exige cierta sabiduría, conceptos claros y la comprensión de la diferencia entre negociar posicionalmente —lo que se vincula con el modelo competitivo descrito en este trabajo— o hacerlo para beneficio mutuo —modelo cooperativo—.

Indudablemente, implementar todas estas ideas —aprender y luego preparar la negociación— requiere tiempo y esfuerzo, recursos que no muchos están en condiciones de invertir, prefiriendo en cambio aplicar el "Factor PI" —Pereza e Improvisación: no estudiar, no planificar la negociación y cuando se está ante ésta improvisar— con el consiguiente

²⁴ Duro, Ric. *Negociar no es un drama*, en rev. "First", Bs. As., Triunfo, setiembre 1988, año 2, n° 24, p. 72.

"desastre" que produce como resultado²¹. Concordantemente, Kenichi Ohmae sostiene en su conocido libro²² las mismas ideas. Parafraseándolo se puede concluir recordando la fórmula de Tomás Alva Edison para producir un invento genial: "1 % de inspiración, 99 % de transpiración", relación ésta que es aplicable a cualquier esfuerzo creativo, inclusive al desarrollo de una estrategia; sin permitir que la proporción genere confusión corresponde recordar que la chispa de la idea es esencial y sin ellas las estrategias no dejan de ser estereotipos, pero transformar en realidad esa idea convirtiéndola en una estrategia ventajosa implica una metodología, cierta disciplina mental y gran parte de arduo trabajo.

Señores negociadores laborales, si deben negociar háganlo, pero bien: estudiando, planificando, preparando e implementando la negociación laboral, aunque esto exija un gran esfuerzo. No improvisen mediocrizando su gestión.

²¹ Aída Zapola, Carlos M., La nueva realidad de las relaciones laborales en la Argentina, en rev. "Factor humano en la empresa", Bs. As., Rada, diciembre 1986, año II, n° 17, p. 202.

²² Ohmae, Kenichi, La mente del estratega, tr. R. Hais García, México, Mc Graw Hill, 1983, p. 284.

METODOLOGIA DE INVESTIGACIÓN

ANA KUNZ

1. INTRODUCCIÓN

Investigar es buscar de nuevo, echar otra mirada más cuidadosa, para averiguar más. Echamos otra mirada porque puede haber algo erróneo en lo que ya sabemos. ¿Es necesario el sentido común en la investigación? Sí. Pero no siempre es suficiente. Podemos tener razón con argumentos erróneos.

La actitud investigadora presume que la primera mirada, y las posteriores, pueden ser propensas al error, y por eso tenemos que mirar una y otra vez, en forma diferente y completa cada vez.

Los investigadores son fabricantes de problemas: tienen que cuestionar antiguas certezas, crear otras nuevas y, a continuación poner en tela de juicio estas nuevas, todo mediante el uso de las normas del método científico (Seltiz, 1980).

Con el aprendizaje de la metodología científica adquirimos un instrumento de trabajo intelectual que resulta útil más allá del hecho de que elijamos la investigación como profesión.

El objetivo de este artículo es describir los procedimientos necesarios para dar respuesta a determinadas preguntas.

Comencemos por definir el proceso de una investigación como la aparición continua de un número determinado de actividades que resultan tan interdependientes, que el primer paso en buena parte determina la naturaleza del último. El saltarse alguna de las etapas hace que surjan dificultades, que pueden llegar, incluso, a imposibilitar la conclusión del trabajo.

Las etapas fundamentales de una investigación son: a) planteo del problema; b) diseño de la prueba; c) respuesta al problema.

Existe una etapa más que no pertenece estrictamente a la investigación, pero que resulta tan importante como toda ella y es la redacción del informe final, que requiere aptitudes en cierto modo distintas de las que se precisan en las fases anteriores. La comunicación de los resultados es una parte esencial de las responsabilidades del investigador y debería recibir la misma atención que las etapas ya realizadas.

Volvamos entonces a la primera etapa:

2. PLANTEO DEL PROBLEMA

Sin problema no hay investigación; nuestro trabajo será una monografía, un ensayo, un manual, etc., pero no una investigación.

Determinar el problema no equivale a seleccionar el tema; éste es el primer paso que damos, pero que no nos coloca en una posición tal que nos permita considerar qué datos hemos de recoger, por qué métodos y cómo los analizaremos. Después de seleccionar el tema, que generalmente es amplio, necesitamos formular el problema susceptible de ser investigado.

Desgraciadamente no es raro que un investigador trate de pasar rápidamente de la selección del tema a la recolección de los datos, violando así la lógica del análisis. Sobre todo los que dan los primeros pasos en la investigación es probable que consideren difícil el pasar de la selección del tema a un problema concreto. El que no siempre resulte así es simplemente una cuestión de experiencia.

La función de esta etapa es la de especificar los tipos de información requeridas para asegurar que la evidencia es relevante para las preguntas planteadas.

Aunque cualquier tipología acerca de la naturaleza metodológica de un problema de investigación resulta arbitraria, parece sin embargo posible clasificarlo como: exploratorio, cuando su propósito principal es el desarrollo de hipótesis o el establecimiento de prioridades para futuras investigaciones. Generalmente se le resta valor científico, sin reparar en el hecho de que toda investigación comienza necesariamente con una etapa exploratoria sobre el tema en

cuestión; pero es perfectamente posible realizar una investigación de tipo exploratorio para un tema sobre el que hay poco o ningún conocimiento establecido, descriptivo cuando tiene la función de evaluar las características de una relación dada y, finalmente explicativo cuando su objetivo es la contrastación de hipótesis.

En la práctica esta tipología no es claramente distinguible. El desarrollo del conocimiento rara vez se da en forma directa, sino que se parece más a una espiral; cada nuevo paso hacia la resolución de una cuestión problemática es, al mismo tiempo, un paso hacia el planteo de nuevas preguntas y la reformulación de las viejas, lo cual requiere estudios adicionales. Así cualquier investigación puede contener elementos de dos o más de las funciones descriptas anteriormente. Sin embargo, en un solo trabajo el énfasis fundamental estará generalmente puesto en una de ellas especialmente.

La naturaleza del problema y el estado del conocimiento en un área dada determinarán, asimismo, la elección del diseño más apropiado (este tema se tratará en el punto 3).

a) Recopilación de información y elaboración del marco teórico

Consiste en el estudio exhaustivo del material teórico y empírico existente sobre el tema elegido. El hecho de que se haya convertido en un requisito rutinario puede ocultarnos su gran valor potencial en la formulación del problema. La acumulación de conocimiento científico es un proceso lento y gradual en el cual, en conjunto, unos construyen sobre el trabajo de otros. Los descubrimientos originales verdaderamente decisivos son raros; aun la obra de un genio no resulta de la generación espontánea.

Este estudio bibliográfico que a menudo nos parece largo y muy lento (puede llevar varios meses) es, como ya dijimos, altamente productivo. Uno debe transformarse en un especialista.

No se plantea un problema cuando no se sabe nada y cuanto más se sabe tanto mayor es el número de problemas que se puede plantear.

De poco sirve saber mucho si ese saber no alcanza para plantear problemas nuevos (Bunge, 1965).

Al ir avanzando en esta tarea vamos obteniendo la convicción de la imposibilidad práctica de abarcar todos los as-

pectos que hemos encontrado y la necesidad de restringirse a algunos de ellos solamente.

Nunca se insistirá bastante sobre la conveniencia de reducir prudentemente los objetivos de la investigación. Elegir entonces entre todas las facetas que presente el problema solamente las que creamos más interesantes, significativas y adecuadas a la preparación, inclinación y medios de que disponemos.

b) Formulación de hipótesis

La especificación del problema, como es obvio, no anticipa su solución; ocurre que, planteada una cuestión, se abren ante nosotros muchas posibles respuestas que representan una nueva concreción del tema a investigar. Estas respuestas tentativas al problema son las hipótesis. Ellas precisan el objetivo de la investigación y orientan la búsqueda de datos, lo que equivale a decir que el investigador no actúa a ciegas y sin orden.

Ahora bien, ¿qué es una hipótesis? Podemos decir que casi todos los enunciados, afirmaciones o negaciones, que utilizamos en el lenguaje oral y en el escrito son, en un sentido amplio, hipótesis. Pero, la hipótesis científica, en particular, es una proposición cuya verdad o falsedad se ignora, pero que se supone verdadera para examinar las consecuencias de esta suposición; si dichas consecuencias concuerdan con las que ofrece la experiencia o el conocimiento teórico ya establecido, entonces la hipótesis queda corroborada, en caso contrario queda refutada (Klimovsky, 1971).

No hay reglas para enunciarlas; aquí intervienen el conocimiento que tengamos del tema, la experiencia personal y el sentido común; lo importante es ser conscientes de que ciertas frases son hipótesis y tratar de ordenarlas con un criterio deductivo.

c) Conceptualización

Es muy importante que los términos contenidos en la hipótesis sean conceptualmente claros y fácilmente comprensibles. Esto implica que no deben contener palabras rebuscadas y artificiosas y que los conceptos empleados deben utilizarse en un sentido riguroso y preciso, definido previamente con el mayor cuidado de forma que se excluya la vaguedad y la ambigüedad.

Ahora bien, ¿para qué definimos? Para que todos sepamos de qué estamos hablando. El problema es significativo sobre todo en ciencias sociales donde existen varias definiciones, a menudo, para cada término. Al decir "término" estamos significando una palabra que designa objetos o sucesos; al definir el término obtenemos el concepto.

En el caso de realizar una investigación empírica utilizando términos teóricos, es decir, referentes a entes inobservables (átomotrón, inteligencia, clase social, tensión social, persona jurídica, etc.) debemos llevar a cabo una labor de concreción que se denomina *operacionalización*¹ y que consiste en la elección de variables empíricas (observables) que representen teóricamente en la realidad al término teórico en cuestión.

Ese término teórico y las variables empíricas que lo representan componen un conjunto al que, por hipótesis, suponemos verdadero; esta hipótesis está lejos de resultar evidente en todos los casos. Sucede a menudo que un investigador plantee ciertas variables para representar un concepto y que otro los objetos porque no logran captar todo el significado de aquél.

Para finalizar digamos que una variable es una característica observable de algo, susceptible de asumir diferentes valores, necesarios para la medición precisa de un fenómeno.

Por ejemplo las variables que representan un concepto teórico como "nivel económico" pueden ser: sueldos, rendimiento de propiedades urbanas y rurales, intereses de capitales, dividendos de acciones, ausencia de deudas, capacidad para obtener deudas, etcétera.

d) Delimitación del campo de investigación

La investigación, aunque no excluye la intuición, reclama como ya dijimos, una planificación cuidadosa en todas sus fases. Después de haber elegido en forma reflexiva el tema, de haber determinado las respuestas probables al problema planteado o hipótesis y de haber especificado sus elementos (los conceptos teóricos y las variables con las que se ha de operar), es preciso también delimitar el campo a que

¹ No todos los términos del lenguaje científico son susceptibles de definir operacionalmente; esto da lugar a una de las discusiones más interesantes de la epistemología. Pero, aunque no hablemos siempre estrictamente de operacionalización, éste es el título que se le da a esta tarea.

se va a extender la investigación prevista y determinar los métodos y técnicas más adecuados para recoger la información.

Esta delimitación representa la respuesta a la pregunta: ¿qué unidades de observación o de análisis investigar?

Sabemos que estas unidades pueden ser individuos o grupos, áreas, instituciones, documentos, acontecimientos, países, actividades, etcétera.

Pero de nuevo es necesario efectuar otra concreción pues normalmente la investigación no podrá alcanzar a todas las unidades sin limitación de tiempo, espacio y contenido. Se trata, en suma, de descender lo más cerca de la realidad.

Distinguiamos dos aspectos: 1) la determinación de la extensión espacial y temporal y 2) la definición del universo o conjunto de unidades de observación.

1) *Delimitación geográfica y temporal.* Esta tarea no puede presentar problemas cuando se hace coincidir la extensión espacial con los límites políticos o administrativos de un estado, por ejemplo. Pero, por supuesto, no siempre es tan claro.

En la delimitación temporal hay que distinguir los estudios sobre hechos a) pasados (análisis diacrónico) y b) referentes al momento presente (análisis sincrónico).

En el primer caso es posible que los hechos no tengan límites temporales muy definidos, pero hay que tratar de especificarlos. En el segundo la delimitación viene dada por el mismo objeto de investigación, el momento presente.

2) *Definición del universo.* Ésta deberá contener y partir de la definición de términos de las unidades de observación que ya mencionamos anteriormente.

3. DISEÑO DE LA PRUEBA

No hay método que elimine totalmente la incertidumbre, pero el método científico, más que cualquier otro procedimiento, puede minimizar aquellos elementos de incertidumbre que resulten de la carencia de información. Reduce de este modo, el peligro de una elección equivocada entre tipos de acción alternativos.

En el trabajo científico, la evidencia es recogida de modo de proporcionar respuestas relevantes, no tendencio-

sas y de obtención económica. La función de la formulación del problema, tal como indicamos anteriormente, es la de especificar los tipos de información requeridos para asegurar que la evidencia es relevante para las preguntas planteadas.

Las funciones del diseño de investigación, por otro lado, son las de reducir el error y economizar el gasto de esfuerzo en la recolección de la evidencia relevante. La manera en que se cumplirán estas funciones variará, sin embargo, según el propósito principal de nuestro trabajo (descriptivo o explicativo).

Los diseños más usados en ciencias sociales son: la encuesta por muestreo (en sus formas descriptiva y explicativa), el estudio de campo, el experimento de campo, el experimento de laboratorio y la observación documental.

En este trabajo describiremos la encuesta y la observación documental y empezaremos por esta última que es la más utilizada en la investigación jurídica.

a) Observación documental

La lectura de documentos debe hacerse según reglas precisas que permitan fijar su valor, su grado de veracidad, su sentido exacto y su verdadero alcance; por otro lado el número de documentos que deben analizarse es tan grande a veces, que es preciso utilizar procedimientos especiales de análisis.

De un modo general podemos distinguir dos categorías de técnicas de análisis de documentos: por una parte los métodos clásicos, derivados del análisis histórico; son intensivos y aspiran a realizar un estudio profundo de los documentos; y por otra parte, los métodos relativamente recientes, de base cuantitativa; son más bien extensivos: pretenden extraer lo esencial de un conjunto de documentos (Duverger, 1974).

Paralelamente es preciso distinguir dos clases de documentos: los que proporcionan datos sobre los hechos (las memorias de un hombre político o los despachos de una agencia de prensa) y los que constituyen hechos en sí mismos (un discurso parlamentario o el programa de un partido).

Los procedimientos de análisis histórico (clásico) se emplean para los documentos de la primera categoría; enfrentamos los problemas de la autenticidad y de la veracidad del documento. Para la segunda categoría, en cambio, la cues-

ción de la veracidad no se plantea porque no hay que preguntarse si este programa electoral es más "verdadero" que aquel otro, ya que no pretenden expresar hechos, sino ejercer una acción, en vista de ciertos objetivos.

Paul Lazarsfeld, uno de los pioneros de la ciencia de la información, resumió el análisis documental, diciendo que los problemas a resolver son los siguientes: ¿quién dice qué, a quién y con qué resultado? La fórmula es buena siempre que se distinga entre el resultado deseado y el resultado conseguido, que no siempre son idénticos. El análisis está evidentemente centrado en el segundo término, en el ¿qué? pero debe tener en cuenta a los otros para aclarar el alcance y significado de este ¿qué?

b) El análisis jurídico

Ciertas clases de documentos en ciencias sociales requieren de métodos particulares, por ejemplo, como ocurre en el campo jurídico con las constituciones, las leyes, los tratados internacionales, etcétera. También se mezclan textos pseudojurídicos: estatutos de partidos, reglamentos de sindicatos y asociaciones, etcétera.

Este análisis supone el conocimiento del vocabulario del derecho donde las palabras tienen un sentido preciso y descansa en conceptos generales, llamados "categorías jurídicas" (la persona jurídica, el Poder Legislativo, etcétera). Cada categoría tiene una definición precisa e implica la aplicación de reglas bien definidas. Las categorías a su vez se agrupan en las "construcciones jurídicas". El método es característico del razonamiento jurídico. A partir de reglas concretas aplicables a cada categoría se definen los principios generales que expresan los caracteres de un conjunto de categorías. Estos principios sirven luego para elaborar la reglamentación de las categorías aún no definidas (p.ej., la teoría de la personalidad jurídica) (Duverger, 1974).

c) Encuesta

Consiste en la recolección sistemática de datos acerca de una población o de una muestra de ella, que se obtienen a través de diferentes técnicas (método de muestreo, entrevista, formación de escalas, análisis de contenido y análisis estadístico de datos masivos) (Festinger y Katz, 1979).

La encuesta depende del contacto directo con todas aquellas personas cuyas características, conductas o actitudes resultan significativas para una investigación.

Este diseño es complejo y caro; no hay que identificarlo, como ocurre a menudo, con alguien haciendo preguntas a cualquier paseante en una esquina; una encuesta bien planificada puede resultar el sustituto del control experimental en ciencias sociales; esto nos puede dar una idea de la prolijidad con la que hay que proceder.

Las encuestas varían en cuanto a su alcance, tipo de muestreo y contenido.

Con alcance nos referimos a si la encuesta es utilizada para resolver un problema de naturaleza descriptiva o explicativa. La encuesta descriptiva consiste en la medición precisa de una o más variables en alguna población definida o muestra de dicha población.

Este diseño debe reunir ciertas propiedades que aumentan su eficacia:

1) Adecuada conceptualización del fenómeno; requisito elemental para obtener mediciones precisas. Esto es importante porque la mayor parte de los fenómenos sociales son complejos y de naturaleza ambigua (es decir, sujetos a varias definiciones posibles).

2) Definición de la población a estudiar; en este caso se procura que sea grande y heterogénea, respetando un principio vital: que la población sea relevante al problema.

En el caso de la encuesta explicativa el objetivo es descubrir los motivos que determinan una correlación (o su ausencia), la aparición de algunos hechos o el desarrollo de procesos sociales.

Los hallazgos de las encuestas descriptivas resultan una guía para teorizar en las explicativas. De ahí que la etapa de la conceptualización sea fundamental en este diseño ya que debemos definir no sólo la variable dependiente (el fenómeno) sino también la variable independiente. El control (semejante al experimental) se logra restringiendo el universo, igualando la muestra en términos de variables de control (Hyman, 1971).

En cuanto al tipo de muestreo debe tomarse una decisión respecto de la pauta específica que seguirá la recolección de datos. La forma más simple es el muestreo de sección única transversal; este método permite determinar características de la población en un momento particular, como si se le tomara una foto. El censo, generalmente decenal que realizan los países es un ejemplo (como es obvio en este caso abarca el universo). La forma de secciones transversales

sucesivas (longitudinales) son mediciones realizadas en puntos sucesivos en el tiempo y resultan indispensables para estudios sobre el cambio social. Consiste en definitivamente en el muestreo repetido de la misma población, ya sea con muestras diferentes en diferentes tiempos (antes-después) o con muestras iguales y diferentes (estudio de tendencias, p.ej., en el voto).

Finalmente, una de las grandes ventajas de este diseño es la diversidad del contenido estudiado; esto quiere decir que es muy amplia la zona de datos que puede reunir (datos personales, sobre el ambiente, sobre actitudes, motivaciones, expectativas, etc.), permitiendo una mejor comprensión de lo que sucede y aumentando nuestra habilidad para la predicción.

Los puntos 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 y 2.6 que figuran en el Anexo I son técnicas de trabajo de campo y no serán considerados en este artículo.

4. RESPUESTA AL PROBLEMA

El análisis y la interpretación son etapas primordiales en el proceso de investigación. El fin del análisis es resumir los datos recogidos de tal forma que proporcionen respuestas a las cuestiones que provocaron la investigación; y denominamos interpretación a la búsqueda de las implicaciones de esas respuestas dentro del amplio marco de los conocimientos existentes.

La presencia de datos no cuantificados y sin elaborar crea un estímulo para el análisis y la interpretación (Taylor y Bogdan, 1986). Incluso tales datos sin elaborar ofrecen a menudo acicate para que hagamos nuevas profundizaciones.

En estudios exploratorios, que carecen de hipótesis, deben buscarse pistas en los datos, con el fin de llegar a formular hipótesis, y de ahí, procedimientos para la clasificación de datos.

En el caso de que hayamos recogido datos susceptibles de análisis estadístico, la codificación y la tabulación resultan etapas fundamentales. Se usan estadísticas descriptivas (medidas de tendencia central y de dispersión) para resumir los datos obtenidos. También se utiliza la estadística inferencial que nos dice si las diferencias obtenidas son estadísticamente significativas o no; es decir, si podemos concluir

que las mismas sucedieron como resultado de algo distinto al azar (Siegel, 1983).

Estos procedimientos nos ayudan a evaluar la validez de las hipótesis en los datos obtenidos, y a hacer interpretaciones acerca de sus posibles motivaciones².

ANEXO I

ESQUEMA ANALÍTICO DE UNA INVESTIGACIÓN (NO EXHAUSTIVO)

1. Planteo del problema
 - 1.1. Recopilación de información y elaboración del marco teórico.
 - 1.2. Formulación de hipótesis.
 - 1.3. Conceptualización; explicitación de variables empíricas.
 - 1.4. Delimitación del campo; especificación de la unidad de observación.
2. Diseño de la prueba
 - 2.1. Elección del tipo de prueba (observación documental, encuesta, experimento, etcétera).
 - 2.2. Elaboración de los instrumentos de recolección de datos (transformación de las variables en ítems de: cuestionario, test, etcétera).
 - 2.3. Redacción de instrucciones para la recolección de datos (búsqueda de confiabilidad).
 - 2.4. Prueba del instrumento (del recolector y de la técnica) (búsqueda de validez).
 - 2.5. Recolección de los datos (aplicación de los instrumentos a las unidades de observación).
 - 2.6. Análisis piloto de un subconjunto de datos.
3. Respuesta al problema
 - 3.1. Análisis de datos (cualitativo y/o cuantitativo).
 - 3.2. Comportamiento de las hipótesis frente al resultado de los datos (contrastación).
 - 3.3. Explicación.

REDACCIÓN FINAL DEL INFORME

² Para aspectos prácticos como manejo de bibliografía, redacción, citas, etc., recomiendo el artículo de Fermín Ubertone (1987).

ANEXO II



BIBLIOGRAFÍA

- Bunge, M., ¿Qué es un problema científico?, "Cuadernos de Epistemología", n° 39, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 1965.
- Campbell, D. - Stanley, J., Diseños experimentales y cuasiexperimentales en la investigación social, Bs. As., Amorrortu, 1973.
- Duverger, M., Métodos de las ciencias sociales, Bs. As., Ariel, 1974.
- Festinger, L. - Katz, D., Los métodos de investigación en las ciencias sociales, Bs. As., Paidós, 1972.
- Hempel, C., Filosofía de las ciencias naturales, Madrid, Alianza, 1976.
- Hyman, H., Diseño y análisis de las encuestas sociales, Bs. As., Amorrortu, 1971.
- Klimovsky, G., Estructura y validez de las teorías científicas, en Ziziemsky y otros, "Métodos de investigación en psicología y psicopatología", Bs. As., Nueva Visión, 1971.
- Nagel, E., La estructura de la ciencia, Bs. As., Paidós, 1974.
- Popper, K., La lógica de la investigación científica, Madrid, Tecnos, 1972.
- Selltiz, C. y otros, Métodos de investigación en las relaciones sociales, Madrid, Rialp, 1966.
- Sidney, S., Estadística no paramétrica, México, Trillas, 1963.
- Taylor, J. - Bogdan, R., Introducción a los métodos cualitativos de investigación, Bs. As., Paidós, 1966.
- Ubertone, Fermín, Cómo hacer una monografía jurídica (Consejos prácticos para los estudiantes), en "Lecciones y Ensayos", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1967, n° 48.
- Von Wright, G., Explicación y comprensión, Madrid, Alianza, 1966.
- Bibliografía no citada en este artículo pero cuya lectura favorece la formación del investigador.

ENSAYOS

ALGUNOS INTERROGANTES SOBRE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA*

ALEJANDRO D. FUZA
CARLOS D. ESPÓSITO

I. INTEGRACIÓN. PLANTEO DEL PROBLEMA

Mucho se ha escrito –y dicho– acerca de la integración latinoamericana desde los más diversos enfoques. La simple lectura de los periódicos de la región o el estudio de distintos documentos oficiales nos muestran que el término integración es utilizado no sólo con diferentes significados y connotaciones, sino también persiguiendo diferentes objetivos.

A modo de ejemplo basta señalar que el concepto en análisis está presente en documentos tan disímiles como los objetivos de la Declaración a los Pueblos de América, agosto de 1961; instrumentación de la Alianza para el Progreso, lanzada por la administración Kennedy en ese mismo año, y el Acta de Cartagena¹ o el reciente Compromiso de Acapulco.

* Ponencia de la revista "Lecciones y Ensayos" en el Congreso Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Dirigidas por Estudiantes. (Agradecemos la valiosa colaboración de Rosana Monaldi.)

¹ Objetivo 4: "Apoyo de cualquier integración económica que conduzca a mercados mayores y aumento de las oportunidades de competir". Marín Iglesias, Alejandro, *El sistema interamericano. Modalidades del sistema internacional público americano*, Asunción del Paraguay, 1977; Orszewich, Luis, *vos Mercado Común*, en "Enciclopedia Jurídica Orbea", t. XIX, separata p. 158; "Objetivo 11: Fortalecimiento de la integración latinoamericana".

Compromiso de Acapulco para la Paz, el Desarrollo y la Democracia. "Objetivo 2: La negociación internacional requiere la confirmación de un

A partir de allí, como señala el profesor Dallanegra Pedraza², el debate en la región queda circunscripto a los siguientes términos: integración sí-integración no (y en caso afirmativo, integración: ¿cómo?), sin alcanzar a rozar, siquiera, el nudo del problema integración: ¿para qué?

No obstante coincidir con este razonamiento en lo principal (a la respuesta del interrogante destinamos la conclusión del presente trabajo), entendemos que existe un segundo problema subordinado al anterior, que es de imprescindible solución previa³. El mismo podría plantearse como sigue: integración: ¿qué? O más específicamente responder qué es integración desde un punto de vista jurídico.

Este cuestionamiento será desarrollado en el párrafo siguiente. Queremos, no obstante, formular una aclaración: como señaláramos, este interrogante estará siempre subordinado en importancia al primero, ya que cualquiera que sea el concepto de integración que se adopte, éste será siempre un mero instrumento, un medio para alcanzar determinados objetivos.

2. INTEGRACIÓN: ¿QUÉ? UN CONCEPTO JURÍDICO

Como ya hemos señalado, la observación de la realidad nos demuestra que tanto en el ámbito científico como en el político el término integración es utilizado con las más diversas connotaciones o significados. Así vemos que en el segundo de ellos, en el discurso de algunos dirigentes políticos del continente (como aquellos del tipo bolivariano), el término en análisis traduce la idea de "confederación" o "federación" —una forma de Estado—, en tanto que para otros "integración latinoamericana" se ubica dentro del campo de las relaciones internacionales. Como se ve éste sería un problema de objetivos.

Dentro del ámbito científico el problema persiste aunque con matices diferentes. Así, se ha definido la integra-

poder conjunto de influencia y decisión. En consecuencia, sólo una mayor identidad y una mejor articulación de intereses de Latinoamérica y el Caribe...".

² Dallanegra Pedraza, Luis, *Integración latinoamericana. Lo que los latinoamericanos no hacen*, inédito.

³ Todo sujeto requiere saber qué es un instrumento para luego aplicarlo a la consecución de determinados fines.

ción como "un nuevo fenómeno en las relaciones internacionales caracterizado por una autonomía de poder y de acción, colocado al servicio de intereses, o, si se quiere, objetivos comunes a varios Estados" (Pierre Pescatore)⁴; o como "un proceso destinado a suprimir determinadas formas de discriminación entre economías distintas" (Ricardo Balestra)⁵; o bien como "sistema social" (Eve Rimoldi de Ladmann)⁶, Dallanegra Pedraza⁷; o, en sentido político, como "la emergencia o la creación en el transcurso del tiempo, de procesos colectivos de decisión"⁸.

En el análisis de estas definiciones surgen dos puntos a esclarecer:

a) Si la caracterización del término integración como "proceso" o "sistema" traduce distintos significados o alude a dos puntos de vista distintos de analizar el problema.

b) Si este "proceso" o "sistema" se da sólo en las relaciones internacionales o también es endógeno a los Estados, ¿cuál sería, entonces, el ámbito de aplicación del concepto?

Antes de abocarnos al estudio de ambos temas haremos una aclaración previa. Consideramos la integración como un fenómeno complejo, que se da en la realidad social y que comprende aspectos muy variados. Si bien halla su expresión o manifestación más clara en la faz económica (concepto de interdependencia del que habla Schumpeter), no descartamos su aplicación a otros ámbitos, tales como el cultural, político, militar, etcétera.

a) El falso dilema: integración-proceso us. integración-sistema

Los autores se preocupan buscando argumentos para sostener (particularmente dentro de la teoría de las relacio-

⁴ Pescatore, Pierre, *Integración: un nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*, Bs. As., BID-INTAL, 1973, p. 41-47.

⁵ Balestra, Ricardo, *Integración y desarrollo*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", n° I-III-1967, UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, p. 193.

⁶ Rimoldi de Ladmann, Eve, *El derecho de la integración y el derecho constitucional latinoamericano*, en "Lecciones y Ensayos", n° 47, p. 69, Bs. As., 1967.

⁷ Dallanegra Pedraza, op. cit.

⁸ Linberg, León, *Political Integration as Multidimensional Phenomenon*, en "International Organization", vol. XXIV, 197, p. 632 y ss., cit. por Pescatore, op. cit. en nota 4, p. 47.

nes internacionales) que la integración es un proceso o bien un sistema. Las corrientes más modernas sostienen esta última posición sin advertir que el dilema es falso.

Se ha caracterizado al "sistema social" como "al conjunto de elementos que cumplen una función determinada (y que) se caracteriza por su complejidad y por la forma en que las partes interactúan tan intensamente que un cambio en una de ellas afecta a muchas otras"⁸.

El sistema, para ser considerado como tal, debe reunir ciertas propiedades. La estabilidad es la principal de ellas. La conceptualización del "proceso" de integración como un sistema -dice R. de Ladmann- implica un análisis interdisciplinario.

¿Qué es un proceso? El diccionario de la Real Academia Española lo define como el "conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial". Así es que mientras un sistema se caracteriza por su estabilidad, "proceso" es un término que traduce la idea de secuencia temporal. Es decir, "sistema" sería un concepto estático, y "proceso" un concepto dinámico.

Pero el sistema social implica elementos estables (o variables independientes) y elementos variables (o variables dependientes). Estos últimos son susceptibles de cambio o transformación y como el cambio (social) es el "resultado de un proceso"⁹.

En definitiva, el fenómeno de la integración podría ser conceptualizado como un sistema social (estable por definición), o bien como un proceso social en la medida que cada uno de los elementos de ese sistema social es afectado por el transcurso del tiempo en su proyección histórica.

El concepto de integración-sistema precisaría la interrelación entre los elementos internos y externos al mismo, en tanto que el de integración-proceso alude a esa misma interrelación en su proyección temporal (dinámica).

Ambas nociones son necesarias para explicar el fenómeno. Tal vez la concepción del fenómeno integrativo como proceso, sumada a la teoría de los sistemas, permita predecir con mayor o menor grado de certeza, la evolución del fenómeno en el futuro¹⁰.

⁸ Rimoldi de Ladmann, op. cit., p. 68.

⁹ Aguilá, J. C., *La promesa de la sociología*, Bs. As., Belgrano, 1985, p. 157-160.

¹⁰ *Ibidem*.

b) *Ámbito de aplicación del concepto.*
(¿Dónde se da el fenómeno?)

1) *Teoría del Estado y de las relaciones internacionales.* Un concepto amplio. Dijimos que la integración constituya un fenómeno complejo, es decir que es susceptible de ser estudiada por distintas disciplinas. También señalamos —procurando aclarar la aparente contradicción entre algunos términos de las definiciones ofrecidas por los autores— que puede ser conceptualizada como un sistema (faz estable), o bien como proceso (proyección histórica).

Pero, aparte de este primer acercamiento al problema (análisis fenoménico), ¿qué se entiende por integración?

Recurrimos nuevamente al diccionario de la Real Academia Española, integración es "acción y efecto de integrar". Integrar: "hacer un todo con partes distintas".

En efecto, en este sentido (noción o sentido amplio), integración es acción, interacción de partes (elementos) que se conjugan en un todo (sistema). Pero también es efecto (resultado) de una acción (interacción, proceso) de esas mismas partes que se conjugan en un todo. Volvemos, así, a señalar los dos sentidos de integración: integración-sistema e integración-proceso.

Esta noción amplia de integración podría, forzándosela, ser aplicada tanto a la explicación de la aparición de algunos Estados como de la Comunidad Europea.

En el primer caso los elementos internos al sistema, previo a su formación como tal, interactuarían de manera que en el transcurso de la historia darían como resultado una estructura, a la que denominamos Estado o Estado-Nación: estaríamos utilizando "integración" en un sentido muy similar al de predominio de la "fuerza centrípeta", empleado por algunos politólogos para explicar el surgimiento de los mismos. Integración entonces sería el resultado de la interacción de los elementos (territorio, población, poder económico, político), que se cristalizaría en una estructura a la que llamamos Estado.

Pero la noción amplia que hemos reseñado presenta aquí sus primeras deficiencias: no todos los Estados están integrados en cuanto a sus elementos internos en el mismo grado. La creciente importancia del factor económico como fuente de poder internacional determina que ciertos Estados posean regiones (subsistemas) que estén más inte-

grados al exterior que a otros subsistemas pertenecientes al mismo sistema formalmente -jurídicamente- integrados¹².

El concepto lato, no técnico, permitiría, aunque sin mayor precisión, describir también el fenómeno en su faz exógena al Estado, esto es dentro del ámbito de las relaciones internacionales. Decimos sin mayor precisión, pues las partes (los Estados) no llegan a conformar en los hechos ese todo, el cual se da en todas las formas de Estado y no en todas las formas de relaciones internacionales. Concluyendo, un concepto amplio de integración podría alcanzar a explicar algunas características del nacimiento del Estado o bien aplicarse en forma global al estudio de las relaciones internacionales. Pero en esta interpretación forzada y literal del término se observa que el concepto no alcanza a explicar algunos aspectos relevantes, tanto de la teoría del Estado como de las relaciones internacionales.

Por lo señalado limitaremos el estudio del problema a la segunda de las teorías, puesto que es dentro de ese ámbito donde nace para la ciencia política. Al mismo tiempo, dentro de la teoría del Estado se ha acuñado una terminología particular a la que hicimos referencia anteriormente.

2) *Teoría de las relaciones internacionales.* La integración desde el punto de vista jurídico. La imprecisión del concepto amplio llevó a muchos estudiosos a elaborar un concepto técnico de integración que permita explicar este fenómeno en su fase exógena al Estado mismo.

Para ello recordemos que hemos caracterizado a la integración, respecto de sus objetivos, como un instrumento, y con relación a la realidad social como un fenómeno complejo que comprende distintos elementos o factores endógenos y exógenos al Estado. Estos elementos manifiestan empíricamente una "vocación" a relacionarse entre sí, que tiene por origen la situación de interdependencia (económica, política, cultural, etc.) en la que se encuentran los Estados.

En este plano exterior al Estado (considerado como una unidad política "natural")¹³ es en el que se desarrolla la teo-

¹² A este concepto de integración sería aplicable la tipología de Johan Galtung. Una teoría estructural de la integración, en "Revista de la Integración", nº 5, p. 11-48, noviembre 1969.

¹³ Si bien entendemos que los protagonistas de esta simulación son los Estados, no desconocemos el papel de otros sujetos en la realidad internacional y en las discusiones teóricas. Ver un ejemplo de estas discusiones en Kahn, Paul, *From Nuremberg to The Hague: The United States Posi-*

ría de las relaciones internacionales. Si imaginamos a la política internacional como una pieza teatral¹⁴, veremos que en ella los principales actores –y por lo pronto los protagonistas– son los estados, los cuales cumplen sus roles en un escenario: la sociedad o comunidad internacional.

Es clásica la polémica dentro del derecho internacional público acerca de lo que Juste Ruiz llama la caracterización del "medio social internacional"¹⁵. Ya Toennies, en 1887, había hecho notar la contraposición entre ambos conceptos. Nosotros –siguiendo en esto al primer autor– optamos por la denominación "comunidad internacional"¹⁶.

Siguiendo con nuestra descripción imaginaria de la obra, vemos que en ese marco de referencia los actores dan lugar a tres tipos distintos de relaciones, conforme a la distinción realizada por Schwarzenberger en 1941, a la que nos referiremos luego¹⁷.

tion in Nicaragua v. US and the Development of International Law, en *Yale Int'l L. J.*, vol. 12, n.º 1, 1967.

¹⁴ La idea pertenece a la doctora Mónica Pinto, de cuyas clases fue tomada.

¹⁵ Juste Ruiz, José, *¿Derecho internacional público?*, Valencia, Nomos, 1998, cap. 2, p. 47 y siguientes.

¹⁶ El citado autor señala, sintetizando ambos conceptos, que la "sociedad constituye un modelo 'menos integrado' creado artificialmente sobre la base de una vinculación jurídica, mientras que la 'comunidad' expresa un grado más acabado de integración, por cuanto traduce la existencia de una unión natural entre seres ligados por vínculos éticos en los que predominan los valores de la solidaridad.

La elección de uno de estos modelos teóricos para definir la realidad de las relaciones internacionales nos enfrenta a una operación extremadamente difícil. La verdad es que las ideas de sociedad y comunidad expresan en el fondo una antinomia que está presente en el hombre mismo y que se traduce en una tensión constante entre el antagonismo y la solidaridad con sus semejantes.

Esta misma autonomía se expresa a nivel colectivo. Con todo –prosigue el autor– incluso en los reducidos más integrados, lo cierto es que los elementos societarios y comunitarios aparecen inevitablemente interpenetrados".

Nosotros, ante la imposibilidad de pronunciarnos tajantemente entre dos términos cuyos elementos se encuentran profundamente entrelazados, consideramos que la idea de una comunidad internacional debe ser conceptualizada más como una meta, un propósito a alcanzar que como una estructura dogmática.

Conf. Visshes, Charles de, *Teoría y realidad en derecho internacional público*, Barcelona, Bosch, 1982, p. 106-107; Juste Ruiz, op. cit., p. 43.

¹⁷ La distinción es válida como modelo descriptivo, no obstante las variaciones operadas en la comunidad internacional luego de la Segunda

Dado que las relaciones internacionales resultan ser la manifestación de comportamiento o conductas de Estados, y éstos a su vez pueden llegar a generar normas internacionales a través de tales actos (por vía de la práctica internacional uniforme y reiterada o del derecho internacional de los tratados). Es lógico deducir que a cada tipo de relación internacional corresponde una especie jurídica distinta por su contenido¹⁸.

a) *Tipología de Schwarzenberger*. Este autor señalaba que las relaciones internacionales podían ser de tres tipos, las que dan lugar a tres clases de normas: a) relaciones de dominación (la ley del poder); b) relaciones de reciprocidad (la ley del acuerdo); c) relaciones de cooperación (la ley de la solidaridad).

1) *Relaciones de dominación*. "En una sociedad en que el poder es la principal consideración, la función primaria del derecho es ayudar al mantenimiento de la supremacía de la fuerza y de las jerarquías establecidas con base en el poder y dar a ese sistema la respetabilidad y la sanción del derecho"¹⁹. "Tal es la ley del poder, de la que existen múltiples manifestaciones en las relaciones internacionales contemporáneas: privilegios de las grandes potencias (derecho de veto en el Consejo de Seguridad de la ONU); reconocimiento tácito de la existencia de las 'zonas de influencia'; monopolio de ciertos armamentos (acuerdos de no proliferación); pervivencia de un orden económico internacional de estructura imperialista, etcétera"²⁰.

En este caso el derecho internacional público se manifiesta como un orden conservador, en el cual los "valores de justicia abstracta deben ceder ante los imperativos de estabilidad y seguridad concretas que sólo los más fuertes están en medida de garantizar"²¹.

Guerra Mundial, en la que aparecen nuevos actores de las relaciones internacionales.

¹⁸ Esto se debe a una de las características del derecho internacional público: la existencia de un órgano descentralizado generador de normas jurídicas, conforme Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse, *Derecho internacional público*, Bs. As., Zavalla, 1985, p. 21-24.

¹⁹ Schwarzenberger, G., *La política del poder*, México, Fondo de Cultura Económica, 1960.

²⁰ Juste Ruiz, op. cit., p. 50.

²¹ *Idem*, p. 51.

Las relaciones de dominación constituirían, entonces, el límite sociológico que, por una especie de *concordantia oppositorum*, cristalizan la presencia de un orden público internacional (*World Public Order*) que el derecho internacional debe establecer y garantizar.

2) *Relaciones de reciprocidad. (La ley del acuerdo).* Pero las relaciones internacionales y, consecuentemente, el derecho internacional no implican solamente ejercicio de poder. Existen otros tipos de interacciones entre Estados en las cuales, sobre la base de la reciprocidad, los Estados limitan el ejercicio de sus soberanías.

Así, como resultado de la mutua transacción entre actores surge el derecho del acuerdo, el derecho de los tratados.

La importancia que día a día va tomando esta fuente del derecho internacional determina que las relaciones de reciprocidad constituyan —como señala Juste Ruiz— “el soporte fundamental del derecho internacional en el mundo contemporáneo”²². El derecho internacional de coordinación constituye, en el presente, una de las fuentes primordiales de derecho internacional general.

3) *Relaciones de cooperación. (La ley de solidaridad).* En palabras casi proféticas señalaba Schwarzenberger: “En esferas remotas a la política del poder el derecho internacional (de coordinación) muestra inclusive huellas en embrión de un derecho comunitario”²³.

A través de relaciones los “Estados se sienten llamados a cooperar para la satisfacción de intereses colectivos”; aunque no “hay que ver en tales actuaciones únicamente la expresión de una solidaridad benévola sino también... la traducción de una verdadera necesidad de cooperación”²⁴.

No es nuestro propósito estudiar aquí profundamente a qué se refiere concretamente el politólogo alemán cuando habla de relaciones de cooperación. Es claro, sin embargo, que existen distintos términos normalmente utilizados en la práctica de las relaciones internacionales (que implican distintos significados) que aparecerían englobados por su tipo: así, la ayuda, asistencia, cooperación (en sentido estricto) e incluso la idea de solidaridad.

²² *Ibidem*, p. 52.

²³ Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 182.

²⁴ Juste Ruiz, *op. cit.*, p. 52-53.

Pero cualquiera que sea el sentido que se dé a la frase "relación de cooperación", es claro que no significa, en modo alguno, restricción a la soberanía del Estado que ejecuta tales actos, y éste es precisamente el efecto que produce la integración.

De lo expresado se sigue la necesidad de reelaborar los conceptos de esta tipología con referencia a las "relaciones de cooperación", que se verían excedidas por las del concepto de integración.

b) *Las relaciones de integración como un tipo de relación de colaboración.* Nosotros entendemos que es más apropiado, sobre todo luego de las transformaciones sufridas por las relaciones internacionales clásicas, considerar a la cooperación internacional y a la integración como especies de un mismo género: las relaciones de colaboración (del latín *collaborare*, de *cum*: con, y *laborare*, trabajar; es decir "trabajar con").

Se trata de relaciones en virtud de las cuales los Estados trabajan no sólo para otro, sino también para sí, a través de la concreción de un objetivo común a un grupo de Estados.

Así, el derecho de la cooperación internacional (en sentido estricto) se referiría, entre otras, a las siguientes materias:

- 1) Abolición internacional del tráfico de esclavos.
- 2) Condición de los refugiados.
- 3) Protección de los derechos humanos.
- 4) Derecho humanitario.
- 5) Derecho de protección del medio ambiente.
- 6) Control internacional de las drogas.
- 7) Protección del espacio supraceléstico y de los fondos marinos y oceánicos.
- 8) Status jurídico de la Antártida.
- 9) Derecho internacional del desarrollo, etcétera.

En cuanto al derecho de la integración, como señalamos, integración y cooperación, constituyen, en el fondo, relaciones de colaboración, o más específicamente técnicas de colaboración entre Estados.

Pero, pese a esta base común, existe entre ambos conceptos una diferencia sustancial que se relaciona con el principio de soberanía de los Estados. Así, las relaciones de cooperación no restringen de modo alguno la categoría de

derecho internacional clásico "Estado soberano". No obstante asumir obligaciones internacionales, que en caso de incumplimiento engendrarían la subsiguiente responsabilidad, los Estados mantienen incólumes e inmutables sus estructuras políticas internas sin sufrir variaciones de trascendencia en sus respectivos ordenamientos constitucionales.

En cambio las relaciones de integración implican un "reordenamiento de soberanías de los Estados"²⁵, una reestructuración de sus competencias domésticas en virtud de la transferencia de parte de ellas (sea con un criterio funcional o material)²⁶ a un órgano comunitario que detentaría una soberanía común. (No obstante, veremos, siguiendo en el punto a *Pescatore*, que ni siquiera se requiere la existencia de un órgano.)

c) *Supranacionalidad*. Si bien existen algunos antecedentes en la materia, este peculiar efecto (restricción de la soberanía del Estado por vía de acuerdo), no fue apreciado en toda su dimensión por la ciencia política y la jurídica, hasta después de la firma del Tratado de Roma de 1952 que dio origen a las Comunidades Europeas.

Como señala *Pescatore*, se trataba de un nuevo fenómeno que no podía ser explicado a través de las categorías clásicas de la ciencia política o jurídica: no se trata de un organismo internacional ni tampoco de una forma de Estado²⁷.

Para lograr interpretarlo de alguna manera se formó un neologismo: "supranacionalidad"; categoría pretendidamente intermedia entre lo nacional y lo internacional.

Reconocemos que en los procesos de integración existen peculiaridades propias que los distinguen de otros regulados por el derecho internacional clásico, pero ello de ninguna manera significa aceptar que lo supranacional no pertenece a lo internacional, en todo caso, será esta última categoría la que habrá sufrido modificaciones en virtud de su objeto (el del derecho internacional) por la aparición de un nuevo tipo de relación internacional: la relación de integración.

Debemos definir supranacionalidad. Desde la aparición de este neologismo encontramos una dura controversia

²⁵ *Pescatore*, op. cit., p. 33 y siguientes.

²⁶ *Pescatore*, Pierre, *La distribución de competencias y de los poderes entre los Estados Miembros y las Comunidades Europeas*, 1967, inédito.

²⁷ En este punto nos apartamos del profesor *Pescatore* porque consideramos a la restricción de la soberanía como efecto principal de la integración a nivel institucional.

en Europa acerca de su contenido, que creemos superada luego de la obra de Pescatore. Si bien el concepto nace con el Tratado de Roma de 1952 y las nuevas estructuras que aparecen en su consecuencia, pronto se buscó su aplicación fuera de la Comunidad, extendiéndolo a toda forma de integración. Así, una noción de supranacionalidad construida de esta última manera nos permitirá explicar (desde el punto de vista jurídico-político) el resultado de los procesos de integración y los elementos necesarios para que existan tales procesos.

Para explicar este concepto consideramos acertado el análisis de Pescatore³⁹, quien recurre a la distinción entre elementos esenciales y accesorios del proceso institucional. Entre los primeros encuadra los caracteres definitorios del concepto de supranacionalidad: la presencia de un objetivo común, de poderes efectivos puestos al servicio de tales objetivos y que tales poderes revistan el carácter de autónomos.

1) Existencia de un objetivo común. En el origen de la integración está la aceptación por parte de un grupo de Estados de una escala de valores o intereses que les son comunes. En las relaciones de integración, y con referencia a su efecto (la supranacionalidad), esa escala de valores presenta signos diferenciales:

a) Es particular (se traslada a un grupo de Estados generalmente relacionados por contigüidad geográfica).

b) Esa escala de valores suministra un objetivo o idea directriz por la cual los participantes están dispuestos a subordinar sus intereses nacionales y su jerarquía nacional de valores. Esos valores pueden ir desde la regulación del uso y la utilización de una vía de agua internacional, hasta la concreción de proyectos de defensa común o un mercado común. Lo que distingue a las relaciones de integración de las de cooperación es que en estas últimas el Estado no subordina sus propios intereses a los de la comunidad internacional.

2) Existencia de poderes efectivos puestos al servicio de este objetivo común. En este punto nos remitimos a las palabras de Pescatore: "De entrada parecería que la aplicación de este criterio deja fuera de la supranacionalidad alguna de

³⁹ Pescatore, op. cit., p. 41-47.

las organizaciones internacionales que, por estar consagradas a través de interés común para grupos de Estados o, incluso, para toda la humanidad, se caracterizan por la inexistencia o la ineficiencia de sus poderes. Por el contrario, adoptar decisiones cuyo efecto es comprometer a los Estados; establecer reglas de derecho que dichos Estados deben respetar; pronunciar decisiones de justicia que fijan el derecho; éste es el tipo de poderes que entran en la constitución de la supranacionalidad.

J) Poder efectivo autónomo. "Para clasificar la supranacionalidad no basta con definir una idea de valor común a varios Estados y con colocar un poder real al servicio de esa idea: es preciso, además..., que ese poder sea autónomo". Esto es, que sea distinto del poder de los Estados participantes, con el propósito de poder ser puesto exclusivamente al servicio de "esa finalidad reconocida como común".

Con estos elementos se materializa una restricción a la soberanía de los Estados miembros.

La idea de supranacionalidad no supone otros elementos utilizados por la doctrina como definitorios. El autor de referencia los toma como accesorios²⁹. Éstos son:

a) La existencia de órganos que detentan la "soberanía comunitaria". Basta la existencia de un poder efectivo y autónomo. En la historia se han dado supuestos de supranacionalidad (integración desde el punto de vista jurídico), aun en ausencia de instituciones supranacionales (v.gr., caso del Benelux).

b) No se requiere "la inmediatez en el ejercicio de los poderes", es decir la capacidad de los órganos internacionales para aplicar disposiciones legislativas comunes directamente, sin requerir la sanción previa por el Estado receptor, que admite la autooperatividad de la norma internacional.

Adherimos sin reservas a la opinión citada. Existe supranacionalidad aunque los sujetos de la relación de integración no acepten la operatividad de las normas internacionales. Entendemos que el término "derecho de la integración" tiene un ámbito de aplicación aún mayor (ver *infra*).

c) Tampoco es inherente a la idea de integración el criterio de coerción. Conforme a este criterio no habría inte-

²⁹ Son "accesorios" a la idea de supranacionalidad aunque se presenten como esenciales de uno de sus tipos extremos: la comunidad.

gración sin que el poder del grupo pudiese imponerse mediante sanciones eficaces aplicadas al Estado renuente a aceptar normas comunes.

La idea de coerción es el criterio que permite distinguir la supranacionalidad del Estado federal o confederal en este enfoque restringido del término integración.

En definitiva, el concepto restringido de integración alude a un tipo particular de relación de colaboración: las definidas como de "integración", caracterizadas como aquellas que implican restricción o reordenamiento de la soberanía de los actores. Este tipo de relaciones se dan cuando surgen los elementos esenciales de la categoría político-jurídica "supranacionalidad" y son susceptibles de perfeccionamiento a través del aditamento de otros elementos que describimos como accesorios: órganos e inmediatez. El nivel de perfección de las estructuras creadas determina el grado de integración de las mismas que es directamente proporcional a la afectación del principio de soberanía del Estado.

Existe una conclusión adicional a este planteo: si integración es susceptible de dos acepciones: acción y efecto (resultado). La integración como resultado es —en este enfoque— la restricción-reordenamiento de la soberanía de los Estados, y la integración como acción (proceso) sería descrita por los elementos del concepto de supranacionalidad, ya que éstos responderían a la pregunta de cómo se produce esa restricción-reordenamiento: a través de la existencia de un poder real y autónomo puesto al servicio de objetivos comunes.

d) De lo explicado hasta aquí surgen las siguientes reflexiones:

1) La integración es un fenómeno social que puede ser conceptualizado como un sistema (respecto de la interacción de los elementos de ese sistema entre sí) o como proceso (proyectando históricamente las variables).

2) Este fenómeno puede ser definido en dos sentidos: uno amplio (endógeno y exógeno al Estado y comprendiendo todas las variables) y otro restringido o técnico (dentro del ámbito de las relaciones internacionales).

3) En este último sentido las relaciones de integración constituyen un tipo de relaciones de colaboración, denominación atribuida por nosotros a las relaciones de cooperación (como tipo puro) de las que habla Schwarzenberger,

que pasarían a ser comprendidas por las de colaboración como género.

La nota diferencial entre las relaciones de integración y las relaciones de cooperación estaría determinada por la afectación o no del principio de soberanía absoluta del Estado.

4) En las relaciones de integración —como resultado— se produce un reordenamiento de la soberanía de los Estados miembros a través del mecanismo de la "supranacionalidad".

5) El concepto de supranacionalidad permite explicar las relaciones de integración en el ámbito de la teoría de las relaciones internacionales, y al mismo tiempo implica una categoría jurídica novedosa que permite interpretar ese mismo fenómeno a través de la variable jurídica.

6) Derecho de la integración traduciría la idea de un complejo normativo —público y privado— que refleja y regula esas relaciones de integración concretizadas (en su parte esencial) en el concepto de supranacionalidad.

7) Las relaciones de integración y el derecho que le sirve de estructura (variable jurídica) pueden ser estudiadas como un proceso que ha producido como resultado distintos tipos de integración y formas estructurales.

En la historia económica europea y americana encontramos los tipos tradicionales (Unión Aduanera, Zona de Libre Comercio, Mercado Común)²⁰ de las cuales la comunidad es la más perfecta, diferenciadas entre sí por el grado de integración, esto es por la mayor o menor restricción de las soberanías.

8) Del concepto de integración enunciado se deduce que este fenómeno no se refiere exclusivamente a procesos económicos.

Por lo tanto tampoco es correcto reducir la noción de derecho de la integración a la faz económica. Así, en Europa, instituciones integrativas serían tanto las Comunidades Europeas como el Consejo de Europa y la OTAN, y derecho de la integración serían tanto el Tratado de Roma de 1952 como los convenios surgidos de la actividad del Consejo de Europa o los convenios que regulan las actividades militares de la Alianza Atlántica.

²⁰ Balassa, Bela, *The Theory of Integration*, London, Allen & Unwin, 1965.

Trasladando este enfoque a la realidad latinoamericana, vemos que no sólo son normas integrativas las resultantes del Acuerdo marco de la ALADI (Tratado de Montevideo de 1980) y las suscriptas en su consecuencia.

Entendemos que existe, en el continente, un complejo normativo que regula aspectos "públicos y privados" de la relación entre los Estados de la región en el que se dan claramente ejemplos de relaciones de integración.

Así los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940²¹, las nacidas de las diferentes CIDIP y también, sobre todo, el Pacto de San José de Costa Rica, que brevemente analizaremos en el capítulo que sigue.

3. EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Desarrollado el concepto de integración como una técnica de colaboración entre Estados que produce como resultado la restricción de la soberanía de los mismos en virtud de la existencia de un poder real y autónomo puesto al servicio de determinados objetivos comunes, corresponde estudiar brevemente cómo este concepto se armoniza con la estructura jurídica vigente²² y en particular con el Pacto de San José de Costa Rica.

La República Argentina al ratificar el Pacto ha sufrido efectivamente una restricción a su soberanía. Ello es así porque el instrumento establece por vía de los arts. 44, 52 y 57, la jurisdicción obligatoria de la Comisión y eventualmente de la Corte Interamericana, en casos de denuncias o quejas de otros Estados parte o de "cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocidas" (art. 44), la cual podría imponer sanciones pecuniarias.

En este sentido creemos conveniente centrar el estudio del problema en el orden constitucional y podemos afirmar que el Pacto de San José de Costa Rica ha significado un

²¹ De más está decirlo, pero siempre detrás de todo conflicto de derecho internacional está en juego la soberanía del Estado.

²² Aquí no nos extenderemos a una revisión de todos los ordenamientos constitucionales estatales, sino al argentino, con referencia al Pacto de San José de Costa Rica.

aggiornamento del contenido de los derechos constitucionales de las constituciones de los países ratificantes³³. Las constituciones no pueden ser interpretadas de la misma forma antes y después de la entrada en vigor del Pacto. Este es un hecho al que damos la mayor de las importancias porque pensamos que es uno de los datos más relevantes que se pueden incorporar al concepto de integración. ¿Quién se atrevería a negar que los latinoamericanos tenemos ahora más cosas en común?

De todas formas, esta idea necesita de una flexibilización del concepto de soberanía que es muy resistida. La resistencia es debida principalmente a una forma de ver la realidad que no se corresponde con nuestra época. La concepción del Estado como "autosuficiente" se contraponen a la tesis de "insuficiencia del Estado", que en tiempos de interdependencia es irrefutable³⁴.

La Constitución Argentina fue pensada con un criterio de autosuficiencia que podemos considerar perimido. Es por eso que no contempla los procesos de integración y la jurisdicción internacional³⁵.

Pero en nuestros tiempos es imprescindible contemplar estos temas en forma expresa, por lo que nos pronunciamos

³³ En realidad, por la pluralidad de fuentes que caracteriza al derecho internacional público, también podría afirmarse que por ser costumbres muchas de las normas que incluye el Pacto deben considerarse derecho vigente aun en los países que no se obligaron convencionalmente.

³⁴ Ver Sagüés, Néstor Pedro, *Jurisdicción internacional y jurisdicción nacional. A propósito del Pacto de San José de Costa Rica, LL, 1986-B-1015 a 1025*; también *La cuestión federal en la integración latinoamericana*, ED, 24-953, en donde este autor dice: "El proceso integrativo se divide... como un deber de los Estados de la región". Un concepto de soberanía relativa del mismo autor puede encontrarse en la p. 1019 del trabajo citado en primer lugar. Ver también Sagüés, Néstor P., *Desintegración de la soberanía*, en "Enciclopedia Jurídica Orbea", Apéndice II, p. 238 y siguientes.

³⁵ Sagüés, *idem*. "La vía correcta de solución de ese conflicto normativo es advertir que el proceso de integración regional y la jurisdicción internacional para la tutela de los derechos humanos son hechos no previstos ni imaginados por la Constitución Argentina de 1853/60. La emisión de la Constitución sobre tales significativas materias significa que no las aprueba ni las rechaza, existiendo al respecto un vacío normativo que debe colmarse elaborando el jurista la norma constitucional faltante", p. 1025. En el mismo sentido se expresa el Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia en la p. 48, cuando dice: "El silencio de nuestra Constitución en esta materia (delegación de competencias) puede interpretarse a favor o en contra de la admisibilidad de la delegación". *Ba. As., Eudebs, 1987*.

por una reforma constitucional que permita la transferencia de competencias a entes supranacionales³⁶, con la exigencia para su aprobación por el Congreso de un plus de requisitos con respecto a las leyes ordinarias. Un ejemplo de ello es la enmienda constitucional de Costa Rica del 30 de mayo de 1968 y la nueva Constitución del Perú de 1979. En el mismo sentido se ha expresado el Consejo para la Consolidación de la Democracia en el Segundo Dictamen sobre Reforma Constitucional³⁷.

4. CONCLUSIÓN

En la introducción de este trabajo señalamos que la integración —sea cual fuere su contenido— implicaba un instrumento para la consecución de determinados objetivos. Ello dejó pendiente un interrogante: integración, ¿para qué?, o, lo que es lo mismo, la búsqueda de la "integración como propósito"³⁸.

Esto importa una nueva manera de conocer, "la prospectiva"³⁹, consistente en la construcción de un modelo deseado a partir del cual se trazan líneas de acción a seguir

³⁶ De hecho "hay que percibir que la Argentina ha establecido recursos supranacionales complementarios de los de su sistema jurídico interno, a favor de todas las personas sujetas a su jurisdicción nacional". Travieso, Juan Antonio, *La recepción de la Convención Americana de Derechos Humanos en el sistema jurídico argentino*, LL, 1987-C-645.

³⁷ "En conclusión, se considera conveniente admitir las transferencias de facultades en condiciones de igualdad y reciprocidad por ley del Congreso con el voto de una mayoría calificada determinando en cada caso cuáles son las competencias delegadas.

Los actos de los organismos comunitarios tendrán efecto erga omnes en las relaciones externas o asuntos internos del Estado, salvo cuando violasen expresamente una cláusula de la Constitución, en cuyo caso no serían aplicables en el derecho interno de cada Estado.

A los efectos de evitar una tacha de inconstitucionalidad de los tratados suscritos por nuestro país será necesario modificar el art. 94 y el art. 103 de la Const. Nacional admitiendo instancias jurídicas superiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la delegación de la competencia federal en árbitros internacionales o tribunales jurisdiccionales judiciales o administrativos de carácter internacional". *Reforma Constitucional, Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Eudeba, 1987, p. 69.

Recomendamos también de Majdalani, Héctor, *Corte de Justicia Latinoamericana, una necesidad impostergable*, LL, 1987-B-713.

³⁸ Dallanegra Pedraza, *op. cit.*, nota 1.

³⁹ Agulla, *op. cit.*, p. 162-168.

para la consecución de esa finalidad, lo que supone una decisión política (planificación), o sea integración: ¿cómo? Respondemos aquí a ambos problemas.

a) Integración, ¿para qué?

Partimos de un presupuesto básico que da consistencia a toda nuestra teoría y es que la integración es beneficiosa para la región. Ello implica la necesaria determinación de los objetivos que deben seguirse con su implementación, tanto en materia de política exterior global (inserción de la región en la comunidad internacional) como con relación a aspectos de política regional (v.gr., crecimiento económico, desarrollo, defensa, etcétera).

1) Política exterior de la región. Como señalamos, la integración supone —como efecto básico— un "reordenamiento de las soberanías", una restricción de la soberanía individual de los Estados. Pero esa restricción tiene un objetivo: el fortalecimiento de la soberanía común de los países de la región a través de un aumento de la capacidad negociadora frente a una comunidad internacional en la cual predominan las relaciones de dominación sobre las de colaboración⁴⁹.

2) Política regional. Existen distintos objetivos internos fundamentales que los Estados latinoamericanos no pueden lograr por sí mismos. La crisis que atraviesan no requiere soluciones individuales sino globales: la concepción del Estado autosuficiente ha quedado atrás, está perimida.

Así la integración se manifiesta como un medio idóneo para lograr la consolidación de los sistemas democráticos que pretendemos para la región, para el desarrollo armónico de los países de la misma, para la implementación de una política de defensa común, para lograr la protección efectiva de los derechos humanos en el continente, etcétera.

b) Integración, ¿cómo?

Definidos los objetivos globales que deben perseguir los Estados latinoamericanos a través del mecanismo de la inte-

⁴⁹ Señala Dallanegra Pedraza, op. cit., p. 1: "Plantearnos la problemática soberana frente a los procesos de integración resulta ocioso, cuando el propósito de éstos es tratar de aumentar —en forma conjunta— la capacidad soberana frente a la cotidiana cesión de soberanía de los países individualmente".

gración, creemos necesario describir algunas vías de acción a implementarse para el logro de tales fines.

En primer lugar observamos que existe, en algunos países de la región, un "ambiente político" propicio para la toma de decisiones que pongan en marcha un programa de integración global.

En segundo lugar la integración económica hasta ahora intentada ha fracasado cuando se pretendió establecerla en forma multilateral. La vía bilateral y progresiva abierta por la Argentina y Brasil desde 1985, dentro del marco del Tratado de Montevideo de 1980 de la ALADI, parece ser la adecuada. Pero no debemos olvidarnos que se trata de un intento exclusivamente económico.

Por ello entendemos que cualquier medida, sea cual fuere su naturaleza, destinada a crear las condiciones necesarias para que exista supranacionalidad a nivel regional debe ser considerada como un primer escalón hacia una verdadera integración global. La determinación de los objetivos comunes a perseguir es un paso fundamental a realizar por los países de la región. El Consenso de Cartagena ha explicitado ciertos principios que pueden ser tenidos como pautas directrices de un proceso de gestación.

En consecuencia, algunas decisiones concretas como el establecimiento de una esfera de competencia de los Estados dentro de la cual el Parlamento Latinoamericano pudiera dictar normas obligatorias (v.gr., preservación del patrimonio cultural de la región), o la creación de organismos regionales destinados a la investigación para la obtención de tecnología de punta (aquella que generalmente sólo se encuentra en poder de países desarrollados) constituirían soluciones concretas a problemas regionales que iniciarían el camino de formación de la comunidad.

Para finalizar debemos destacar que no consideramos viable un proyecto de integración si el mismo no es adoptado como objetivo por cada uno de los Estados a integrarse. De todas formas la integración será un éxito siempre que sobre los beneficios que de ella surjan exista un consenso regional y lo que es más importante, que los costos no excedan dichos beneficios.

AVERÍA GRUESA *

MARÍA JOSÉ VÁSQUEZ
GRACIELA VERNA
CLAUDIA ZAVALA

1. LA CUESTIÓN

El art. 403 de la ley 20.094 somete los actos y contribuciones en materia de avería común, salvo expresa convención en contrario, a las reglas de York-Amberes, texto 1950.

La misma solución adoptaba Malvagni en su proyecto expresando en la exposición de motivos: "La importantísima y característica institución de la avería común o gruesa", ha sido regulada en el Proyecto con criterio realista. Completamente inútil hubiera sido incorporar definiciones, doctrinas y casos al articulado, aun inspirándose en las universalmente aplicadas reglas de York-Amberes ya que todo ello hubiera resultado letra muerta. Los conocimientos de embarque continuarán como hasta ahora, previendo la aplicación de estas reglas, que constituyen la verdadera y única regulación internacional de la institución, pasando por alto toda reglamentación nacional.

Las reglas de York-Amberes comenzaron a gestarse en Glasgow en 1860 y se completaron en Liverpool en 1890 en dieciocho reglas que describían principalmente casos concretos de averías gruesas.

Esto provocaba que cuando un hecho no encuadraba exactamente en alguno de los tipos previstos se planteaba el

* Trabajo realizado tal igual que el artículo del n° 49, p. 207) en la cátedra del profesor doctor Fernández Brital, profesor adjunto doctor Barbano.

problema de resolver si tal hecho constituía o no un caso de avería gruesa.

Esto motivó que en la reunión de Estocolmo de 1924 se elaborara un conjunto de principios generales identificados con letras que van de la A a la G que se colocaron en el texto de este estatuto privado, precediendo a las reglas particulares individualizadas numéricamente.

Uno de los puntos más importantes que se planteaba con respecto a la interpretación de las reglas de York-Amberes, era el referente a la correlación entre las reglas alfabéticas y numéricas. Al respecto resulta ilustrativo el caso del buque "Makis" que debió ser reparado en el puerto de Burdeos como consecuencia de los perjuicios producidos al caer el palo mayor sobre la cubierta durante los días de carga.

Los armadores reclamaron la bonificación en avería gruesa de los salarios y gastos de manutención de la tripulación durante el período de las reparaciones y los gastos de carga y descarga de la mercadería que debió ser removida, en razón de lo dispuesto en las Reglas X y XX, en su redacción 1924.

El tribunal que intervino no hizo lugar al reclamo por entender que no se había configurado la situación de peligro que exige la regla A, como condición para que los gastos se bonifiquen entre los distintos intereses comprometidos en la aventura. En otras palabras, el tribunal interpretó que cualquiera de los supuestos previstos en las reglas numéricas suponía el cumplimiento de los distintos requisitos establecidos en la regla A que define el acto de avería gruesa.

Después de dictado el fallo los armadores ingleses obtuvieron la redacción de una cláusula mediante la cual lo establecido en las reglas numéricas debía predominar sobre lo dispuesto en las reglas alfabéticas, lo que significa que, con anterioridad a la modificación de 1949, se estableció por vía convencional el principio contrario al admitido por el tribunal en el caso del buque "Makis".

El Comité Marítimo Internacional tomó a su cargo la revisión de las reglas de York-Amberes de 1924 y después de la Conferencia de Amsterdam de 1949, el presidente del Comité, Albert Lilar, presentó las nuevas reglas para su sanción en la Conferencia de la International Law Association, que tuvo lugar en Copenhague en agosto de 1950.

La regla preliminar que se antepuso a las alfabéticas y numéricas, se sancionó entonces con la finalidad de evitar que en los casos previstos en las reglas numéricas se exigie-

ra el cumplimiento de todos los requisitos previstos en la regla A.

Dicho criterio nos parece más acertado porque, dado que las reglas "tipifican" en las numéricas diversos actos como casos de avería gruesa, es dable pensar que en su elaboración se concluyó que dichos actos reunían las características necesarias para configurar esta especie de avería, y reservar los extremos de la regla A para los casos no previstos especialmente.

De todas maneras es absolutamente absurdo e ilógico suponer que en los casos previstos por las reglas numéricas no son aplicables las reglas alfabéticas. Ripert lo demostró claramente trayendo como ejemplo el caso de la regla E sobre la carga de la prueba para quien invoca la bonificación en avería gruesa.

El profesor Berlingieri señaló que la redacción de la regla preliminar podía dar lugar a dudas y propuso la modificación de esa redacción a fin de que se dejara claramente establecido que si una regla numérica se encontrara de alguna manera en contradicción con una regla alfabética, en ese caso, aquella debería aplicarse preferentemente.

Con respecto a la aplicación del primer párrafo de la regla preliminar de interpretación, que impone la exclusión de cualquier ley o práctica incompatible con las reglas de York-Amberes cuando las partes hubieran convenido subordinar los actos o contribuciones de avería gruesa a las mismas podemos citar el fallo "Agencia Puleston SRL c/Aseguradores Argentinos".

El capitán del "Cleu", una vez conocida la pérdida del timón y previa consulta a sus subalternos, decidió requerir auxilio. Convino el remolque en condiciones asaz ventajosas y procedió la arribada forzosa al puerto de Río de Janeiro, en donde dispuso la reparación del desperfecto, sin descargar la carga que portaba.

Se advierte tanto la decisión voluntaria como la razonabilidad de la misma, dado que un navío de las características del mencionado, no podía desenvolverse sin peligro por la ausencia de su timón.

La parte demandada quiso hacer valer el art. 1318 del Cód. de Comercio, el que no procede por ser obligatorias para las partes, que así lo hayan convenido, las reglas de York-Amberes y éstas en su regla preliminar disponen eliminar toda ley y práctica incompatibles con lo que ellas determinan.

Dicho art. 1318 establecía: "los gastos causados por vicios internos del buque, innavegabilidad del mismo o negligencia del capitán o tripulación no se reputan avería gruesa", lo cual se contraponía a la regla D.

En otras consideraciones la demandada esgrimió en favor de su derecho: que el daño sufrido por el buque en su timón se debió a la culpabilidad de los armadores o de su capitán que no se ocuparon de reparar los desperfectos o de colocar al navío en perfecto estado de navegabilidad.

A esta argumentación el tribunal responde que el Lloyd's Registers of Shipping, asociación con sede en Londres, tiene por objeto clasificar a los navíos y proporcionar a los aseguradores un margen de certeza del estado de las referidas embarcaciones; dicha asociación expidió certificados en los que constan que el buque "Cleo" había sido inspeccionado.

La misma asociación informa al juez que el buque figuró clasificado durante los años 1965 y 1966 con la más alta clasificación que se otorga.

Las certificaciones ponen de manifiesto un estado ponderable de navegabilidad del navío en el mes de abril de 1967, un año y ocho meses antes del episodio que dió lugar a la demanda.

Finalmente, de acuerdo con lo antes expresado, la regla D establece que aun mediando culpa de las partes comprometidas en la aventura, la contribución procede, sin perjuicio de los recursos procedentes contra la parte responsable de dicha culpa.

Por consiguiente, por aplicación de la regla preliminar, la regla prevalece sobre el art. 1318 del Cód. de Comercio y la contribución, al parecer del tribunal, es admisible, no obstante la posible existencia de culpa que ha de ser acreditada posteriormente.

De esta manera la estructura de las reglas de York-Amberes 1950 quedó configurada:

A - Regla de interpretación: que precede a las alfabéticas y a las numéricas y consta de dos principios.

A₁ - Si las partes convinieron subordinar los actos y contribuciones de avería gruesa a las reglas York-Amberes esto implica la exclusión de cualquier otra ley o práctica incompatible con ellas.

A₂ - Establece la preeminencia de las reglas numéricas sobre las alfabéticas.

B - Reglas alfabéticas: siete en total que establecen principios generales.

C - Reglas numéricas: veintidós en total que establecen sustancialmente casos concretos de averías gruesas.

El Comité Marítimo Internacional en su reunión de Hamburgo de 1974 aprobó la incorporación de algunas reformas, recomendando que la nueva versión de las reglas de York-Amberes de 1974 sea de aplicación a partir del 1º de julio de ese año.

Con respecto a esa modificación y las que pudieren llevarse a cabo en el futuro parece importante señalar que en la redacción final de la ley 20.094 se suprimió el segundo párrafo del art. 460 del Proyecto Malvagni, que autorizaba introducir por decreto las modificaciones a las reglas que aprobaran los organismos internacionales que se ocupan del tema.

Los argumentos que sustentaron tal decisión se basaron en que la ley puede dejar librada la regulación de ciertos aspectos de un instituto a la reglamentación que dicte el PEN pero no debe prever modificaciones futuras por decreto que puedan alterar lo fundamental del mismo y sostuvieron además que la mejor forma de incorporar las modificaciones era hacerlo por remisión en el conocimiento, porque es un tema que queda librado a la regulación convencional si no se afecta ningún principio de orden público.

Analizada la evolución que condujo a la sanción de la regla preliminar nos parece importante referirnos con cierto detenimiento a las reglas alfabéticas y en particular a la ya mencionada regla A que nos brinda el concepto de avería gruesa.

Dice la misma: "Existe un acto de avería gruesa cuando y solamente cuando, se ha efectuado o contraído, intencional y razonablemente, algún sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro a los bienes comprometidos en una expedición marítima".

De ello surge que podemos señalar como elementos de la avería gruesa:

- a) Un acto voluntario y razonable, o sea el hecho intencional consistente en un sacrificio o gasto extraordinario.
- b) La existencia de un peligro cierto y actual aun cuando se trate de un peligro putativo.

Berlingieri sostiene que frente a un peligro que amenaza las cosas confiadas a él, el capitán no puede demorar la adopción de las medidas que juzgue necesarias para evitar dicho peligro, por el hecho de que no sea inminente. Solamente él es juez del momento en que debe hacer el sacrificio; basta su razonable temor de que, sin ese sacrificio, se iría hacia un desastre común.

c) La razonabilidad del gasto o sacrificio de tal manera que sus consecuencias no sean más gravosas que las del peligro que se pretende conjurar.

Pensamos que la exigencia de este requisito debe ser sometida en la práctica a extremos sumamente elásticos y razonables dado que se están evaluando comparativamente hechos acaecidos realmente (sacrificio o gasto realizado) con hechos hipotéticos (lo que el capitán supuso que podía suceder) y todo ello bajo la presión de un peligro inminente.

En otras palabras, creemos que la aplicación de esta exigencia deberá ser restrictiva para descartar gastos o sacrificios realmente desmesurados o absurdamente importantes en relación al peligro corrido.

d) La seguridad común o sea de todos los intereses puestos en la aventura marítima como objetivo final del acto.

La regla B establece el principio de la contribución: "Los sacrificios y gastos de avería gruesa serán soportados por los diferentes intereses contribuyentes (tradicionalmente buque, flete y carga) en las condiciones establecidas a continuación".

El fundamento de la obligación de contribuir ha dado origen a diversas teorías; se la ha explicado en base a una gestión de negocios encomendada al capitán, en la comunidad de intereses agrupada en la expedición y en los principios del enriquecimiento sin causa. Lefebvre D'Ovidio y Pescatore analizan en su obra críticamente cada una de estas teorías y concluyen que si el instituto está regulado por la ley, la obligación de contribuir tendrá un fundamento legal y si por el contrario las partes han resuelto someterse convencionalmente a determinadas reglas, el fundamento de dicha obligación será contractual.

La regla C establece que solamente serán admitidos en avería gruesa aquellos daños, pérdidas o gastos que sean consecuencia directa del acto de avería gruesa. Las pérdidas o daños sufridos por el buque o el cargamento a conse-

cuencia de retraso, sea en el viaje o posteriormente, y las pérdidas indirectas, tales como la demora y pérdida del mercado no serán admitidos en avería gruesa.

No sólo excluye expresamente las consecuencias indirectas sino que las ejemplifica.

Regla D: Los derechos a obtener la contribución en avería gruesa no serán afectados aunque el acontecimiento que dio lugar al sacrificio o gasto, pueda haberse debido a la falta de una de las partes en la aventura; pero esto no perjudicará a las acciones o defensas que puedan ejercitarse contra dicha parte en razón de tal falta.

Esto significa que si los gastos y sacrificios tuvieron su origen en un hecho culposo del capitán (varadura, p.ej., a raíz de un error náutico) la carga deberá contribuir a sufragarlos sin perjuicio de accionar luego contra el responsable o su principal por el reembolso de la suma que debió abonar en concepto de contribución.

El art. 1318 de nuestro Código de Comercio establecía una solución opuesta y nuestros tribunales en virtud de aquella norma, hoy derogada, decidieron que si la varadura se había producido por culpa náutica del capitán, carecía de sustento legal el argumento referido a la presunción de una avería gruesa.

En principio nos parece más razonable la solución dada por el Código de Comercio, ya que si el hecho que motiva la avería es culposo pareciera más razonable que directamente el culpable reparara el perjuicio. No entendemos la utilidad de lo establecido por la regla D y pareciera poco equitativo que por ejemplo un hecho culposo del capitán (dependiente directo del armador) deba ser sufragado por la carga, salvo aquellos casos en que por una cuestión fáctica fuera de difícil determinación si se trata o no de un hecho culpable, lo cual demoraría la solución indebidamente. En esos casos quizá sería prudente lo establecido por la regla D, de manera de posponer a una acción de repetición posterior contra el responsable, la prueba de la existencia o no de dicha responsabilidad.

La regla E consagra un principio procesal referido a la carga de la prueba disponiendo: "Corresponde a la parte reclamante en avería gruesa el aporte de las pruebas para demostrar que las pérdidas o los gastos reclamados son correctamente admisibles en avería gruesa".

La solución que consagra es de derecho común ya que pone en cabeza de quien sostiene que una pérdida o gasto

constituye avería gruesa, la obligación de acreditar tal circunstancia.

La regla F determina: "Cualquier gasto extraordinario incurrido en sustitución de otro que hubiera sido bonificado en avería gruesa será considerado avería gruesa y así admitido, sin tener en cuenta lo ahorrado, si lo hubiera a otros intereses, pero solamente hasta el importe de avería gruesa evitado".

Con respecto a su aplicación nos resulta pertinente el caso del buque "Barranqueras" resuelto por la Cámara Federal de la Capital (año 1964).

El buque motor "Barranqueras" zarpó del puerto de Asunción (Paraguay) con destino al de Buenos Aires y habiéndose localizado algunos desperfectos en las máquinas, se lo remolcó y entró de arribada forzosa en el puerto de Corrientes, y de este puerto pasó al de Buenos Aires, en razón de que se estimó que las reparaciones se realizarían allí en condiciones más ventajosas.

Eran aplicables las reglas de York-Amberes 1950 y la regla X, en el inc. d, expresamente establece que si un buque debe ser reparado en un puerto, y es remolcado luego a algún otro puerto o lugar de reparación o a su destino, el costo extraordinario del remolque debe ser soportado por los distintos intereses en la aventura en proporción a los gastos extraordinarios.

La regla XI establece que los salarios y la manutención del capitán, oficiales y tripulantes razonablemente incurridos y el combustible y las provisiones consumidas durante la prolongación del viaje, debido a la entrada del buque al puerto o lugar de arribada forzosa, o regreso al puerto o lugar de carga y durante las reparaciones serán admitidos como avería gruesa de acuerdo con lo que dispone la regla X, inc. a.

La parte actora sostuvo que los salarios de la tripulación y la manutención correspondiente al período en que el viaje se prolongó como consecuencia del remolque, debían bonificarse en avería común, entre los distintos intereses.

Las partes demandadas, por el contrario, argumentaron que en la regla X, inc. d, se hace referencia exclusivamente al costo del remolque extraordinario al puerto de destino y que en el inc. a de la regla XI, así como en el a de la X, que se refiere a salarios y manutención de la tripulación no se prevé el caso de remolque al puerto de destino, sino cuando se realiza al puerto de origen, al de carga o a otro puerto distinto.

Expresamente destacaron los demandados que en el caso en cuestión admitían el pago del costo del remolque al puerto de destino, pero no los rubros salarios y manutención, porque la solución debía agotarse dentro del cuadro estricto de las reglas numéricas y que los supuestos en ellas previstos no admiten su sustitución mediante la aplicación de la regla alfabética F.

Independientemente de la combinación de principios establecidos en las reglas X y XI, el punto fundamental de la discusión radicó en la posibilidad de aplicar la regla F sobre gastos sustitutivos a la hipótesis prevista en las reglas numéricas, porque si bien el caso no reunía todos los requisitos establecidos en la regla A, encuadraba evidentemente en el caso de remolque extraordinario al puerto de destino previsto en la regla X, inc. d.

El liquidador había incluido, entre los rubros a bonificar en avería gruesa, el costo extraordinario del remolque, pero excluyó los salarios y el costo de la manutención de la tripulación correspondiente al período en que el viaje se prolongó como consecuencia del remolque del puerto de Corrientes al de Buenos Aires.

Fundó su decisión en que la regla C excluye los daños indirectos sufridos por el buque o su cargamento como consecuencia de demora.

La decisión del liquidador suponía admitir la aplicación de las reglas alfabéticas, omitir la aplicación de la regla F sobre gastos sustitutivos y calificar los salarios y manutención de la tripulación, durante el período de la prolongación del viaje, como perjuicios indirectos según lo dispuesto en la regla C.

La Cámara Federal de la Capital admitió la tesis de la actora en la sentencia, diciendo que las reglas alfabéticas son siempre aplicables, salvo que las numéricas expresamente dispongan lo contrario. El alcance de la regla X, inc. d, no puede circunscribirse al puro gasto del remolque, cuando es evidente el propósito de las reglas de York-Amberes de incluir también los gastos de tripulación en situaciones que, en tal aspecto, son exactamente iguales. Si no se advierte razón alguna que justifique semejante distinción recupera todo su vigor la regla F: cualquier gasto extraordinario incurrido en sustitución de otro que habría sido admisible en avería común será considerado avería común y así admitido pero solamente hasta el gasto de avería evitado.

La solución no puede ser más justa: si el dueño del buque decide sacarlo del lugar de arribada forzosa para llevarlo a reparar a otro donde el arreglo resulte más económico, es natural que, ahorrando a todos los interesados una parte del costo, éstos carguen con los gastos en que fue necesario incurrir para tal ahorro. De lo contrario, éste se produciría a costa exclusiva del referido dueño.

Finalmente la regla G dispone: "La avería gruesa será liquidada tanto en lo que concierne a las pérdidas como a las contribuciones sobre la base de los valores en la fecha y lugar cuando y donde termine la aventura. Esta regla no afecta la determinación del lugar en el cual se practicará la liquidación de avería gruesa".

Las reglas numéricas, veintidós en total, establecen casos concretos de averías gruesas y consagran principios aplicables a la liquidación.

Las individualizadas bajo los números I a XII pertenecen al primer grupo tipificando casos de echazón, extinción de incendio, varadura voluntaria, daños a las máquinas durante la operación de reflotamiento, etcétera.

Entre las restantes, la XIII dispone las deducciones del costo de las reparaciones, la XVI el valor a admitir por la carga perdida o averiada.

2. EL COMPROMISO DE AVERÍA

Producido un acto de avería gruesa, invariablemente invocado por el armador o transportador, es usual requerir del consignatario de las mercaderías, previamente a la entrega de la carga, la firma de un compromiso de avería juntamente con un depósito en dinero o en su defecto el otorgamiento de una garantía destinada a afianzar el pago de la eventual cuota de contribución. Esta práctica es recogida por el art. 404 de nuestra ley.

La firma de dicho compromiso no implica aceptar la efectiva existencia del acto de avería gruesa ni prestar anticipada conformidad con la liquidación que en definitiva se practique. La norma mencionada autoriza al consignatario a hacer constar en el compromiso todas las reservas que considere oportunas.

Si el consignatario no otorga fianza ni procede al depósito requerido, el transportador queda facultado para solicitar con el testimonio de la protesta otorgada por el capitán o el agente marítimo, el embargo de la mercadería.

El art. 405 de la ley 20.094 establece a cargo de los eventuales contribuyentes la obligación de remitir al liquidador normalmente designado en el compromiso por el transportador, toda la documentación justificativa del valor de las mercaderías (regla XVII) y concordantes de York-Amberes.

El incumplimiento de esta obligación responsabiliza a quienes hayan incurrido en ella por los daños y perjuicios que produzca su omisión.

3. LIQUIDACIÓN

El art. 406 establece que quien se considere acreedor por un acto de avería común, debe obtener el reconocimiento extrajudicial o judicial para el cobro de la liquidación.

En el juicio puede discutirse tanto la causa como el monto de la contribución, lo cual es lógica consecuencia de lo señalado anteriormente acerca de que el compromiso de avería no implica reconocimiento ni de deuda ni de avería.

Una vez que la liquidación haya sido reconocida expresamente por las partes o por decisión judicial queda abierta la vía ejecutiva en favor de los beneficiarios.

En este punto, Montiel critica la metodología legal que incluye esta norma típicamente procesal entre las normas de fondo. En la liquidación de las averías gruesas es usual ajustarse al siguiente modelo:

- Determinar la masa acreedora: constituida por todos los sacrificios y gastos extraordinarios que deban ser indemnizados.

- Masa contribuyente: constituida por todos los bienes salvados más todos los valores que integran la masa acreedora.

- Determinación de la cuota de contribución:

$$\frac{X}{100} = \frac{\text{MASA ACREEDORA}}{\text{MASA CONTRIBUYENTE}} \quad \therefore \quad X = \frac{100 \cdot MA}{MC}$$

BIBLIOGRAFÍA

- Ley de navegación n° 20.094, comentada por José D. Ray.
López Saavedra, D. M., Las averías gruesas en la ley de navegación, LL.
1980-C-1078.

Montiel, Luis Beltrán, *Curso de derecho de la navegación*, Bs. As., Astrea, reimpresión 1963.

Ray, José D., *Correlación entre las reglas alfabéticas y numéricas de York-Ambroz, JA*, 1964-III-347.

INTERVENCIÓN FEDERAL A LA PROVINCIA DE MENDOZA EN EL AÑO 1974. SU INCONSTITUCIONALIDAD

MARÍA DELICIA RUGGERI*
SERGIO ROBERTO ROCAMORA**

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se aborda el tema de la intervención federal. Se analiza en concreto, la intervención federal a la provincia de Mendoza en el año 1974 por el gobierno justicialista.

El análisis tiene por objeto acercar los elementos necesarios para poder dilucidar si dicha intervención fue constitucional o inconstitucional. Dado el carácter complejo que reviste el tema, no haremos afirmaciones categóricas por considerar que para ello es necesario una investigación más profunda y vasta del tema.

El desarrollo se lleva a cabo analizando en primer lugar el marco institucional nacional y provincial, es decir la situación económica, política y social, para comprender acabadamente la decisión de la intervención, ya que toda norma jurídica tiene su razón de ser y se explica para un lugar y época determinados.

Finalmente se analizan los distintos criterios y argumentos que se dieron en ese momento sobre el tema y que nos han permitido aproximarnos a nuestra conclusión.

* Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Cuyo (UNC).

** Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA). Becario investigador.

2. ¿QUÉ ES EL INSTITUTO DE LA INTERVENCIÓN FEDERAL?

El art. 6º de la Const. Nacional establece: "El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia".

Este artículo está íntimamente relacionado con el art. 5º que determina los requisitos a cumplir por las provincias, respetados los cuales el Gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5º: "Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones, el Gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones"). Si las provincias no respetan lo dispuesto por este último artículo alteran el régimen republicano.

Del art. 8º se desprende que hay dos tipos de intervenciones.

a) La intervención *motu proprio* o renovadora: no exige la solicitud provincial, sino que va dirigida a cambiar las autoridades provinciales, para garantizar la forma republicana de gobierno, si ésta se hubiera subvertido, o para rechazar una invasión extranjera.

b) La intervención requerida por el gobierno local o conservadora: dirigida a conservar en sus cargos a las autoridades o restablecerlas cuando hubieran sido depuestas por sedición o invasión de otra provincia.

Se discute el carácter político o no que reviste este acto. La Corte Suprema se ha expedido diciendo que es un acto político, lo cual significa un "acto a cargo de los poderes políticos no susceptible de revisión judicial". Sin embargo, varios autores se oponen a esta opinión argumentando que si bien es un acto de naturaleza política, si el poder que lo dispone ha violado la Constitución, el Poder Judicial es competente para controlar el uso que de esa potestad se ha hecho.

Por último podemos decir que el interventor federal no es una autoridad provincial sino un representante directo

del Poder Ejecutivo federal, sus actos no están sujetos ni a la responsabilidad ni a las acciones que las leyes locales imponen para sus propios gobernantes, sino a las que les imponen el Gobierno federal.

3. MARCO INSTITUCIONAL

Describiremos a continuación las circunstancias que rodeaban —tanto a nivel nacional como provincial— la situación particular de la intervención.

a) Nacional

Era el año 1974, un año antes se habían realizado las elecciones, triunfando el Frejuli y llevando a la presidencia al general Juan Domingo Perón, quien posteriormente fallece y queda como titular del Ejecutivo la vicepresidente, la señora María Estela Martínez de Perón. Esta última se encontraba gobernando la Nación al tiempo de realizarse la intervención en agosto de 1974.

Cabe señalar que en el Congreso Nacional, tanto en la Cámara de Senadores como en la de Diputados, el Frejuli tenía mayoría absoluta, poseyendo por lo tanto quórum propio, no sólo para sesionar, sino también para aprobar leyes. Se agrega también que la mayoría de las provincias estaban en manos de gobiernos justicialistas.

b) Provincial

En ese momento era gobernador de la provincia el señor Alberto Martínez Baca y vicegobernador el señor Carlos Mendoza. La situación económica era apremiante, según lo expresan diarios de la época y diversas declaraciones hechas por funcionarios provinciales y nacionales, entre los que se encuentra el senador De la Rúa, quien en el debate parlamentario sobre la ley de intervención, reconoce dicha situación¹. El tema vitivinicultura ocupaba un lugar preponderante, debido a que existía sobreproducción vínica. En ese momento se discutía en el Congreso de la Nación, la ley de prorrateo de vinos. Sus disposiciones perjudicaban

¹ Honorable Cámara de Senadores de la Nación, *Diario de Sesiones*, 1974, t. II, p. 1034.

la economía provincial. A esto se sumaban las irregularidades provenientes de una deficiente gestión gubernamental, que dieron lugar a cuatro pedidos de juicio político al gobernador.

A esta situación descripta se llega a partir de los siguientes hechos:

1) Frente a las irregularidades administrativas de Bodegas y Viñedos Giol EE, una Comisión especial del Senado Provincial investiga esta situación y presenta tres informes aprobados por dicha Cámara legislativa.

Los mencionados informes expresaban:

1^{er} informe: La comisión constata que Giol ha realizado una importante operación, pagando en exceso, no habiendo recibido el volumen vínico correspondiente.

2^{do} informe: Se comprueba que el propio titular del Poder Ejecutivo provincial, viola las disposiciones de la ley —por él impulsada— en la cual se establecía que la compra de vinos por parte de Giol debía hacerse mayoritariamente a cooperativas y pequeños productores, para evitar la especulación de las grandes empresas. Cabe recordar que el 13 de noviembre de 1973 se interviene Giol. A partir de este momento se comienzan a producir irregularidades en la mencionada empresa.

3^{er} informe: El incumplimiento de las prescripciones legales permite la intermediación de personas no habilitadas al efecto. Entre éstas se encuentra una sociedad formada por el hijo del gobernador, quien cobra altas comisiones a bodegas particulares haciendo que Giol compre sus productos vínicos, lo cual de otra manera no podría realizarse. La cuenta bancaria del gobernador, era última destinataria de los valores obtenidos.

Tal conducta comportaría causales de mal desempeño y delito en el ejercicio de las funciones por parte del titular del Poder administrador provincial. Esto da fundamento suficiente al juicio político (art. 109, inc. 2^o, Constitución de la Provincia de Mendoza)².

² Constitución de la provincia de Mendoza, art. 109: "Toda acusación contra un funcionario sujeto a juicio político por la Legislatura, deberá presentarse a la Cámara de Diputados, donde se observarán los trámites y formalidades siguientes: 1) La acusación se hará por escrito determinando con toda precisión los hechos que le sirvan de fundamento. 2) Una vez

2) Presentados los informes en sesión de la Cámara de Senadores, los mismos son aprobados. Remitiéndose los posteriormente a la Cámara de Diputados para su consideración. La misma aprueba la realización del juicio político por 36 votos por la afirmativa contra 10 por la negativa. Es importante destacar que los tres partidos con representación parlamentaria (Partido Justicialista, Unión Cívica Radical y Partido Demócrata) apoyan la realización del mismo. En la misma sesión se crea la Comisión de Juicio Político a la que se remiten las investigaciones del Senado para su consideración. Esta emite dos dictámenes, uno por mayoría y otro por minoría. En sesión, la Cámara de Diputados aprueba el dictamen por la mayoría, aprobándose la realización del juicio y comenzando la sustanciación del mismo.

3) Comenzado el juicio político, el gobernador —que había declarado públicamente someterse voluntariamente al mismo— envía al Poder Ejecutivo Nacional un pedido de intervención a la Legislatura. Posteriormente se presenta ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia, solicitando "se investigue su conducta como hombre y como gobernante"³. El gobernador es suspendido en sus funciones por la Legislatura, asumiendo el Poder Ejecutivo provincial el vicegobernador, Carlos Mendoza.

4) El 1º de mayo se publica el fallo de la Suprema Corte, la que se declara incompetente para entender en la acción de inconstitucionalidad (deducida por el gobernador suspendido), contra las resoluciones de la Comisión de juicio político de la Cámara de Diputados y las resoluciones 147 y 150 de la Cámara de Senadores, y contra la admisión de los pedidos de juicio político de la Cámara de Diputados. La Suprema Corte declara que el recurso es sólo procedente cuando se trata de resoluciones definitivas, lo cual no se daba puesto que al momento de presentarse la acción estaba actuando la Comisión de juicio político en la etapa de in-

presentada, la Cámara decidirá por votación nominal y a simple mayoría de votos, si los cargos que aquélla contiene importan falta o delito que dé lugar a juicio político. Si la decisión es en sentido negativo, la acusación quedará de hecho desestimada. Si fuere en sentido afirmativo, pasará a la comisión a que se refiere el inciso siguiente". Informes extraídos del Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados provincial, 1973/4, t. 4, p. 3169 a 3180.

³ Citado textualmente por un senador en debate parlamentario; ver H. Cám. Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1974, t. II.

vestigación (art. 109, incs. 3º y 4º, de la Constitución provincial)*.

5) El proyecto de ley de intervención, enviado por el Poder Ejecutivo Nacional, con fecha 12 de julio, ingresa para ser tratado en el Senado, el día 24 y 25 de julio, el cual lo aprueba.

6) El 4 de agosto, el gobernador a cargo renuncia, declarando ante la opinión pública que lo hacía para no obstaculizar la intervención. La ley que la establece (nº 20.718) se sanciona el 9 del mismo mes y se promulga el 13^º. Se interviene la provincia y el 14 de agosto se designa interventor al

* Constitución de la provincia de Mendoza, art. 109, incs. 3º y 4º: 3º) "En una de sus primeras sesiones ordinarias la Cámara de Diputados nombrará anualmente por votación directa, una comisión encargada de investigar la verdad de los hechos en que se funden las acusaciones que se promuevan, quedando a este fin revestida de amplias facultades".

4º) "El acusado tendrá derecho a ser oído por la Comisión de investigación, de interrogar por su intermedio a los testigos y de presentar los documentos de descargo que tuviere y hacer uso de todos los medios de prueba admitidos por la ley".

5 "Art. 2º - Declárase intervenida la provincia de Mendoza a fin de establecer la plena vigencia de la forma representativa y republicana de gobierno, conforme a las prescripciones constitucionales y reorganizar sus Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y su régimen municipal.

Art. 2º - Los gastos que demande la aplicación de la presente ley serán tomados en Rentas Generales con imputación a la misma.

Art. 3º - De forma".

... "Mensaje del Poder Ejecutivo. Buenos Aires, 12 de julio de 1974. Al Honorable Congreso de la Nación. El Poder Ejecutivo nacional tiene el honor de dirigirse a vuestra honorabilidad con el objeto de elevar a su consideración el proyecto de ley de intervención federal amplia a la provincia de Mendoza, que acompaña.

Este Poder Ejecutivo ha realizado numerosos intentos para lograr el encauzamiento institucional dentro del ejercicio armónico de los poderes provinciales, respetuoso de la autonomía federalista de nuestro ordenamiento constitucional, sin que se obtuviera la esperada solución de los intereses sectoriales contrapuestos.

Actualmente los mendocinos y la República siguen expectantes un juicio político abierto contra el gobernador don Alberto Martínez Baca, cuyo desarrollo ha merecido duras críticas de diversos sectores y opiniones encontradas, creándose así una situación de deterioro de la gestión gubernamental.

Los antecedentes que se acompañan con el presente mensaje ilustrarán a vuestra honorabilidad acabadamente acerca de la situación institucional que vive la provincia de Mendoza y las distintas circunstancias de hecho que la han llevado a ese estado.

Entre los mismos se encuentra también el pedido formal de intervención federal a la Legislatura provincial que en su momento efectuare al Poder Ejecutivo nacional el propio gobernador de la provincia. Se configura

doctor Antonio Cafiero, quien asume el cargo dos días más tarde.

4. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS ARGUMENTADOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA INTERVENCIÓN

En esta parte iremos aportando y analizando los elementos que nos permitirán acercarnos a determinar si la intervención fue constitucional o inconstitucional.

a) En primer lugar debemos considerar que se trata en principio de una intervención renovadora, puesto que se hace para garantizar la forma republicana de gobierno (según lo expresa el texto de la ley) lo cual se confirma al no darse ninguno de los otros casos mencionados por el art. 6º de la Const. Nacional (sedición, ataque exterior, o ataque de otra provincia).

Ahora bien, debemos analizar qué significa "forma republicana de gobierno", para poder determinar si ésta no estaba garantizada y consecuentemente, si estaban dadas las condiciones constitucionales para proceder a la intervención. La forma republicana exige:

1) Limitación y separación de los poderes de Estado. Éste es un requisito que se daba totalmente en la provincia. El hecho de que el Poder Legislativo ejerciera contralor y que el Poder Judicial se expidiera libremente, lo demuestra.

2) Libertad en el ejercicio del derecho de sufragio. También se da este extremo, como lo ponen en evidencia las elecciones realizadas el año anterior por las cuales se transmite el poder de un gobierno de facto a un gobierno de derecho, encabezado por el Partido Justicialista, que integraba el Frejuli.

3) Responsabilidad de los funcionarios públicos. Es

así una típica situación de enfrentamiento de poderes, contra la que fracasaron los intentos del Gobierno nacional para restablecer el orden perdido.

En tal circunstancia, el Poder Ejecutivo nacional estima necesario ocurrir por la vía constitucional hábil para conjurar la crisis provincial. La intervención federal amplía a los tres poderes provinciales ex, a juicio de este Poder Ejecutivo, la única instancia impuesta por los acontecimientos para devolver a la provincia de Mendoza a una sana existencia constitucional.

Dios guarde a vuestra honorabilidad". *Marta Estela M. de Perón.*
Benito P. Liambé.

evidente que esto se da, puesto que es la razón que motivó el juicio político.

4) Publicidad de los actos de gobierno, periodicidad en el ejercicio de las funciones, igualdad ante la ley. Son todas condiciones que sin duda estaban dadas. Nos remitimos a lo dicho en los tres puntos anteriores y volveremos a hacer referencia a ello en los puntos siguientes.

Según lo indicado no se puede fundar en ninguna de estas condiciones la justificación de la intervención.

b) Analicemos ahora, la posibilidad de enfrentamiento de poderes, argumentado en el mensaje del Poder Ejecutivo Nacional, que acompañaba el proyecto de ley⁶. Al respecto un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia sienta la siguiente jurisprudencia: "Para que se produzca un conflicto de poderes en los términos del art. 144 de la Constitución provincial⁷ es menester que entre dos poderes del Estado se susciten discrepancias a propósito de sus respectivas facultades. Son aquellos que se relacionan con el choque o conflicto de atribuciones que se asignan dos o más representantes de los poderes públicos que se traduce en un obstáculo para el normal funcionamiento de los mismos". Teniendo en cuenta la jurisprudencia tradicional de la Suprema Corte, no se puede aducir conflicto de poderes, puesto que ni de lo expresado en los debates parlamentarios, ni de los informes aparecidos en los diarios de la época, se puede deducir que existiera tal conflicto. Esto se corrobora leyendo en el debate parlamentario lo expresado por el doctor Frúgoli, quien cita la declaración de dos senadores provinciales⁸, los cuales expresan que "en la provincia de Mendoza están asegurados los principios de la forma republicana de gobierno, los tres poderes actúan dentro del estricto marco de su competencia y reina absoluta tranquilidad y respeto a las libertades y derechos individuales"⁹.

⁶ Ver transcripción en H. Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1974, t. II, p. 1033.

⁷ Constitución de la provincia de Mendoza, art. 144, inc. 4º: "La Suprema Corte... 4) Conoce y resuelve originariamente en las causas de competencias entre los poderes públicos de la provincia y en los conflictos internos entre las diversas ramas de éstos y en las que se susciten entre los tribunales de justicia con motivo de su respectiva jurisdicción".

⁸ Publicada en Los Andes, 14/7/74.

⁹ Ver transcripción en H. Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1974, t. II, p. 1065.

Por otro lado la existencia de juicio político no indica conflicto de poderes, sino más bien funcionamiento de los resortes constitucionales.

Al respecto se expresa Vanossi de la siguiente forma: "No están comprendidos en los supuestos del art. 8° los conflictos internos, por las siguientes razones: a) No debemos olvidar el contenido de los arts. 105/6 de la Const. Nacional¹⁸, de allí se concluye que los conflictos internos corresponde que sean resueltos en el fuero de las propias instituciones locales. b) La reforma constitucional de 1860 eliminó de entre las atribuciones del Poder Judicial de la Nación 'el delito en los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia'¹⁹. En el mismo sentido se expresan Bidart Campos y el Tribunal Superior de la Justicia de Córdoba²⁰.

c) Detengámonos en la posibilidad de que se hubiera violado el art. 5° de la Const. Nacional, dando fundamento a la intervención. Este artículo exige que la provincia asegure su administración de justicia, el régimen municipal y la educación primaria, condiciones éstas que estaban ampliamente garantizadas.

Sobre el tema se expresa el senador De la Rúa en el debate parlamentario: "El Poder Ejecutivo reclama intervenir los tres poderes y los municipios, pero el mensaje señala exclusivamente un supuesto conflicto entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. No se entiende por qué la intervención al Poder Judicial y al régimen municipal"²¹.

Otro senador, representando a la provincia de Córdoba, expresa que resulta contra toda lógica jurídica que se inter venga la provincia precisamente porque tiene un régimen municipal que funciona adecuadamente o una Legislatura eficaz que trabaja y tiene además un Poder Judicial que administra justicia sin que se conozca ningún caso de escándalo ni acusación de corrupción.

¹⁸ Art. 105: "Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del gobierno federal".

Art. 106: "Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto en el art. 5°".

¹⁹ Ver H. Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1974, t. II, p. 1037.

²⁰ Ver H. Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1974, t. II, p. 1042.

d) Otro elemento a aportar es que la ley de intervención no fija término a la misma y no indica si el interventor deberá y en qué tiempo llamar a elecciones.

e) Tomemos ahora los argumentos y criterios expresados por el oficialismo para fundamentar la intervención. Cabe aclarar que estos criterios son extraídos de lo expresado en la discusión parlamentaria por los representantes del Senado Nacional y del mensaje que acompaña el proyecto de ley, puesto que el texto de la ley nada dice acerca de estas razones.

El mensaje menciona como razones suficientes: la situación de deterioro de la gestión de gobierno y un enfrentamiento de poderes.

El senador oficialista por la provincia de Salta, señor Caro, durante la discusión parlamentaria y frente a la apreciación de un senador de la oposición que expresa que la intervención es una forma de solucionar un pleito interno del partido, admite que sí lo es y dice textualmente: "Respondo a la apreciación del señor senador de que éste es un pleito interno del Partido Justicialista; yo por mi cuenta, digo que sí, con toda lealtad... Está subvertida la vida institucional de la provincia de Mendoza... Le compete al justicialismo -no al de Mendoza sino al del país- restablecer la verdad en Mendoza"¹³.

f) Analicemos los argumentos esgrimidos por quienes se oponían a la intervención.

En la Cámara Baja, los representantes del Partido Demócrata, de la Unión Cívica Radical, del Partido Bloquista y del Demócrata Progresista, coincidieron en oponerse a la intervención; por considerarla unos (UCR y Partido Bloquista) una forma de salir al paso de los conflictos internos del partido y por lo tanto resultar la medida inconstitucional; y otros (PD y Demócrata Progresista) que las irregularidades de gobierno no son razón suficiente para intervenir¹⁴.

La oposición presenta los más sólidos argumentos al debate, fundamentalmente en las intervenciones de los Senadores De la Rúa (UCR Buenos Aires), Frúgoli (Partido Demócrata Mendoza) y Angeloz (UCR Córdoba).

¹³ Ver H. Cámara de Senadores de la Nación, *Diario de Sesiones*, 1974, t. II, p. 1047.

¹⁴ Ver *Los Andes*, 9/8/74, p. 1.

Los criterios expuestos son los siguientes: a) Considera que hay un desencuentro en el oficialismo mendocino y que ésta es la causa por la cual se interviene la provincia. b) El hecho de que se investigue la actuación del Poder Ejecutivo provincial, y se realice un juicio político al gobernador o se haya producido el desprestigio o ineficacia gubernamental, "no afecta la forma republicana de gobierno". c) El Poder Ejecutivo solicita una intervención amplia a los tres poderes y a los municipios y sólo fundamenta la medida en una "típica situación de enfrentamiento de poderes". d) La forma representativa y republicana es un principio político constitucional que admite y acepta la posibilidad de conflicto de poderes. e) La Constitución de la provincia de Mendoza posee los mecanismos aptos para resolver los conflictos de poderes. El juicio político es "un sistema de regulación de los conflictos provinciales". f) Corresponde dejar a los poderes provinciales decidir la cuestión y eventualmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. g) Es una mala práctica intervenir para resolver problemas políticos y no institucionales. h) La Nación no puede convertirse en juez local. i) Su responsabilidad es garantizar las autonomías provinciales. La intervención federal es remedio para la negación republicana y no para la inoperancia. j) El mensaje del Poder Ejecutivo señala que el gobernador ha pedido la intervención de la legislatura, lo cual es curioso proveniente de un gobernador sometido a juicio político. k) "Resulta sorprendente que se intervenga la provincia precisamente porque tiene un régimen municipal que funciona adecuadamente o una legislatura eficaz y un Poder Judicial que administra justicia sin que se conozca acusación alguna". l) La vida de la provincia de Mendoza es normal y el hecho de que exista un juicio político no es ninguna anomalía (Grubisich, senador por La Pampa).

El Partido Demócrata, el Demócrata Progresista, el Partido Bloquista, la Unión Cívica Radical, la Confederación Popular Federalista, el Movimiento Popular Neuquino, el Partido Comunista, la Junta Provincial de la Unión Republicana de Mendoza y los senadores por Córdoba, Mendoza, Buenos Aires, Neuquén, Corrientes, Santa Cruz, San Juan, La Pampa, Entre Ríos, Santa Fe, expresaron su oposición a la medida.

Es importante destacar que el senador por Entre Ríos, Héctor Perette, afirmaba que: "esta intervención es impolítica, arbitraria y, a la vez, inconstitucional".

5. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta tanto los elementos fácticos, como los argumentos y fundamentaciones de tipo jurídico que hemos podido reunir, podemos decir en principio que la medida fue inconstitucional.

Fundamentamos nuestra opinión en los siguientes argumentos:

a) Al intervenir no se deja actuar a las instituciones provinciales, que hasta el momento funcionaban correctamente, el hecho del juicio político lo demuestra.

b) Se realiza una intervención amplia lo cual es totalmente arbitrario, puesto que ni el Poder Judicial, ni el Legislativo, ni los municipios estaban en conflicto. La irregularidad tiene lugar en el Poder Ejecutivo, pero ello no era razón suficiente para la intervención.

c) Se procura desplazar a la oposición. Esto queda confirmado con los primeros decretos del interventor federal por los que caducan los mandatos de legisladores, se declara en comisión a los magistrados del Poder Judicial, caducan los mandatos de los Consejos Deliberantes y los de Intendentes, designándolos comisionados municipales administrativos de sus respectivas comunas. Se elimina con ello la independencia de los poderes.

d) No se dan los requisitos del art. 6° ni se ha violado el art. 5°.

Todos estos hechos se oponen al fin que teóricamente perseguía la intervención federal, el cual era reconstituir la forma republicana de gobierno.

Consideramos que esta intervención tenía el carácter de conflicto interno del partido gobernante y que, por lo tanto, la medida aparece como inconstitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Bidart Campos, Germán, *El derecho constitucional del poder*, Bs. As., Ediar, 1967, t. II, p. 140-141.
Bidart Campos, Germán, *Derecho constitucional*, Bs. As., Ediar, 1968, t. I, p. 593-515.
Quiruga, Lavié, Humberto, *Curso de derecho constitucional*, Bs. As., Depalma, 1985, cap. V, p. 64-67.

- Sánchez Viámonte, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, Bs. As., Kapeluz, 1967, p. 99-107.
- H. Cámara de Senadores de la Nación, *Diario de Sesiones*, 1974, t. II, p. 1032-1079.
- Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza, *Diario de Sesiones*, 1973/1974, t. IV, p. 3169-3204.
- Cámara de Senadores de la Provincia de Mendoza, *Diario de Sesiones*, 1973/1974.
- Diario, Los Andes*, junio, julio, agosto 1974.

EL DERECHO DE RÉPLICA Y LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

OSCAR FLORES (R.)

1. INTRODUCCIÓN

La ratificación por el Congreso Nacional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como "Pacto de San José de Costa Rica", a través de la ley 23.054, incorporó al derecho interno argentino un extenso cuerpo legal, uno de cuyos artículos (el art. 14 más precisamente), consagra de modo expreso el derecho de rectificación o respuesta, más difundido y conocido como "derecho de réplica"¹.

Creo, sin duda alguna, que ningún otro artículo de esta Convención concitó tanta atención no sólo por parte de juristas sino también por medios y empresas de prensa, muchos de los cuales ven en este instituto un deliberado ataque a la "libre expresión". Numerosos han sido los artículos aparecidos en revistas de derecho y los periódicos también reflejaron su preocupación, como se verá más adelante.

Las provincias, una vez más, se anticiparon a la Convención costarricense. Digo 'una vez más' haciendo hincapié en que por tener todas las provincias constituciones más recientes que la vieja y querida Constitución de 1853-60, han

¹ La Convención Americana de Derechos Humanos fue suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978. La ratificación en nuestro país se inició por medio de un proyecto de ley del Poder Ejecutivo del 20 de diciembre de 1983. Fue sancionada el 1º de marzo, promulgada el 19 de marzo de 1984 y publicada en el Boletín Oficial el 27 de marzo de ese mismo año. Cfr. Travieso, Juan Antonio, La recepción de la Convención Americana de Derechos Humanos en el sistema jurídico argentino, LL, 1987-C-643.

podido en sus Cartas Fundamentales receptor nuevos institutos que se impusieron como una necesidad de los tiempos que nos tocan vivir, dotando al derecho constitucional provincial de un perfil nuevo, fértil, novedoso, que sin duda volcará sus frutos en una futura reforma de la Constitución Nacional.

En efecto, mucho antes de la ley 23.054 el derecho de réplica existió en la Argentina, receptado en varias constituciones provinciales. Por eso causa sorpresa la opinión que sitúa a la réplica como un instituto extraño al derecho argentino. Esto no puede significar sino dos cosas: ignorancia del derecho constitucional provincial o, lo que es peor, conocerlo y tenerlo por inexistente.

2. UBICACIÓN

El haz de derechos y libertades relacionados con la comunicación de las ideas y noticias (comúnmente denominado "libertad de prensa", "de opinión", "de imprenta", etc.) deben agruparse bajo el rótulo más abarcador de "derecho a la información" que incluye el conjunto de derechos y libertades dirigidos a la expresión y comunicación pública de ideas y noticias².

Este "derecho a la información" comprende tres aspectos:

a) *Derecho a informar (activo)*. Comunicar el contenido de ideas, opiniones o noticias que el comunicador posee. No puede ser objeto de censura explícita o encubierta (prohibida esta última por el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 13, inc. 3^o).

b) *Derecho a ser informado (pasivo)*. Obligación correlativa (del Estado principalmente) de la publicidad de los actos de gobierno, sin perjuicio de la de los particulares.

c) *Derecho a la protección contra la información disfuncional*. Derecho de réplica³.

Con esta ubicación del derecho a réplica dentro de la órbita del derecho de la información, queda claro que debe ser separado del derecho a la intimidad, aunque guarde

² Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Derecho a la información*, LL, 1985-E-693.

³ *Ibidem*.

también relación con éste. Volveré sobre el tema más adelante.

3. CONCEPTO. ALCANCES

El derecho de réplica es aquel que confiere la facultad de rectificar o replicar las referencias inexactas o agraviantes vertidas en perjuicio de una persona física o de existencia ideal⁴. La necesidad de réplica surge cuando se ha transmitido información que alcanza significativa repercusión social.

Es, en definitiva, aquel derecho que atañe a toda persona que ha sido afectada como consecuencia de una noticia falsa, inexacta o desnaturalizada, inserta en un medio periodístico, para hacer difundir por el mismo medio, gratuitamente y en condiciones análogas, su versión de los hechos que dieron motivo a la noticia o comentario; y que en caso de negativa del medio, será resuelta su procedencia por el juez en procedimiento abreviadísimo⁵.

En cuanto a su alcance, esto es, el tipo de informaciones que puede dar motivo a una rectificación, se limita a casos en que queda afectada la persona por informes inexactos o agraviantes, pero en modo alguno puede extenderse a rebatir posturas ideológicas o criterios doctrinarios. Este es el modo en que la Convención costarricense enfocó el instituto de la réplica⁶.

4. JUSTIFICACIÓN

Es necesario recalcar e insistir varias veces y todas las que sea necesario sobre un punto que considero importante: el derecho de réplica no es una forma caprichosa del Estado de "restringir" la libertad de prensa. No es ésa, sin duda, la finalidad de la réplica.

Tampoco se trata de una "ley de clara ideología estatista", "propia de un Estado centinela", ni de una "legislación

⁴ León, Félix R., *Derecho de réplica*, JA, 9/786.

⁵ Rivera, J. C., *El derecho de réplica, rectificación o respuesta*, LL, 1985-E-786.

⁶ Bidart Campos, Germán J., *Manual de derecho constitucional*, Bs. As., Ediar, 1988, p. 275.

paternalista de filiación no democrática"⁷. No cabe duda que, en la actualidad, el control de la información es una preocupación constante de los gestores del poder político y acaso su mayor preocupación, pues la permanencia en el poder depende en gran parte del clima social, y éste adquiere matices de acuerdo con la información que se difunde⁸. Pero, insisto, en todo caso éste no sería un medio idóneo para tal fin como sí lo sería, por ejemplo, la censura previa.

La justificación primaria de este derecho, señala Félix R. Loá, radica en la posibilidad de que el afectado pueda obtener reparación al agravio por una vía expedita. De otro modo, sólo le quedan las vías procesales ordinarias, que no suelen caracterizarse precisamente por ser expeditivas. Ante esto, cualquier corrección ha de llegar tardíamente. En tanto, el damnificado ha debido soportar la disminución que hacia su persona le depara la asimilación por la comunidad de la información incorrecta. La imagen disvaliosa que la sociedad se forma del agraviado deriva, precisamente, de que éste no pudo replicar en forma inmediata. Esta circunstancia constituye el fundamento del derecho de respuesta, cuyas notas singulares son: la inmediatez y celeridad de la rectificación⁹.

5. ANTECEDENTES (LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA)

a) Europa. En el Viejo Mundo el derecho de réplica goza de una vigencia más que centenaria, receptado tanto en cartas constitucionales como en legislación infraconstitucional.

Francia lo legisló por primera vez en 1822, ampliándolo en 1881. Alemania lo tiene desde 1874. Más recientemente, en 1984, lo incorporó España¹⁰. Lo contienen las Constituciones de Grecia, Portugal y Yugoslavia.

⁷ Ver editorial del diario *La Gaceta*, San Miguel de Tucumán, 27/286, "El llamado derecho de réplica".

⁸ Sinova, Justino, *El Estado y la información en España*, en "Revista de Estudios Políticos", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, enero-febrero 1986, n° 49, nueva época, p. 137.

⁹ Loá, op. cit.

¹⁰ *Ibidem*.

b) América latina. Nuestro continente también adoptó el derecho de réplica: lo tienen Brasil, Guatemala, El Salvador, Chile y Perú.

c) Convención sobre Derecho Internacional de Rectificación (aprobada por la ONU en diciembre de 1952). Los sujetos de esta Convención son los Estados, pero la similitud de las situaciones contempladas con las que pueden presentarse entre particulares es evidente. El preámbulo de la Convención advierte sobre la necesidad de adoptar medidas destinadas a combatir la difusión de informaciones falsas o tergiversadas que puedan ser perjudiciales para las relaciones amistosas entre los Estados. Un medio idóneo para ese fin es asegurar publicidad adecuada para las rectificaciones¹¹.

d) Pacto de San José de Costa Rica. Consagrado, como ya señalé, en el art. 14 de esta Convención que prevé la pro-palación de información inexacta o agravante que ocasiona perjuicio a la persona afectada, dando la primera lugar a la rectificación y la segunda a la respuesta, ambas por el mismo medio que difundió la información. La rectificación o respuesta en ningún caso exime de otras responsabilidades.

En su inc. 3º el art. 14 establece que para la efectiva protección del damnificado la empresa titular del medio de comunicación tendrá un responsable que no se encontrará protegido por inmunidad alguna¹².

e) Constitución Nacional. No contiene mención alguna sobre el derecho de réplica. Sólo los arts. 14 (que reglamenta la libertad de expresión) y 32 (que veda al Congreso Federal restringir la libertad de prensa). Sin embargo, en 1857 se halla el antecedente histórico nacional más antiguo: es el proyecto de ley de prensa elaborado por Facundo Zuviría, que contempla el derecho a réplica en su art. 7º: "Todo editor será obligado a publicar gratis en un tiempo dado, la contestación a toda denuncia o acusación que se hubiese dirigido por el mismo periódico". La importancia de este proyecto radica en que Facundo Zuviría fue presidente de la Convención Constituyente que sancionó la Constitución de 1853 y su iniciativa puede considerarse como una inter-

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*. Por otro lado, un análisis pormenorizado del aspecto de la libertad de expresión en el Pacto de San José de Costa Rica puede verse en el artículo de Colautti, Carlos E., *El Pacto de San José de Costa Rica y la libertad de expresión*, LL, 1998-B-911.

pretación auténtica de la Carta Magna argentina. Surge de ello que el presidente de la Convención Constituyente de 1853, consideraba que la libertad de prensa era susceptible de regulación legal.

d) **Derecho constitucional provincial.** Es en el ámbito provincial donde el derecho a réplica ha tenido consagración expresa en la Nación Argentina. Por un lado, el proceso de provincialización de territorios nacionales obligó a las nuevas provincias a dictar sus constituciones en virtud de lo dispuesto por la Constitución Nacional en sus arts. 5º y 106. En esa oportunidad, varios de los nuevos estados provinciales receptaron el instituto que estoy examinando. Por otro lado, estamos asistiendo a un nuevo proceso de revisión constitucional provincial, pero esta vez espontáneo y como un preludio a la reforma del instrumento máximo del orden jurídico nacional. También en esta ocasión el derecho a réplica se ha visto consagrado en la letra de varias constituciones provinciales. Analizaré más adelante estos importantes antecedentes.

6. ¿AFECTA EL DERECHO DE RÉPLICA A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

Este es el punto neurálgico del instituto: todos los que se han pronunciado en contra del derecho de réplica han puesto el acento en que se trata de un instrumento que atenta contra la libertad de expresión. Analizaré las diferentes opiniones al respecto, tanto de la doctrina constitucional como de los medios y empresas de comunicación, para finalizar exponiendo la tónica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, intérprete final de la Constitución Nacional.

a) **Doctrina constitucional argentina.** Encontramos en este campo posiciones bien definidas tanto a favor como en contra del instituto. Aclaro que la enumeración de autores y opiniones no es exhaustiva.

A favor se pronuncian Bidart Campos, Ramella, Ekmekdjian, Loñ y Bielsa.

Entiende Bidart Campos que el derecho de réplica no lesiona la libertad de prensa¹² y que la Constitución Nacio-

¹² Bidart Campos, op. cit., p. 273.

nal no sólo no lo descarta sino que proporciona base para que la ley le dé acogida, máxime después de vigente la Convención de San José de Costa Rica¹⁴.

Es categórico Ramella al afirmar que ante la posibilidad de monopolios que tengan en su mano cadenas de periódicos y de hecho monopolicen la prensa avasallando con su poder a la personalidad individual, indefensa ante el poder que aquéllas detentan, se impone asegurar el derecho de réplica de la manera más eficaz posible¹⁵.

Por su parte Ekmejdjian lo contempla como una faz del derecho a la información, dentro de lo que denomina "derecho a la protección contra la información disfuncional" (ver í 2)¹⁶.

Señala Loñ que introducir esta figura contribuirá a asegurar la intangibilidad de la persona, poniéndola a cubierto de las demasías en que puede caer una información desaprensiva y perjudicial y de la influencia que los medios de comunicación ejercen sobre la opinión pública¹⁷.

Apoya Bielsa el derecho de réplica asociándolo con la verdad. Es el derecho de defensa -dice-, el derecho a la verdad y eso está por sobre toda otra consideración. La verdad se formaría al acercarse a la opinión pública elementos para formarse un juicio más objetivo en la apreciación de los hechos involucrados¹⁸.

La crítica al derecho de réplica abarca aspectos jurídicos y económicos, centrados estos últimos en el hecho de que, con la implantación de aquél, se violarían los derechos de propiedad y de comerciar, opinión que es sostenida por César Enrique Romero. Dejo constancia de este aspecto de la crítica para centrarme en el estudio de lo atinente a la libertad de expresión, faceta jurídica de la crítica¹⁹.

Para Romero, Colautti y Lisares Quintana el derecho de réplica indirectamente estaría "restringiendo" la libertad de imprenta lo cual está expresamente vedado por el

¹⁴ *Ibidem*, p. 375.

¹⁵ Ramella, Pablo A., *Derecho constitucional*, Bs. As., Depalma, 1982, p. 334.

¹⁶ Ekmejdjian, *op. cit.*

¹⁷ Loñ, *op. cit.*

¹⁸ *Cit. por* Loñ, *op. cit.*

¹⁹ Para un análisis más profundo de este aspecto "económico" de la crítica, ver el ya citado estudio de Loñ.

art. 32 de la Const. Nacional. Sin embargo, como todo derecho, el de publicar las ideas por la prensa se halla delimitado "por la ley que reglamente su ejercicio" (conf. art. 14, Const. Nacional), es decir, no tiene un carácter absoluto. Y existe una evidente diferencia entre "restringir" y "reglamentar" un derecho, siempre, claro está, que tal reglamentación sea razonable, esto es, que el contenido de la limitación no llegue a alterar el derecho ni a desvirtuarlo y, mucho menos, suprimirlo²⁰. La idea de "restringir" el derecho traduciría un propósito más severo y "es eso lo que los constituyentes de 1860 quisieron impedir al introducir el art. 32"²¹. De este modo, aplicando la pauta interpretativa de la Corte Suprema en el caso "Calvete"²² en el sentido de que se debe interpretar las leyes evitando darles una inteligencia tal que ponga en pugna sus disposiciones y adoptando como verdadero el que las concibe y deje a todas con valor y efecto (interpretación "armonizante") según el alcance que se le asigne a los términos "restricción" y "reglamentación" es posible conciliar los preceptos constitucionales contenidos en los arts. 14 y 32 de la Const. Nacional y concluir que la libertad de expresión es susceptible de una reglamentación "razonable".

Una crítica tal vez más consistente es la que realiza Romero en el sentido de que se viola la garantía del debido proceso del art. 18 de la Const. Nacional, ya que sólo los jueces pueden establecer la culpa o dolo de los sujetos (en la práctica, la instancia judicial es posterior al ejercicio de la réplica)²³. Pero ocurre que por más rápida que sea la vía procesal utilizada, se requeriría un mínimo de contradicción para asegurar el debido proceso legal y nunca sería más rápida que el procedimiento de réplica que deja abierta la vía judicial si el medio de comunicación se niega a publicar la respuesta²⁴. Además, el remedio judicial no sólo opera tardamente sino que hasta es posible eludir sus efectos. Ello ocurre especialmente en el caso de calumnias e injurias, de-

²⁰ Vancossi, Jorge R., *La Constitución Nacional y los derechos humanos*, Bs. As., Eudeba, 1965, p. 35.

²¹ Bidart Campos, G. J., *JA*, 1967-VI-secc. doct., p. 810, cit. por Loñ, op. cit.

²² Fallos, 1:303.

²³ Romero, César Enrique, *JA*, 1962-IV-secc. doct.-3, cit. por Loñ, op. cit.

²⁴ Loñ, op. cit.

litos tipificados en el Código Penal, ya que para obtener una condena por la comisión de ellos debe existir en el ofensor el animus de injuriar o calumniar. Cuando se alega que tal intención no existió es común que se exima de responsabilidad al imputado dejando impune la información inexacta o agravante y el afectado se hallará en un estado de completa indefensión²⁵. Es claro que en situaciones como la ejemplificada la garantía de defensa en juicio se ve más claramente violada. Con el derecho de réplica lo que se busca es la inmediata reparación a través de la publicación ya que cuando es la sentencia la que ordena publicar la rectificación, la opinión pública olvidó lo que había pasado, diluyéndose el efecto de la reparación²⁶.

b) *Opinión de los medios de comunicación.* No cabe duda que el ámbito en el cual el derecho de réplica encontró más reparo y se podría decir que hasta causó malestar, fue en el sector empresarial de los medios de comunicación y las diversas agrupaciones que nuclean a éstos.

Su posición asumida frente al derecho de respuesta me parece exagerada. Reitero lo ya expresado en la introducción a este estudio y en el § 4: el derecho de réplica no tiene de limitar la libertad de prensa, ni a imponer a los medios inserciones forzosas. Se trata de un instituto de excepción, y por lo tanto, para casos que están fuera de lo normal, y como tal debe ser entendido e interpretado. Quedó igualmente claro que está fuera de su alcance y protección toda discusión política y doctrinaria y tampoco tiene como premisa proteger al funcionario público ante críticas de que sea objeto, ya que éste más que nadie debe estar sujeto a la crítica de la prensa libre. Con el derecho de réplica se busca proteger al ciudadano, sustrato humano fundamental de la vida republicana, el hombre carente de "privilegios", "fueros parlamentarios", sin posibilidad de acceder a un medio gráfico, radial o televisivo y, por lo tanto, no se habla aquí, por ejemplo, del legislador o funcionario que "tiene prensa" sino del "ciudadano anónimo"²⁷.

Reseñaré a continuación algunas opiniones emitidas por los medios referidos anteriormente.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Tal la caracterización del ciudadano realizada por Ekmejdjian, Miguel Ángel, *Meditaciones sobre la República, el poder y la libertad*, Bz. As., Depalma, 1984, p. 9.

1) El documento emitido al finalizar las Primeras Jornadas Empresarias de Medios de Comunicación Independientes (CEMCI), el 27 de agosto de 1986, es categórico al dictaminar que el derecho de réplica "atenta contra la libre expresión de las ideas, debilitando la función de informar que la comunidad delega a los medios independientes e introduce la autocensura que es el camino hacia una opinión regimentada"²⁸. En esa misma oportunidad el doctor José M. Sáenz Valiente se refirió específicamente en su disertación al derecho de réplica. Se pronunció por la "ausencia de todo control estatal o privado sea el mismo represivo o preventivo, en cuanto uno y otro consisten en la censura previa y en la imposición de comportamientos y conductas o compulsión a publicar o emitir lo que sea dictado por terceros"²⁹.

En esas mismas jornadas, Leonard Marks, consejero de la Comisión Mundial de la Libertad de Prensa, se pronunció en contra de la legislación que impulsa la vigencia del derecho a réplica señalando que el mismo "es un método que puede llegar a perjudicar a la libertad de prensa"³⁰.

2) También la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA) hizo sentir su voz, reiterando su preocupación con motivo de sendos proyectos de ley que instrumentan el derecho a réplica en las provincias del Chaco y La Pampa, en esta última como reglamentación del art. 8º de la Constitución provincial. Entiende ADEPA que tales proyectos "tienden a restringir la libertad de prensa" y condena tales avances sobre el periodismo independiente "que resultan inaceptables en nuestro régimen democrático"³¹. Más recientemente y guardando coherencia con su posición inicial, el presidente de ADEPA, señor Luis Etchevehere, expresó que "los diarios argentinos están amenazados por proyectos como los de derecho a réplica, que no recogen la mejor tradición argentina en la materia. Varias provincias argentinas han incorporado recientemente a sus constituciones tal derecho que preferimos denominar, para ser más precisos y claros, como derecho del apropiamiento del espacio ajeno"³².

²⁸ Clarín, 28/8/86, p. 16 y 17.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ La Gaceta, 26/8/86.

³¹ *Ibidem*, 2/11/86.

³² *Ibidem*, 12/5/87; discurso pronunciado con ocasión de la reunión

3) La Asociación Argentina de Editores de Revistas (AAER) a través de su presidente, Carlos Aller Atucha, se pronunció por la "limitación del denominado derecho a réplica", lo cual es necesario para "la preservación de la democracia en la Argentina"²³.

4) En nuestra provincia, Tucumán, el matutino *La Gaceta* ha prestado bastante atención a este instituto y mostró su preocupación y rechazo hacia él en numerosos editoriales (cinco en total): el 27/2/86, "El llamado derecho de réplica"; 17/3/86, "La libertad de prensa vulnerada"; 17/4/86, "Enmienda al llamado derecho de réplica"; 17/5/86, "Precisiones sobre el derecho de réplica"; y más recientemente, 10/5/87, "Otra vez el 'derecho de réplica'".

En una posición afín a las ya reseñadas, considera el editorialista que "la Constitución Nacional impide reglamentar la libertad de prensa incurriendo en su violación o degradación" (creo que una reglamentación que "viole o degrade" no tiene de reglamentación sino el nombre). "En consecuencia —continúa diciendo— las constituciones y leyes provinciales y aun la ley nacional que aprueba el Pacto de San José de Costa Rica en cuanto violen la garantía de la libertad de imprenta estableciendo el denominado derecho de réplica han de sufrir la tacha de inconstitucionalidad por no ajustarse al orden de prelación y de valor que impone el art. 31 de la Carta Magna"²⁴. Debo recalcar que, atendiendo a la jurisprudencia de la Corte Suprema, la profecía no se ha cumplido.

Un aspecto atendible del editorial es el que se refiere a que se abren posibilidades a "replicones y replicadores vocacionales que abundan en medios y actividades públicas y privadas, lo que puede obligar a permanentes reclamaciones contenciosas, bajo amenaza de demandas judiciales". Sin embargo, creo que es dable observar que el mismo art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica marca una pauta de carácter objetivo ya que habla de informaciones "inexactas o agraviantes", con lo cual es innecesario preocuparse por cualquier reclamación cuya entidad sea jurídicamente irrelevante.

realizada en Buenos Aires por el IPI, Instituto de Prensa Internacional. Ver también diario *Los Andes*, Mendoza, y *Diario de Cuyo*, San Juan, ambos del 7/3/87.

²³ *La Gaceta*, 20/12/86.

²⁴ *Ibidem*, 10/5/87.

Es especialmente en las pautas de valoración respecto al derecho de réplica y las consideraciones que éste le merece donde puede verse reflejada más claramente la opinión del editorialista. Dice así, por ejemplo, que se trata de "un extraño injerto foráneo ajeno a nuestra tradición nacional e impropio del nivel cultural y ético del periodismo argentino"³⁵. Dejando de lado que parece desconocer la vigencia de la réplica en el país a través de varias constituciones provinciales (lo que da por el suelo con la calificación de "injerto foráneo") no creo que sea para nada agravante hacia el periodismo vernáculo que una norma jurídica proteja al ciudadano ante un eventual error que la prensa puede llegar a deslizar y que lo perjudique. No debemos perder de vista que *errare humanum est* y que, al fin de cuentas, los hombres de prensa son especies dentro del género y también pueden equivocarse. Con un argumento análogo al expresado podría igualmente argüirse que el art. 1109 del Cód. Civil es "impropio del cuidado con el que se desenvuelve el ciudadano en su vida cotidiana".

Otra pauta valorativa sobre el derecho de réplica es la de considerarlo como de una "clara ideología estatista, propia del Estado centinela (...) paternalista, de filiación no democrática"³⁶. Basta para contrarrestar esta apreciación que numerosos países cuya vocación democrática nadie puede poner en tela de juicio hace ya más de cien años que receptaron el derecho de réplica. Francia, por ejemplo, cuna de la revolución ideológica que culminó con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.

El editorial más reciente referido a la réplica, correspondiente al domingo 10 de mayo de 1987, reitera que las leyes que reglamenten el derecho de réplica "han de sufrir la tacha de inconstitucionalidad". Que esto lo haya profetizado el editorialista el 17 de mayo de 1986, puede resultar admisible como una expresión de deseos en ese momento. Pero que lo reitera un año más tarde, soslayando los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reconocen el derecho de réplica como derecho interno vigente, o bien significa una omisión involuntaria debido a la falta de información o (lo que es mucho más grave) un deliberado encubrimiento que trata de orientar la información parcializando la verdad e impidiendo que el lector se forme

³⁵ *Ibidem*, 17/5/86.

³⁶ *Ibidem*, 27/2/86.

un juicio objetivo ya que no se le brindan los elementos necesarios para ello. Pero, en honor al "nivel cultural y ético del periodismo argentino" a que hace alusión el editorialista, me inclino a creer que se trata, en definitiva, de una falta de conocimiento de la reciente jurisprudencia de la Corte³⁷.

5) Si se releen las opiniones expuestas en los números anteriores se comprenderá que un lector desprevenido, ante semejante panorama, lo primero que pensaría acerca del derecho de réplica es que se trata de una especie de mordaza a la libertad de prensa, una "espada de Damocles" que pende sobre toda publicación periodística³⁸, lista para caer sobre quien agravió o perjudicó mediante informaciones falsas. Se trata, por otro lado, de hacer aparecer el instituto como un elemento de política estatal para coartar la libre expresión de ideas y noticias.

Para contestar a tales apreciaciones me remito a lo expuesto en el § 4. Sin embargo, cargos tales como "derecho del apropiamiento del espacio ajeno" merecen una "réplica" que deje de lado toda duda al respecto. Para ello, y sacrificando el método, transcribiré los considerandos de la Corte Suprema en el caso "Costa", fallado el 12 de marzo de 1987. Espero que este pronunciamiento aclare aún más la finalidad de la réplica.

Dice el considerando 10 que "la Corte de los EE.UU. —cuya jurisprudencia resulta de innegable valor por el modo semejante en que su Constitución y la nuestra garantizan la libertad de prensa— ha consagrado también la responsabilidad de los medios informativos por la difusión de noticias inexactas y efectúa una distinción según la calidad del sujeto pasivo de la difamación, funcionario público o 'ciudadano privado', confiriendo una protección más amplia a este último; criterio que se encuentra presente en la evolución jurisprudencial de este Tribunal".

Se refiere la Corte, como aclara luego, a los casos "Ponzetti de Balbín" (en especial el voto del doctor Petracchi) y "Campillay". La distinción consiste, como se explica luego en el considerando 11, en que los funcionarios públicos deben, a los efectos de obtener reparación pecuniaria, probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad

³⁷ Ver los casos "Campillay", fallado el 15/8/86 y "Costa c/Municipalidad de la Capital Federal", del 12/3/87.

³⁸ Así lo caracteriza el editorial de La Gaceta, 12/3/87.

o con total despreocupación acerca de tal circunstancia. Respecto de los particulares, en cambio, basta la "negligencia precipitada" o "simple culpa" en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes.

Citando la jurisprudencia de los EE.UU. en el caso "Gertz v. Robert Welch Inc."³⁸ señala nuestra Corte que "la razón de tal distinción radica en que las personas privadas son más vulnerables que los funcionarios públicos puesto que éstos tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones y porque los particulares necesitan una amplia tutela contra los ataques a su reputación, mientras que los funcionarios públicos se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias"³⁹.

No se debe confundir, en definitiva, la libertad de prensa con la "libertad de empresa": si bien la empresa editorial tiene derecho a mantener una línea ideológica, a obtener una ganancia razonable sobre la inversión, etc., ellas no son razones suficientes para privar al hombre común del acceso a los medios de comunicación. La función social que los medios desempeñan las llevan a que deban a la sociedad (no al Estado) una participación en tales medios. Los intereses encontrados son, por supuesto, muy importantes y es una difícil tarea establecer pautas de justicia que logren equilibrarlos, pero ello es una necesidad de los tiempos que vivimos para evitar que la opinión pública, y con ella el destino de la democracia, quede en manos de un grupo reducido de personas⁴⁰.

c) *Jurisprudencia.* Los antecedentes jurisprudenciales, si bien son aislados, no pueden considerarse por ello que sean menos valiosos en el reconocimiento y defensa del derecho de réplica.

En 1973 el Superior Tribunal de Misiones ordenó que se publicara una solicitada requerida por una agrupación res-

³⁸ 418-U.S. 323/1974. Ver O'Brien, David M., El derecho público a la información. La Suprema Corte de los EE.UU. y la Primera Enmienda constitucional. México, Publigráfica, 1983, p. 113. Ver también Cárdenas, Emilio J., Reflexiones comparadas sobre algunos aspectos de la libertad de prensa. LL, 1986-C-984, punto III 2.

³⁹ LL, 10/4/87.

⁴⁰ Ekmekdjian, op. cit., en nota 2.

pondiendo a ataques que se le habían dirigido, invocándose en los considerandos del pronunciamiento, entre otras razones, que el diario "era el único que circulaba en Misiones"⁴². Otro importante pronunciamiento data de 1981: la Cámara Nacional Civil, Sala A, debió resolver la situación creada a raíz de que un laboratorio farmacéutico había atribuido la paternidad de un informe sobre ciertos medicamentos a un investigador de renombre que negó tal hecho y accionó por daños y perjuicios. En primera instancia la pretensión fue desestimada y en la apelación se confirmó la sentencia. En su voto, el doctor Alfredo Di Pietro dijo no comprender por qué si el investigador no era el autor de tal informe "no usó de un legítimo derecho de réplica, obligando a la revista *La Prensa Médica* a publicar una nota aclaratoria de tal circunstancia"⁴³.

Sin desmerecer los pronunciamientos citados, es sin duda la jurisprudencia de la Corte Suprema de la de mayor peso puesto que el Tribunal Supremo de la Nación es, como ella misma se tituló, el "intérprete final de la Constitución"⁴⁴. Es precisamente la Corte quien tiene, a través de sus fallos, la importantísima misión de "expresar" la Constitución, esto es, otorgar a la Constitución "formal" una especial versión en su vigencia sociológica. Plasmar, en definitiva, a la norma escrita en la realidad del régimen y darle funcionamiento⁴⁵.

Quiero destacar, especialmente, los fallos de la Corte en los casos "Ponzatti de Balbín" y "Campillay". En el primero, fallado el 11 de diciembre de 1984, el doctor Petracchi expresó en su voto que con la aprobación por ley del Pacto de San José de Costa Rica "el derecho de respuesta está incorporado deliberadamente al ordenamiento positivo vigente"⁴⁶.

De modo concordante, en el caso "Campillay" el doctor Fayt señaló que "el derecho de réplica ha sido incorporado a nuestro derecho interno conforme lo normado por el art.

⁴² LL, t. 154, fallo 70.059 in re "Fernández Valdez" (1973), cit. por Ramella, op. cit., p. 335.

⁴³ Ballester, Eliel C., En torno de las inserciones forzadas por la prensa, JA, 30/786.

⁴⁴ Fallos, 1.348, cit. por Bidart Campos, G. J., La Corte Suprema. El tribunal de las garantías constitucionales, Bs. As., Ediar, 1984, p. 27.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁶ Ballester, op. cit.

31 de la Const. Nacional, mediante la aprobación por el art. 1° de la ley 23.054 del llamado 'Pacto de San José de Costa Rica', cuyos arts. 13 y 14 protegen la libertad de pensamiento y de expresión, y el derecho de 'rectificación o respuesta', respectivamente"⁴⁷. Continúa diciendo en otra parte de su voto en disidencia que "al estar la prensa exonerada de la necesidad de verificar las noticias emanadas del poder público y de la falsedad de tales noticias, lo que no le acarrea responsabilidad alguna" de ahí que "el derecho de réplica y el de rectificación se constituyen en el medio idóneo para vivificar la prensa, como respuesta de la noticia que los interesados consideren falsa. Los periódicos están obligados por cánones de ética a publicar las afirmaciones, respuestas o versiones que los afectados soliciten o reclamen por cargos o acusaciones que menoscaben su honor, reputación o carácter moral... porque las noticias que pueden, de algún modo, afectar la reputación de las personas, hacen nacer el derecho de respuesta simultáneamente a su publicación y en plenitud el de su rectificación luego de comprobada su inexactitud"⁴⁸.

De este fallo de la Corte Suprema (y en particular del voto del doctor Fayt) surge, a mi entender, la plena vigencia del derecho a réplica y su innegable constitucionalidad, directrices que no pueden soslayarse. Como ya dije, un análisis parcializado que deje de lado tan importante pronunciamiento es dejar de lado una de las principales vertientes que corporizan a la Constitución material, viviente, actual, como lo es el derecho judicial emanado de nuestro Tribunal Supremo⁴⁹.

7. OPERATIVIDAD O NO DEL DERECHO DE RÉPLICA

¿Es operativo el derecho a réplica? Esto es, con referencia al orden jurídico interno, ¿es suficiente que el Pacto de San José de Costa Rica haya sido ratificado por ley del Congreso Nacional e ingresado así al derecho argentino como ley suprema de la Nación —según el art. 31, Const. Nacional— para revistar ya como una más de las garantías constitucio-

⁴⁷ LL, 29/8/86, Actualización de jurisprudencia.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Cfr. Bidart Campos, G. J., *Manual de derecho constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, 1984, p. 18.

nales? ¿O debe, además, dictarse una ley por el Congreso que haga "operativo" tal derecho que es meramente un "programa"?

Podría invocarse la doctrina de la Corte Suprema en los casos "Siri" y "Kot"³⁰ donde quedó establecido que "las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias las cuales sólo son requeridas para establecer en qué casos y con qué justificación podrá procederse a su allanamiento y ocupación".

Sin embargo, el problema que se plantea aquí involucra, en realidad, el tema de los tratados internacionales y su aplicación al derecho interno. Según el criterio dualista que nuestra Corte ha seguido tradicionalmente de acuerdo con los lineamientos que marca la propia Constitución Nacional en sus arts. 31 y 27³¹, el derecho nacional gozó de primacía sobre el internacional, como en el caso "José Henry de los Llanos" (Fallos, 2:88), aunque la tendencia monista se reflejó también en otros pronunciamientos: "Ibarra y Cia. c/Gobierno de España"³² y "Merck c/Gobierno Nacional" (Fallos, 211:162).

De este modo si alguna disposición de la Constitución Nacional se viera lesionada por la figura del derecho a réplica, conforme a la jurisprudencia reseñada, este instituto no prevalecería de modo alguno sobre la Ley Fundamental. Tal disposición sería, claro está, el art. 14 de la Const. Nacional donde está consagrada la libertad de prensa. Atento la reseña doctrinaria efectuada en el § 6, creo que para nada afecta el derecho de réplica esta fundamental libertad de la vida republicana³³.

Ahora bien, si no entra en colisión con el plexo constitucional de derechos y garantías ¿cómo funciona? ¿Puede estar sin regulación en el sistema de derecho interno?³⁴ El nudo gordiano es que aunque pueden considerarse "incorporados" al derecho interno, habrá casos en que será nece-

³⁰ Fallos, 239:459 y 241:291, respectivamente.

³¹ Cfr. Ruiz Moreno, Isidoro, El derecho internacional público ante la Corte Suprema, Bs. As., Eudeba, 1970, p. 12.

³² *Ibidem*, p. 20.

³³ Ver en particular la opinión de Bidart Campos, en el § 6.

³⁴ Travieso, *op. cit.*

sario adoptar medidas de orden interno para hacer efectivos los derechos, sobre todo en los casos en que el texto lo indica en términos tales como "la ley debe reconocer" o "la ley reglamentará" y otros semejantes³⁵. En efecto, la propia Convención costarricense establece que los derechos y libertades reconocidos por ella, en cuanto a su ejercicio, en caso de no estar reglamentados en los respectivos Estados, obliga a éstos a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de la propia convención, las medidas necesarias para efectivizar tales derechos.

Y surge la pregunta: ¿es el Pacto de San José de Costa Rica, entonces, directamente operativo, autoejecutorio o self-executing o, por el contrario, meramente programático? De la letra de la Convención surge, a mi entender, que ella contiene ambos tipos de normas. Y un caso palmario de "programaticidad" es el del derecho a réplica. En efecto, el art. 14 de la Convención establece que éste se pondrá en práctica "en las condiciones que establezca la ley", disposición que deja la impresión de que para su funcionamiento el derecho de réplica requiere una ley del derecho interno que estipule las condiciones para su ejercicio³⁶. Alguna doctrina, más categóricamente, entiende que el art. 14 inmoviliza al derecho a réplica ya que le quita toda operatividad³⁷.

En una opinión que entiendo acertada, Ekmekdjian expresa que el derecho de réplica es plenamente operativo. Da como razones que: a) se halla incorporado de modo expreso en numerosas constituciones provinciales; b) surge sin duda del art. 33 de la Const. Nacional, por lo cual tiene plena vigencia; c) pese a la frase final del art. 14 del Pacto, debe reconocérsele operatividad cuando ha pasado un tiempo prudencial desde que ingresó en el orden jurídico interno y ante el silencio del órgano encargado de dictar la norma reglamentaria, ya que el cumplimiento de una norma internacional no puede quedar supeditado a la buena o mala fe de algún poder del Estado. Se produce allí una laguna le-

³⁵ Vargas Carreño, Edmundo, Algunos problemas que presentan la aplicación y la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Secretaría General de la OEA, p. 149 y ss., cit. por Travieso, op. cit.

³⁶ Bidart Campos, op. cit. en nota 6, p. 277.

³⁷ Bustamante Alcina, Jorge, El derecho de rectificación o respuesta como derecho individual de jerarquía constitucional no es directamente operativo, LL, 1986-E-211.

gislativa que trae como consecuencia una "inconstitucionalidad por omisión", según Bidart Campos, que debe ser integrada por el juez para subsanar tal inconstitucionalidad³⁹.

Creo que esta última es la solución adecuada, ya que ante los claros términos del art. 14 del Pacto, no puede negarse que se trata de una norma programática.

¿Y la jurisprudencia? Es uniforme: entiende, con alguna salvedad, que se requiere una ley reglamentaria que haga plenamente operativo el derecho de réplica. Así, el fallo de la Sala A de la Cámara Nacional Civil en autos "Sarotto, Anibal c/Panadería Argentina"⁴⁰ en el que se estableció que en tanto tal ley no se dicte, aquella persona a quien se exija la publicación de la rectificación o respuesta no podrá ser obligada compulsivamente a ello, pues está amparada en el principio de reserva del art. 19 de la Const. Nacional: "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda".

En un fallo más cercano cronológicamente, la Sala D de la misma Cámara, en autos "Sánchez Abelenda, Raúl c/Ediciones de la Urraca, SA y otro", se reitera el principio de que no es un derecho operativo el del art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, pero sí reconoce que tal derecho surge del art. 33 de la Const. Nacional, además de hacer otras consideraciones acerca de su fundamentación, de su valor como medio de protección del individuo ante el monopolio de hecho que ejercen algunas empresas periodísticas, de la extensión y ubicación que debe tener la rectificación o respuesta, etcétera⁴¹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, en autos "Campillay" y "Costa" adoptó un criterio similar al ya reseñado de la Cámara Nacional Civil. En el caso "Costa" (fallado el 12/3/87), expresó la Corte en el considerando 16 que el derecho de réplica "no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno" y hace referencia al ya citado art. 2º de la Convención de Costa Rica.

La salvedad que anoté al iniciar esta breve reseña jurisprudencial es de gran importancia ya que se trata del voto de un Ministro de la Corte: el doctor Fayt, en el caso "Cam-

³⁹ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *El derecho a la dignidad. La libertad de prensa y el derecho de réplica*, LL, 1987-C-125.

⁴⁰ JA, 30/786; LL, 27/1846.

⁴¹ LL, 2/87.

pillay" sostuvo que "el derecho de réplica tiene plena operatividad en nuestro orden jurídico"⁴¹.

Interpreto que la Corte, cuando se refiere a la "falta de reglamentación", lo hace solamente teniendo en cuenta la laguna que se produce en el derecho federal o nacional, ya que sería una exageración desconocer que las provincias argentinas, en uso de facultades propias, en gran número han reglamentado ya el derecho a réplica incorporándolo a sus respectivos órdenes jurídicos locales.

Para finalizar este párrafo, señalaré que se han presentado en el Congreso de la Nación tres proyectos de ley para reglamentar el derecho de réplica, dando cumplimiento de este modo al mandato que surge del art. 2º del Pacto costarricense. Ellos son:

a) El del senador Ricardo Laferriere (UCR - Entre Ríos) que cuenta con media sanción de la Cámara Alta. Según declaraciones del mismo legislador su proyecto se basó en la idea de "acentuar y no disminuir la libertad de prensa" y fue pensado "para las grandes congregaciones humanas, donde a veces los individuos se encuentran sin el suficiente amparo y no con la intención de reglamentar a la prensa sino de ampliar el marco de derechos individuales en las sociedades de masas"⁴².

b) Un proyecto del Poder Ejecutivo, elevado a la Cámara de Diputados, que propugna una errónea inclusión del derecho a réplica en el art. 1071 bis del Cód. Civil, junto a los denominados "derechos personalísimos".

c) Un tercer proyecto presentado por el diputado Maglietti (UCR)⁴³.

8. ¿A QUÉN CORRESPONDE REGLAMENTAR EL DERECHO DE RÉPLICA?

Enfocando al derecho de réplica como una legítima y razonable regulación de la libertad de prensa, se manifiesta el instituto como una expresión del poder de policía y, más

⁴¹ Cfr. Kmekedjian, M. A., *El derecho a la dignidad y a la libertad de prensa*, L.L. 1986-C-381.

⁴² Clarín, 29/6/86, p. 14.

⁴³ Reseñados por León, op. cit.

precisamente, de la policía de prensa, que, como varias veces se ha dicho ya, es de competencia local. Vale decir, corresponde a la Nación o a las provincias con relación a los lugares de sus respectivas jurisdicciones⁸⁴. De este modo, surge claramente que las provincias tienen competencia suficiente para legislar sobre derecho de réplica. Más aún: si el Congreso Nacional quisiera dictar una ley que regulase la materia se vería imposibilitado de hacerlo ante el vallado que le impone el art. 32 de la Const. Nacional. En cambio las provincias conservan todo el poder no delegado (cfr. art. 104, Const. Nacional) y en virtud de esas atribuciones propias se hallan facultadas para hacerlo.

Alguna doctrina, por el contrario, entiende que el derecho de réplica, en cuanto a su reglamentación, es competencia privativa del Congreso de la Nación⁸⁵. Entronca esta opinión con la tendencia de la Constitución del Perú y el proyecto del Poder Ejecutivo, reseñado en el acápite anterior; la ley reglamentaria no sería una reglamentación de la libertad de prensa sino una ley que, como parte del derecho común, regula el ejercicio de un derecho de la personalidad que es de competencia legislativa reservada al Congreso Nacional⁸⁶.

Consecuente con su premisa, esta doctrina considera que las leyes que las provincias han dictado instaurando el derecho de réplica atentan contra el art. 67, inc. 11, de la Const. Nacional, que reserva al Congreso de la Nación el dictado de los Códigos de fondo. Tal razonamiento es correcto porque el derecho a la intimidad se halla legislado en el Código Civil (art. 1071 bis). Pero parte, a mi entender, de una base errónea: el derecho de réplica no es una protección a la personalidad del individuo: se vincula con la necesidad de una información veraz.

Claro que no se puede pecar de miopía jurídica y dejar entonces de reconocer la conexión que existe entre el derecho de réplica y el derecho a la intimidad. Pero el primero posee autonomía suficiente para justificar un tratamiento singular. En todo caso, la vinculación indudable es con la

⁸⁴ Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, 4ª ed., Bs. As., 1947, t. IV, p. 67.

⁸⁵ Bustamante Alsina, Jorge, *El derecho de réplica debe ser reglamentado solamente por el Congreso de la Nación*, LL, 1986-C-978.

⁸⁶ *Ibidem*.

libertad de expresión⁸⁷: no es necesaria la conexión del derecho de réplica con los supuestos del derecho a la privacidad. Para comprender por qué no se da necesariamente tal vinculación debe señalarse que los derechos constituyen un haz de libertades que contemplan distintos aspectos que apuntan a asegurar la integridad psicofísica y la actividad de la persona. En consecuencia, si los derechos cubren una variedad de aspectos, el contenido de los mismos será diverso. Así, hay derechos de carácter patrimonial (de propiedad, de comerciar, de ejercer industria lícita, etc.), otros que no tienen esa condición y apuntan a un plano distinto de la actividad humana (derecho de reunión, de expresión, de asociación, etc.) y aquellos que amparan la esfera interior del individuo (derecho a la intimidad). Surge de ello que una persona puede verse afectada por una información inexacta referida a su patrimonio; por ejemplo, se le atribuye la titularidad de un bien que no le pertenece, sin que en este caso se vea lesionada su intimidad⁸⁸.

Si, como quedó claro en lo ya expresado, el derecho de réplica no está asociado inevitablemente a la intimidad, si lo está, en cambio, a la libertad de expresión ya que en el ejemplo se trata de una información difundida por un medio de comunicación social⁸⁹. Sería inconveniente, pues, legislar este instituto como si se tratase únicamente de una vía conducente a permitir que quien se vio afectado en su privacidad obtenga una adecuada reparación, pues cualquier otra información inexacta que incida en una esfera distinta quedaría al margen de tal protección.

Entiendo, en conclusión, que es una legítima facultad de las provincias el legislar sobre el derecho de réplica. Y al hacerlo cumplen con lo estatuido por el art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica que, conforme al art. 31 de la Const. Nacional, es ley suprema de la Nación.

9. EL DERECHO DE RÉPLICA EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

Es necesario aclarar antes de entrar al análisis del tema que en el derecho constitucional provincial el derecho de

⁸⁷ *Loc. op. cit.*

⁸⁸ *Ibidem.*

⁸⁹ *Ibidem.*

réplica ha recibido consagración normativa, tanto a nivel constitucional (o sea, en las Cartas de las respectivas provincias) como infraconstitucional (leyes reglamentarias), hace ya dos décadas.

Entiendo que en el párrafo anterior quedó claramente establecido que las provincias gozan de legítimas facultades para reglamentar la libertad de prensa, de la cual el derecho de réplica es un aspecto. Me remito a lo allí expresado para no sobreabundar en tales consideraciones.

El derecho de réplica está contenido en las Constituciones de Chubut, Formosa, La Pampa, Salta, San Juan, Santa Fe, Santiago del Estero, Santa Cruz. Se halla en leyes provinciales de Catamarca, Río Negro y San Luis. Esta última fue la primera provincia en legislar sobre la materia en 1934⁷⁶.

Dividiré el análisis de los textos constitucionales en dos grupos: por un lado las Constituciones de las "nuevas provincias"⁷⁷, ciclo de revisión constitucional provincial que principió en 1957 y finalizó en 1960. Por otro lado, ya al "abrigo" del Pacto de San José de Costa Rica, las Constituciones que entraron en vigor a partir de 1985 que, en cumplimiento del Pacto referido, receptaron el derecho de réplica.

a) Las Constituciones de las nuevas provincias. Dentro del primer grupo de constituciones (provincias de Chubut, Neuquén, La Pampa, Formosa, Santa Cruz) al analizar los artículos referidos a la libertad de expresión surge claramente que ellas lo consagran en términos amplios, adoptando un criterio más acorde con la época actual que el isocónico derecho "de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa" del art. 14 de la Const. Nacional. Podemos tomar como ejemplo de ello el art. 11 de la Constitución de Santa Cruz que establece: "No podrán dictarse leyes ni otras medidas que restrinjan la libertad de palabra hablada o escrita. La libertad de prensa comprenderá la de buscar, recibir y difundir ideas e información por todos los medios orales y escritos o por aparatos visuales o auditivos".

Claro que como la prensa no podría utilizarse como un medio para cometer delitos y buscar la impunidad amparán-

⁷⁶ Ballester, op. cit.

⁷⁷ Tomé la designación del libro de Linares Quintana, Segundo V., *Derecho constitucional de las nuevas provincias*, Bs. As., Depalma, 1962, del cual consulté también los textos constitucionales.

dose en la prohibición de censura, todas las constituciones referidas dejan a salvo la punición de tales delitos, pero éstos no serán considerados como flagrantes en ningún caso (Constitución de Santa Cruz, art. 12; Neuquén, art. 20; Chubut, art. 19).

Entrando ya al análisis de los textos, se puede notar que la terminología no es uniforme. Así la Constitución de Chubut habla de un derecho de "responder o rectificar"; Formosa y Santa Cruz, de "réplica o rectificación"; La Pampa, "contestación"; en tanto la carta de Neuquén dice "réplica o aclaración".

Como causal que dé lugar a la réplica se habla de "informaciones susceptibles de afectar la reputación personal" (Chubut, Formosa, Santa Cruz) o por la cuales las personas se vean "afectadas en su reputación" (La Pampa y Neuquén).

En cuanto a la forma de ejercitar el derecho de réplica, el principio común de las cinco Constituciones es que se realice "por el mismo medio" y "gratuitamente". Sólo Chubut y Formosa establecen, además, que se hará "en igual forma", haciendo referencia a la extensión de la réplica que debe ser análoga a la de la noticia inexacta que fue su causante.

El plazo en el cual deberá ejercitarse la réplica sólo se halla láconicamente establecido en la Constitución de Chubut que dice "dentro del plazo más breve".

Para el caso de negativa del medio a publicar la réplica, sólo contienen disposiciones expresas Chubut: "lo acuerda el Poder Judicial sumariamente conforme a la reglamentación legal", y La Pampa: "será competente el juez más próximo de cualquier fuero".

En cuanto al lugar de regulación del derecho de réplica sólo dos Constituciones le dedicaron un artículo exclusivo: Santa Cruz (art. 13) y Neuquén (art. 22). Las demás lo hicieron en el artículo que regula en general la libertad de expresión (Chubut, art. 15; Formosa, art. 9º; La Pampa, art. 8º).

b) Las "novísimas" constituciones. Dentro del nuevo proceso de revisión constitucional provincial cuya singularidad estriba, al decir de Pedro J. Frías, en ser autónomo y no ya, como en el caso de las "nuevas provincias", una necesidad debido a la institucionalización de los nuevos Estados locales o a la adaptación a una reforma nacional. Esa es su

originalidad: proceder una eventual actualización de la Constitución Nacional 1853-60³¹.

Las Constituciones que lo contienen son San Juan, Santiago del Estero, Salta y Jujuy. No lo recibió La Rioja, incluida también en este proceso de reforma. Se encuentra en proceso de reforma la Constitución de San Luis.

En Río Negro, si bien su Constitución pertenece al grupo de las "nuevas provincias" que en aquella oportunidad no recibió la réplica, se dictó una ley provincial que lleva el número 2064, sancionada el 20 de febrero de 1986 como aplicación del art. 88 de la Constitución provincial que legisla el derecho a réplica de toda persona que se considere afectada por informaciones o referencias periodísticas. Esta ley fue publicada en el Boletín Oficial el 13 de marzo del mismo año³².

De las Constituciones mencionadas, sólo la de Santiago del Estero consagra el derecho de réplica en un artículo expreso (art. 20). Las otras lo hacen dentro del correspondiente a la libertad de expresión (San Juan, art. 25, párr. 4°; Salta, art. 23, párr. 4°; Jujuy, art. 23, inc. 4°).

La terminología utilizada presenta, en general, cierta uniformidad. Las cartas de San Juan y Salta hablan de "rectificación o respuesta"; en Santiago del Estero, "réplica o aclaración".

La causal de la réplica la constituyen, según los textos de San Juan y Salta, las "informaciones inexactas o agraviantes". La Constitución santiaguense no califica, en cambio, las informaciones: se limita a establecer el derecho en favor de la persona "afectada en su reputación por una referencia o publicación".

En cuanto al modo de ejercicio los textos coinciden en que se realizará "por el mismo medio" (San Juan, Salta) o "por el mismo órgano que sirvió de vehículo a la información o referencia" (Santiago del Estero). Las tres Constituciones subrayan también el carácter gratuito de la réplica. En cuanto a la amplitud sólo hablan San Juan: "con la extensión máxima de la información cuestionada" y Santiago

³¹ Frías, Pedro J., *Las reformas de las Constituciones provinciales*, Vaquerías, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1984.

³² Boletín Informativo de "Anales de legislación argentina", año 1986, n° 9. Consulté los textos de las "novísimas" constituciones también de dichos boletines: Constitución de San Juan, n° 15; Santiago del Estero, n° 17; Salta, n° 20, todos correspondientes al año 1986.

del Estero: "con el mismo espacio de la información o referencia", estableciéndose la pauta de la equivalencia entre información-causa y la réplica como ya señalé en las cartas de Chubut y Formosa. También contiene limitaciones la carta jujeña.

El plazo para exigir al medio periodístico la réplica sólo lo contempla la Constitución de Santiago del Estero: "dentro de los quince días de la publicación". A su vez, el medio deberá publicar la respuesta según el mismo texto, "en plazo no mayor de noventa y seis horas".

En caso de negativa a publicar la réplica, las Constituciones prevén diferentes remedios en la concurrencia a la justicia. San Juan fija un plazo de caducidad de "quince días posteriores a la fecha de publicación o difusión". La Constitución salteña prevé que en caso de que el afectado recurra a la instancia judicial ésta "debe expedirse en trámite sumarísimo". En Santiago del Estero, "el reclamante tendrá derecho a la acción de amparo", al igual que en Jujuy.

Establecen algunos textos limitaciones al alcance del derecho de réplica, algo que las Constituciones de las "nuevas provincias" omitieron. Así la Constitución sanjuanina expresa que "la crítica política, deportiva, literaria y artística en general no está sujeta al derecho de réplica". La de Salta, por otro lado, dice: "Se excluye de este derecho a los funcionarios por información referida a su desempeño o función". Estos textos concuerdan totalmente con lo expresado en el § 3 de este trabajo y en el § 6, letra b, a los que me remito.

Cabe señalar también que dicha limitación al alcance de la réplica fue muy bien recibida por los medios y empresas periodísticos, en los cuales fue un alivio saber que tal derecho "expropiador del espacio privado tenía sus propias limitaciones"¹⁴.

c) Crítica. Una crítica referida en común a ambos grupos de constituciones es la excesiva regulación del derecho de réplica (p.ej., Chubut, Santiago del Estero), lo que atenta contra el instituto mismo, convirtiéndolo tal vez en una cláusula "semántica" de las que habla Löewenstein. Me

¹⁴ Ver especialmente el editorial de *La Gaceta* titulado "Enmienda al llamado derecho de réplica", del 17/4/96, donde se dice que la Constituyente sanjuanina, al fijar los alcances de la réplica, "ha producido una toma de conciencia destinada a encauzar la derivada potestad legisferante".

parece que bastaría con una declaración expresa que consagra la réplica y se deje al legislador infraconstitucional todo lo atinente a su regulación, lo cual es sobreabundante en un texto constitucional que debe ser preciso y a la vez elástico, sin caer en una telaraña de palabras, lo cual es propio de la ley "de segundo grado" (p.ej., su gratuidad, plazo para ejercer la réplica, posterior procedimiento ante la justicia, etcétera).

Este criterio, además, es concordante con una amplitud como la que caracteriza al "derecho a la información", mencionado en el § 2. Es lo que sucedió en la provincia de Río Negro, donde pese a no estar el derecho de réplica estatuido de modo expreso en la Constitución provincial se legisló el instituto por el poder legisferante local, aplicando el artículo correspondiente a la libertad de imprenta. Porque una bien entendida libertad de expresión comprende el derecho de réplica. Me remito al § 2 y al trabajo allí citado.

La ley rionegrina coincide, en general, con las líneas directrices señaladas en las Constituciones provinciales: forma gratuita; por el mismo medio; publicada dentro de las 72 horas posteriores a su recepción por el medio en cuestión; instancia judicial posterior en caso de negativa; con trámite de los juicios sumarísimos. Si el juez declara que es procedente la publicación, ésta debe efectuarse en 48 horas de haber quedado firme tal resolución. Si el medio, no obstante, se negare a publicar, el juez está facultado a aplicar una multa diaria cuyo monto estará vinculado al valor de los espacios publicitarios en dicho medio. Además podrá el magistrado, a elección del afectado, disponer que la rectificación se publique o difunda en otro medio similar a costa del editor o responsable del medio condenado.

d) Las noúsimas Constituciones del noroeste argentino. Merecen algunas palabras ciertos detalles y declaraciones referentes a la inclusión del derecho de réplica en las novísimas Constituciones del noroeste argentino, donde me voy a apartar ya un poco del orden "normativo", para ir al de los "hechos".

En Santiago del Estero, por ejemplo, fue la mayoría de la UCR la que en la Convención Constituyente aprobó la inclusión del derecho a réplica en el nuevo texto de la Carta Magna provincial²³. En tanto la mayoría lo consideró una

²³ La Gaceta, 8/3/86.

conquista "que tiende a que la libertad de prensa no sea abusiva y a terminar con la impunidad misma". La banca del Frejuli entendió que implicaba hasta una contradicción con el art. 19 que consagra la libertad de pensamiento y expresión y que llevaría a consecuencias imprevisibles. El doctor Francisco Cerro opinó, por su parte, que reglamentando este derecho "se conlleva el peligro de que aparezca como una mordaza contra la prensa". Como curiosidad, se señaló que en el año 1985 el justicialismo había intentado sancionar una ley reglamentaria del derecho de réplica, lo cual había sido resistido en tal oportunidad por el radicalismo lo que hizo que el primero postergara su tratamiento⁷⁶.

Refiriéndose al alcance de la réplica en la Constitución santiaguense, el vicepresidente de la UCR de esa provincia, doctor Ricardo Daives, explicó que "no debemos incurrir en el error de pensar que se aplicará para todos los comentarios de índole político, por cuanto sabemos muy bien que el político está expuesto a las críticas. Es conveniente destacar que está dirigido al hombre común"⁷⁷. Expresó igualmente que para que no pueda haber un exceso del marco individual que este derecho comprende se establece una garantía para los medios, ya que si el director rechaza el pedido de réplica el ciudadano recurre a su juez natural por la vía del amparo quien en definitiva dictaminará si hubo o no agravio a la persona y así el ciudadano no se sentirá juez y parte de todas sus actitudes⁷⁸.

En Jujuy, la Comisión de declaraciones, derechos, deberes y garantías de la Convención Constituyente de la provincia produjo despacho por unanimidad sobre el derecho de réplica. Fue establecido en el capítulo titulado "Protección de la intimidad, de la honra y de la dignidad de la persona" y tuvo la aceptación de los nueve miembros de la comisión, en la cual estaban representados los partidos Justicialista, Radical, Movimiento Popular Jujeco y Celeste y Blanco de los Trabajadores. La norma reconoce ciertas limitaciones, las cuales están dadas por la "razonable crítica política, gremial, literaria, artística, cultural o deportiva, en lo que respecta a la actuación pública en alguna de esas actividades"⁷⁹.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*, 3/3/88.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*, 4/7/88.

En Salta, y con anterioridad a la sanción de la Constitución, la posible inclusión del derecho a réplica en el texto constitucional provocó la reacción del Círculo de la Prensa de Salta, cuya opinión fue, en líneas generales, coincidente con las ya reseñadas en el § 6, letra b⁸⁰.

⁸⁰ *Ibidem*, 12/4/98.

EL EMBARGO COMERCIAL COMO FORMA DE INTERVENCIÓN ECONÓMICA *

CARLOS D. ESPÓSITO

*"In relations between nations,
the progress of civilization
may be seen as a movement
from force to diplomacy,
from diplomacy to law".*

Louis Henkin

I

Los jueces de la Corte Internacional de Justicia se expresaron, en un fallo reciente, sobre el carácter del embargo comercial decretado por los Estados Unidos de América contra Nicaragua el 1º de mayo de 1985¹.

En ese texto se desarrolla un largo análisis, de una riqueza poco común en este tipo de jurisprudencia, en el que se condena el citado embargo por violar una norma convencional y se decide que es un deber hacer cesar inmediatamente la medida adoptada. No obstante ello, la Corte consideró que no estaba en condiciones para decir si había habido una violación del principio de no intervención en los asuntos internos o externos de Nicaragua por causa de las medidas económicas adoptadas por el gobierno norteamericano.

En este artículo, me propongo contrastar los argumentos de la Corte frente a la teoría y práctica del derecho inter-

* Agradezco a los profesores Hortensia D. T. Gutiérrez Posse y Guillermo R. Moncayo por la excelente dirección recibida en este trabajo.

¹ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, I.C.J. Reports, p. 14.

nacional público con el objeto de determinar si, en el caso analizado, el embargo comercial constituye o no una forma de intervención económica.

II

Define Charles Rousseau a la intervención como "el acto por el cual un Estado se inmiscuye en los asuntos internos o externos de otro para exigir la ejecución o la no ejecución de un hecho determinado"¹. Las intervenciones pueden ser lícitas o ilícitas, según sean llevadas a cabo con título suficiente o no. Pero debe ponerse suma atención en la extensión que uno puede darle a cada tipo. Se puede calificar de lícitas sólo a dos supuestos: a) cuando puede invocarse un tratado o una norma de derecho internacional general; y b) si existe un pedido formal del gobierno del país a intervenir.

La razón que me inclina a hacer una interpretación restrictiva acerca de las ocasiones en que se puede actuar lícitamente en este campo, es un simple argumento de filosofía política: "en los asuntos internacionales, los Estados rara vez son imparciales, y los intereses propios seguramente pesarán excesivamente en la formulación de sus políticas"².

Ésa es la causa por la cual el principio no es el de la intervención, sino el de la "no intervención". Encontramos este principio en numerosas resoluciones y tratados, de los cuales nombraremos los más importantes. El primer instrumento que tiene como razón de ser el principio que nos concierne, es la Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 21 de diciembre de 1965. Ella contiene la "Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía".

Esta resolución es, para los que la observamos desde un lugar históricamente lejano, una semilla cuyo fruto se hará realidad en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 24 de octubre de 1970. La "Declaración sobre los principios de derecho internacional

¹ Rousseau, Charles, *Derecho internacional público*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1966.

² Benn, S. I. y Peters, R. S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, tr. R. Vernengo, Bs. As., Eudeba, 1964, p. 413.

referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas" es un instrumento valiosísimo, que, con respecto al principio de la no intervención reitera los conceptos principales de la Resolución 2131 (XX). Me permito transcribir la parte pertinente:

"Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de injerencia o amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyan, son violaciones del derecho internacional.

Ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas de cualquier orden. Todos los Estados deberán también abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en una guerra civil de otro Estado.

El uso de la fuerza para privar a los pueblos de su identidad nacional constituye una violación de sus derechos inalienables y del principio de no intervención.

Todo Estado tiene el derecho inalienable a elegir su sistema político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado".

La importancia de esta resolución consiste en haber incorporado a la Carta de las Naciones Unidas los principios que ella contiene. En estos momentos podemos afirmar que existe un derecho derivado de la Carta y que el principio de no intervención, a pesar de no aparecer originalmente en la Carta, forma parte de la misma⁴. En este sentido nos recuerda Mohammed Bedjaoui, que "conviene no perder de vista que la Carta de las Naciones Unidas es un tratado y,

⁴ Sobre el punto puede consultarse el trabajo de Mónica Pinto, *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, en "Boletín del Museo Social Argentino", año LVII, julio-diciembre, p. 115-138.

como todo tratado es una fuente de derecho, también lo es la Carta"⁵.

Las resoluciones referentes al establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional contienen el principio y lo consideran de fundamental importancia para el fin que se proponen⁶. A ellas me referiré en el siguiente apartado.

Encontramos también este principio en la Carta de la Organización de Estados Americanos, que lo define en el art. 18 de la misma. Y en las resoluciones AG/RES 78 y AG/RES 128 de la Asamblea General de la OEA.

En el campo de la aplicación de este principio, no se puede dejar de citar el famoso párrafo de la sentencia de la CIJ en el caso del Canal de Corfú. La Corte dijo: "El pretendido derecho de intervención no es más que la manifestación de una política de fuerza; política que en el pasado ha dado lugar a los más graves abusos y que, sean cuales fueren las actuales deficiencias de la organización internacional, no puede admitir el derecho internacional"⁷.

Por el momento, diremos que el principio de no intervención es una norma de derecho internacional general, y que su fuente es tanto el derecho consuetudinario como el derecho derivado de la Carta de la ONU⁸.

III

En el ámbito internacional, el embargo ha sido utilizado como una sanción. El ejemplo más notorio de esta aseveración, lo encontramos en el caso de Sudáfrica. Tomando al azar algunas resoluciones ómnibus de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el tema, aparecen títulos

⁵ Bedjaoui, Mohammed, *Hacia un nuevo orden económico internacional*, Salamanca, Sigüeme, 1978.

⁶ Res. 3201 (S-VI) del 1º de mayo de 1974; Res. 3202 (S-VI); Res. 3281 (XXIX) de junio de 1974, todas de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁷ CIJ, Caso del Canal de Corfú, fondo, p. 35, sentencia del 9 de abril de 1948.

⁸ En el apartado IV volveremos sobre el tema, al tratar los argumentos que utilizó la Corte en su fallo.

como: Sanciones amplias contra Sudáfrica y Embargo de petróleo contra Sudáfrica⁸.

Si la adopción de un embargo significa una sanción, ¿puede un Estado decretar unilateralmente una medida de tal tipo contra otro sin violar el principio de no intervención? La resolución de este problema trae aparejada la formulación de una pregunta de carácter general que se debe responder previamente. Me refiero a determinar cuál es la amplitud de la libertad de comercio en el ámbito internacional⁹.

En el estado actual de las relaciones internacionales, donde la interdependencia es creciente, las decisiones económicas de un gobierno pueden afectar la paz, el progreso y la libertad de otros Estados. Esta circunstancia ha llevado a la comunidad internacional a incluir dentro de las propuestas del Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), al principio de no intervención. Los instrumentos que consagraron al NOEI contienen una serie de principios que son útiles a los efectos de lograr una de las posibles respuestas a las preguntas formuladas, dentro de los límites del problema central de este trabajo. Así, la Resolución 3201 (S-VI) de la Asamblea General de la ONU, que contiene la "Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional", dice en su art. 4°, a: "El nuevo orden económico internacional debe basarse en el pleno respeto de los siguientes principios:

La igualdad soberana de los Estados, la libre determinación de todos los pueblos, la inadmisibilidad de la adquisición de territorios por la fuerza, la integridad territorial y la no injerencia en los asuntos internos de otros Estados"¹⁰.

Luego la Resolución 3281 (XXIX), denominada "Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados", prescribe en su art. 1°: "Todo Estado tiene el derecho soberano e inalienable de elegir su sistema económico, así como su sistema político, social y cultural, de acuerdo con la voluntad de su pueblo, sin injerencia, coacción ni amenazas externas de ninguna índole"¹¹.

⁸ Res. 35/206 de la A.G. de la ONU, y Res. 33/183 de la A.G. de la ONU, de 1980 y 1979, respectivamente.

⁹ Por supuesto que ésta es una respuesta limitada sólo a los fines de este trabajo.

¹⁰ Ídem nota 8.

¹¹ Ídem nota 8.

En otro ámbito, el primer principio general de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, dice: "Las relaciones económicas entre los países, inclusive las relaciones comerciales, han de fundarse en el respeto del principio de igualdad soberana de los Estados, de la libre determinación de los pueblos y de la no injerencia en los asuntos internos de otros países"¹².

Creo que a esta altura, puedo afirmar que el principio que se analiza constituye un límite a la libertad de actuar en el campo internacional. Por lo tanto, en este caso, las respuestas a las preguntas formuladas deben ser negativas. Me interesa recalcar también, que la libertad como anarquía que proponen algunos países como los Estados Unidos de América, debe analizarse y ponderarse con sus posibles consecuencias a nivel internacional¹³.

Antes de que la Corte dictara su sentencia en el caso en estudio, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó dos resoluciones que nos interesan. La Resolución 40/185 sobre "Medidas económicas como medio de ejercer coacción política y económica sobre países en desarrollo"; y la 40/188 sobre "Embargo comercial contra Nicaragua", ambas del 17 de diciembre de 1985. En la última se pide la inmediata revocación del embargo y, además de requerir la cooperación de la comunidad internacional para contrarrestar los efectos negativos del mismo, se solicita al Secretario General que prepare un informe sobre el tema.

El 5 de diciembre de 1986, se aprueba la resolución 41/164 de la Asamblea General en donde se trata nuevamente el tema del embargo contra Nicaragua. En ella, se repiten los conceptos de la anterior y se cita el fallo de la CIJ que obliga a los EE.UU. a poner fin a ese acto inmediatamente.

Es relevante considerar cuáles han sido las consecuencias prácticas que ha originado la adopción de esta medida económica en Nicaragua. Los datos disponibles son muy limitados. Surgen del informe que preparó el Secretario General de la ONU sobre el tema y se encuentran en la Resolución A/42/583. Según Nicaragua, en su escrito presentado el 31 de agosto de 1987, el embargo "ha tenido serias y profundas repercusiones en la economía nicaragüense en

¹² Primera CONUCED, Actas, Ginebra, 1964, E/Conf. 45/141, vol. I.

¹³ Puede encontrarse un interesante análisis de los tipos de libertad en relación a la economía en Dyke, C., *Filosofía de la economía*, tr. E. Prieto, Bs. As., Paidós, 1983.

detrimento del sector social —empleo, salud, agua, electricidad— y del sector productivo”. Cálculos oficiales indican que desde que la medida fue impuesta hasta fines del año 1986, los daños ascendían a 125,6 millones de dólares estadounidenses. Esa suma representa el 56 % de las exportaciones totales de ese país durante el año 1986.

El 11 de diciembre de 1987 se aprobó la resolución 42/176 de la Asamblea General de la ONU sobre el embargo comercial contra Nicaragua. Allí se reitera la petición de la inmediata revocación de la medida en cuestión.

De los datos aportados, se sigue que el embargo ha producido los efectos negativos para los que fue concebido. Sin embargo, un observador agudo podría argüir que la medida no tuvo éxito principalmente por dos razones:

Primero, porque el país embargado siempre tiene el recurso de la triangulación de su comercio exterior, con lo cual se relativizan considerablemente las pérdidas. Y segundo, porque con esa actitud los EE.UU. han logrado que el espacio que ellos dejan con el objeto de sancionar, sea ocupado por otros intereses como, por ejemplo, los soviéticos.

Veamos ahora cómo razonó la Corte en este tema.

IV

La Corte analiza en primer término el principio de no intervención, y afirma que el mismo “implica el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin injerencia externa”¹⁴.

Después de citar la sentencia del caso Canal de Corfú y numerosas resoluciones de las Asambleas Generales de la ONU y de la OEA, la Corte se formula dos interrogantes cruciales. Se pregunta cuál es el contenido exacto del principio, y si se encuentra el estado de la práctica suficientemente en conformidad con él como para que podamos decir que nos encontramos ante una norma consuetudinaria de derecho internacional¹⁵.

Respondiendo a la primera pregunta, la Corte dice que “el principio prohíbe a todos los Estados o grupo de Esta-

¹⁴ Par. 202.

¹⁵ Par. 202, 203, 204 y 205.

dos intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otros Estados". Y que "la intervención prohibida debe ser aquella que recaiga sobre las materias en que cada Estado pueda, por el principio de soberanía estatal, decidir libremente"¹⁶.

Luego resalta que un caso claro en el que se presenta esta situación es "la elección de un sistema político, económico, social y cultural y la formulación de su política exterior"¹⁷.

Es importante destacar cómo en la sentencia se distinguen dos tipos de justificaciones. Por un lado, la justificación en un nivel de política internacional, donde se pueden situar los argumentos de los Estados Unidos que pretenden hacer una defensa del derecho a la intervención. Por otro, la justificación basada en el derecho internacional general, donde es prácticamente imposible argumentar en favor de la intervención, sobre todo si ha habido uso de la fuerza.

Es por eso, y con esto queda respondida la segunda pregunta, que la Corte concluye que "no existe en la práctica un derecho a la intervención en el derecho internacional contemporáneo"¹⁸.

Ha llegado el momento de entrar en lo que creo es una indebida declaración de inhabilidad de la Corte. Nicaragua sostuvo que la violación del principio de no intervención no sólo estaba dada por el uso de la fuerza armada, sino también por las medidas económicas adoptadas por los Estados Unidos de América en su contra. Entre esas medidas se encuentra el embargo comercial decretado por EE.UU. contra Nicaragua el 1º de mayo de 1985. Ante esta demanda la Corte responde en el párrafo 245 que ella "no puede considerar las medidas económicas adoptadas como violaciones al principio consuetudinario de derecho internacional de no intervenir"¹⁹.

En la parte decisoria del fallo, la Corte declara que los

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Me permito transcribir este párrafo en lo que nos interesa debido a la importancia que reviste para el fin de este artículo. Dice: "At the point, the Court has merely to say that it is unable to regard such action on the economic plane as is here complained of as a breach of the customary-law principle of non-intervention", p. 126 del fallo antes citado. (La traducción es del autor.)

EE.UU. han violado el principio de no intervención al apoyar y colaborar con las actividades militares y paramilitares contra Nicaragua²⁰.

Pero no hace alusión al embargo, ni a ninguna otra medida económica, en relación con su posible violación del derecho internacional general. Sí se refiere al embargo comercial cuando decide que viola el objeto y fin del Tratado de amistad, comercio y navegación cuyas partes son los Estados Unidos de América y la República de Nicaragua²¹.

A su vez, sigue diciendo la Corte, también viola la obligación que ese tratado contiene en su art. 19. Por último, decide que los EE.UU. tienen el deber de hacer cesar inmediatamente esas medidas y de abstenerse de todos esos actos en cuanto constituyan violaciones de las obligaciones citadas²².

V

En conclusión, el embargo comercial analizado constituye una violación del principio general de derecho internacional de no intervenir en los asuntos internos o externos de otro Estado. Es decir, que la intervención económica existiría no sólo en el plano convencional, sino también en el consuetudinario. La Corte se ha mostrado conservadora al no decidir sobre este tema específico²³.

No es la intención de este trabajo juzgar cursos de acción política de un Estado u otro. Se pretende demostrar

²⁰ Pár. 232 (3).

²¹ Pár. 232 (10); (11); (12).

²² *Idem*.

²³ El profesor F. Tesón, en su libro *Humanitarian Intervention: An Inquiry Into Law and Morality* (1988), denota también la incoherencia de la Corte. Pero considera que estas sanciones no son ilegales porque se basan en la defensa de los derechos humanos. Textualmente: "Si las sanciones económicas fueran coercitivas y la coerción fuera ejercida sobre materias en las que Nicaragua tuviera derecho a decidir libremente, esas sanciones, siguiendo la definición de la Corte, deberían violar el principio de no intervención. No obstante, he sostenido que la segunda premisa (que los derechos humanos y la democracia son materias en las que Nicaragua puede decidir libremente) es errónea. Por lo tanto, concuerdo con la Corte en que las sanciones económicas dirigidas a coaccionar a Nicaragua para que respete los derechos humanos, están justificadas en derecho internacional. Lo curioso es que este fundamento es incongruente con el análisis

que se ha violado una norma de derecho internacional y que la Corte debería haberse pronunciado al respecto ante la demanda de una de las partes. Por otra parte, entiendo que cuando el gobierno de algún Estado toma decisiones políticas, debe tener presente que no es suficiente poder justificarlas en el ámbito interno sobre la base de los intereses propios de su nación; sino también en el ámbito internacional, donde las políticas deben respetar las normas que rigen —o pretenden regir— a la comunidad internacional.

de la Corte sobre la intervención ilegal. Sea como fuere, en las dos teorías las sanciones económicas con fines humanitarios son perfectamente legales". (Traducción del autor.)

No creo que se pueda hablar de intervención humanitaria en este caso; de todas formas, como surge de los objetivos de la introducción, no he pretendido analizar el problema de los derechos humanos en este trabajo.

**CREACIÓN DE UN NUEVO IMPEDIMENTO
MATRIMONIAL POR LA LEY 23.515.
EL MENOR EMANCIPADO CUYO MATRIMONIO
SE HA DISUELTO**

LUIS GUILLERMO BLANCO

1. LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

**a) Concepto. Impedimentos dirimentes
e impedientes**

Se denominan impedimentos matrimoniales aquellas prohibiciones taxativamente contempladas por la ley que afectan a las personas para contraer un determinado matrimonio, es decir, que constituyen un obstáculo para la celebración del acto jurídico matrimonial¹. Se trata de hechos o situaciones jurídicas preexistentes, que afectan a uno o a ambos contrayentes potenciales. Bien entendido que los impedimentos no son los hechos o situaciones jurídicas preexistentes, considerados en sí mismos, sino las prohibiciones que, en atención a ellos, formula la ley².

¹ Cfr. Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Bs. As., Astrea, 1981, t. I, p. 169. Mazzinghi, Jorge Alfredo, *Derecho de familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1971, t. I, p. 109, considera que "los impedimentos son aquellas restricciones a la libertad de contraer matrimonio, que el derecho establece conforme a determinados hechos o situaciones que afectan a las personas". Méndez Acosta, José Ma. - Tamini, Martín A., *Matrimonio, separación y divorcio. Reforma al Código Civil. Ley 23.515* (Bs. As., Bías, 1987, p. 27), conceptúan a los impedimentos "como obstáculos legales que impiden en determinados casos contraer matrimonio".

² Cfr. Zannoni, *Derecho de familia*, t. I, p. 169. Según Belluscio, Augusto C., *Tratado de derecho de familia*, Bs. As., Depalma, 1974, t. I, p. 312.

Los impedimentos matrimoniales pueden ser clasificados según diversos criterios. Indudablemente, la clasificación de mayor relevancia que se ha formulado a su respecto —procedente del derecho canónico— es aquella que, por la índole de la sanción a que da lugar su inobservancia, distingue entre impedimentos dirimentes e impedimentos impeditivos³.

Los impedimentos dirimentes constituyen un obstáculo para la celebración de un matrimonio válido. En otros términos, se trata de aquellos impedimentos cuya violación —esto es, la celebración de las nupcias a su pesar— habilita al ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio⁴ por parte de aquellas personas a quienes la ley les confiere con exclusividad legitimación activa para ello⁵.

Los impedimentos impeditivos, en cambio, son aquellos que no constituyen un obstáculo para la celebración de un matrimonio válido, es decir, no son aptos para fundamentar una acción de nulidad del matrimonio, sino que se resuelven en sanciones de otro tipo⁶, e inclusive algunos de ellos pueden llegar a cumplir tan sólo una función meramente preventiva, por no contemplar ninguna sanción contra los contrayentes afectados por el impedimento que, sin acatarlo, celebran igualmente las nupcias⁷.

Esto último, sin perjuicio de que el hecho o situación constitutiva del impedimento —y no el impedimento impeditivo en sí, es decir, la prohibición legal—, de acontecer, pueda conllevar, en ciertos casos, sanciones penales para con el contrayente afectado, y también, conforme a una buena hermenéutica jurídica, a la nulidad del matrimonio basada en vicios consensuales, o bien, a la separación de cuerpos o al divorcio vincular por culpa de aquél, con más, en todos estos casos, a la indemnización de daños y perjuicios a la que hubiera lugar. Tal lo que ocurre, en nuestro

y Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, Bs. As., Perrot, 1977, t. I, p. 87, los impedimentos son los hechos o situaciones que importan un obstáculo para la celebración del matrimonio.

³ Cfr. Belluscio, *ob. cit.*, t. I, p. 313; Borda, *ob. cit.*, t. I, p. 88; Mazzinghi, *ob. cit.*, t. I, p. 110-111; Zannoni, *Derecho de familia*, *ob. cit.*, t. I, p. 169-70.

⁴ Ver nota 3.

⁵ Cfr. Belluscio, *ob. cit.*, 1976, t. II, p. 28; Zannoni, *Derecho de familia*, t. I, p. 259-260.

⁶ Ver nota 3.

⁷ Cfr. Belluscio, *ob. cit.*, t. I, p. 313.

sistema jurídico, con la enfermedad venérea en período de contagio, que, en cuanto tal, constituye el basamento del impedimento impediendo puramente preventivo del mismo nombre⁸, sin perjuicio de que el hecho del contagio de la enfermedad por parte de quien se sabe afectado de ella sea punible⁹, y de que, además, la ocultación de la existencia de una enfermedad de este tipo —sífilis, en la especie— haya sido jurisprudencialmente reputada como un caso de dolo, apto, en cuanto tal, para dar lugar a la nulidad del matrimonio¹⁰; también, la existencia de una enfermedad tal ha sido considerada como un hecho constitutivo de la causal subjetiva de divorcio culpable de injurias graves, si es adquirida después del matrimonio y fuera de él —lo que además permite presumir el adulterio o la infidelidad material que no lleve a tal—¹¹.

Cabe acotar que, en algunos casos jurisprudenciales, se reputó como injuriosa la ocultación maliciosa de una enfermedad venérea anterior al matrimonio¹². Considera al respecto Belluscio —cuya opinión compartimos— que se trata de un criterio erróneo, “pues dicha ocultación puede constituir acción dolosa —debió decir ocultación o reticencia dolosa— que justifique la anulación del matrimonio si la acción es ejercida en la oportunidad y condiciones legales, mas no una causa de divorcio, ya que éstas son necesariamente hechos posteriores a la celebración del matrimonio”¹³. Sin embargo, es de recordar que algunos de los proyectos de reforma al régimen de matrimonio civil presentados en estos últimos años en el Congreso de la Nación, han considerado a las enfermedades infectocontagiosas graves y casi siempre desconocidas por el otro contrayente al tiempo de la celebración de las nupcias como causa de separación personal y de divorcio¹⁴. Así, por ejemplo, el Proyecto de ley de los

⁸ Ley 12.331, art. 13; ley 16.668, arts. 1° y 2°.

⁹ Ley 12.331, art. 18: “Será reprimido con la pena establecida en el art. 202 del Cód. Penal quien sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible, la contagia a otra persona”. La pena establecida por la norma del artículo al que se remite es la de reclusión o prisión de tres a quince años.

¹⁰ Cfr. Belluscio, ob. cit., t. I, p. 135; Mazzinghi, ob. cit., t. I, p. 169.

¹¹ Cfr. Belluscio, ob. cit., 1981, t. III, p. 256; Borda, ob. cit., t. I, p. 429.

¹² Cfr. Belluscio, ob. cit., t. III, p. 256; Zannoni, ob. cit., 1961, t. 2, p. 90.

¹³ Belluscio, ob. cit., t. III, p. 256-257.

¹⁴ Cfr. Méndez Acosta - Tamini, ob. cit., p. 49.

diputados Jorge L. Horta, Blanca A. Macedo de Gómez y Hugo D. Piuicill, preveía en su art. 55, inc. 4°, como causa de separación personal —la que era factible de conversión en divorcio (según su art. 78)—, a “las enfermedades infectocontagiosas crónicas adquiridas o hereditarias, sin probabilidad razonable de curación en plazo previsible, siempre que ellas pongan en peligro la seguridad o la salud del otro cónyuge o de los hijos”¹⁵.

Ahora bien, en el estado actual de nuestro derecho positivo, a nuestro parecer, la existencia de una enfermedad venérea, se encuentre o no en período de contagio, es motivo bastante para demandar una nulidad matrimonial fundada en el error acerca de las cualidades personales del contrayente enfermo, conforme a lo normado por el nuevo art. 175 del Cód. Civil¹⁶, pues es de suponer que la víctima del error, es decir, el contrayente sano, no hubiese consentido el matrimonio si hubiera conocido el estado de cosas —la enfermedad venérea de su consorte, anterior a la alianza matrimonial (téngase presente que dicha enfermedad pudo haber sido contraída después del examen prenupcial, y antes del matrimonio)— y apreciado razonablemente la unión que con-

¹⁵ H. Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, 7ª sesión ordinaria (especial), 25ª reunión, 13/8/85, Bs. As., Imprenta del Congreso de la Nación, 1986, p. 3522 y 3524.

¹⁶ Aludiendo indudablemente a tal artículo, escribe Loyarte, Dolores, Sobre la nueva ley de matrimonio civil, en “Quorum”, periódico mensual del Colegio de Abogados de Mar del Plata, Argentina, año II, n° 14, julio de 1967, p. 4, que la ley 23.515 ha receptado “al error sobre las cualidades esenciales de la persona, sin efectuar enumeración de ellas (p.ej.: honor, fama, defecto físico, error virginitatis, etc.) y dejando librado al criterio judicial la meritación de su admisibilidad como causal de nulidad matrimonial, de acuerdo con las circunstancias de cada caso en particular”. Al respecto, sinceramente, tenemos la esperanza de que la mención a la “fama” —a menos que con ello se haya querido aludir al honor y buena fama del otro contrayente, como lo hace el derecho matrimonial brasileño, entendiéndose como error esencial sobre las cualidades morales del otro contrayente y al error virginitatis —esto es, el desfloramiento de la mujer, anterior al matrimonio, ignorado por su marido— sólo sean simples ejemplos escolares, y no un criterio doctrinario (tal vez esta autora haya tomado sus ejemplos del art. 219, incs. I, III y IV del Cód. Civil brasileño —Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 50—): el último inciso apuntado contempla expresamente al error virginitatis, correspondiéndole exclusivamente al marido (el esposo engañado) la acción de nulidad (art. 220, p. 50), la que prescribe a los diez días contados desde el casamiento (art. 178, inc. 1°, p. 36). Con respecto a este último tipo de “error”, consideramos concluyente la opinión de Belluscio, ob. cit., t. I, p. 535-536, acerca de su inadmisibilidad en nuestro derecho.

trafa, dado el riesgo o la repugnancia que aquella le acarrearía¹⁷.

b) Régimen legal. El caso del sordomudo imposibilitado de prestar su consentimiento matrimonial

Con respecto a nuestra normativa específica sobre la materia de que tratamos, es de recordar que en el régimen legal anterior a la reforma introducida por la ley 23.515¹⁸, los

¹⁷ Ejemplifiquemos: supongamos que se contrae un matrimonio y que uno de los esposos, no importa quién, padece de sífilis, contagiando al otro. Olvidémonos de los efectos de la enfermedad sobre los cónyuges, y veamos su repercusión en los posibles hijos. Es de advertir, entonces, que la sífilis no es hereditaria, pero sí transmisible a la descendencia por vía placentaria, durante el embarazo. La transmisión de la enfermedad de madre a hijo es mucho más probable cuando la sífilis materna se halla en actividad en especial, durante el período primario —que se inicia aproximadamente a las tres semanas del contagio— y el período secundario —sus manifestaciones clínicas se inician hacia los dos meses del contagio y se prolongan durante el lapso que dura entre uno y seis meses—, aunque es posible en aquellos casos considerados como latentes (sífilis latente precoz es la que se descubre dentro del primer año que sigue a la infección)—la denominada sífilis infecciosa comprende los períodos primario y secundario y las formas latentes indicadas—, y, excepcionalmente, en la etapa tardía (las manifestaciones de la sífilis tardía hacen su aparición entre el segundo y el vigésimo año de la enfermedad, pero pueden presentarse aún más tarde). Se trata de la denominada sífilis congénita, que, aclarando conceptos, es la que la madre transmite al feto durante su gestación, y que puede provocar su muerte in utero, la muerte del recién nacido, su sífilis congénita precoz —esto es, el conjunto de las manifestaciones de la enfermedad que aparecen durante los dos primeros años de vida: lesiones óseas, viscerales, tegumentarias y humorales—, o bien, su sífilis congénita tardía, que es la que persiste más allá de los dos años de edad, y que se manifiesta en estigmas (v.gr., perforaciones del paladar duro y/o del tabique nasal), signos de enfermedad evolutiva (v.gr., neurosífilis —parálisis general progresiva, etc.—) y manifestaciones de hipersensibilidad al treponema pálido (el microorganismo que produce la enfermedad); v.gr., sordera del octavo par —cfr. Vigliolia, Pablo A., Flichman, Juan Carlos y otros, *Tratado de neoneurología práctica*, Bs. As., Fossati, 1977, p. 3, 7, 24, 35, 39 y 59 y siguientes—. Es de presumir, pues, que nadie querrá tener un hijo en tales condiciones. Por lo tanto, la alegación del error *qualitatis* en la especie nos parece inquestionable. Pero siempre será conveniente, al demandar, alegar, además de tal error, la reticencia dolosa del demandado, esto es, la ocultación maliciosa de la enfermedad, pues su buena fe no puede aquí presumirse, dejando a salvo ciertos casos de sífilis tardía, como, por ejemplo, si el enfermo que recibió deficiente atención médica se creyera curado.

¹⁸ En cuanto al régimen legal derogado, ver Belluscio, ob. cit., t. I, p. 338 y ss.; Borda, ob. cit., t. I, p. 89 y ss.; Mazzinghi, ob. cit., t. I, p. 112 y ss.; Zannoni, E. A., *Derecho de familia*, t. I, p. 174 y siguientes. Con respecto al régimen actual, ver Méndez Arcoata - Tamini, ob. cit., p. 25 y ss.; Méndez

impedimentos dirimentes estaban contemplados en los textos de los arts. 9º de la ley 2393 –parentesco por consanguinidad y por afinidad, falta de edad legal, ligamen, crimen y locura– y 26 de la ley 19.134 –parentesco adoptivo, en la adopción simple–; con buen criterio, se entendía que, dada la equiparación legal entre la adopción plena y la filiación de sangre (cfr. art. 14 y conec., ley 19.134), al no contener la ley de adopción referencia alguna a los impedimentos derivados de la primera, debía estimarse que regían en la especie los mismos impedimentos de parentesco por consanguinidad y por afinidad que le correspondía a un hijo de sangre¹⁹.

Y los impedimentos impeditivos estaban previstos en los arts. 13 de la ley 12.331 y 1º y 2º de la ley 16.668 –enfermedad venérea en período de contagio–, 10 de la ley 2393 –falta de autorización de los representantes legales–, 12 de dicha ley y 435 del Cód. Civil –falta de aprobación de las cuentas de la tutela, aplicable a la curatela (art. 475)–²⁰, y 93 y 94 de la ley 2393 –plazo de viudez o espera–.

Actualmente, y en virtud de la nueva normativa legal ordenada por la reforma de 1967, los impedimentos dirimentes están contemplados en el art. 166: parentesco por consanguinidad, por afinidad y por adopción –plena y simple–, falta de edad legal²¹, ligamen, crimen y privación permanente o transitoria de la razón. Y es de observar que el último inciso de dicho artículo, el noveno, considera como impedimento a “la sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera”.

En su breve tiempo de vigencia, tal engendro legislativo

Costa, María Josefa, Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1967, p. 25 y ss.; Zannoni, Eduardo A., Régimen de matrimonio civil y divorcio, Bs. As., Astrea, 1967, p. 22 y siguientes.

¹⁹ Así, Belluscio, ob. cit., t. I, p. 353-354; Zannoni, Derecho de familia, t. J, p. 177. Cfr. Méndez Costa, Régimen legal, p. 31.

²⁰ De aquí en adelante, todos los artículos que hemos de citar sin indicación del cuerpo legal en el cual obran, pertenecen a nuestro Código Civil.

²¹ Nos parece interesante acotar, en cuanto a la fijación de la edad nupcial hábil, que creemos que, en el derecho comparado, las más elevadas son las establecidas en la ley de matrimonio de la República Popular China, art. 5º (Beijing, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1983, p. 4), precepto que, con teste con la política de control de la natalidad –de raíz constitucional– vigente en dicho país, determina que “el matrimonio no será permitido al hombre menor de 22 años cumplidos y a la mujer menor de 20 años cumplidos”, disponiendo, además, que “se estimularán el casamiento y la procreación tardías”.

ha suscitado, en cuanto a su interpretación, posiciones doctrinarias encontradas. Así, Novellino entiende que se trata de un auténtico impedimento, y, como la ley no prevé en forma específica las consecuencias de la inobservancia del mismo, considera que tal omisión "debe salvarse aplicando la solución que el art. 220 inc. 2º... da para el supuesto de matrimonio celebrado con el impedimento previsto en el inc. 8º del art. 166... o sea cuando uno de los cónyuges padece 'la privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere'. De este modo —concluye— llegamos a la nulidad relativa... aplicando los arts. 154 y 158 Cód. Civil que en su última parte, remite a los sordomudos al régimen establecido para los dementes"²². Se trataría, pues, de un impedimento dirimente. En cambio, Méndez Acosta y Tamini opinan que se trata de un impedimento impediante, pues "la reforma no ha previsto la nulidad para aquel matrimonio que se celebra con este impedimento, como tampoco ha reservado sanción alguna para los contrayentes"; por lo tanto, agregan que "será incuestionable la validez de la unión celebrada por el o los contrayentes sordomudos impedidos de manifestar inequívocamente su voluntad, no obstante la prohibición"²³. Y Fleitas Ortiz de Rozas, sostiene que, como los arts. 219 y 220 no hacen referencia al matrimonio celebrado a pesar de sufrir alguno de los contrayentes la sordomudez en cuestión, aplicando los principios de la doctrina de la especialidad, debe concluirse que se trata de un impedimento impediante, pero a continuación acota que, ello no obstante, "dadas las peculiares características de la deficiencia descripta, que supone la imposibilidad de comunicarse, comprender y hasta conocer su consentimiento, por parte de quien aparece como contrayente, me inclino a considerar que la muy improbable hipótesis de un matrimonio así celebrado sería un caso de inexistencia"²⁴.

A este respecto, nosotros compartimos en un todo la opinión de Zannoni, quien destaca que la previsión del inci-

²² Novellino, Norberto J., *Nuevas normas de familia. Matrimonio. Divorcio. Ley 23.515*, Bs. As., Exequior, 1987, p. 42 y siguientes.

²³ Méndez Acosta - Tamini, *ob. cit.*, p. 39. En su prólogo a esta obra, Carlos H. Vidal Taquini señala como un defecto legal el no haberse previsto expresamente la nulidad cuando el matrimonio se celebra con el "impedimento" de sordomudez.

²⁴ Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, *La reforma al régimen de matrimonio civil: impedimentos*, LL, 1987-D-886.

so en examen constituye un evidente error legislativo, pues si una persona no sabe o no puede manifestar su voluntad en forma inequívoca, el aparente matrimonio que se celebra quedaría alcanzado por lo normado en el art. 172, es decir, conformaría un caso de inexistencia matrimonial. Así el planteo, la sordomudez a que dicho inciso alude no constituye un impedimento en sentido propio, sino un caso que revelaría la imposibilidad de prestar el consentimiento, que, como tal, conlleva a la inexistencia del matrimonio, siendo, entonces, innecesaria la previsión del inciso cuestionado³⁵. Méndez Costa participa de este criterio, pues si bien parecería que considera que el caso de que tratamos importa un impedimento, luego agrega que "el consentimiento inexpressado no es consentimiento y la falta de consentimiento determina la inexistencia del matrimonio y no su invalidez", citando a continuación la opinión de Zannoni por nosotros recién apuntada³⁶. En suma, la previsión del mentado inciso noveno no constituye un impedimento ni nada que se le parezca, por más que así se lo denomine erróneamente al comprenderlo en el art. 166: el intérprete no debe dejarse influir por el nombre o la ubicación legislativa que se ha dado al caso en cuestión, pues es preciso atender a la realidad jurídica —que surge de la naturaleza de las cosas—, con independencia de tales factores; se trata de un supuesto de ausencia de la expresión del consentimiento, y el pretendido connubio resultaría inexistente por la falta de dicho elemento estructural del acto jurídico matrimonial (cfr. art. 172). Si en lugar de nominar como impedimento a la situación del sordomudo en examen e incluirla en el art. 166, se la hubiera llamado prohibición de la actividad aérea y se la hubiese agregado al art. 8º del Cód. Aeronáutico, la conclusión doctrinaria que compartimos seguiría siendo la misma, y seguiría siendo válida. Ahora bien, sin perjuicio de que toda consideración doctrinaria sobre el particular es válida como tal, independientemente de la solución que postule, en rigor de verdad, la hipótesis prevista en el inciso de que tratamos nos parece más bien digna de alguna

³⁵ Zannoni, Régimen de matrimonio civil, p. 24-25. Código Civil, art. 172: "Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe."

³⁶ Méndez Costa, M. J., Régimen legal, p. 49 y 50.

novela de Ray Bradbury que de una norma jurídica destinada, por esencia, a decir lo justo²⁷ acerca de posibles situaciones jurídicas empíricamente verificables.

En cuanto a los impedimentos impeditivos, continúan siéndolo la enfermedad venérea en período de contagio, en los mismos términos anteriores a la reforma de 1987, la falta de autorización de los representantes legales (art. 168) y la falta de aprobación de las cuentas de la tutela (art. 171).

En cambio, no se ha reproducido el impedimento de plazo de viudez o espera, en cuya virtud la mujer viuda o cuyo matrimonio hubiese sido anulado no podía celebrar un nuevo enlace matrimonial hasta pasados diez meses de ocurridos tales eventos, a menos de haber quedado embarazada, en cuyo caso podía casarse después del alumbramiento (art. 93, ley 2393), con lo que se trataba de evitar toda duda acerca de la paternidad de los hijos que pudieran haber nacido en dicho plazo, luego de otras nupcias. Pero como el Código Civil resuelve los conflictos que en materia de presunciones de paternidad pueden suscitarse en caso de matrimonios sucesivos de la madre (art. 244, texto cfr. ley 23.264)²⁸ y los progresos habidos en materia de determinación de la paternidad a través de pruebas biológicas son bastantes para dar solución a dichos casos²⁹, la supresión de este impedimento resulta correcta³⁰, a más de otorgarse, con ello y por dichas razones, una justificada libertad nupcial a la mujer cuyo matrimonio se hubiera disuelto o hubiese sido anulado³¹.

²⁷ Tal es, según Villey, Michel, *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Bs. As., Ghersi, 1978, p. 158, la auténtica función de las normas jurídicas: decir lo justo (a partir de cada uno) e indicarlo a la vez al juez y al justiciable.

²⁸ Para el estudio de dicho artículo, ver Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad*. (Ley 23.264), Bs. As., Astrea, 1985, p. 64 y siguientes. Méndez Costa, *Régimen legal*, p. 51, entiende que el régimen vigente de determinación de la paternidad matrimonial hace innecesario el impedimento derogado.

²⁹ Opina al respecto Fleitas Ortiz de Rozas, ob. cit., p. 699, que "dado el perfeccionamiento de las pruebas biológicas para la determinación de la paternidad, parecía exagerado mantener un impedimento propio de una época donde el sistema de presunciones era el medio esencial para dar certeza al emplazamiento del vínculo" -paterno-filial, se entiende-.

³⁰ Cfr. Méndez Acosta - Tamini, ob. cit., p. 28; Zannoni, *Régimen de matrimonio civil*, p. 19.

³¹ Es interesante apuntar que, en el derecho islámico, según nos informan autores iraníes contemporáneos, para determinar si la mujer di-

Pero, como de aquí en más se verá, la ley 23.515 ha creado un nuevo impedimento impediante.

2. EL NUEVO IMPEDIMENTO MATRIMONIAL

a) Tipificación legal

En su actual redacción, dispuesta por la ley 23.515, el art. 133 establece que: "La emancipación por matrimonio es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en los arts. 134 y 135, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad, tengan o no hijos. No obstante ello, la nueva aptitud nupcial se adquirirá una vez alcanzada la mayoría de edad".

El primer párrafo de esta disposición reproduce casi literalmente el texto ordenado por la reforma de 1968 (ley 17.711), en cuanto a la irrevocabilidad y los efectos de la emancipación por matrimonio. No vamos a comentar dicho precepto, pues muy bien ya lo han hecho nuestros tratadistas²², siendo lo dicho al respecto aplicable a la disposición actual. Sólo se adapta la norma al nuevo régimen, suprimiendo las palabras "por muerte" obrantes en el texto anterior, luego de la alusión a la disolución, pues, según lo dispuesto por el art. 213, el vínculo matrimonial se disuelve no sólo por la muerte de uno de los esposos (o de ambos), sino también por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento (cfr. art. 31, ley 14.394), y, también, por sentencia de divorcio vincular, supuestos a los que debe agregarse la conversión de la separación personal judicialmente decretada en divorcio vincular (arts. 161, 216 y 238; art. 8º, ley 23.515).

vorriada está embarazada de quien fue su marido hasta el momento de la separación, la ley fija que, durante un período de libertad condicionada, llamado *iddah*, aquella no debe casarse con otro hombre. El período de *iddah* para una mujer que no está embarazada es aquel que abarca tres ciclos menstruales; para la que lo está, el mismo dura hasta que dé a luz. Durante dicho período, la mujer no puede contraer matrimonio, ni nadie debe ofrecerle, y su anterior cónyuge debe mantenerla, tal como si se tratase de una mujer casada, pues ello, en el matrimonio permanente, es obligación marital; cfr. *Beheştîlî, Muhammad-Hussein-Bahonar, Muhammad Yasûd, Introducción a la filosofía del Islam, Bs. As., Alborada, 1988, p. 296.*

²² V.gr. Lambiás, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Perrot, 1973, t. I, p. 467 y siguientes.

Nos interesa aquí el último párrafo del artículo antes transcrito. Según él, los menores emancipados por matrimonio, habiéndose éste disuelto durante su menor edad, adquirirán nueva aptitud nupcial una vez que alcancen la mayor edad, esto es, el día en que cumplieran veintitún años (art. 128). Por lo tanto, tales menores carecen de aptitud nupcial desde el día de la disolución de su matrimonio hasta el día que alcancen la mayor edad. Se sigue de ello que, si carecen de aptitud nupcial durante ese período, no pueden contraer matrimonio durante el mismo, es decir, están legalmente impedidos de hacerlo. Se trata, pues, de una prohibición legal que importa un obstáculo para la celebración del matrimonio por parte del menor en cuestión durante dicho período. En consecuencia, se trata de un impedimento.

Rogamos que se nos sepa disculpar si es que hemos sido repetitivos en nuestro precedente razonamiento, pero, en buena lógica²³, hemos considerado que tal era la única manera de llegar claramente a la conclusión a que arriba- mos; si bien no tenemos el privilegio exclusivo de ello²⁴, preferimos, así, no dejar dudas al respecto.

En resumen: si el menor emancipado, en las condiciones citadas, no puede contraer nuevas nupcias porque la ley se lo impide —aunque tal prohibición no se encuentre formulada en términos expresos, lo que, en verdad, sería indistinto—, resulta que dicho menor se encuentra afectado por un impedimento matrimonial. Como se ve, no hemos realizado aquí una ampliación de los impedimentos legales para contraer matrimonio por vía de interpretación extensiva ni analógica, lo que no es procedente en la especie²⁵, sino que sólo hemos advertido de la existencia de un nuevo impedimento resultante de una disposición legal, esto es, previsto. De aquí en adelante, trataremos acerca de los pretendidos fundamentos del mismo, de su entidad propia, de su caracterización, particularmente de su dispensabilidad, y de su alcance y efectos.

²³ Jolivet, Regis, *Curso de filosofía. Tratado completo*, Bs. As., Club de Lectores, 1982, p. 17 y siguientes. También Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Bs. As., Depalma, 1978, p. 345 y siguientes.

²⁴ También Méndez Costa, *Régimen legal*, p. 40 y 211-212, reputa a tal privación de la aptitud nupcial como un impedimento, aunque, como se verá, al parecer, no autónomo, sino como una ampliación del impedimento de falta de edad legal.

²⁵ Cfr. Belluscio, *ob. cit.*, t. I, p. 313.

b) Fundamento

La prohibición contenida en el último párrafo del art. 133 no se encontraba en el texto del Proyecto de la ley de matrimonio civil sancionado por la Cámara de Diputados de la Nación³⁵. Cuando el proyecto pasó a revisión a la Cámara de Senadores de la Nación, tal prohibición fue introducida por el dictamen en minoría de las Comisiones de Legislación General y de Familia y Minoridad³⁶, y no fue objeto de debate al realizarse la consideración en particular del mentado dictamen, siendo aprobada sin comentarios ni objeciones³⁷, y tampoco los hubo en su ulterior trámite, hasta su conversión en ley.

Parece que el legislador de 1987 —al decir de Zannoni— ha tenido en mente el caso de que los menores, emancipados por el matrimonio, se divorciasen vincularmente durante la minoridad, y para ese caso les impide contraer nuevo matrimonio. Para esa hipótesis la solución de la ley tiende a evitar que quienes, siendo menores se casaron y fracasaron en la unión, vuelvan a constituir un matrimonio para el cual pueden no estar maduros afectiva o psicológicamente³⁸.

Concordantemente, Méndez Costa admite que la prohibición en examen “responde a fundamentos aceptables cuando el primer matrimonio se disuelve por divorcio o conversión en divorcio de la sentencia de separación personal, porque cabe suponer razonablemente que la unión ha sido contraída sin la necesaria preparación y conocimiento recíproco de los jóvenes esposos y que ello ha conducido o ha contribuido decisivamente al fracaso matrimonial por lo que es conveniente que no insistan en la experiencia durante la minoridad”³⁹. Del mismo parecer son Méndez Acosta y Tamini⁴⁰.

³⁵ Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, 25ª Reunión (continuación de la 7ª sesión ordinaria—especial-I, 21/8/86, Bs. As., Imprenta del Congreso de la Nación, 1986, Apéndice, p. 3909.

³⁶ Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1ª Reunión, 1ª Sesión Extraordinaria, 6/5/87, Bs. As., Imprenta del Congreso de la Nación, 1987, Dictamen de Comisión en minoría, p. 115.

³⁷ *Ibidem*, 6ª Reunión, 1ª sesión ordinaria (continuación), 21/5/87, p. 460-462 y 472.

³⁸ Zannoni, Régimen de matrimonio civil, p. 118.

³⁹ Méndez Costa, Régimen legal, p. 212.

⁴⁰ Méndez Acosta - Tamini, *ob. cit.*, p. 186.

Por su parte, Navarro Floria, para quien la intención del legislador "ha sido, suponemos, evitar que un menor se case, se divorcie, y vuelva a casarse antes de la mayoría de edad", entiende que el segundo párrafo del art. 133 está mal redactado y mal ubicado, destacando que "la 'nueva aptitud nupcial' no tiene nada que ver con la emancipación (que subsiste), porque no es consecuencia de ella, sino del eventual divorcio vincular (art. 217) que obtenga el emancipado durante su minoridad. Por lo tanto, lo correcto hubiera sido aclarar en el capítulo del Código referido a los efectos del divorcio, que éste no importa rehabilitación nupcial para los menores, hasta que alcancen la mayoría de edad"; agrega también que la prohibición en examen es correcta: se trataría de "una tímida limitación al divorcio vincular... que no por insuficiente deja de ser acertada"⁴².

Ahora bien, es de tener presente que el art. 133 no alude exclusivamente al divorcio del emancipado durante su menor edad —no se limita a tal supuesto—, sino a la disolución de su matrimonio ocurrida cuando todavía no ha cumplido los veintidós años; comprende, entonces, al menor viudo, pues la muerte es causa de disolución del matrimonio (art. 213). A este respecto, Zannoni destaca que la previsión legal parece excesiva⁴³, Méndez Costa considera que ella es muy difícilmente justificable en la especie⁴⁴, y Méndez Acosta y Tamini entienden que nada justifica que el supuesto de que tratamos quede comprendido en la disposición, por lo que su texto debió haber hecho mención exclusiva del caso de divorcio⁴⁵. A nuestro parecer, como luego se verá, este último párrafo del art. 133 resulta exagerado e inútil.

c) Entidad propia

Admitido, pues, que estamos frente a un auténtico impedimento, en primer lugar debemos destacar su entidad propia.

Entiende Méndez Costa que el párrafo final del art. 133 "introduce una importante ampliación del impedimento de

⁴² Navarro Floria, Juan G., *El matrimonio de menores según la ley 22.515, ED, 24/8/87, n° 6805*, p. 4.

⁴³ Ver nota 39.

⁴⁴ Ver nota 40.

⁴⁵ Ver nota 41.

falta de edad, extendiendo el límite hasta los veintidós años para la celebración de segundas nupcias por aquellos que tuvieran ya un matrimonio celebrado y disuelto por muerte del cónyuge, o sentencia de divorcio o de conversión en divorcio de la sentencia de separación personal o cuyo matrimonio hubiera sido anulado⁴⁸; la aptitud nupcial, dice, se recupera con la sentencia de anulación del vínculo. A este último respecto, acota nuestra autora que la prohibición legal "es estimable frente al contrayente de buena fe cuya poca edad probablemente influyó en su aceptación con el consentimiento viciado o desconociendo los impedimentos existentes, pero carece de motivación con respecto al contrayente de mala fe, salvo que se la considere una sanción"⁴⁹.

Al respecto, en primer término debemos señalar que, a nuestro parecer, el último párrafo del art. 133 no introduce una ampliación del impedimento de falta de edad mínima para contraer matrimonio, sino que establece un impedimento autónomo. En efecto, la falta de edad legal constituye un impedimento dirimente específico, consistente en tener la mujer menos de dieciséis años cumplidos y el hombre menos de dieciocho (art. 166, inc. 5^ª), impedimento dispensable en los términos del art. 167. En cambio, en el caso que nos ocupa, el menor emancipado cuyo matrimonio se hubiera disuelto puede ser o no mayor de tales edades; se trata, además, como luego se verá, de un impedimento impeditivo, y su dispensa requiere de ciertas precisiones que en su momento realizaremos.

Y, en segundo lugar, si bien es cierto que la aptitud nupcial se recupera en caso de nulidad del matrimonio —no así, claro está, en cuanto al cónyuge afectado por el impedimento de ligamen, en cuya virtud se obtiene la nulidad, en su caso—, entendemos que la prohibición del art. 133 no es aplicable a los menores cuyo matrimonio hubiese sido anulado, pues nulidad y disolución son instituciones distintas.

En efecto, la nulidad —que presupone la existencia de vicios o defectos existentes al tiempo de la celebración del matrimonio, que afecten sus presupuestos de validez—, una vez declarada, priva de sus efectos propios al título de estado de familia derivado del acto jurídico matrimonial, desplazando a los contrayentes del estado de casados: desaparece

⁴⁸ Méndez Costa, Régimen legal, p. 211-212.

o queda sin efecto el vínculo conyugal, y ello con efecto retroactivo al día de la celebración de las nupcias –la sentencia es declarativa, de allí tal retroactividad–, sin perjuicio de lo dispuesto para el matrimonio putativo (arts. 221 y 222). En cambio, disolver se disuelve un vínculo matrimonial válido, y ello por causas sobrevinientes a su celebración; la disolución importa la extinción de la relación jurídica matrimonial y por ende de su contenido, y, si ello ocurre en virtud de sentencia judicial –caso de divorcio–, como que la misma es constitutiva, sólo produce efectos para el futuro; únicamente podría producir efectos a partir de un tiempo anterior –la promoción o la notificación de la demanda, o el momento en el que se produjo la causa de disolución– si la ley se los asignara expresamente, pero la recuperación de la aptitud nupcial sólo opera a partir de la sentencia. En razón de lo expuesto, resulta que la invalidez del acto que implica la nulidad del matrimonio, no constituye un supuesto de disolución⁴⁷.

Por lo tanto, el nuevo impedimento no es aplicable a los menores cuyo matrimonio hubiese sido anulado. Entonces, de ocurrir ello, en cuanto al menor de mala fe, la emancipación será de ningún efecto desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada, y, si pretende contraer nuevas nupcias, necesitará de la autorización de sus representantes legales, o, en su defecto, la del juez, si ya ha alcanzado la edad mínima para casarse, y, si no la hubiese alcanzado, de la dispensa judicial. Y, en cuanto al menor de buena fe, si bien a su respecto subsiste la emancipación, también requerirá de la autorización para contraer matrimonio o de la dispensa judicial, pues, por más emancipado que esté, continúa siendo menor (arts. 132, 166, inc. 5º, 167 y 168).

d) Caracterización. *La doctrina de la especialidad en materia de nulidades matrimoniales*

Debemos ahora referirnos a la caracterización de este nuevo impedimento, conforme a los criterios de clasificación de los impedimentos matrimoniales⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. Belluscio, ob. cit., t. II, p. 233-235; Zannoni, *Derecho de familia*, t. I, p. 254 y 329, t. II, p. I.

⁴⁸ Sobre el particular, ver Belluscio, ob. cit., t. I, p. 312-314; Borda, ob. cit., t. I, p. 88-89; Mazzinghi, ob. cit., t. I, p. 110 y ss.; Zannoni, *Derecho de familia*, t. I, p. 169 y siguientes.

Entonces, preliminarmente, es de reconocer que se trata de un impedimento impediendo, por cuanto no está legalmente establecida en forma expresa la sanción de nulidad del matrimonio que se celebre por personas por él afectadas. Y, en cuanto impedimento impediendo, es puramente preventivo, pues no se establece ningún tipo de sanción para el caso de que, a su pesar, las nupcias se contraigan.

Porque somos partidarios de la doctrina de la especialidad en materia de nulidades matrimoniales en su expresión más radical, consideramos inaplicable en la especie al art. 18; como que no hay, en materia matrimonial, nulidades implícitas o virtuales, dicho matrimonio sería válido.

Ahora bien, en cuanto a la cuestión acerca de la determinación de si las normas relativas a la nulidad del matrimonio constituyen un régimen especial, autónomo, que se basta a sí mismo⁴⁹, o sí, por el contrario, le son aplicables supletoria o subsidiariamente las disposiciones sobre nulidades de los actos jurídicos en general, contenidas en el Código Civil (arts. 1037 y ss.)⁵⁰, es de advertir que dicha controversia subsiste en la actualidad; al respecto, Méndez Costa apunta que argumentos de una y otra tesis continúan siendo hoy razonables⁵¹.

Es así como Novellino sostiene, en su reciente obra, la teoría de la aplicación supletoria, sobre la base de argumentos anteriores a la reforma de 1987⁵². En cambio, D'Antonio entiende que la citada reforma "ha venido a convalidar la doctrina de la especialidad, en tanto inserta en la parte del Código Civil destinada a la regulación del matrimonio disposiciones específicas sobre la nulidad del acto jurídico matrimonial", en cuanto al aspecto general de estas nulidades, sus efectos y el modo en que se ejercerán las respectivas acciones⁵³.

Por su parte, Navarro Floria destaca que los actuales arts. 219 y 220, "que reemplazan a los arts. 84 y 85 de la ley 2393, hablan de 'nulidad absoluta' y 'nulidad relativa' en vez

⁴⁹ Belluscio, *ob. cit.*, t. II, p. 5 y ss.; Zannoni, *Derecho de familia*, t. I, p. 236 y siguientes.

⁵⁰ Borda, *ob. cit.*, t. I, p. 148 y ss.; Mazzinghi, *ob. cit.*, t. I, p. 344 y siguientes.

⁵¹ Méndez Costa, *Régimen legal*, p. 97 y siguientes.

⁵² Novellino, *ob. cit.*, p. 247 y siguientes.

⁵³ D'Antonio, Daniel H., *Régimen legal del matrimonio civil*. Ley 23.215, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1987, p. 161-162.

de nulidad absoluta y anulabilidad como los textos derogados", advirtiendo al respecto que "la modificación no es intrascendente, porque al homogeneizar la terminología con el resto del Código, la reforma diluye los argumentos a favor de la 'teoría de la especialidad' y refuerza la posición sostenida, entre otros, por Mazzinghi ... y Llambías"³⁴ —esto es, la teoría de la aplicación supletoria de los arts. 1037 y siguientes—.

Al respecto, es interesante recordar que una opinión similar fue formulada por Vidal Taquini, al comentar el articulado del Proyecto de ley de matrimonio civil sancionado por la Cámara de Diputados de la Nación, el 21 de agosto de 1986, el cual, en materia de nulidades matrimoniales, nominaba a las mismas, en sus arts. 208 y 209, como absolutas y relativas³⁵. Expresaba al respecto nuestro autor que, "al insertarse decididamente el proyecto en el articulado del Código, y al abandonarse la clasificación de las nulidades que observa la actual ley —la ley 2393, entonces vigente— resulta difícil sostener que se mantiene el principio de la especialidad al utilizarse la clasificación de los arts. 1047 y 1048"³⁶. Como se ve, su opinión —que no parece constituir fundamento suficiente en contra de la especialidad³⁷— no era tan contundente como la de Navarro Floria. Pero, luego de la reforma de 1987, y atendiendo a lo dispuesto por la nueva normativa vigente, el mismo Vidal Taquini, con buen criterio, advirtió que "adquiere cierta excelencia el tratamiento de la nulidad del matrimonio, sobre todo en cuanto se reafirma la especialidad del sistema, dado que no podrá el juez decretar de oficio la nulidad de ningún matrimonio, pues la sentencia siempre será la culminación de un proceso promovido por parte legitimada para hacerlo"³⁸. Por lo tanto, su anterior opinión carece actualmente de valor interpretativo, es decir, no puede ser aplicada a la ley vigente —a cuyo respecto no fue formulada—, ni puede ser criticada en cuanto a la misma.

Ahora bien, a nuestro parecer, dicho cambio terminológico no es suficiente para "diluir" a la doctrina de la espe-

³⁴ Navarro Floria, *ob. cit.*, p. 97 y siguientes.

³⁵ Diario de Sesiones, *cit.* en nota 36, p. 3868.

³⁶ Vidal Taquini, Carlos H., *Ley de matrimonio civil: observaciones al proyecto*, LL, 1986-E-1100.

³⁷ *Cfr.* D'Antonio, *ob. cit.*, p. 162.

³⁸ Vidal Taquini, *Prólogo cit.* en nota 23, p. 7.

cialidad. En efecto, en primer lugar, es de recordar que los autores que participan de esta teoría consideraban que los supuestos contemplados en los arts. 84 –que aludía al matrimonio “absolutamente nulo”– y 85 –aludía al matrimonio “anulable”– de la ley 2393, podían ser considerados como casos de nulidad absoluta y de nulidad relativa, respectivamente, por cuanto en los comprendidos en dicho art. 84 estaba en juego el interés público –o el orden público familiar–, en tanto que, en los previstos en ese art. 85, lo estaba primordialmente –aunque no exclusivamente– el interés privado de los contrayentes³⁸. Lo mismo ocurre actualmente en cuanto a lo normado por los arts. 219 y 220, que utilizan las expresiones “nulidad absoluta” y “nulidad relativa”, respectivamente, sin que ello afecte a la vigencia de la doctrina de la especialidad –si se prefiere, a la especialidad legal de las nulidades matrimoniales–.

Y, en segundo término, es de advertir que no se puede disociar a dos términos –nulidad “absoluta” y “relativa”– del contexto legal en el que están insertados, y postularse de allí una interpretación válida. Es decir, no se puede formular una opinión eficaz sobre la base de dos palabras tomadas fuera de contexto, pues, como a continuación se verá, el parecer de Navarro Floria carece de sustento normativo frente a lo dispuesto por los arts. 239, último párrafo, 197, última parte, y 219, también en su última parte.

En efecto, actualmente, además de los argumentos –ya tradicionales– esgrimidos con anterioridad a la reforma de 1987 en favor de la doctrina de la especialidad³⁹, es de ver que, en apoyo de la misma –si no se acepta la opinión general de D’Antonio recién citada–, contamos con lo específicamente dispuesto en tres nuevos textos del Código Civil: los arriba indicados. Y así: el primero, el último párrafo del art. 239, según el cual “ningún matrimonio será tenido por nulo sin sentencia que lo anule dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo” –es la norma a la que alude Vidal Taquini en su segunda opinión citada–. Como bien se ha observado, no cabe entonces actualmente la declaración de nulidad del matrimonio de oficio por aplicación del art. 1047, como lo propiciaba la tesis de la aplicación supletoria de las normas generales sobre nulidad de los ac-

³⁸ Belluscio, ob. cit., t. II, p. 117-118; Zannoni, *Derecho de familia*, t. I, p. 285-286.

³⁹ Ver bibliografía cit. en nota 49.

tos jurídicos⁴⁵. El segundo, la última parte del art. 197, conforme a la cual "cuando hay posesión de estado y existe el acta de celebración del matrimonio, la inobservancia de las formalidades prescriptas no podrá ser alegada contra su existencia". Obsérvese que esta norma menta el término "existencia" -y no "validez", como lo hacía el art. 101 de la ley 2393-, haciéndose eco de la doctrina que compartimos, en cuanto afirma que no existen nulidades matrimoniales por vicios de forma⁴⁶, a más de que tales vicios no han sido contemplados por la reforma de 1987 como causa de nulidad del matrimonio. Y el tercero, la última parte del art. 219, que, al atribuir el ejercicio de la acción de nulidad absoluta del matrimonio al contrayente de mala fe -la nulidad absoluta "puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges", expresa la ley-, hace excepción a lo normado por el art. 1047 en cuanto al otorgamiento de legitimación activa en materia de tales nulidades, lo cual también constituye un argumento en favor de la doctrina de la especialidad⁴⁷.

Así las cosas, en nada menoscaba a la indicada doctrina que los arts. 219 y 220 nominen a los supuestos que contemplan como matrimonios afectados de nulidad absoluta y de nulidad relativa, respectivamente, con lo que solamente se adecua la terminología legal al criterio clasificatorio de las nulidades cuyo factor distintivo atiende al interés que lesiona la falta o defecto en los presupuestos de validez del acto jurídico matrimonial⁴⁸. Si en lugar de emplear los términos nulidad "absoluta" y "relativa", la ley hubiese impuesto las expresiones nulidad "grandota" y "chiquitita", de lo normado resultaría que el criterio diferenciador sería el aludido, y la conclusión en cuanto a la plena vigencia de la doctrina de la especialidad seguiría siendo la misma.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que a favor de la doctrina de la especialidad, en la acertada opinión de Zannoni, actúa también el trascendental principio del favor mo-

⁴⁵ Zannoni, Régimen de matrimonio, cit., p. 87 y 117. Cfr. Vidal Taquini, op. cit. en nota 58.

⁴⁶ Cfr. Méndez Acosta - Tamini, ob. cit., p. 80-81; Méndez Costa, Régimen legal, p. 171; Zannoni, Régimen de matrimonio, p. 55.

⁴⁷ Cfr. Méndez Costa, Régimen legal, p. 99, quien critica esta nueva disposición. Sus argumentos son citados por D'Antonio, ob. cit., p. 145. En cambio, Zannoni, Régimen de matrimonio, p. 88-89, justifica dicho precepto.

⁴⁸ Cfr. Zannoni, Derecho de familia, t. I, p. 286.

trimonii, clásico en el derecho canónico⁶⁵ e implícito en nuestra tradición jurídica, al que considera de interpretación rectora en una adecuada hermenéutica. Al respecto, enseña nuestro autor que dicho principio "significa 'la actitud o predisposición del legislador a conceder un trato especial de protección al matrimonio en orden a la conservación de su esencia y mantenimiento de sus finalidades'. Debe entenderse, pues, que el legislador, al establecer los supuestos de nulidad del matrimonio, su alegación, sus efectos, etc., lo hace en consideración 'especial' a la naturaleza de la unión matrimonial y, sobre todo, teniendo en cuenta que la nulidad puede acarrear ... la disolución de la familia, la colocación de los esposos en calidad de concubinos, y la filiación ilegítima de los hijos nacidos de la unión"⁶⁶. Al respecto, consideramos que nada obsta a que una institución originaria del derecho canónico resulte aplicable en el orden secular —tal como ha ocurrido con otras previsiones canónicas, como, por ejemplo, la dispensa—, y que, si bien se puede objetar que los hijos extramatrimoniales no se encuentran actualmente legalmente discriminados, no obstante ello, a nuestro parecer, lamentablemente, todavía lo están socialmente, aunque no de manera generalizada⁶⁷.

Finalmente, en materia de nulidades matrimoniales, tal como las venimos conceptuando y teniendo presente al principio del favor matrimonii, puede considerarse que asume relevancia lo normado por el art. 1037, donde se indica que "los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos —del matrimonio, en la especie— que aquellas

⁶⁵ Ver Código de derecho canónico, ed. bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, Madrid, Católica, BAC, 1983, cánones 1093 y 1150, p. 507 y 558, respectivamente.

⁶⁶ Zannoni, *Derecho de familia*, t. I, p. 253-254.

⁶⁷ Sobre el particular, recientemente, en una estupenda sentencia en la que, reconociéndose la paternidad reclamada, condeso al demandado perdedor a indemnizar en concepto de daño moral a su hijo menor no voluntariamente reconocida, precisamente en razón del daño causado por tal omisión, la jueza Delma B. Cabrera destacó que "el hijo de madre soltera conlleva un tono de minusvalía social, especialmente marcado cuando... se forma parte de la llamada clase media... circunstancia distinta en otros estamentos sociales más humildes, quizá porque allí se da mayor número de casos, o porque las necesidades no dejan lugar a discriminaciones de esta índole"; 3ª Instancia Civil y Com., San Isidro, Juzgado nº 9, 29/3/88, "E. N. c/G.", F. C. N.º —con nota de Bidart Campos, Germán J., Potestad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: un aspecto constitucional, ED, 14/6/88, nº 1008, p. 1-4.

que en este Código se establecen", interpretando tal norma, a este respecto, como indicativa de que sólo pueden ser declaradas aquellas nulidades del matrimonio que en el Código Civil a su respecto se establecen, esto es, las expresamente previstas, lo que privaría sobre lo dispuesto por el art. 18—"los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención".

Pero volvamos a los caracteres del impedimento de que tratamos. Digamos, entonces, que el mismo, además de impediendo, resulta ser absoluto, pues obsta a la celebración del matrimonio del menor emancipado en cuestión con cualquier persona. Y es también un impedimento temporal, pues se extingue por el transcurso del tiempo; en la especie, un plazo cierto, esto es, con el cumplimiento de la mayor edad. Queda por ver si es un impedimento dispensable o indispensable, pero ello merece un párrafo aparte.

c) *Dispensa. La equidad*

A este respecto, Zannoni estima que, pese a lo dispuesto en el art. 133, siempre cabría la dispensa judicial en los términos del art. 167⁴¹, opinión que es compartida por Méndez Costa, quien, además, considera aplicable en la especie al art. 168, "a pesar de que éste sólo se refiere al asentimiento necesario al matrimonio del emancipado por habilitación de edad"⁴².

Por su parte, al tratar acerca de los efectos del divorcio, Novellino alude al caso en examen, emitiendo una opinión muy particular, aunque sin referirse a la posibilidad de dispensa, por cuanto no expresa que la prohibición de que tratamos constituya un impedimento. Destaca que, en caso de divorcio, "la recuperación de la aptitud nupcial es inme-

⁴¹ Zannoni, *Régimen de matrimonio*, p. 118. Del mismo parecer son Méndez Acosta - Tamini, ob. cit., p. 186; Código Civil, art. 167: "podrá contraerse matrimonio válido en el supuesto del art. 166, inc. 5° (falta de edad nupcial suficiente), previa dispensa judicial. La dispensa se otorgará con carácter excepcional y sólo si el interés de los menores lo exigiere, previa audiencia personal del juez con quienes pretendan casarse y los padres o representantes legales del que fuera menor".

⁴² Méndez Costa, *Régimen legal*, p. 212; Código Civil, art. 168: "Los menores de edad, aunque estén emancipados por habilitación de edad, no podrán casarse entre sí ni con otra persona sin el asentimiento de sus padres, o de aquel que ejerza la patria potestad, o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o en su defecto, sin el del juez".

diata respecto de los cónyuges mayores de 21 años pero no para los menores", lo que "surge de lo dispuesto en el art. 133 ... Lo que que no aclara la ley -dice- es cuál será la situación de esos menores en el lapso que media entre el divorcio vincular y la adquisición de la mayoría de edad", agregando luego que "parecería que no podrán casarse nuevamente por estar impedidos de hacerlo por la subsistencia del ligamen", acotando, en nota al pie de página, que lo apuntado en el texto principal es conforme a lo normado por el art. 166, inc. 6º, y que esta situación le parece injustificada, "pudiendo dar lugar a graves críticas y a un planteo de inconstitucionalidad por violación del art. 14 de nuestra Carta Magna con más fundamento que el 'caso Sejean'"⁴⁹.

Al respecto, diremos que la situación de los menores de que tratamos en el lapso aludido por Novellino es la que venimos indicando: están afectados por un nuevo impedimento matrimonial. Pero lo que no sabemos es a que extraña especie de "ligamen" alude este autor, ya que, si tal impedimento consiste en "el matrimonio anterior, mientras subsista" (art. 166, inc. 6º), acaecida la disolución del vínculo matrimonial, se sigue de ello que no hay matrimonio anterior subsistente alguno, es decir, ligamen. Por lo demás, cabe recordar que los impedimentos no son pasibles de interpretación extensiva.

Otros autores que han tratado acerca del último párrafo del art. 133, también sin observar si se trata o no de un impedimento, se han limitado a señalar que, en caso de disolución del matrimonio, o, más específicamente, en caso de divorcio, el menor emancipado no recupera su aptitud nupcial hasta su mayor edad, debiendo esperar el llegar a ella para contraer un nuevo enlace matrimonial⁵⁰.

Podría también argumentarse, entonces, que se trata de un impedimento indispensable. Y hay argumentos literales suficientes para ello: el art. 133 no establece excepciones; la dispensa prevista en el art. 167 se refiere exclusivamente al impedimento previsto en el art. 166, inc. 5º -falta de edad nupcial suficiente-, y no al menor emancipado cuyo matrimonio se hubiera disuelto, quien, además, si fuera mayor de la edad mínima, quedaría, por tanto, excluido de la hipótesis prevista; y el art. 168, si bien alude a los me-

⁴⁹ Novellino, ob. cit., p. 243.

⁵⁰ D'Antonio, ob. cit., p. 128 y 150; Medina, Graciela, *Las leyes 22.264 y 23.515: incidencia sobre la parte general del derecho civil*, LL, 1978-D-1056.

nores, al atender a los emancipados, sólo se refiere a los que lo son por habilitación de edad. Por lo tanto, este nuevo impedimento no podría ser removido mediante dispensa judicialmente otorgada.

Pero tal solución no nos convence. Piénsese, por ejemplo, en una menor de dieciséis o diecisiete años, por poner alguna edad, que enviuda, y que, más adelante, a los diecinueve o veinte años, desea contraer nuevas nupcias. Nosotros, por lo menos, no encontramos ningún motivo válido para que el solo hecho de no haber llegado todavía a la mayor edad obste a ello. Y menos todavía si tiene hijos a su cargo, pues se daría el absurdo de que una persona que cumple y ejerce los deberes y derechos derivados de la patria potestad, con todas las responsabilidades que ello implica, no sería legalmente "apta" para asumir nuevamente los deberes y derechos matrimoniales, siendo así privada de constituir un nuevo hogar para ella y su o sus hijos, quienes se verían así injustificadamente privados del amparo de quien cumplirá las funciones del padre que les falta, y tal vez de un mejor nivel de vida.

Se nos podrá decir que el derecho a contraer matrimonio no es un derecho absoluto e ilimitado, "sino que en todas las legislaciones está sujeto a requisitos de capacidad y a la inexistencia de impedimentos por razones éticas, biológicas o sociales"¹¹, debiendo, en la especie, cumplirse gramaticalmente, en consecuencia, con la prohibición del art. 133, en razón de los fundamentos de la misma antes apuntados.

Reconoceremos, entonces, que lo primero es cierto, y, más todavía, que, vale destacarlo, los derechos "absolutos" no existen (ni siquiera lo es el derecho a la vida, pues, sin perjuicio de que sea un derecho natural primario¹², cede, por ejemplo, ante el deber de defender a los padres y a la Patria, como bien lo sabían aquellas heroicas madres espartanas que, al despedir a sus hijos que partían a la guerra, les entregaban el escudo con estas palabras: "¡Te esperaré hijo, con éste o sobre éste!"¹³, pero agregando que, cuando nin-

¹¹ García Cantero, Gabriel, *El divorcio*, Madrid, Católica, BAC, 1977, p. 135, nota n° 7.

¹² Cfr. Montejano, Bernardino, *Curso de derecho natural*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978, p. 271-273.

¹³ Méhész, Kornel Zoltán, *El mundo clásico*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1973, p. 391.

gún motivo serio real obsta a la celebración de las bodas por parte del menor emancipado de que tratamos, ellas deben ser autorizadas.

Ocurre que, para nosotros, desde la óptica de una iusfilosofía aristotélico-tomista bien entendida, el derecho a contraer matrimonio es un derecho natural⁷⁴ primario, y, como tal, no puede ser limitado arbitrariamente. Es un derecho, porque es algo a todas luces justo (y el derecho, en su acepción primera y principal, es aquello que es justo: "lo justo" o "el objeto de la justicia"⁷⁵—y no uno o ambos términos de la confusa y equívoca dicotomía "derecho objetivo-subjetivo", absolutamente inepta, a nuestro entender, para conceptualizar al fenómeno jurídico⁷⁶). Y es un derecho natural, pues hace a la esencia—racionalidad; sociabilidad—y, sobre todo, al fin del ser humano: la naturaleza es el fin inmediato e intrínseco del hombre, y el fin es la perfección; resulta natural al sujeto, entonces, lo que sirve a su perfeccionamiento, y, en el terreno ético, el hombre hace lo que hace en virtud de ese fin: su perfección, su bien. Por eso, el término "naturaleza"—que, como se advierte, es un concepto filosófico, y no la naturaleza física o ese orden o sistema de elementos relacionados entre sí en virtud del principio de causalidad, es decir, como causa y efecto, al que suele aludir Kelsen hasta el cansancio⁷⁷, con notorio desconocimiento del iusnaturalismo clásico—tiene un sentido teleológico-normativo, y sólo son naturales aquellas manifestaciones jurídicas en las que divisamos un medio capaz de impulsar al hombre por los caminos de su perfeccionamiento⁷⁸. Final-

⁷⁴ Cfr. Santo Tomás de Aquino, Sumo teológico, Supl., q. 41 a. 1, Madrid, Católica, BAC, 1956, t. XV, p. 174-178.

⁷⁵ *Ibidem*, 2-2 q. 57 a. 1, t. VIII, p. 231-233.

⁷⁶ Cfr. nuestro artículo El derecho entendido como potestad. (Acerca del dualismo derecho objetivo-subjetivo), en "Prudentia Iuris", n° XI, Bs. As., Universitas, 1983, p. 122 y siguientes.

⁷⁷ Kelsen, Hans, *Sociedad y naturaleza*, Bs. As., Depalma, 1945, p. 2; *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Bs. As., Losada, 1945, p. 14; *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*—contiene un trabajo de Carlos Cossío—, Bs. As., Kraft, 1952, p. 12; *Principios de derecho internacional público*, Bs. As., El Ateneo, 1965, p. 129; *Justicia y derecho natural*, en "Crítica del derecho natural"—varios autores—, Madrid, Taurus, 1966, p. 103; *Teoría pura del derecho*, tr. de la edición francesa de 1933, Bs. As., Eudeba, 1977, p. 16 y 104; ¿Qué es la justicia?, Bs. As., Leviatán, 1981, p. 102; *Teoría pura del derecho*, tr. de la 2ª ed. alemana de 1950, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 89, 96 y 232.

⁷⁸ Con respecto a los conceptos iusnaturalistas básicos apuntados, consúltese a Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del de-*

mente, es un derecho natural primario, porque entre los derechos naturales existe una jerarquía, y en esta escala el derecho de que tratamos es tal en razón de su propia entidad, a más de ser la base de la institución familiar. Consecuentemente, el estado de familia matrimonial —el "matrimonio acto", si se prefiere— es una institución de derecho natural³⁹.

En razón de lo expuesto, y como nosotros no somos partidarios de la interpretación y aplicación de las leyes con un criterio propio de la Escuela de la Exégesis⁴⁰, y menos toda-

recho. Bs. As., Eudeba, 1977, caps. II, IV y VI; Villey, Michel, *El pensamiento metafísico de Aristóteles y de Santo Tomás*, Bs. As., Ghersi, 1981, p. 13 y siguientes.

³⁹ Es interesante recordar el tan romántico concepto del matrimonio que el célebre pensador de Königsberg legó a la posteridad, el que, a su racional entender, consiste en "la unión de dos personas de diferente sexo para la posesión mutua, durante toda su vida, de sus facultades sexuales... si un hombre y una mujer quieren gozar recíprocamente uno de otro, es necesariamente indispensable que se unan en matrimonio; así lo requiere la ley de derecho de la razón pura. Porque el uso natural que un sexo hace de los órganos sexuales del otro es un goce (fruitio) para el cual una de las partes se pone a disposición de la otra. En este acto el hombre mismo se convierte en cosa, lo cual repugna al derecho de la humanidad en su propia persona. Esto no es posible más que a condición de que cuando una de las dos personas es adquirida por la otra, como pudiera serlo una cosa, la adquisición sea recíproca; porque encuentra en ella su ventaja propia, y restablece así su personalidad. Pero la adquisición de un cierto miembro del hombre equivale a la adquisición de toda la persona —porque la persona forma una unidad absoluta—. De donde se sigue que la cesión y la aceptación de un sexo para uso de otro son, no solamente permitidas bajo condición de matrimonio, sino que no son posibles más que bajo esta única condición. Ese derecho personal es también real; porque si uno de los esposos se escapa, o se pone a disposición de una persona extraña, el otro tiene siempre el derecho incontestable de hacerle volver a su poder, como una cosa". Tal el racionalismo concepto que Emanuel Kant, *Principios metafísicos del derecho*, Madrid, Victoriano Suárez, 1873, p. 112-114, nos brinda del matrimonio, y con él, el sustento filosófico de los ya históricos "derechos" del marido "sobre la persona" de su mujer, como él de obtener su reintegro compulsivo al domicilio conyugal —"hacerlo volver a su poder, como una cosa"—, tal como lo normaba el texto originario del art. 107 de nuestro Código Civil. No deja de ser significativo al respecto que Kant haya hablado del derecho sin conocer nada de ello, es decir, sin haber tenido experiencia jurídica alguna, lo que no le ha impedido ejercer una considerable influencia (cfr. Villey, *Método...*, p. 126). Por nuestra parte, diremos que, si bien los comentarios acerca de dicho concepto del matrimonio huelgan, es bueno recordar que el Código de Derecho Canónico, c. 1095, inc. 3, p. 529, considera incapaces de contraer nupcias a "quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar".

⁴⁰ Goldschmidt, *ob. cit.*, p. 268-270.

vía con el de algún pensador lusopositivista trasnochado que llegó a afirmar que "la ley más infame tiene que ser reconocida como obligatoria desde el momento en que se constituye de modo formalmente correcto"⁸⁰, y porque creemos que "el amor es una coacción más fuerte que el derecho"⁸¹, "y, por cierto, los hay que morirán de amor al no poder unirse"⁸², para el caso de que el menor emancipado de que tratamos pretenda contraer matrimonio en el plazo prohibido, si ello le resulta conveniente o beneficioso, o si, simplemente, no merece objeción, como la interpretación del derecho positivo de familia debe responder a la solución justa del caso de que se trate, atendiendo a sus peculiaridades⁸³, propiciamos recurrir a un viejo remedio jurídico —que no suele ser abiertamente utilizado o bajo su nombre por nuestros tribunales, los que, por otra parte, en más de una ocasión, han aplicado literalmente una norma injusta o inadecuada al caso de autos, llegando así a una solución injusta, sin perjuicio de señalar la injusticia de la disposición legal o de destacar que tal era la única solución legal posible, con lo que nada se remediaba, sino todo lo contrario, aunque bien, esta

⁸⁰ Bergbohm, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. I, 1892, p. 144, cit. por Wolf, Erik, *El problema del derecho natural*, Barcelona, Ariel, 1960, p. 193, nota 593. Del mismo parecer es Kelsen, *Justicia...*, p. 99: "Un derecho positivo es válido incluso si es injusto". Esto "es" así, porque la validez de las normas jurídicas, según Kelsen, *Teoría pura del derecho*, tr. de la ed. francesa, p. 136-137, no depende de su contenido, sino de que resulten "formalmente válidas": "El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera. Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico"; cfr. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, tr. de la 2ª ed. alemana, p. 205. Conforme a este criterio, entonces, la legislación "eugenésica" del III Reich y las normas en su momento vigentes en Auschwitz, por ejemplo, eran "derecho" válido y aplicable. Como se advierte, el lusopositivismo tiene la benemérita aptitud de justificar genocidios.

⁸¹ Stekel, Wilhelm, *El matrimonio moderno*, Bs. As., Libera, 1964, p. 26.

⁸² Saint-Exupéry, Antoine de, *Ciudadela*, Bs. As., Goncourt, 1966, p. 433-434.

⁸³ Cfr. Méndez Costa, María Josefa, *Interpretación y aplicación del derecho positivo de familia*, JA, 24-1974-485. Con respecto a la interpretación de la ley en general, puede consultarse con provecho a Casares, Tomás D., *La justicia y el derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1974, p. 166 y siguientes. También ver Goldschmidt, ob. cit., p. 233 y siguientes.

última actitud no es general⁶⁵. Nos referimos a la equidad, en su sentido clásico, esto es, aquél que le han dado Aristóteles⁶⁶ y Santo Tomás de Aquino⁶⁷, y que consiste en algo muy sencillo: como la ley está hecha para lo general, cuando su aplicación gramatical en un caso particular conduzca a un resultado injusto, cabe apartarse de ella, para lograr así una buena solución jurídica en ese caso concreto⁶⁸. La equidad consiste, pues —al decir de Sanz—, en “el apartamiento de lo justo legal para salvar, en el caso concreto, lo justo natural ya que la aplicación de la ley —que rige lo general— llevaría a una solución injusta”⁶⁹. No se trata, pues, de una postulación propia de la Escuela del Derecho Libre⁷⁰ —dado que no se trata aquí de poner en un segundo plano a la autoridad de las leyes con respecto a la práctica judicial⁷¹, por cuanto el Estagirita reconoció “la necesidad de que las leyes rectamente establecidas sean soberanas”⁷², y Santo Tomás afirmó que “es necesario que el juicio se haga según la ley escrita”⁷³—, ni de proponer que se emule a aquel célebre magistrado del pequeño tribunal provincial de Chateau-Thierry, Monsieur Magnaud, sino, simplemente, de no aplicar mecánicamente la ley al caso a juzgar, cuando ello conduzca a un resultado inicuo e injusto, que, como tal, no armonizaría con aquellos principios valorativos que las circunstancias singulares del caso requiere que sean respetados; en la especie, prescindir de la prohibición del art. 133 para permitir así la celebración de una nueva unión nupcial por el menor emancipado con matrimonio anterior disuelto, cuando ninguna razón seria, ética, económica, física o psicológica,

⁶⁵ La CSJN, Fallos, 301-67, ha entendido que un precepto legal no debe ser aplicado literalmente sin un análisis previo de las circunstancias del caso, que conduzcan a su recta interpretación, porque de lo contrario se correría el riesgo de arribar a una conclusión irrazonable.

⁶⁶ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, L. V, cap. X, en “*Ética nicomaquea - Política*”, México, Porrúa, 1985, p. 71.

⁶⁷ Santo Tomás, *ob. cit.*, 1-2 q. 96 a. 6, t. VI, p. 199-191; 2-2 q. 120 a. 1, t. VIII, p. 698-699.

⁶⁸ Ver Massini, Carlos I., *El juicio de equidad en el sistema jurídico argentino*, ED. 45-863.

⁶⁹ Sanz, Carlos Raúl, *Consideración en torno al abuso del derecho*, LL, 1991-B-887, nota 7.

⁷⁰ Goldschmidt, *ob. cit.*, p. 276-279.

⁷¹ Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1974, p. 205.

⁷² Aristóteles, *Política*, *cit.*, L. 3^a, cap. VI, p. 209.

⁷³ Santo Tomás, *ob. cit.*, 2-2 q. 60 a. 5, t. VIII, p. 328.

obste a ello. Es que la aplicación literal de dicha norma puede contrariar a ese derecho fundamental de la persona humana, que es el de contraer matrimonio.

Admitido esto, cabría la dispensa del nuevo impedimento impediende de que tratamos. Pero, al respecto, debemos distinguir dos hipótesis, advirtiendo desde ya que consideramos aplicables por analogía en la especie a los arts. 167 a 170.

Entonces, si el menor emancipado con matrimonio disuelto que desea contraer un nuevo enlace carece de la edad mínima legal (art. 166, inc. 5º), requerirá de dispensa judicial de dicho impedimento dirimente, en los términos del art. 167, y con ello, del impedimento impediende del art. 133. La solución se impone en razón de su edad.

En cambio, si dicho menor es mayor de la edad legal suficiente para celebrar las bodas, nos parece que aquí la dispensa del impedimento del art. 133 no reviste el carácter excepcional de la anterior, bastando, por tanto, con el asentimiento de sus padres, de aquel de ellos que ejerza la patria potestad, o, si no los tuviera, con el del juez, o bien, con la complacencia de su ex tutor (cfr. art. 168), debiendo tramitar el pedido de dispensa como si se tratase de una simple autorización para contraer matrimonio, típico proceso voluntario⁸⁴. Sería suficiente, entonces, el asentimiento paterno o la conformidad del ex tutor para que el juez, sin más, otorgue la dispensa. No teniendo el menor emancipado en cuestión padres o ex tutor, podría él pedir tal dispensa, ofreciendo prueba sumaria que haga a la conveniencia de su futura alianza matrimonial.

Inclusive, creemos que el menor emancipado con matrimonio disuelto, mayor de la edad legal requerida, podría iniciar una suerte de juicio de disenso (art. 170⁸⁵; arts. 774 y 775, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación), solicitando a la vez la dispensa. Pero, si se limitase a requerir la dispensa, debería entonces notificarse a sus padres o a su ex tutor de

⁸⁴ Cfr. Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1985, t. VIII, p. 388-389.

⁸⁵ Consideramos que el art. 170, al establecer que las causas de disenso deben tramitar por juicio sumarísimo o por la vía más breve que prevea la ley local, autoriza al juez a determinar la clase de proceso aplicable, atendiendo a la complejidad y a la necesidad de debate del caso de que se trate. Recuérdese que en este tipo de procesos se ha admitido la apertura a prueba por un breve plazo (CNCiv 3º, 85/91, JA, 38-939).

su pedido—razones de prudencia jurídica⁸⁶ obligan a ello—, a los fines de que éstos presten su asentimiento o su conformidad, respectivamente, o bien, de que si tuviesen alguna legítima razón que obstare a la concreción del nuevo conubio proyectado, lo hagan saber al juez, expresando tales motivos en los términos del art. 169⁸⁷, operando así un proceso de disenso.

Entendemos que siempre cabe exigir la venia de los padres o la conformidad del ex tutor—esto último, porque, de cierta manera, el tutor conserva una cierta responsabilidad moral en cuanto a los actos de su ex pupilo, fuera de que sus dichos pueden resultar muy útiles—. Ello así, porque si bien la patria potestad y la tutela cesan por la emancipación legal de los hijos o pupilos, respectivamente (arts. 306, inc. 4º, y 455), y el menor emancipado por matrimonio es civilmente capaz (art. 131), creemos que sólo lo es en su esfera patrimonial—aunque con las restricciones legales (arts. 128, 134 y 135)—, y no en aspectos personalísimos, como lo es el supuesto en estudio, fuera de que los menores emancipados continúan siendo menores⁸⁸.

⁸⁶ Casares, ob: cit., p. 152 y siguientes.

⁸⁷ Entendemos que el art. 169 es de carácter enunciativo, pues no indica que la oposición "sólo" puede fundarse en los supuestos que explicita—como lo hacía el art. 24 de la ley 2393—, sino que establece que los representantes legales de los menores "podrán fundar" los motivos de su negativa en las causales contempladas en sus cuatro incisos.

⁸⁸1. Aclarando conceptos, diremos aquí que entendemos que el menor emancipado por matrimonio sólo es civilmente capaz en su esfera patrimonial y no en aspectos personalísimos—tales como la celebración de un nuevo matrimonio, habiéndose disuelto el anterior— y que las atribuciones resultantes de la patria potestad y de la tutela continúan con respecto a dicho menor en cuanto a estos últimos aspectos, no sólo por creer que el bien espiritual—aquí en juego—de este menor requiere—en la especie—del prudente opinar—con consecuencias jurídicas—de padres y tutores, por el elevado valor humano que importa, sino también por el fundamento legal que resulta del lamentable impedimento que criticamos (en cuanto le priva de realizar un acto personalísimo—casarse—), y, además, por aplicación analógica del nuevo art. 168, en cuanto su indicativo requiere del asentimiento de los padres o del tutor—o del juez, en su caso—para el matrimonio del menor emancipado por habilitación dativa. Así las cosas, si el régimen vigente en cuanto a los menores continúa con respecto a la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibirán a título gratuito si se hubieren casado sin autorización (art. 131), consecuentemente, creemos que con más razón aún ha de continuar en materias en las que no están en juego bienes patrimoniales—tal vez de escaso valor económico—, sino aspectos fundamentales de su vida y de su realización como ser humano.

Se nos podrá decir que la ley no concede acción al menor emancipado con matrimonio disuelto para solicitar la dispensa judicial —otra vez la interpretación literal—, y que, por lo tanto, no cabe nuestra interpretación analógica.

Responderemos, en primer lugar, que si no existen motivos serios para oponerse al casamiento de dicho menor, la negativa por la negativa misma, fundada en un mal interpretado silencio legal, además de ser de por sí abusiva⁸⁸, no es axiológicamente válida. Y, en segundo lugar, que el tan popular mito kelseniano de que en caso de "lagunas" del derecho —la falta de concesión normativa de la acción de que tratamos, en la especie—, que no admite, la demanda debe ser rechazada⁸⁹, no tiene cabida en nuestro derecho positivo, por la simple razón de que nuestra ley dispone lo contra-

⁸⁸ En cuanto a los fundamentos filosóficos del "abuso del derecho", consúltese el excelente estudio del doctor Carlos R. Sanz cit. en nota 83.

⁸⁹ Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 198-197; El derecho como objeto de la ciencia del derecho, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Bs. As., 1950, año 1, Tercera época, n.º 18, p. 30-31; Principios..., p. 260 y ss. y 327 y ss.; Teoría general del derecho y del Estado, México, Universidad Autónoma de México, 1968, p. 174 y ss.; Teoría pura del derecho, tr. de la ed. francesa, p. 45 y 172 y ss.; Teoría pura del derecho, tr. de la 2.ª ed. alemana, p. 254 y ss., no admite la existencia de "lagunas", por considerar que si ninguna norma jurídica impone la obligación que se cuestiona, el juez debe rechazar la demanda, aplicando la "regla general" según la cual toda conducta que no está prohibida está jurídicamente permitida —nadie puede exigir de otro una conducta determinada, si el segundo no está jurídicamente obligado a ello—, y en este sentido, estaría indirectamente determinada por el derecho. Por supuesto, si el derecho vigente impone la obligación cuestionada, el juez aplicará la norma respectiva, dándole razón al actor. Entonces, en ambos casos, el juez aplica el derecho vigente. Ahora bien, fuera de que tal opinión es parcial, pues la situación de indeterminación normativa puede referirse a otros supuestos que los de "obligaciones cuestionadas", es de observar que, sobre la base de tal "regla general", también puede llegarse a la solución contraria, pues si ninguna norma jurídica "prohíbe" la obligación que se cuestiona, aunque ninguna norma la determine expresamente, aquella estaría "permitida", y el juez, por lo tanto, debería dar trámite a la demanda; o, más simplemente, debería siempre el juez así proceder no habiendo norma que le prohíba dar curso a tal tipo de pretensiones (norma que, de existir, sería injusta —y aun inconstitucional—, pues desprotegería al justiciable), pues tal "conducta", en un todo compatible con sus facultades instructorias y con los fines de la magistratura, le estaría "permitida" (salvo que se intente argüir que tal "regla general" no rige para los jueces, con el consiguiente escándalo jurídico, pues los jueces lo son para resolver cuestiones justiciables, y no para eludir las). Por otra parte, nuestro ordenamiento jurídico veda expresamente tal "solución", en las normas que citaremos en la nota siguiente.

rio en las sabias normas contenidas en los arts. 15 y 16¹⁰⁰. Los rechazos de acciones judiciales por motivos "puros" —cualquiera que fuere el fundamento de la pretensión o de la petición extracontenciosa cuya tutela judicial se busca—, no son procedentes, pues, en nuestro ordenamiento jurídico¹⁰¹.

f) Alcance y efectos

El nuevo impedimento en estudio afecta al menor emancipado viudo, divorciado, o declarado ausente con presunción de fallecimiento reaparecido cuyo cónyuge hubiese contraído nuevas nupcias, no así al menor emancipado cuyo cónyuge haya sido declarado ausente con presunción de fallecimiento.

Esto es así porque el art. 133 alude al menor emancipado cuyo matrimonio se disuelva durante su menor edad, comprendiendo claramente al caso de la muerte de su con-

¹⁰⁰ Código Civil, art. 15: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes"; art. 16: "Si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". Más todavía, en otros cuerpos normativos nacionales pueden encontrarse disposiciones que remiten al Código Civil para la solución de situaciones de indeterminación normativa (v.gr., el Código de Comercio, Título Preliminar, art. 1) (comandando así, de manera expresa, la aplicabilidad de lo indicado por los transcritos arts. 15 y 16 del Cód. Civil, en su específico ámbito jurídico —las divisiones del derecho no constituyen compartimientos estancos—), o que establecen soluciones similares a las de la ley civil (v.gr., el Código Aeronáutico, art. 2°).

¹⁰¹ Por lo tanto, consideramos que una resolución judicial que, en lugar de ser tal, prefiera aplicar la "solución" propuesta por Keisen —fuera de ser apelable, pues el rechazo, tal vez *in limine*, y siempre contra leyes de una pretensión actora o reconconvencional, o de una petición extracontenciosa, causa agravio de por sí—, llegado el caso, debe ser tachada de arbitrariedad, pues es evidente que tal "decisión", fuera de estar basada en argumentos puramente dogmáticos (CSJN, Fallos, 236:27; 247:386, etc.), lo sería contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley con respecto al caso (CSJN, Fallos, 192:104; 193:135; 194:220, etc.), es decir, contra o con prescindencia de lo normado por los arts. 15 y 16 del Cód. Civil, y/o sus similares. Pero lo que no puede negarse es que la "solución" keiseniana resulta harto práctica para los jueces que no tengan ganas de trabajar. Trata Casares, ob. cit., p. 240-242, acerca de los fundamentos del recurso extraordinario por arbitrariedad; además, puede consultarse con provecho a Bianchi, Alberto, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, ED, 36-635.

sorte y al de divorcio vincular—incluyendo a la conersión de la sentencia de separación de cuerpos en divorcio—. En cuanto a la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, ella no disuelve ipso iure el vínculo matrimonial, sino que autoriza al cónyuge presente a contraer nuevas nupcias, y, si lo hace, es la celebración de este nuevo enlace lo que produce la disolución del vínculo anterior (art. 213, inc. 2º; art. 31, ley 14.394). Por lo tanto, se sigue de ello la curiosidad legislativa de que el emancipado menor de edad cuyo esposo ha sido declarado ausente con presunción de fallecimiento, como que su vínculo matrimonial no ha sido por ello disuelto, no resulta afectado por el impedimento del art. 133—atento a que los impedimentos matrimoniales no pueden ser ampliados por interpretación extensiva—, pudiendo contraer otras bodas con dispensa de su falta de edad legal o con la simple autorización de sus representantes legales o la judicial, en su caso, siendo ese nuevo conubio el que disolverá su vínculo matrimonial anterior.

Y en el caso de que el ausente presuntamente fallecido fuese el menor emancipado, si su cónyuge presente contrajera una nueva alianza matrimonial, y luego aquél reapareciese, también estaría afectado por el impedimento en cuestión, pues se trataría de un menor emancipado con matrimonio disuelto, dándose entonces el absurdo de que, pese a estar su primigenio esposo nuevamente casado, él no podría celebrar nuevas nupcias, hasta la mayor edad. Éste es otro motivo por el cual propiciamos la dispensabilidad del impedimento en examen, ya calificable, a esta altura de nuestro estudio, como una prohibición antojadiza e inmediata.

Resta tratar acerca de los efectos¹⁹² de este nuevo impedimento. Consideramos como tales a los siguientes:

1) Es causa de oposición a la celebración del matrimonio, por parte de los legitimados para ello (arts. 176 y 177); pero no lo es de denuncia, pues se trata de un impedimento impediende, y la denuncia sólo puede fundarse en la existencia de un impedimento dirimente (y, también, al parecer, en el supuesto del mal llamado impedimento al que alude el art. 166, inc. 9º—art. 178—).

2) Como todo impedimento es causa de negativa del ofi-

¹⁹² Acerca de los efectos de los impedimentos, en general, ver Belluscio, *ob. cit.*, t. 1, p. 314-315; Borda, *ob. cit.*, t. 1, p. 69; Zannoni, *Derecho de familia*, t. 1, p. 173 y siguientes.

cial público encargado del Registro Civil a la celebración del matrimonio (art. 195)¹⁰³.

3) Por tratarse de un impedimento impediante, y no estar contemplado en el art. 160, no es de orden público internacional, y, por ende, no obsta al reconocimiento de eficacia extraterritorial del matrimonio celebrado en país extranjero mediando el mismo.

4) No da lugar a sanción penal ni civil alguna contra el o los contrayentes afectados. El Código Penal (arts. 134 a 137) no incrimina a quienes celebran un matrimonio estando afectados por un impedimento impediante¹⁰⁴, y la sanción patrimonial prevista por la ley civil —art. 131—¹⁰⁵, a nuestro entender es inaplicable en la especie, pues ella está prevista para el caso del matrimonio celebrado por menores de edad no emancipados sin autorización de sus representantes legales, y no para el caso de menores viudos, divorciados o ausentes reaparecidos, en las condiciones antes indicadas, ya emancipados por su matrimonio disuelto que contraigan nuevas nupcias sin dispensa. Además, las sanciones legales no son aplicables por analogía. Como que no son posibles de dicha sanción, tendrán la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieran a título gratuito, sin necesidad de ulterior habilitación. Sin perjuicio de ello, es claro que continuará con respecto a estos menores el régimen dispuesto por lo indicado en los arts. 134 y 135.

3. CONCLUSIONES. LEGISLACIÓN PROYECTADA

Teniendo presente lo hasta aquí expuesto, podemos concluir nuestro análisis afirmando que la ley 23.515 nos ha deparado una auténtica sorpresa legislativa, al introducir si-

¹⁰³ Cfr. Méndez Costa, Régimen legal, p. 27.

¹⁰⁴ Recuérdese que el hecho del contagio de una enfermedad venérea es un delito punible, como antes lo señalamos, pero la tipicidad está dada por el contagio, y no por la violación del impedimento eugenésico matrimonial.

¹⁰⁵ Código Civil, art. 131, párr. 2º: los menores de edad que "se hubieran casado sin autorización, no tendrán, hasta los veintún años, la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación".

gilosamente un nuevo impedimento matrimonial, impedimento, en rigor, exagerado e inútil. Exagerado porque la prohibición que importa —y más todavía en los términos aparentemente absolutos en que ha sido formulada—, a nuestro entender no goza de fundamento bastante: no es razonable restringir *a priori* el nuevo matrimonio a un menor emancipado con nupcias anteriores disueltas, sobre la base del preconcepto de su ineptitud conyugal por haberse divorciado¹⁰⁸, cuando bien su anterior matrimonio pudo desquiciarse sin culpa alguna de su parte —el matrimonio no es un contrato de seguro contra el posible fracaso conyugal—, o bien, pudo haberse disuelto por muerte del cónyuge del menor o por un nuevo enlace contraído por su consorte presente,

¹⁰⁸ Por ser éste nuestro primer trabajo relativo a una cuestión de derecho de familia, no podemos concluirlo sin dejar de apuntar nuestro parecer acerca del divorcio vincular, recientemente incorporado a la normativa matrimonial argentina, aunque sea en forma breve y en una nota. Al respecto, descartando que es obvio que para los católicos el matrimonio rato —el matrimonio válido entre bautizados, que tiene carácter sacramental— y consumado (lo que ocurre cuando “los cónyuges han realizado de modo humano el acto conyugal apto de por sí para engendrar la prole” —lo que nos permite entender que el matrimonio rato sólo se consuma con las relaciones sexuales in natura y no mediando contracepción—) es indisoluble en vida de los esposos (Código de Derecho Canónico, cánones 1055, 1056, 1061, 1134 y 1141, p. 502-503, 507, 551 y 553) (obviamente, el divorcio civil no afecta al vínculo canónico, sobre el que el Estado laico carece de competencia, y si los esposos civilmente divorciados profesan la religión católica, deben ser conscientes de que su nueva unión civil no podrá ser bendecida por la Iglesia —*cf.*, García Cantero, *ob. cit.*, p. 19-20—), y destacando que se han esgrimido muy fuertes argumentos en contra del divorcio (*v. gr.*, *vs. Borda*, *ob. cit.*, t. I, p. 459 y ss.; Mazzinghi, *ob. cit.*, t. III (ed. 1981) p. 16 y ss. (inclusive, con anterioridad a la sanción de la ley 23.515, se ha planteado, a nuestro entender correctamente, la entonces posible —hoy actual— inconstitucionalidad del divorcio vincular —*vs.* Barbero, Omar U., *Reflexiones a partir del pensamiento jurídico de Hipólito Frigoyen acerca del divorcio*, ED, 111-870; Hernández, Héctor H., *Constitución y divorcio*, ED, 123-848—), y también sin olvidar la opinión de Santo Tomás acerca de la indisolubilidad del matrimonio (*vs.* Morán, U. P., *Fr. Sabino Alonso, “Introducción a la q. 67”*, en la *Suma Teológica*, t. XV, p. 60 y ss.), honestamente, el mantenimiento del vínculo civil cuando ya no hay amor entre los cónyuges no termina de convenernos. Por otra parte, en el estado actual de nuestra legislación, en caso de divorcio —al igual que en caso de separación de cuerpos o de separación de hecho—, creemos que, de no lograrse la reconciliación de los esposos, debe entonces principalmente atenderse al bienestar afectivo, psicológico y económico de los hijos menores, de haberlos, normalmente víctimas inocentes de tales eventos, y a ello debe estar dirigida la actividad de los letrados patrocinantes, así como toda resolución judicial atinente a su tenencia, alimentos y régimen de visitas, con la imprescindible colaboración de asistentes sociales y psicoterapeutas familiares.

en el supuesto de ausencia con presunción de fallecimiento antes indicado. Y es inútil, pues el menor emancipado con matrimonio disuelto continúa siendo menor, y, por lo tanto, según cual fuera su edad, requerirá de dispensa o de autorización para contraer matrimonio. De ahí que parecería prudente derogar este segundo párrafo del art. 133. Ni siquiera al discreto gobernador de la insula de Barstaria se le podría haber ocurrido promulgar un impedimento tal.

A este último respecto, nos es grato recordar un pensamiento de Tomás D. Casares: "la ley debe conformarse al mismo tiempo con los principios primeros de justicia, esto es, con el derecho natural y con todo lo que es circunstancialmente requerido por el modo accidental de ser del lugar y de la época"¹⁸⁷. Y lo recordamos porque creemos que este antojadizo e inmeditado impedimento de que tratamos no se adecua a razones claras de justicia, fuera de que no era requerido por razones circunstanciales atinentes a nuestra Argentina de 1987.

Finalmente, debemos acotar que el actual Proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación, que cuenta con sanción de la Cámara de Diputados de la Nación, contiene innovaciones que hacen al tema de que tratamos. En efecto, tal Proyecto fija la mayoría de edad en los dieciocho años (art. 126), suprime la emancipación por habilitación de edad, mantiene la irrevocabilidad de la emancipación por matrimonio (art. 128) y sustituye al texto del art. 133, cuya norma proyectada se limita a establecer la no administración de los bienes recibidos o que recibiere a título gratuito por parte del menor que hubiera celebrado matrimonio sin la autorización necesaria, la que debe ser dada por los padres, por quien ejerza la patria potestad, por el tutor o por el juez, requiriendo de la misma todo menor, aunque esté emancipado (art. 168). Y se requiere el consentimiento expreso de ambos padres para autorizar a "la hija" a contraer nupcias (art. 264 quater, inc. 1º)¹⁸⁸.

Al respecto, es de advertir que no se contempla ningún impedimento tal como el creado por la reforma de 1987, que criticamos, lo que es correcto, como también lo es el requerimiento de la autorización para contraer matrimonio para todo menor —de manera tal que el menor emancipado con

¹⁸⁷ Casares, *ob. cit.*, p. 133.

¹⁸⁸ Proyecto de Código Civil, Bs. As., Astrea, 1987, p. 75-76.

matrimonio disuelto ha de necesitar de ella¹⁰⁸, y el mantenimiento de la irrevocabilidad de la emancipación por matrimonio, así como la indicada sanción patrimonial para el menor que se casa sin autorización. Pero no entendemos por qué el asentimiento bilateral paterno se limita al caso de que sea "la hija" quien desea contraer nupcias, excluyéndose al hijo varón, sin que, a nuestro parecer, existan motivos para tal discriminación. Tanto en uno como en otro caso, se trata de autorizar a un menor para contraer matrimonio, decisión que, dada su trascendencia, debe ser tomada por ambos padres, sin que el sexo del menor pueda considerarse elemento diferenciador suficiente como para establecer distintas soluciones. En la especie, resulta prudente exigir el consentimiento expreso de ambos padres, y no el presumir que la autorización dada por uno de los padres para el matrimonio del hijo menor varón cuenta con el asentimiento del otro.

Por otra parte, como se proyecta establecer la mayoría de edad a los dieciocho años, consecuentemente, se elimina la habilitación dativa. Al respecto, en las "Notas explicativas" del Proyecto, se dice que se establece que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años "conforme la creciente mayoría de la legislación contemporánea comparada"¹⁰⁹, o bien, teniendo en cuenta, "entre otras circunstancias, la legislación contemporánea comparada"¹¹⁰. Vale decir, se establece la mayoría de edad a los dieciocho años porque es bueno imitar al vecino —tal vez para no pecar de "subdesarrollados"— y por "otras circunstancias" que no se indica cuáles son. Pero como nuestra sociedad no es la europea, y teniendo presente que, como nos lo recuerda el Aquinate, entre otras cualidades, la ley, según San Isidoro, debe ser apropiada a las costumbres del país (de que se trate, conveniente al lugar y al tiempo y necesaria¹¹¹, sinceramente, creemos que, hoy y en nuestro país, no resulta beneficioso para sus destinatarios fijar tal mayor edad. Si bien no se puede generalizar al respecto, nos parece que un joven de dieciocho años, aunque la materia es harto opinable, carece de las vivencias suficientes como para asumir la plena capacidad.

¹⁰⁸ Cfr. Méndez Coata, *Régimen legal*, p. 60-61 y 203.

¹⁰⁹ Proyecto de Código Civil, p. 34.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹¹¹ Santo Tomás, *ob. cit.*, 1-2 q. 95 a. 3, t. VI, p. 149.

Creemos que es en los dos o tres años que anteceden a la mayor edad actual, cuando los jóvenes adquieren la suficiente experiencia —y en algunos casos, una mayor o la madurez que les faltaba— que les permite un más seguro desenvolvimiento individual en la vida, y, particularmente, en el comercio jurídico. Insistimos en que creemos que esto es así actualmente, fuera de que, además, parece no haber exigencias sociales que hagan a la fijación de la mayor edad proyectada. La evolución futura de nuestra sociedad nos indicará cuándo tal reforma resulte conveniente.

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles, *Ética nicomachea-Política*, México, Porrúa, 1983.
- Barbero, Omar U., *Reflexiones a partir del pensamiento jurídico de Hipólito Yrigoyen acerca del divorcio*, ED, 111-87D.
- Beheshif, Muhammad Husain-Bahonar, Muhammad Yauad, *Introducción a la filosofía del Islam*, Bs. As., Alborada, 1988.
- Belluscio, Augusto César, *Tratado de derecho de familia*, Bs. As., Depalma, t. I, 1974; t. II, 1976; t. III, 1981.
- Bianchi, Alberto, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, ED, 99-825.
- Bidart Campos, Germán J., *Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: un aspecto constitucional*, ED, 14/8/89, n° 7098, p. 1.
- Bianco, Luis Guillermo, *El derecho entendido como potestad (Acercos del dualismo derecho objetivo-subjetivo)*, en "Prudentia Iuris", Buenos Aires, Universitas, 1983, n° XI, p. 123 y siguientes.
- Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, Bs. As., Perrot, 1977, t. I.
- Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad (ley 23.264)*, Bs. As., Astrea, 1985.
- Casares, Tomás D., *La justicia y el derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1974.
- D'Antonio, Daniel H., *Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1987.
- Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1974.
- Fleitas Ortiz de Rosas, Abel, *La reforma del régimen del matrimonio civil: impedimento*, LL, 1987-D-881.
- Garca Cantero, Gabriel, *El divorcio*, Madrid, Católica, BAC, 1977.
- Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Bs. As., Depalma, 1978.
- Graveris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Bs. As., Eudeba, 1977.
- Hernández, Héctor H., *Constitución y divorcio*, ED, 123-949.
- Jolivet, Régis, *Curso de filosofía. Tratado completo*, Bs. As., Club de Lectores, 1982.

- Kant, Emanuel, *Principios metafísicos del derecho*, Madrid, Victoriano Suárez, 1873.
- Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
- *El derecho como objeto de la ciencia del derecho*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Bs. As., 1950, año I, Tercera época, n.º 18, p. 24 y siguientes.
- *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Bs. As., Losada, 1948.
- *Principios de derecho internacional público*, Bs. As., El Ateneo, 1965.
- *¿Qué es la justicia?*, Bs. As., Leviatán, 1981.
- *Sociedad y naturaleza*, Bs. As., Depalma, 1945.
- *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Unam, 1969.
- *Teoría pura del derecho*, tr. ed. francés de 1953, Bs. As., Eudeba, 1977; tr. 2.ª ed. alemán de 1980, México, Unam, 1982.
- Kelsen, Hans - Cosío, Carlos, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*, Bs. As., Kraft, 1952.
- Kelsen, Hans y otros, *Crítica del derecho natural*, Madrid, Taurus, 1966.
- Loyarte, Dolores, *Sobre la nueva ley de matrimonio civil*, en "Quorum", periódico mensual del Colegio de Abogados de Mar del Plata, julio 1987, año II, n.º 14.
- Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Bs. As., Perrot, 1973.
- Mazzini, Carlos I., *El juicio de equidad en el sistema jurídico argentino*, ED, 85-843.
- Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, t. I, 1971; t. III, 1981.
- Medina, Graciela, *Las leyes 23.264 y 23.515: incidencia sobre la parte general del derecho civil*, LL, 1987-D-1043.
- Méhész, Koenél Zoltán, *El mundo clásico*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1973.
- Méndez Acosta, José Ma. - Tamini, Martín A., *Matrimonio, separación y divorcio. Reforma al Código Civil. Ley 23.515*, prólogo de Carlos H. Vidal Taquini, Bs. As., Bixá, 1987.
- Méndez Costa, María Josefa, *Interpretación y aplicación del derecho positivo de familia*, JA, 24-1974-482.
- *Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1987.
- Montejano, Bernardino, *Curso de derecho natural*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978.
- Navarro Floria, Juan G., *El matrimonio de menores según la ley 23.515*, ED, 24-B-88, n.º 8805, p. 1 y siguientes.
- Novellino, Norberto J., *Nuevas normas de familia. Matrimonio. Divorcio. Ley 23.515*, Bs. As., Ezequiel, 1987.
- Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1985, t. VIII.
- Saint-Exupéry, Antoine de, *Ciudadela*, Bs. As., Goncourt, 1965.
- Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica*, Madrid, Católica, BAC, t. VI, VIII y XV, 1956.
- Sanz, Carlos R., *Consideración en torno al abuso del derecho*, LL, 1981-B-888.
- Stekel, Wilhelm, *El matrimonio moderno*, Bs. As., Libera, 1984.

- Vidal Taquiri, Carlos H., *Ley de matrimonio civil: observaciones al proyecto*, LL, 1995-E-1094.
- Viglioglia, Pablo A., Flichman, Juan Carlos y otros autores, *Tratado de venerología práctica*, Bs. As., Fossati, 1977.
- Villey, Michel, *El pensamiento jurídico de Aristóteles y de Santo Tomás*, Bs. As., Ghersi, 1981.
- *Método, fuentes y lenguajes jurídicos*, Bs. As., Ghersi, 1978.
- Wolf, Erik, *El problema del derecho natural*, Barcelona, Ariel, 1960.
- Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Bs. As., Astrea, 1981, t. I y II.
- *Régimen de matrimonio civil y divorcio*, Bs. As., Astrea, 1987.
- Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1988.
- Código de derecho canónico*, ed. bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, Madrid, Católica, BAC, 1985.
- "Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación", Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1986.
- "Diario de Sesiones. Cámara de Senadores de la Nación", Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1987.
- Ley de matrimonio de la República Popular China*, Beijing, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1983.
- Proyecto de Código Civil*, Bs. As., Astrea, 1987.
- H. Cámara de Diputados de la Nación, *Diario de Sesiones*, Imprenta de Congreso, 1986.
- H. Cámara de Senadores de la Nación, *Diario de Sesiones*, Bs. As., Imprenta del Congreso, 1987.

UNIVERSITARIAS

**IMPORTANCIA DE LA REVISTA JURÍDICA
ESTUDIANTIL EN EL DESARROLLO
DEL ESTUDIANTE. EXPERIENCIA DE LA REVISTA
JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO**

José L. Nieto Miró*

1. INTRODUCCIÓN

En ocasión de este "Primer Encuentro Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Dirigidas por Estudiantes" deseo compartir algunas de mis preocupaciones e ideas en cuanto a qué es y debe ser la Revista Jurídica, la función que cumple en el desarrollo del estudiante, y la aportación que puede y debe hacer al estudio del derecho y a la integración de los estudiantes de derecho latinoamericanos.

**2. LA REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD
DE PUERTO RICO COMO INSTITUCIÓN**

La Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico se fundó en el año 1932¹ siguiendo el modelo de las revistas jurídicas que existían en las facultades de derecho norteamericanas. Se ha publicado ininterrumpidamente desde entonces, lo que la hace una de las más antiguas de Puerto Rico y ciertamente la más estable². Su junta editora está

* Director de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. Ponencia presentada en el Primer Encuentro Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas dirigidas por Estudiantes (ver sección Actualidad).

¹ Ver Rodríguez Ramos, El nacimiento de nuestra Revista Jurídica, 41 Rev. Jur. U.P.R. 179 (1972).

² Ver Delgado Cintrón, Breve historia de las revistas jurídicas puertorriqueñas, 32 Rev. Col. Ab. P.R. 91 (1971).

compuesta en su totalidad por estudiantes que cursan su último año en la Facultad de Derecho. Cada junta editora selecciona a los estudiantes que integrarán la junta editora del próximo año tomando en cuenta la labor académica que los estudiantes han realizado en sus años de estudio y sus habilidades de redacción. Los estudiantes llevan a cabo todas las tareas que se requieren para su publicación, desde pasar juicio sobre los artículos que se someten para posible publicación, hasta corregir la redacción y evaluar la profundidad de la investigación hecha por el autor.

Tanto en Puerto Rico como en los Estados Unidos, la Revista Jurídica comenzó como una organización estudiantil que suplía la falta de información que existía en la profesión jurídica³. En Puerto Rico, a principios de siglo, los abogados dependían para el estudio y práctica del derecho de tratados publicados en los Estados Unidos o en España. La Revista Jurídica servía de informador a los abogados practicantes de los desarrollos que se experimentaban en los distintos campos del derecho. Particularmente, les proveía un análisis de las normas jurídicas que hacían los tribunales por medio de sus sentencias. De ahí que, en sus comienzos, las revistas jurídicas tanto en Puerto Rico como en los Estados Unidos cumplieran una función más informativa que formativa.

A medida que las publicaciones comerciales fueron llenando ese vacío, y que los currículos y el estudio del derecho fueron tomando otro enfoque, la Revista Jurídica cambió su naturaleza, tanto en su temática como en su razón de ser.

Hoy en día existen muy pocas instituciones análogas a la Revista Jurídica. Distinto de lo que sucede en otras disciplinas, donde las publicaciones profesionales están a cargo de profesores y profesionales reconocidos en sus respectivos campos, en la Revista Jurídica son los estudiantes los que realizan tan importante labor. En este sentido, la Revista Jurídica es única.

Se ha debatido por qué son los estudiantes de derecho y no los profesores los que publican o editan la revista⁴. El

³ Para un análisis de los orígenes históricos de las revistas jurídicas publicadas por estudiantes en Estados Unidos ver Swygert y Bruce, *The Historical Origins, Founding, and Early Development of Student-Edited Law Reviews*, 38 *Hastings L.J.* 739 (1985).

⁴ Para una crítica a las revistas jurídicas publicadas por estudiantes, ver Mewett, *Reviewing the Law Reviews*, 8 *J. Legal Educ.* 188 (1955).

hecho que seamos nosotros los que tengamos la última palabra en cuanto a la edición y publicación de un artículo en ocasiones nos ubica en posiciones difíciles. Nos obliga a justificar decisiones y a responsabilizarnos por ellas. Nos obliga también a plantearnos si estamos realmente capacitados para evaluar el trabajo que han hecho personas que nos sobrepasan en años de estudio y experiencia. Constituye en fin de cuentas, un reto.

El entrenar a los estudiantes y capacitarlos para que lleven a cabo esta tarea constituye un reto también para nuestra Escuela de Derecho y para nuestros profesores. En última instancia la calidad de nuestra Revista es un reflejo de nuestra escuela y de nuestros profesores.

3. LA REVISTA JURÍDICA COMO EXPERIENCIA EDUCATIVA

La publicación de una Revista Jurídica requiere que el estudiante lleve a cabo una serie de labores. Primero tiene que identificar cuáles son las zonas del derecho y los temas que merecen ser explorados. Se ha señalado que muchos de los artículos que se publican carecen de originalidad, que son aburridos, demasiado largos y que contienen demasiadas notas al calce, también aburridas y extensas⁵. Muchos críticos de la Revista señalan que los temas de los artículos que se publican no son de interés general, ni tratan temas de actualidad.

Por lo tanto es esencial que los editores de la Revista no permanezcan pasivos en espera de que se sometan artículos ante su consideración. La Revista tiene la responsabilidad de fomentar la investigación y el análisis de problemas jurídicos contemporáneos. Puede realizar esta función ayudando al estudiante interesado en escribir a escoger y delimitar su tema, y proveyéndole un foro a los profesionales interesados en compartir sus ideas.

Debe además solicitar y asignar específicamente la investigación y preparación de trabajos sobre temas importantes. De este modo los artículos que se publiquen no se limitarán a resumir el estado de derecho en una zona determinada, o a repetir lo dicho por los tribunales y los tratadistas.

⁵ Zenoff, *I Have Seen the Enemy and They Are US*, 36 J. Legal Educ. 21 (1986).

tas. Reflejarán además el análisis crítico de las normas jurídicas, identificando los valores subyacentes bajo de ellas y cuestionando su justicia⁴. Le proveerán al lector trabajos en los que el autor ha hecho un juicio valorativo y ha llegado a alguna conclusión.

La segunda tarea que tienen que llevar a cabo los editores de la Revista es la de examinar detenidamente la investigación que ha hecho el autor del artículo sometido para evaluación y posible publicación. Es indispensable que los editores y redactores vayan a las fuentes que el autor cita en su trabajo y evalúen varios aspectos. En primer lugar, es esencial que el autor cite correctamente las fuentes que utilizó en su trabajo, de suerte que los lectores del artículo puedan localizarlas sin dificultad y facilite futuras investigaciones. Pero más importante aún es que el estudiante lea las fuentes citadas y compruebe si en realidad éstas apoyan las conclusiones a que el autor llega. Al hacer esta tarea, el estudiante no sólo está aprendiendo y familiarizándose con el tema o campo del derecho objeto del artículo sino que además está analizando críticamente el proceso de investigación y de análisis que utilizó el autor.

El tercer aspecto importante en este proceso educativo es la interacción que tengan los editores con los profesores y demás profesionales que colaboran con la Revista. Cuando se somete un artículo para posible publicación en la Revista se obliga a los estudiantes a trabajar y a involucrarse directamente con las ideas que el autor intenta transmitir.

El proceso de edición y evaluación de un trabajo genera discusión entre los mismos editores y entre los editores y el autor. No siempre los editores están de acuerdo en cuanto a si un artículo debe publicarse o no. Del mismo modo, tampoco están siempre de acuerdo en cuanto a qué cambios se le deben hacer a un artículo. El autor en muchas ocasiones resiste tenazmente los cambios propuestos. Este proceso nos obliga a evaluar y a discutir las controversias que se suscitan a la luz de nuestra concepción particular de las cosas. Independientemente del resultado o de la conclusión a que se llegue, el proceso tiene un valor enorme para el estudiante.

⁴ Para un esquema de análisis crítico, ver Godreau, *Un esquema para el análisis de problemas de derecho civil patrimonial*, 55 Rev. Jur. U.P.R. 9 (1986).



Como todo proceso educativo, la participación del estudiante en la Revista Jurídica lo transforma. Desarrolla en él no sólo las destrezas de redacción e investigación sino que le da la oportunidad de evaluar críticamente y de reflexionar sobre lo que ha aprendido durante sus años de estudio.

4. INTEGRACIÓN DE LOS ESTUDIANTES DE DERECHO LATINOAMERICANOS A TRAVÉS DE UNA PUBLICACIÓN JURÍDICA ESTUDIANTIL

Me entusiasma mucho la idea de establecer un consejo latinoamericano de revistas jurídicas estudiantiles. A través de éste podríamos beneficiarnos de las experiencias de otros estudiantes de derecho y fomentar la investigación de temas que nos interesan a todos.

Espero que este "primer encuentro" marque el comienzo de una relación fructífera y duradera entre las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes y fomento el establecimiento de otras a través de las facultades de derecho de toda Latinoamérica. El éxito o fracaso de este proyecto dependerá en gran medida de que los estudiantes de derecho reconozcamos la importancia de la investigación y la publicación para preservar y difundir el conocimiento.

ACTUALIDAD

REPÚBLICA Y JUSTICIA CRIMINAL

JULIO B. J. MAIER

1. EL SISTEMA VIGENTE

El sistema nacional de administración de justicia en materia penal conserva, sustancialmente, las formas del procedimiento de la época colonial. Rige la legislación procesal penal española anterior a la transformación con la que España acompañó el movimiento reformador del siglo XIX (Ley de Enjuiciamiento Penal de 1882). Esto equivale a señalar que predominan los caracteres formales inquisitivos: el procedimiento penal se resume en una investigación escrita, parcialmente secreta, que inicia el propio inquisidor y cuyo resultado determina, por intermedio de los registros que él deja (actas) sobre su actividad, la solución del caso.

Las escasas modificaciones que ya existían en la legislación española que tomó como modelo el Código federal, e, incluso, las reformas parciales que este último sufrió, por imperio de las circunstancias, nunca alcanzaron, tan siquiera, para disfrazar los principales símbolos inquisitivos provenientes de *l'ancien régime*. En efecto, la encuesta, registrada en actas e, inclusive, secreta, que practica el juez de instrucción, a la manera del antiguo inquisidor, es la que gobierna el procedimiento, la que provee el material esencial para la sentencia y la que reemplaza al enjuiciamiento público, oral y continuo, propio del Estado de derecho.

Desde el punto de vista de la organización judicial sucede otro tanto. El sistema vigente reproduce una organización de tribunales jerárquica al extremo, fundada en el control interno de las decisiones que emite, al punto de que sus tribunales superiores nunca pudieron distinguir claramente el control personal sobre el funcionario o el órgano,

del control sobre la decisión, estructura y actitud propias del absolutismo y del sistema judicial de la Inquisición. A ello se agrega una estructura administrativa absolutamente rígida y feudalizada, de un "burocratismo" casi enfermizo, que trata a las partes que integran un tribunal (jueces o reunión de jueces para integrar un cuerpo de decisión) como un todo ("juzgados" o "salas" absolutamente autónomos), por la vía de la atomización administrativa, multiplicando así los problemas de comunicación y relación entre los diferentes cuerpos —unipersonales o colegiados— de decisión.

Todo ello sucede a pesar de la cláusula expresa de la Constitución Nacional (art. 24) que mandó reformar la legislación colonial, en sentido sustancial; tanto es así, que también mandó a implementar el juicio por jurados, institución propia del sistema republicano de gobierno (art. 1°), recuperada por la república y el Estado de derecho en el siglo XIX, que evoca, con claridad, un tipo de enjuiciamiento penal diametralmente distinto del de la inquisición: juicio público, oral, continuo y contradictorio, llevado a cabo en la presencia inmediata de todos aquellos legitimados a cumplir en él un papel determinado (acusado, defensor, acusador, juez, etcétera). Por otra parte, la sola mención del juicio por jurados trae a escena una organización fundamentalmente horizontal de los tribunales y la preferencia por los controles externos, esto es, extraños a la propia organización autocrática y fundados en la soberanía popular, mejor adaptado a la necesaria independencia e imparcialidad del tribunal de juicio, en la teoría republicana, que el sistema jerárquico y burocrático.

No sólo de esta regla emerge la contradicción del sistema vigente con la Constitución Nacional (se puede leer también todo su sistema de garantías, arts. 18 y 19, extraño a la encuesta inquisitiva), pero ella, que la ley fundamental repite insistentemente (tres veces: arts. 24, 67, inc. 11, y 102), representa algo más que un indicio acerca de la desvinculación que existe, en nuestro derecho, entre el discurso jurídico principista y los instrumentos legales que (no) pretenden realizarlo. Por si ello fuera poco, el sistema vigente se contraponen, también, con los pactos internacionales suscriptos y ratificados por la República Argentina: ver, por ejemplo, Declaración Universal de Derechos Humanos (votada afirmativamente por la Argentina), art. 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por la Argentina, ley 23.313), art. 14; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Argentina signataria), art. 26; Con-

vención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Argentina, ley 23.054), art. 8º, nº 5.

Este desajuste entre las instituciones reales y el discurso principista no reside tan sólo, como se puede suponer, en el ámbito meramente especulativo (normativo); todo lo contrario, se extiende al campo de las acciones concretas, de la praxis jurídica, de manera tal que provoca una verdadera parálisis judicial, pues la justicia penal no cumple ninguno de los fines posibles que le son asignados, ni todos ellos conjuntamente. En efecto, resulta evidente, pero se puede también verificar empíricamente, que el sistema de administración de justicia penal no sirve al Estado, pues no favorece la persecución de los delitos, ni al individuo, pues no garantiza realmente el respeto de los derechos fundamentales de la persona. Que ello suceda así no es casual. La inquisición, el sistema de procedimiento por registros (escritura), el secreto de la encuesta, al menos para el público en general, van unidos al sistema de valoración legal de la prueba y, con ello, al tormento aplicado a imputados y testigos, a mujeres, varones y niños, al ingreso restringido a la morada y, en general, a la vida privada, esto es, a métodos crueles que privilegiaban la investigación de la verdad por sobre la dignidad humana (*salus publica suprema lex est*). El sistema de prueba por registros y la valoración legal de la prueba sólo puede funcionar con supresión de estos métodos crueles de inquisición, a costa de impedir la averiguación de la verdad, esto es, pagando con moneda de impunidad y con escasa productividad en la solución de conflictos sociales.

Este es otro de los graves problemas que soporta el sistema actual. Sus estadísticas demuestran que el sistema discrimina en el sentido de que se ocupa, en proporción enorme, de los casos más sencillos y de los habitantes menos favorecidos socialmente. En cambio, provoca cuotas altísimas de impunidad en los procedimientos complejos, principalmente en los delitos no tradicionales (económicos, contra el medio ambiente, drogas, etc.), en aquéllos cuyos acusados pertenecen a la capa más favorecida de la población. Con ello, el sistema vigente funciona a contrapelo de la práctica universal: se muestra idóneo para resolver los casos de menor importancia e impotente para solucionar los conflictos sociales más graves. Ello, además, trae aparejada una consecuencia siniestra, la impunidad en sentido material. Toda sociedad necesita corroborar, en la solución de

los conflictos particulares, la vigencia de los valores que sustentan la convivencia pacífica; la impotencia para resolver aquellos conflictos que conmocionan los cimientos de nuestra convivencia y nuestro desarrollo genera el resultado advertido.

No se podría terminar de describir el sistema judicial vigente si no se pusiera de manifiesto la delegación enorme de las funciones que produce, desde los jueces y funcionarios que por ley tienen a su cargo una determinada tarea judicial, hacia otros funcionarios o empleados subalternos del sistema. Ello es propio del sistema de registro de los actos, en el cual, en realidad, el acta reemplaza al acto. Empero, ello sólo se produce merced a una justicia encapsulada en los funcionarios y en los profesionales, ajena a la población y a su control; al contrario, el sistema vigente, en lugar de privilegiar el control público, externo, privilegia el control interno, por la misma burocracia.

Actualmente, el cuerpo social está alejado de la administración de justicia; la población, en general, no tiene posibilidades de comprender cómo se administra justicia, ni de controlar su eficiencia. Sólo unos escasos juicios orales, realizados en el sistema federal según leyes de excepción, han demostrado cómo la población puede comprender y controlar la administración de justicia, base ineludible de un sistema republicano de gobierno. De allí también el desprestigio del Poder Judicial, sobre el cual el ciudadano, cualquiera que sea su ubicación social, económica y cultural, tiene representaciones totalmente apartadas de la realidad.

2. EL PROYECTO DE REFORMA

En el ámbito de la reforma del Estado, que a todos parece tan imprescindible en estos momentos, es el Poder Judicial y la tarea que él realiza, administrar justicia, la institución y la labor que con más urgencia se debe adaptar al estilo de vida democrático y a las necesidades actuales. Un servicio de justicia eficiente es una herramienta central e imprescindible para la consolidación del sistema democrático y para asegurar la paz social dentro de él.

Ello implica un cambio cualitativo, una nueva rutina en el tratamiento de los casos, un nuevo perfil de los funcionarios y magistrados, una nueva manera de capacitarlos, un

nuevo enfoque en la administración de los tribunales y de más operadores estatales del sistema. La consecuencia es clara: sólo mediante una reforma global del sistema se podrá alcanzar la meta de adecuar la administración de justicia a un Estado de derecho y, al mismo tiempo, tornarla eficiente para responder, democráticamente, a su función específica, la solución de conflictos sociales.

Esta reforma global se ha encarado por el Poder Ejecutivo nacional en un área tan conflictiva como la penal. No se ha utilizado aquí el método de hacer "más de lo mismo", en el sentido de crear más cargos de jueces o más auxiliares de ellos, multiplicando la burocracia ya existente, ni de reformar tan sólo aparentemente el sistema, en el sentido de las múltiples leyes de "reforma" del actual sistema vigente, que nunca transformaron la forma de administrar justicia en materia penal, ni la rutina que seguían, y todavía siguen, quienes operaban y operan el sistema.

La reforma propuesta transita ahora por otros caminos que, como dijimos, conducen a cambios cualitativos del sistema. No otra cosa significa incorporar el juicio oral y público a nuestras prácticas judiciales, —incluso para resolver incidentes intermedios—, con la participación ininterrumpida de todas las personas y los funcionarios legitimados por la ley para intervenir en la solución del conflicto, institución que torna transparente la justicia penal, la hace accesible y comprensible para el público en general y, con ello, para la prensa, con su tarea multiplicadora de la información en la opinión pública. Del mismo modo, la supresión de la antigua manera de preparar la acción penal oficial —investigación penal para decidir acerca de la interposición de la acusación o el pedido de sobreseimiento— confiada a un juez de instrucción, inquisidor cuyo mantenimiento proviene del compromiso político entre la reforma del siglo XIX y su pasado inmediato, la Inquisición, para reemplazarla por una investigación ágil del caso penal, en manos del ministerio público —órgano encargado de la acción penal—, con control suficiente de parte de los jueces (sistema de garantías constitucionales), representa un avance en varios sentidos: a) en primer lugar, el de la eficiencia de la propia persecución penal estatal, hoy trabada por la rigidez de la asignación de los casos en relación a los recursos humanos y materiales existentes; b) en segundo lugar, el de la eficiencia del control sobre las acciones del Estado que pueden lesionar la seguridad individual, hoy trabada por el doble papel que se obliga a cumplir al juez de instrucción, inquisidor y juez de garan-

tias, en lugar de preservar para los jueces la función de velar por las seguridades de los ciudadanos, evitando su transformación en persecutores penales oficiales; c) en tercer lugar, el tiempo de duración del procedimiento, sobre todo en los casos graves, que se abreviará considerablemente cuando, al ser asignados los casos, se destinen a ellos mayores recursos humanos y materiales, solución imposible de pensar con el sistema actual.

A esas ventajas esenciales del procedimiento se agrega un tratamiento innovador en el plano de la organización judicial, con el objetivo de desburocratizar la administración de justicia y personalizar el tratamiento del caso penal, lo que implica una lucha sin cuartel contra la "delegación" de funciones, institución práctica cuya hipocresía consiste en que el funcionario, que debe por ley tomar a su cargo el caso, delega sus funciones en empleados subalternos que se ocupan de ella y cumplen los actos para los cuales sólo es competente el funcionario. No le va en zaga a estos objetivos el de intentar la participación ciudadana en la tarea de administrar justicia. Este objetivo, tanpreciado para las democracias liberales del siglo XIX y, por ello, para nuestro movimiento constituyente (por tres veces mandado en la Constitución Nacional, arts. 24, 67, inc. 11, y 102), pero nunca alcanzado en nuestro país, recibe en la reforma de la organización judicial un tratamiento adecuado, sin exageraciones y conforme a la idea que sobre administrar justicia tiene el mundo cultural al que pertenecemos.

Sin embargo, el plano normativo, por sí mismo, sin aditamento alguno, no logrará la tan ansiada transformación. Él debe ir acompañado de una profunda reforma de los mecanismos de administración interna de los tribunales, para poder aprovechar al máximo los recursos humanos y materiales de que disponemos, de la incorporación de técnicas nuevas que mejoren la labor cotidiana y reduzcan los costos de administración, todo lo cual exige la incorporación de computadores de apoyo a la gestión judicial y la creación de sistemas electrónicos de transmisión de datos que faciliten la información necesaria a los operadores del sistema y posibiliten un sistema estadístico que permita conocer empíricamente los resultados de la aplicación del sistema de administración de justicia, sus aciertos y errores.

Por lo demás, la capacitación de jueces, funcionarios y auxiliares judiciales para el nuevo sistema, esto es, la preparación ineludible para una nueva forma de concebir la tarea de administrar justicia, es un requisito *sine qua non* para la

grar el objetivo de modificar los patrones de conducta de aquéllos que serán responsables de su buen funcionamiento.

La reforma no sólo se ha preocupado por integrar el marco normativo, y éste tan sólo parcialmente (Código Procesal Penal), como ha sucedido en otras oportunidades, sino que, desde un primer momento, se tomó en cuenta los problemas que implica la puesta en marcha del nuevo sistema, y un equipo interdisciplinario trabaja en un plan que contempla, inclusive, la informatización de la gestión judicial y las tareas de capacitación necesarias.

Creo que se puede calificar hoy de "lugar común" el punto de partida que anima a la reforma procesal penal: ni el Código ni la organización judicial vigentes en la materia, en el orden federal, son compatibles con las ideas político-jurídicas generales y particulares —esto es, de este ámbito del derecho— que postula la Constitución y, además, carecen de eficiencia práctica cualquiera que sea el punto de vista político desde el cual se observe a la administración de justicia penal, al menos: desde el atalaya de la seguridad ciudadana, entendida como eficiencia para la persecución penal de los delitos, o desde el ángulo de la seguridad individual y la dignidad humana, comprendida como eficiencia para la protección de las garantías constitucionales de los ciudadanos.

Creo, también, que, actualmente, son escasas las personas —posibles de contar quizá con los dedos de una mano— que, como en otras ocasiones, expresan ideas contrarias a este punto de partida. De hecho sólo recuerdo una carta de un lector, ex juez federal, de dudoso contenido crítico (*La Nación*, 24/2/87; más ataca a una audición televisiva que a la reforma emprendida), los artículos de un conocido político conservador en el diario *La Prensa* (5 y 7/6/88), don Emilio Hardoy, plagados de errores teóricos y políticos acerca del sistema que se pretende, y, recientemente, el reportaje aparecido en *La Gaceta*, de la ciudad de Tucumán (27/8/88, p. 9), a un viejo luchador por las mismas ideas fundamentales a las que aspira el Proyecto, que duele más por el abandono de las ideas reformistas antes defendidas, que por la crítica en sí, insustancial: "Pero es preferible los males y daños que puede provocar el viejo Código que afrontar el nuevo que propicia la Secretaría de Justicia de la Nación". Estos conceptos pertenecen al doctor Ricardo Levene (h.), renombrado jurista argentino, quien visitó *La Gaceta* en compañía de los doctores Jorge Víctor Miguel, titular de la cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de

la UNT, y Eduardo Sanjuán, juez federal de Tucumán (sic; dicho sea de paso, el doctor Levene aclaró en *La Nación*, 5/9/88, su opinión en forma parcial, señalando una "mala interpretación" de sus palabras que, sin embargo, para nada se refiere al párrafo transcrito).

Esta reforma sustancial transita hoy, también para su aprobación, por un camino esencialmente democrático. Por una parte, ha tenido amplia difusión y oportunidad de crítica, tanto antes de ser acogida por el Poder Ejecutivo, como en el área parlamentaria. Por otra parte, posee, con cierta evidencia, consenso popular, pues intervienen en ella representantes legislativos de los dos partidos políticos que concentran la opinión nacional. Por fin, sus instrumentos normativos, que la definen políticamente, serán apreciados -aprobados o desaprobados- por el Congreso de la Nación, máximo depositario de la soberanía popular y responsable de la marcha política de la República. Este camino, si bien no despeja urgencias y ansiedades, es, sin duda, más seguro y justo que el de la orden de un patriarca iluminado. El camino andado, por lo demás, permite avizorar que la respuesta no será la omisión, como sucedió con otros proyectos que, por múltiples razones, no tuvieron tratamiento legislativo: el Código ha conseguido dictamen favorable de la Comisión de legislación penal de la Cámara de Diputados y se apresta a comparecer ante ella.

ANEXOS

PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

NECESIDAD DE LA REFORMA

1. SÍNTESIS HISTÓRICO-CULTURAL DEL ENJUICIAMIENTO PENAL

A) El desarrollo universal

En la antigüedad, las disputas -y entre ellas, las relativas al ámbito de lo que hoy denominamos delitos y derecho penal- se resolvían, por regla general, en público, en presencia del acusador y del acusado, y frente a un tribunal formado como asamblea popular de la respectiva comunidad.

Para no abarcar sino aquellos sistemas de enjuiciamiento que han dejado sus vestigios perennes en la historia de la civilización a la que pertenecemos, comenaremos diciendo que ésta fue la forma general del procedimiento griego (derecho ático). En efecto, la Asamblea del pueblo o distintos tribunales populares que obraban por su delegación, entre los que se destaca el de los Heliantas, a cuyo cargo se colocó la jurisdicción común, presidían un juicio público, llevado a cabo en la plaza pública, a cuyo término (después del debate), los integrantes del tribunal (gran número: de 500 a 6.000 personas, según los casos) decidían por votación. Lo importante de destacar en el enjuiciamiento ático es la iniciación del sistema de acusación popular—cualquier ciudadano podía perseguir penalmente los delitos públicos—, según predicó Solón, para que se acostumbraran a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo. Se trataba, así, de un sistema netamente acusatorio, que lleva el nombre de popular por la legitimación para perseguir penalmente, en el cual, según se observa, la falta de constitución de—al menos—un acusador o el abandono del caso por el ya constituido dejaba impune el delito. Históricamente, el procedimiento ático trascendió determinando las formas judiciales romanas, e incluso algunas de las formas modernas del procedimiento (Inglaterra y España, p.ej., respecto de la acusación popular).

La labor de los juristas romanos consiguió plasmar durante la República y los primeros siglos del Imperio, sobre aquella base, un procedimiento penal que, al decir de los historiadores, le daría gloria imperecedera. La "prosecutio ad populum" de las sentencias de los magistrados, como gracia pedida al pueblo para que evitara la pena o la reemplazara, constituyó el germen del procedimiento público ante una Asamblea popular. Un reconocimiento expreso de este tipo de enjuiciamiento comenzó durante la República con las *centurias*, asambleas populares en las cuales recayó la jurisdicción penal común. Ya con el último siglo de la República termina de estructurarse el procedimiento y la organización judicial que le otorgan brillo al derecho romano: la *questio*, *accusatio* o *iudicium publicum*. Con ellos se completó el desarrollo del sistema de acusación popular, como vía de persecución penal en los delitos públicos, el tribunal de jurados (*iudices* *iscripti*), como órgano depositario del poder jurisdiccional—ante la imposibilidad de reunir, en cada caso, una asamblea popular, conforme a la complejidad creciente de la estructura social y estatal—, y el procedimiento oral, público y contradictorio, como método de enjuiciamiento penal, con una regulación precisa que pasó a la posteridad.

El antiguo proceso común de los germanos representa la forma de reacción de una sociedad más primitiva, carente de un poder político central. Empero, el juro también en funcionamiento un sistema acusatorio, de tipo privado—pues el propio ofendido o su parentela inmediata eran los legitimados para perseguir penalmente—, cuyo eje central residía en un enfrentamiento entre el acusador y el acusado en un juicio público y oral, llevado a cabo frente a la asamblea popular que decidía el caso. La Alta Edad Media, después de la caída del Imperio romano, estuvo presidida por estos principios sobre el enjuiciamiento penal.

Con el advenimiento de la forma política del Estado nacional y absoluto y como uno de los instrumentos para su consolidación, se transforma radicalmente el enjuiciamiento penal. El poder de persecución penal se transfiere de los individuos al poder político central, el procedimiento se resume en pura investigación acerca de una persona, la persona que lo sufre, de sujeto de una relación, se convierte en objeto de ese procedimiento, la investigación se torna secreta—aun para quien la sufre— y se protocoliza

por escrito, el acusador y el tribunal desaparecen para dar lugar al inquisidor, quien no reconoce límites para su tarea de investigar en procura exclusiva de la verdad. Se trata de del apogeo de la Inquisición y de la Edad Moderna.

Al liberalismo político y al siglo XIX le correspondió la tarea de encontrar una solución de compromiso entre los dos grandes sistemas. A pesar de que el modelo inicial —el procedimiento anglosajón— representó el intento de regresar al sistema acusatorio popular, lo cierto es que el resultado legislativo final de este proceso en Europa continental —plasmado, por primera vez, en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808— consistió en aceptar principios básicos de la Inquisición —persecución penal pública y averiguación de la verdad como meta del procedimiento— con limitaciones importantes sobre los métodos para obtener esos fines, fundadas en el respeto para la dignidad humana. Es por ello que corresponde conocer este procedimiento bajo el nombre de proceso inquisitivo reformado.

En las formas, este compromiso dio por resultado un procedimiento integrado básicamente por una faz preliminar, en la cual predominaron los caracteres inquisitivos (la instrucción preparatoria; investigación escrita y parcialmente secreta), y una etapa final, con características acusatorias (el juicio oral, público, contradictorio y continuo), que otorgaba la base para la sentencia. Ambas fases del procedimiento se unieron mediante una etapa intermedia que, al controlar la idoneidad de las conclusiones sobre la investigación, permitía el paso de una faz a otra.

En la organización judicial, el cambio político generó, en primer lugar, tribunales independientes del poder político central, con participación popular (juicio por jurados o escabinos); en segundo lugar, la necesidad de diferenciar el órgano encargado de la investigación preliminar (ministerio público o juez de la instrucción) del tribunal que presidía el juicio y dictaba la sentencia; por fin, la necesidad de separar el órgano estatal encargado de la persecución penal, del competente para decidir sobre ella, aun reconociendo que ambas funciones pertenecían a la soberanía estatal y estaban gobernadas por los mismos fines: averiguación de la verdad y realización de la ley penal, sin menoscabo de la dignidad humana.

B) La situación en la República Argentina

La emancipación política de España dejó intacto el procedimiento inquisitivo que la metrópoli aplicó a sus colonias. La Constitución Nacional de 1853 y todo el proceso de organización política y constitucional que la precedió, significaron la adecuación de nuestro sistema jurídico-político a la transformación institucional del siglo XIX.

Sin embargo, esta transformación, postulada con claridad por el texto constitucional (sistema republicano, garantías de seguridad individual, juicio público por jurados), no se reflejó en los instrumentos legislativos prácticos para poner en marcha estos ideales en la transformación de la administración de justicia penal y de las leyes, según lo ordenaba la propia ley fundamental (art. 24).

Después de un primer intento del Congreso Nacional por cumplir el mandato constitucional (Ley del 309 - 610/1871), instituyendo el juicio por jurados y un procedimiento acorde con él (Proyecto González - De la Plata, que no obtuvo tratamiento legislativo), la decisión política se orientó, definitivamente, por la conservación, con ciertas modificaciones, de la legisla-

ción procesal penal española antigua, a pesar de la transformación operada en la propia España.

El Código nacional que aún nos rige y que este Proyecto intenta superar, representa la traducción de esa decisión política. Sancionado en 1888 y vigente desde 1889, cuando ya la Ley de Erigimiento Criminal española (1882) había transformado radicalmente la antigua legislación de España que tomó como fuente el legislador argentino, sumió al país, en esta materia, en un atraso que ya alcanza a un siglo.

Le correspondió a las provincias, también en esta materia, superar paulatinamente este atraso cultural y político y representar, mucho más fielmente que el Estado federal, el verdadero espíritu republicano que anima nuestra Constitución Nacional. Un primer intento tímido se llevó a cabo por Tomás Jofré (Buenos Aires y San Luis, 1915), intento que, precisamente por su excesiva moderación, fracasó, aunque marca el primer peldaño del progreso institucional.

A la provincia de Córdoba y a su Universidad les correspondió dar el paso decisivo para romper los moldes inquisitivos antiguos, en procura de la adaptación constitucional del sistema de enjuiciamiento penal. El Código de Córdoba de 1939 y las provincias que, en forma más o menos inmediata, siguieron su línea (Santiago del Estero, San Luis, La Rioja, Jujuy, Mendoza, Salta, Catamarca, La Pampa, Corrientes, Chaco, Entre Ríos) introducen en nuestra República, un siglo después, el proceso renovador operado en el siglo XIX.

Este proceso mantuvo su vigor transformador hasta, aproximadamente, el año 1970. Dentro de él, incluso, existieron intentos definidos de modificar la administración de justicia penal de la Nación, todos frustrados: la base fue el Proyecto Antelo (1933), que influyó decisivamente en la legislación cordobesa de 1939 y que, si hubiera sido sancionado por el Congreso Nacional, nos hubiera evitado medio siglo de atraso; lo siguieron, en la misma línea, los proyectos de 1942, 1968, 1969 y 1974.

El fracaso de todos estos proyectos fue el resultado del espíritu reaccionario que siempre ha imperado en la Capital de la República. Este mismo estilo fue el que inspiró las reformas parciales e insustanciales de nuestro Código vigente, caduco culturalmente, que sólo lograron preservar la sustancia autoritaria y el sistema anticuado del régimen procesal penal. Se proclamó, incluso, la conveniencia de mantener el "secular sistema vigente", bajo el manto de un supuesto "realismo", que pretendía ahorrarle recursos al Estado, sin explicar en qué consistía el ahorro.

C) Conclusiones

La reseña histórica demuestra la imposibilidad de proseguir con los intentos de conservar el sistema de administración de justicia penal vigente para los tribunales nacionales. El atraso, según se ha expuesto sintéticamente, es tan evidente cuanto insostenible.

Resulta absolutamente imprescindible, si se cree verdaderamente en la forma republicana y en un Estado de derecho —y no se bastarden estas palabras con su uso hipócrita e inoperante—, retomar la línea de progreso que las provincias argentinas iniciaron desde el año 1939.

Este Proyecto se inscribe en ese camino y tiene como fundamento y meta un principio cardinal: rescatar el sistema republicano, una de las bases indiscutidas de nuestra unión nacional, en el ámbito de la administración de justicia penal.

2. PROCESO PENAL Y PROGRAMA CONSTITUCIONAL

Es hoy un lugar común que nuestra Constitución Nacional contiene las bases de nuestro enjuiciamiento penal (Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II; Jorge A. Clació Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I). Sin embargo, el contenido de lo que se comprende como bases constitucionales del enjuiciamiento penal ha sido ordinariamente muy restringido, limitándose, fundamentalmente, al análisis jurídico de las garantías de seguridad individual expresas o implícitas en el texto del art. 18 de nuestra ley básica (juicio previo, inocencia, defensa, juez natural, *ne bis in idem*).

No es común que se crea y exponga, como programa constitucional, el imperativo de atender a una forma histórica concreta de enjuiciamiento penal; esto es, desde otro punto de vista, no se afirma que el modelo estructural básico del procedimiento ya se encuentra plasmado en la ley fundamental. Incluso, cuando se ha hablado del "debido proceso", como garantía inornada (*due process of law - fair trial*), a la manera del derecho constitucional de procedencia anglosajona, no se siguió ese modelo (17), sino que su contenido, prácticamente, se agotó con la descripción analítica de aquellas garantías.

Lo que sucedió es que, salvo escasas excepciones, no se apuntó a la crítica extraiusmatéutica del enjuiciamiento penal heredado de la colonización española, desde el atalaya de la nueva forma política que adoptáramos como sociedad nacional para gobernarnos, según nuestra Constitución Nacional, sino que tan sólo se procedió a reformar el sistema en tópicos precisos, aceptándolo y adaptándolo mínimamente a las nuevas reglas de garantía. El resultado no pudo ser otro que un fracaso (no sólo en el ámbito del proceso penal), tanto desde el punto de vista de una persecución penal eficaz, a la que el sistema antiguo tendía, pues los *injeritos* lo desfiguraban, como desde la óptica de las mismas garantías individuales, imposibilitadas de transformarse en una realidad práctica ordinaria y para todos, porque el mismo sistema lo impedía. He allí nuestra realidad.

A nuestro juicio, el atento observador de nuestra Constitución Nacional (y también el que atienda al derecho público provincial), debe plantearse el problema de otro modo. Se trata de observar en cuáles aspectos políticos del enjuiciamiento penal nuestra ley fundamental ha decidido algo por sí misma y cuáles ha dejado librados al legislador común; pero esta observación debe llevarse a cabo como un todo, componiendo así no sólo la explicación dogmática de una garantía, sino, también, las formas procesales que permiten llevarla a cabo, actualarla en concreto.

A modo de ejemplo, es ostensible que la Constitución Nacional no ha decidido cuál debe ser el sistema de persecución penal o, si se quiere, en quién reside el poder de perseguir penalmente, dejándolo librado al legislador común. Se hubiera podido así, licitamente, encomendarle esa tarea al Estado, o a la víctima o sus parientes inmediatos o, también, como sucedió en el derecho ático y romano, y en el derecho anglosajón moderno, a cualquier ciudadano. El Código Penal decidió este interrogante en sus arts. 71 y 85, fundando la persecución penal estatal (Inquisición) por regla general y estableciendo ámbitos pequeños de excepción, librados a la voluntad privada.

No ocurrió lo mismo, en cambio, con las formas del juicio penal. En este ámbito es claro que nuestra Constitución procede de un movimiento

histórico transformador de la legislación inquisitiva que, como culminación del procedimiento penal, estableció un juicio público, oral, continuo y contradictorio, intentando un equilibrio de poderes entre el acusador y el acusado, frente a un tribunal imparcial encargado de fallar con fundamento en los actos del debate, llevado a cabo con la presencia ininterrumpida de todos los intervinientes en el procedimiento. Tanto es así que todo el sistema de seguridad individual, que la Constitución remarca en su art. 18, procede de ese movimiento histórico-político y, en definitiva, sólo es posible de cumplir mediante esas formas, hoy universales.

Resulta aún más claro el mandato de nuestro legislador constitucional al Congreso Nacional de promover "la reforma de la legislación vigente en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados" (art. 24) con el cual resulta evidente, al menos en esta materia, que nuestra Constitución renegaba de la legislación inquisitiva, heredada de la época colonial, y definió el nuevo enjuiciamiento penal, acorde con ella y su génesis político-cultural. El mandato para establecer el juicio por jurados se repite en los arts. 47, inc. 11, y 102 de la Constitución; y es imposible concebir un juicio ante jurados sin la publicidad, oralidad y continuidad del enjuiciamiento, pilares básicos de la reforma que ahora se intenta.

La publicidad del juicio, como forma de control popular sobre la administración de justicia, es, por lo demás, una exigencia del sistema republicano de gobierno (art. 1º) y resulta imposible lograr su vigencia práctica sin la oralidad y continuidad de la audiencia en la que se resume el procedimiento. Todas estas formas son, según se observa, interdependientes.

El derecho público provincial argentino ha reafirmado estas conclusiones tal como se puede observar en las siguientes constituciones: Misiones, art. 19; Río Negro, arts. 8º y 134; Santa Cruz, art. 19; San Luis, arts. 26 y 100; Santa Fe, art. 9º; Santiago del Estero, art. 23; Formosa, art. 125; Chubut, art. 32; Mendoza, art. 146; Neuquén, arts. 50, 150 y 166; San Juan, arts. 18 y 120; Tucumán, art. 27; Buenos Aires, art. 157; Catamarca, art. 209; Córdoba, arts. 9º y 134; Corrientes, arts. 31 y 151; Entre Ríos, art. 28; Jujuy, art. 35; y La Rioja, arts. 25 y 26. Lo mismo sucede con los pactos y declaraciones internacionales para la protección de los derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11; Declaración Americana sobre Derechos del Hombre, art. 24; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 8º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, n° 1 y 2; y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8º, n° 5. Nuestro país ha reiterado recientemente su voluntad de cumplir este programa, al adherir a esta última Convención, llamada también el Pacto de San José de Costa Rica.

3. EL COLAPSO DEL SISTEMA VIGENTE

Se ha señalado insistentemente la inadecuación del sistema nacional de enjuiciamiento penal a los mecanismos modernos de solución de los conflictos suscitados en el ámbito del control penal; sin embargo, también se puede decir que hoy nos enfrentamos a una situación inédita: el sistema vigente se encuentra en colapso, esto es, en un estado de parálisis, producto de una ineficacia imposible de superar con reformas parciales.

Si un sistema procesal moderno debe cumplir la doble función de brindar al poder estatal medios idóneos para averiguar la verdad y asegurar la administración de justicia, garantizándole al individuo, al mismo tiempo, el respeto de su dignidad humana y la preservación de sus derechos fundamentales, se puede decir, sin temor a equivocarse, que el orden procesal establecido por el Código vigente no cumple eficazmente alguna de estas dos funciones. Reiteradamente hemos experimentado la poca ductilidad del ordenamiento nacional para adaptarse a las cambiantes —y siempre urgentes— orientaciones de la política criminal del Estado y su resistencia a seleccionar, de un modo conveniente, los conflictos que el cuerpo social necesita solucionar con prontitud y justicia. Por el contrario, en él la rutina reemplazó a la consideración del caso concreto, el formalismo a la verdad y el secreto a la publicidad republicana; todo ello sin ser siquiera un instrumento eficaz al servicio de la persecución penal pública.

En este sentido, es evidente que el Código nacional funciona de un modo contrario a la práctica universal: se muestra idóneo para resolver aquellos casos de menor importancia y, al contrario, es impotente para resolver los conflictos sociales graves que, de ordinario, han conmovido los cimientos de nuestra convivencia y de nuestro desarrollo. Ejemplos recientes demuestran esta afirmación: toda persona honesta, que conozca el funcionamiento de las instituciones procesales de la Nación, sabe que algunos juicios actuales, de gran trascendencia pública, nunca hubieran concluido de haberse sustanciado por el trámite del Código vigente y se hubiera demorado indefinidamente una decisión que la sociedad argentina no podía postergar.

Pero el sistema nacional de enjuiciamiento penal tampoco cumple acabadamente su función garantizadora. La utilización arbitraria del encarcelamiento preventivo, la falta de control sobre los actos judiciales —pública—, la enorme delegación de funciones, etc., son claros ejemplos de un sistema procesal que, más allá de declaraciones bien intencionadas, no respecta al hombre concreto y singular, que espera, muchas veces angustiadamente, la solución del conflicto en el cual se encuentra inmerso.

En fin, si el sistema vigente se encuentra en colapso, es porque él no sirve ni al Estado ni al individuo, no favorece la persecución de los delitos, ni garantiza realmente el respeto de los derechos fundamentales. Toda sociedad necesita —y la nuestra aún más imperiosamente— corroborar, en la solución de los conflictos particulares, la vigencia de los valores que sustentan la convivencia pacífica. Se puede decir, entonces, que el sistema nacional de enjuiciamiento penal, en la medida de su doble ineficacia, desvirtúa el cuerpo social, desvirtúa las bases valorativas de nuestra convivencia y, favoreciendo la impunidad o logrando el castigo a costa de la renuncia de otros principios fundamentales, contribuye a fomentar muchos de aquellos males estructurales de nuestra sociedad, que impiden construir una democracia justa y acorde con las circunstancias del mundo moderno.

Esta parálisis del sistema vigente ya no puede recibir curas parciales. Los intentos realizados en tal sentido no han logrado modificar el funcionamiento general de la administración de justicia en materia penal y, escaso tiempo después, ellos mismos han contribuido a alimentar un sistema que, inexorablemente, ha fagocitado todas las buenas intenciones. La transformación total del sistema vigente y la modificación de sus bases fundamentales es el único camino idóneo para lograr un régimen de enjuiciamiento penal que asegure la convivencia social pacífica y contribuya a fomentar las relaciones de justicia.

II

ESTRUCTURA DEL PROYECTO

El proyecto distribuye su contenido en seis libros, conforme al siguiente esquema:

Libro Primero: Disposiciones generales.

Título I: Principios básicos.

Título II: Sujetos y auxiliares.

Cap. 1: El tribunal.

- Secc. 1ª: Disposiciones generales.
- Secc. 2ª: Conexión.
- Secc. 3ª: Cuestiones de competencia.
- Secc. 4ª: Apartamiento de jueces.

Cap. 2: El imputado.

- Secc. 1ª: Generalidades.
- Secc. 2ª: Declaración del imputado.
- Secc. 3ª: Defensa técnica.

Cap. 3: El acusador y órganos auxiliares.

- Secc. 1ª: El ministerio público.
- Secc. 2ª: La policía.
- Secc. 3ª: El querellante.

Cap. 4: La reparación privada.

- Secc. 1ª: Acción civil.
- Secc. 2ª: Actor civil.
- Secc. 3ª: Tercero civilmente demandado.

Cap. 5: Auxiliares de los intervinientes.

Título III: La actividad procesal.

Cap. 1: Disposiciones generales.

Cap. 2: Plazos.

Cap. 3: Comunicación.

- Secc. 1ª: Entre autoridades.
- Secc. 2ª: Notificaciones, citaciones y vistas.

Cap. 4: Actos y resoluciones jurisdiccionales.

Cap. 5: Prueba.

- Secc. 1ª: Disposiciones generales.
- Secc. 2ª: Comprobación inmediata y medios auxiliares.
- Secc. 3ª: Testimonio.
- Secc. 4ª: Peritación.
- Secc. 5ª: Otros medios de prueba.

Cap. 6: Medidas de coerción.

Secc. 1ª: Coerción personal del imputado.

Secc. 2ª: Examen de las medidas de coerción personal.

Secc. 3ª: Embargo y otras medidas de coerción.

Cap. 7: Actividad procesal defectuosa.**LIBRO SEGURO: El procedimiento común.****Título I: Preparación de la acción pública.**

Cap. 1: Persecución penal pública.

Cap. 2: Obstáculos a la persecución penal y civil.

Cap. 3: Actos introductorios.

Cap. 4: Procedimiento preparatorio.

Cap. 5: Conclusión.

Título II: Procedimiento intermedio.

Cap. 1: Desarrollo.

Cap. 2: Sobreseimiento y clausura de la persecución penal.

Título III: Juicio.

Cap. 1: Preparación del debate.

Cap. 2: Debate.

Secc. 1ª: Caracteres y dirección.

Secc. 2ª: Desarrollo.

Secc. 3ª: Sentencia.

LIBRO TERCERO: Recursos.**Título I: Disposiciones generales.****Título II: Reposición.****Título III: Casación.**

Cap. 1: Procedencia.

Cap. 2: Trámite.

Cap. 3: Sentencia.

Cap. 4: Procedimiento abreviado.

Título IV: Revisión.**LIBRO CUARTO: Procedimientos especiales.****Título I: Procedimiento monitorio.****Título II: Juicio por delito de acción privada.****Título III: Procedimiento con menores.****Título IV: Juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección.****LIBRO QUINTO: Ejecución.****Título I: Ejecución penal.**

Cap. 1: Penas.

Cap. 2: Medidas de seguridad y corrección.

Título II: Ejecución civil.

Lazo Suizo: Costas e indemnizaciones.

Título I: Costas.

Título II: Indemnización al imputado.

Esta distribución responde, en general, a la estructura básica de nuestra legislación procesal más moderna, encabezada por el Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba (1939). A su vez, el Código cordobés siguió, en líneas generales, las bases sistemáticas del Código de Italia de 1930, sin perjuicio de modificar su contenido regulativo.

Las principales modificaciones de esta estructura son las siguientes:

a) Se amplió la parte general, incluyendo materias que el Código cordobés reguló en el libro dedicado a la instrucción: la prueba y las reglas referidas a la coerción personal del imputado pertenecen ahora a la parte general, pues estas normas no se aplican solamente durante la instrucción, sino que extienden su influencia a lo largo de todo el procedimiento.

b) Al mismo tiempo, se suprime de la parte general las reglas relativas a las diferentes clases de acciones penales, ya contenidas en el Código Penal y cuya repercusión procesal es materia propia de cada uno de los procedimientos (común o especial para delitos de acción privada), por una parte, y, por la otra, se reserva para la Ley de Organización Judicial la distribución de competencia entre los tribunales, materia propia de la organización de los tribunales y no del procedimiento.

c) Se regula en un único libro (segundo) todo el procedimiento común para delitos de acción pública, que en los códigos modernos argentinos se encuentra dividido en dos libros, siguiendo, en este caso, la estructura de la Ordenanza Procesal Penal de la República Federal de Alemania, más racional, pues agrupa todas las reglas que operan conjuntamente y conforman el procedimiento básico del Código.

d) Los procedimientos especiales han merecido, por su importancia y por la referencia de todos ellos al procedimiento común, un libro aparte.

e) Del mismo modo, se regula en libro aparte las incidencias económicas finales del proceso penal, las costas y la indemnización por la pena o por la privación procesal de la libertad injustas.

En lo que sigue, intentaremos una breve explicación de las materias que el Código comprende, según la distribución señalada. Prescindiremos de aclarar, sin embargo, aquellas reglas e instituciones aceptadas por las leyes procesales modernas de la República, que forman parte de modelos y decisiones políticas y científicas ya indiscutibles, incluso universalmente. Nos dedicaremos, así, a explicar las innovaciones que introdujimos respecto de esos modelos y aquellos puntos conflictivos en los que subyace una decisión valorativa de importancia.

III

LA PARTE GENERAL

(Libro primero)

Este libro distribuye su materia en tres títulos principales.

1. PRINCIPIOS BÁSICOS

Como en los códigos argentinos, se comienza por enunciar las garantías de seguridad individual, porque se trata del marco ideológico-político en el cual se inserta todo el procedimiento y porque, como valores fundamentales de nuestro orden jurídico, estos principios influyen sobre todo el procedimiento y sobre la aplicación e interpretación de sus reglas.

Se ha procurado desarrollar con precisión estos principios y, en especial, señalar sus repercusiones procesales.

2. SUJETOS Y AUXILIARES PROCESALES

El título se ocupa de los sujetos procesales básicos del procedimiento penal: tribunal, imputado y acusador (ministerio público o querellante).

Coincidiendo con los códigos argentinos modernos, se permite el ingreso de la cuestión civil provocada por el delito al procedimiento penal, pues así se posibilita —sin obligar— que un conflicto social unitario se componga y solucione sobre la base de una sola actividad judicial, con aprovechamiento integral de la prueba común y ventaja temporal (economía y celeridad).

Se decidió mantener al querellante por delito de acción pública, pues, a más de constituir una institución definitivamente arraigada en la administración de justicia penal de la Nación, se inscribe en la tendencia de incorporar a quienes afecta el delito al procedimiento que se dispone para la solución del conflicto social en el que consiste una infracción penal; por otra parte, el interés directo del afectado produce, al menos, el efecto saludable de evitar, en los casos concretos, la tendencia a la rutina que caracteriza a los órganos estatales. No obstante, se han recortado sus facultades, comparándolas con las que posee actualmente en la legislación vigente, adecuándolas a su función de colaborar, en la persecución penal pública, con el órgano estatal específico. Se trata, entonces, de un querellante por adhesión, a la manera del tercero adherente simple o coadyuvante del derecho procesal civil, que colabora con un sujeto procesal pleno y no puede, por ejemplo, acusar o recurrir autónomamente. Hemos tenido en cuenta, para ello, que el art. 71 del Cód. Penal atribuye, inequívocamente, la persecución penal de los delitos de acción pública al Estado, corrigiendo así anomalías de la legislación vigente respecto de la ley sustantiva.

Respecto del imputado son escasas las modificaciones en relación a la legislación argentina moderna. Corresponde observar: a) se aclara definitivamente (arts. 6° y 31) quién y desde cuándo ejerce los derechos que a él le corresponden, evitando los despropósitos a que condujo una discusión semántica, tan inútil cuanto descabellada, en el ámbito de la administración de justicia penal nacional; b) se regula con precisión la declaración del imputado —que aclararemos con mayores detalles al ocuparnos del procedimiento preparatorio (instrucción preliminar)—, destacándose, respecto de la práctica usual en nuestro medio, la facultad del imputado de consultar a su defensor antes de comenzar la declaración sobre el hecho (art. 41, párr. III); c) se disciplina con mayor atención el régimen de admisión y apartamiento del defensor (arts. 54 y ss.), introduciendo nuevos impedimentos para asumir la defensa, desconocidos para la legislación argentina.

El Código introduce también reglas específicas sobre la labor de los auxiliares del ministerio público (art. 73 y ss.) y, por primera vez, regula la actividad de los colaboradores de los demás intervinientes (arts. 100 y 103).

Cabe destacar aquí la inclusión de los consultores técnicos como auxiliares de los intervinientes en el procedimiento, en reemplazo de los llamados "peritos de parte" y con una labor sustancialmente diferente a aquella que, hasta el momento, se les reconocía a estos últimos. Se persigue con ello adecuar la institución de los llamados "peritos de parte" a su verdadera función, la de colaboradores de la defensa de un interés, y, por tanto, evitar la tarea discutible y penosa de intentar conciliar el interés de aquel a quien responden, con el dictamen pericial; ahora representan, inequívocamente, un interés y, por ello, obran sólo asesorando al titular de ese interés sobre cuestiones referentes a su conocimiento específico, para la mejor defensa de ese interés.

3. LA ACTIVIDAD PROCESAL

Es este título el que ha recibido material que, en la legislación argentina, se encuentra incluido, impropiaemente, en diversos capítulos del procedimiento, *v.gr.*, en la instrucción preliminar, la prueba y las medidas de coerción.

Las distintas materias que integran el título no innovan demasiado sobre sus antecedentes, con la salvedad del capítulo referido a las medidas de coerción y el modo de encarar la inobservancia de las formas procesales o vicios del procedimiento.

La regla básica de las medidas de coerción consiste en la afirmación de que ellas son excepcionales, en especial el encarcelamiento preventivo (art. 196). Tal principio es sostenido universalmente, incluso por convenciones internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ONU, art. 9º, inc. 3º); empero, su reflejo práctico resulta escasamente observable. Para lograr eficacia, en el sentido de que el encarcelamiento procesal sea el último de los recursos, se arduó a varios mecanismos: por una parte, ampliar el espectro de las medidas de coerción, superando la falsa antinomia entre encarcelamiento o libertad, dotando al tribunal que decide y a quien requiere su aplicación de una gama de medidas intermedias y alternativas, idóneas para garantizar los fines del procedimiento, sin afectar tan gravemente al imputado (arts. 202 y 209); por la otra, se describen claramente los presupuestos indispensables de las medidas coercitivas (art. 202); además, se establece un mecanismo de control obligatorio, en plazos determinados, sobre la subsistencia de los presupuestos que autorizan la medida (art. 218); por fin, se regula la cesación de la privación de la libertad y, entre sus casos, se destaca aquel que impone ciertos límites temporales para ella (art. 208). El remedio tradicional de la "excarcelación", con su sistema de valoraciones concretas acerca de la proporcionalidad del encarcelamiento preventivo respecto del resultado del procedimiento, se sustituye por el pedido del imputado o su defensor que provoca el examen de la prisión, con amplitud, referido a todos sus presupuestos.

Por último, conviene destacar que el Código incluye una regla extensa sobre las bases del tratamiento de encarcelados preventivamente, a manera de norma fundamental de los reglamentos que se dicten.

El anverso de la regulación de los actos procesales es la decisión acerca de lo que se debe hacer cuando ella no es observada. Lo que la legislación nacional vigente pretende (recurso de nulidad: arts. 589 y ss.), rectamente interpretada es que la nulidad opere solamente por vía de impugnación de las decisiones judiciales fundadas en actos viciados. La práctica de nuestros tribunales, en cambio, ha tergiversado este sistema permitiendo el examen reiterado y continuo acerca de la forma en la que son llevados a

cabo los actos procesales y de sus presupuestos, con absoluta prescindencia del efecto y del agravio que produce la devoción formal. El Código pretende reanclar el principio originario de la ley vigente, estableciendo con claridad que el vicio sólo adquiere relevancia cuando opera como presupuesto o fundamento de una decisión perjudicial, caso en el cual lo imputable es la decisión, y no el acto viciado en sí mismo.

En lo demás, se distingue entre vicios subsanables, e insubsanables y declarables de oficio, con la protesta previa y oportuna, que condiciona la impugnación fundada en los primeros, y se posibilita la renovación de los actos viciados, siguiendo las reglas establecidas en la legislación moderna.

Dos reglas particulares que, aunque pertenecientes a otros capítulos, tienen relación íntima con los temas tratados son la reposición del plazo (arts. 119 y 22.) y la medida de coerción aplicable genéricamente a quienes no obedecen a una orden de citación (art. 138). La primera regla permite solucionar aquellos casos que, en las leyes procesales vigentes, sólo tienen remedio a través del incidente de nulidad de la comunicación que daba nacimiento al plazo, pero amplía —justamente— el remedio a aquellos casos en los cuales el pedido de reposición no se funda en un vicio de la notificación, sino en otro acontecimiento extraordinario. La segunda regla permite ejercer la coerción sobre citados que no comparecen, con un límite preciso: el tiempo indispensable para cumplir la actividad ordenada, que no puede superar las doce horas.

El régimen de la prueba no aporta mayores innovaciones frente a sus precedentes. Se incluye una sección de reglas generales sobre la prueba que determina los principios que la rigen, libertad de la prueba en materia penal y libre convicción o sana crítica racional como sistema de valoración de la prueba, y los presupuestos de admisibilidad de la prueba en concreto, pertinencia y utilidad.

En cuanto a los órganos de prueba se reemplaza el juramento promisorio por el asertorio, porque no se trata de expresar una buena intención sobre una acción futura sino de ratificar una acción concreta y correcta ya llevada a cabo; la fórmula, además, destaca el deber del órgano de prueba frente a la comunidad en la que vive, sin perjuicio de que él desee reafirmar aún más sus dichos invocando sus creencias religiosas. Por lo demás, se intenta que la ratificación solemne, que la ley prevé de esta manera, adquiera vigencia real y no quede reducida a las letras de imprenta de un formulario, como ocurre actualmente.

IV

PROCEDIMIENTO COMÚN

(Libro segundo)

El procedimiento común se divide en tres períodos netamente diferenciados, que se encuentran regulados en particular en cada uno de los tres títulos que componen este libro. Las mayores innovaciones respecto de la legislación argentina moderna residen en el procedimiento preparatorio (instrucción preliminar) y en el procedimiento intermedio; el procedimiento principal o juicio, en cambio, sigue de cerca las reglas instrumentales de los códigos argentinos modernos, de juicio oral y público, y las modificaciones se refieren a reglas particulares.

I. PROCEDIMIENTO PREPARATORIO

Toda la tarea que supone la investigación preliminar de un delito de acción pública, para buscar el fundamento de una acusación formal o, de otro modo, requerir un sobreseimiento, ha sido confiada al ministerio público, que así reemplaza la labor que actualmente llevan a cabo los jueces instructores. Con ello se pretende acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal —en combinación con otras reglas específicas posteriores—, por una parte, y, por la otra, simplificar y dinamizar la tarea de investigación, hoy encerrada en formalidades que no cumplen ninguna función —ni siquiera protectora de la seguridad individual— y que restan eficacia tanto a la averiguación de la verdad, cuanto a una decisión rápida acerca de la promoción del juicio o del sobreseimiento, incluso en beneficio del imputado.

La instrucción preparatoria es, a la vez, un problema propio del enjuiciamiento penal y uno de los más delicados a enfrentar a la hora de decidir políticamente su regulación. El Estado, a quien le está confiada la persecución penal, es un extraño al conflicto social en el que reside un caso penal. Desde que se atribuyó para sí no sólo la tarea de decidir los conflictos jurídicos, sino que también asumió, en materia penal, la labor de perseguir los llamados delitos de acción pública, tuvo necesidad, como extraño al conflicto por definición, de informarse acerca de él, para preparar su propia demanda de justicia, esto es, su decisión acerca de la promoción del juicio. Tal característica distancia al procedimiento penal de los procedimientos utilizados para resolver conflictos jurídicos privados, pues en ellos, de ordinario, quien persigue judicialmente es uno de los protagonistas del conflicto, por tanto lo conoce y ha tenido ocasión de precaverse de los elementos de convicción para fundar su demanda. En síntesis, la noticia acerca de un comportamiento delictivo genera, por regla (excepción hecha, precisamente, de los delitos de acción privada, sin instrucción), la necesidad de una investigación.

A la vez, la utilización del poder público en la investigación de los hechos provoca el temor fundado de su uso arbitrario, consistente en el avasallamiento de la persona y de sus derechos fundamentales. Por el contrario, la preparación de una demanda fundada en un conflicto jurídico privado, no genera ese temor, pues la persona privada carece de la posibilidad de utilizar directamente la fuerza del aparato estatal. Esta es, precisamente, la razón por la cual, en el procedimiento penal, se incluye, como período procesal y objeto de regulación, la preparación de la acción pública, pues tal regulación contiene, a la vez, el poder acordado y sus límites.

La resolución del juego de estas necesidades opuestas es, justamente, lo que torna delicada la solución jurídica del problema. Por un lado, la investigación debe ser eficaz y, por el otro, en aras de esa eficacia no puede avasallarse la seguridad individual.

Históricamente, el espíritu republicano resolvió con claridad este problema, pues, a pesar de tolerar la persecución penal estatal (Inquisición), exigió, básicamente, la creación de un órgano del Estado encargado de perseguir penalmente (el ministerio público), diferente de aquel competente para decidir el conflicto (el tribunal). Pues a pesar de que ambas funciones pertenecían al Estado, no era posible confundirlas en un inquisidor, todo en aras del resguardo de la dignidad de la persona perseguida.

No es consecuente con esta idea la entrega de ambas funciones —la de requerir y la de decidir—, durante el procedimiento preparatorio, a un inquisidor, a un sólo órgano estatal encargado de cumplir las dos tareas,

v.gr., el juez de instrucción. Su existencia sólo se puede explicar como producto de las contradicciones y compromisos que todo movimiento histórico genera, esto es, de las marchas y contramarchas de un proceso cultural aún no terminado. En efecto, no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficaz y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor. Esto es, precisamente, lo que ha sucedido entre nosotros al colocar la instrucción en manos de jueces inquisidores. El buen propósito de garantizar más al perseguido, colocando la investigación preparatoria en manos de un juez, sucumbió necesariamente ante la idea simple de que nadie es buen guardián de sus propios actos, esto es, quien está comprometido con la eficacia de una investigación no puede ser, al mismo tiempo, quien controla el límite de sus poderes.

Precisamente, porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial, es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado, aun durante la instrucción preliminar (y no sólo en el juicio), otorgando a un órgano estatal, el ministerio público, la investigación y el poder requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión.

Así se ha resuelto el problema en el Código que se presenta. El ministerio público es el responsable de la investigación preliminar y los jueces quienes controlan el ejercicio de ese poder cuando interesa a las segundas individuales básicas. Esta fórmula, por lo demás, no es desconocida para el derecho argentino, pues, limitadamente y a la manera del derecho italiano, las provincias de Córdoba y Mendoza introdujeron y practican con éxito la llamada "citación directa", procedimiento preparatorio en manos del ministerio público, en casos de delitos leves o de investigación sencilla. Se trata ahora de universalizar y mejorar esta forma de proceder.

Se ha colocado así, dentro de las atribuciones de los jueces, dos tipos de actividades de control. En primer lugar, los actos que implican una decisión y una autorización: entre ellos todas las decisiones acerca de las medidas de coerción, personales o referidas a la obtención de elementos de prueba (ej.: allanamiento de morada, interceptación y apertura de correspondencia o comunicaciones, etc.), los que habilitan la intervención de distintas personas en el procedimiento (actor civil, tercero civilmente demandado, querellante) y las decisiones que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal o civil. Por otra parte, están también a su cargo los actos definitivos e irreproducibles, que, por su naturaleza, no implican una actividad decisoria, sino el mero resguardo de las condiciones necesarias para su eventual incorporación posterior al debate (anticipo de prueba).

Mención especial merece la declaración del imputado durante este período del procedimiento. El principio básico que se ha intentado preservar consiste en que ella opere, fundamentalmente, como medio de defensa. De allí que ella sea el presupuesto de las medidas de coerción y del requirement de apertura del juicio (acusación). Cuando el imputado ha sido aprehendido y se pretende que pronga encarcelado, su declaración se produce en presencia del juez que controla la investigación, ante el cual debe consignarlo el ministerio público o la policía, a más tardar dentro de las 24 horas. De este modo se preserva la libertad de defensa en la única situación que, por sí misma, implica coacción y disminución de la capacidad de defensa. En cambio, cuando el imputado responde a una citación y, por tanto, se encuentra en libertad, la declaración puede ser llevada a cabo

ante el ministerio público, siempre en presencia de su defensor; el resguardo suficientemente la libertad de defensa en una situación que no implica coacción (art. 49). Por último, se ha permitido que, en los casos sencillos, en los cuales el ministerio público no precise escuchar directamente al imputado, puede otorgarle la oportunidad de pronunciarse por escrito sobre la investigación, antes de su clausura y de la decisión del ministerio público sobre ella (art. 284).

Este período del procedimiento concluye cuando el ministerio público dictamina, requiriendo la apertura del juicio (art. 283) o, de manera inversa, el sobreseimiento o la clausura provisional (art. 285).

2. PROCEDIMIENTO INTERMEDIO

La transición entre el procedimiento preparatorio y el juicio (instrucción preliminar a definitiva) siempre ha generado trámites que, bien estructurados, se conocen con el nombre del epígrafe. Se trata de la etapa crítica sobre las conclusiones de la investigación preparatoria. La legislación argentina, si bien no ha podido prescindir de este período procesal, ha tendido a desdibujarlo mediante dos herramientas principales. La primera consiste en otorgar al ministerio público un poder absoluto sobre la persecución penal, a la vez que una facultad de decisión: cuando el ministerio público concluye por el sobreseimiento, o bien determina directamente la obligación del juez de sobreseer, o bien su dictamen implica una revisión por el superior jerárquico que, si coincide con su inferior, determina el deber del juez de dictar el sobreseimiento, a pesar de su desacuerdo. Se renuncia así al control de la legalidad de los actos del ministerio público por los órganos jurisdiccionales, para privilegiar su decisión por sobre la de los tribunales. La segunda consiste en renunciar al control sobre la acusación (CPP Nacional) que provoca directamente el juicio, o, en el mejor de los casos, a posibilitar su control a instancia del imputado (legislación argentina moderna, sólo parcialmente).

No nos pareció correcta esta forma de proceder. Por una parte, el juicio oral y público es de tal importancia, tanto para quien es perseguido en él, cuanto para la misma administración de justicia, que no es posible actuarlo en concreto sin control previo sobre la validez formal y la seriedad material de la requisitoria fiscal. Desde este punto de vista, se tiende a racionalizar la administración de justicia, evitando juicios inútiles por defectos de la acusación. En el Código, por ello, un tribunal controla el requerimiento de apertura del juicio, sin encontrarse vinculado a los dictámenes del ministerio público, por tanto, con facultades para sobreseer o modificar la acusación. Llevar a cabo este control sólo a instancia del imputado, significa confiar el interés que la administración de justicia estatal tiene en la realización de juicios correctos a un interés particular, no siempre coincidente con aquél.

Por otra parte, tampoco se precinde del control jurisdiccional sobre la legalidad de la conclusión del ministerio público en el sentido de clausurar anticipadamente la persecución penal. El Código, por ello, confía también al tribunal del procedimiento intermedio el control de esta conclusión del ministerio público sobre su investigación, con facultades para provocar la apertura del juicio, ordenando que el fiscal acuse o modifique el contenido de su acusación.

He aquí la base del procedimiento intermedio, y, por supuesto, la necesidad de que los jueces encargados de esta etapa no participen en la posterior: el juicio (debate y sentencia).

Por lo demás, esta etapa del procedimiento resuelve definitivamente todos los problemas relativos a las pretensiones de intervenir en el juicio de otros sujetos accesorios. De este modo se ha evitado todo el sistema de apelación de decisiones judiciales durante la instrucción, que tanto dilatan y traban la investigación, mediante el simple mecanismo de otorgar la posibilidad de provocar la revisión de aquellas decisiones en esta etapa.

Con el nombre de *clausura provisional* se mantiene, con modificaciones, el sobreesamiento provisional de los códigos antiguos y su equivalente en los códigos modernos, la prórroga extraordinaria de la instrucción. Quienes han abogado por la supresión de esta decisión (CIPP La Pampa, p.ej.) dejan un conjunto de casos sin ningún tipo de resolución. En efecto, cuando se exige la certeza de la inocencia para sobreseer y la probabilidad de condena para acusar, queda entre ambas una gran franja de casos que no permiten arribar al fundamento de una u otra decisión. La realidad indica que los procedimientos terminan en estos casos con un archivo de hecho, sin decisión alguna. La prórroga extraordinaria, en cambio, impone un plazo para acopiar más elementos de prueba, vencido el cual es obligatorio el sobreesamiento material, como absolución anticipada. Esta solución, más allá de su acierto, reniega de los plazos de prescripción que contiene el Código Penal y peca, por ello, de reformar un ámbito legislativo que no le es propio. Por todo ello, el Código conserva la *clausura provisional*, con una importante limitación, que alguna jurisprudencia progresista anticipó: corresponde el sobreesamiento material y no la *clausura provisional*—cuando, a pesar de no haberse logrado la certeza acerca de la desestimación de la imputación, la investigación está agotada, sin que se pueda mencionar elementos de prueba que se espera incorporar en el futuro (art. 273, inc. 2°).

3. Juicio

La estructura, los principios y las reglas de esta etapa siguen de cerca lo ya conocido en la legislación argentina moderna. Su núcleo reside en un debate oral, público, contradictorio y continuo, con participación ininterrumpida de todos los intervinientes y del tribunal, que reconoce una etapa anterior de preparación y una posterior de obtención de la sentencia.

Sobre ello existen muy pocas innovaciones. Por ejemplo, se modifica la forma del interrogatorio (art. 314), sin alcanzar el modo del derecho anglosajón (*cross examination*), pero acercándose a él; se permite la censura del debate, dividiéndolo, formal o informalmente, de modo facultativo, en un debate sobre la culpabilidad y otro posterior sobre la pena (art. 287); la deliberación y votación se inclina decisivamente al método de solución total, desechando el régimen escalonado, que, al prescribir que la minoría de opinión vencida vote sobre las cuestiones siguientes (fallo de culpabilidad), consagra sentencias absurdas; el pronunciamiento de la sentencia—en nombre del pueblo de la República—, si bien permite diferir excepcionalmente su forma escrita, prevé, para esos casos, la explicación oral de los fundamentos por un juez relator.

V

LOS RECURSOS

(Libro tercero)

Las novedades más importantes, respecto de la legislación moderna vigente en nuestro país, quedan descriptas mejor por lo que se omite regular.

antes que por los recursos que se disciplinan. En este sentido, se ha seguido la tendencia de la legislación moderna; regular un juicio penal de única instancia sobre los hechos, que sólo admite contra la sentencia un recurso limitado a las cuestiones jurídicas procesales y materiales que la afectan, el de casación. La omisión de un recurso amplio, que abarque también los motivos de hecho, como el de apelación, obedece, en primer lugar, a razones técnicas: el juicio oral y público no concibe este tipo de recursos porque ello representaría, ineludiblemente, duplicar el juicio, al menos en relación al aspecto del hecho sobre el que versa el recurso, si él sólo ataca parcialmente la sentencia. Así es, porque una regla de principio del juicio oral y público impone que sólo los jueces que presenciaron el debate estén habilitados para deliberar y votar la sentencia; la regla de la inmediatez así lo manda (arts. 291, párr. 1, y 319). También sin esa regla, cualquier mérito se daría cuenta de que un tribunal posterior, que no ha presenciado el debate, carece de base para el fallo, pues, aun apelando a métodos modernos de reproducción, la inasistencia de los jueces de fallo al debate que lo funda provocaría la pérdida de toda la sustancia y razón de ser del juicio oral, implicaría un regreso a la delegación. Precisamente, ante esta situación que comporta una petición de principio para el juicio penal que este Código regula, la reacción fue la siguiente: la existencia del recurso de apelación tiene su fundamento en la necesidad de que varios jueces —un tribunal colegiado— debatan la solución que un juez unipersonal ha dado al caso, por aquello de que, cuando intervienen varias personas, se reduce la posibilidad de errores. Es cuestión, entonces, de adelantar la intervención de varios jueces, con ahorro de procedimiento. Se entiende que, después de instaurados los Estados republicanos o las monarquías constitucionales, la razón política de la apelación no subsistía: de la administración de justicia por delegación de la monarquía absoluta —el poder de juzgar residía en el monarca—, que hacía necesario la devolución del poder jurisdiccional a aquel de quien procedía (el llamado efecto devolutivo de los recursos) y provocaba una organización judicial de tipo vertical, pasamos a un Estado representativo y, por tanto, a una organización judicial horizontal, en lo posible.

El recurso de apelación no sólo ha desaparecido, así, del sistema de impugnación de la sentencia, sino que, además, tampoco se conserva, en el Código, para etapas anteriores del procedimiento, específicamente para la instrucción preliminar. Varias son las razones: a) permitir una continua interrupción de la investigación, por la vía del recurso contra sus decisiones, resulta pernicioso para ella; tanto es así que ya los códigos antiguos impedían, en general, el recurso; b) el juez de la instrucción no es más, en este Código, quien dirige la investigación y, por ello, quien está comprometido con su eficacia; al contrario, él es quien controla la investigación y a cuyo cargo están las decisiones judiciales que comprometen una garantía constitucional o los derechos de alguno de los intervinientes; c) se gana así en celeridad y es posible exigir que el ministerio público, órgano propio de la investigación preparatoria, cumpla con idoneidad su tarea. La desaparición del recurso de apelación sobre decisiones instructorias que hoy son apelables no mengua las garantías que ofrece el procedimiento. En lo relativo a las facultades de los sujetos procesales (constitución del querrelante, actor civil y tercero civilmente demandado), las resoluciones del juez que controla la instrucción son meramente provisionales, pues la pretensión puede reproducirse durante el procedimiento intermedio (arts. 85, 98, 101, 104, 269, 270 y 271). Las excepciones siguen un régimen idéntico cuando son rechazadas y, cuando son acogidas, siguen el mismo sistema de las medidas de coerción, que permite un recurso directo e inmediato (art.

237). Precisamente, las medidas de coerción personal, por su importancia, constituyen la excepción al sistema, pues admiten un recurso inmediato (art. 221); estimamos que, si los jueces proceden conforme a la ley (art. 219, párr. II) y con sentido común (el funcionario del ministerio público concurrirá a la audiencia con los antecedentes que invoca), la queja no significará la destrucción del sistema.

Por fuera de estas omisiones, las novedades son de escasa importancia política. En la casación, los motivos absolutos de la casación, cuyo fundamento son las formas del procedimiento, reemplazan a las llamadas "nulidades absolutas", declarables de oficio, sin necesidad de protesta previa; al mismo tiempo se incorporan otros vicios de la misma importancia para el sistema procesal que se eligió y los vicios de la sentencia, cuya protesta es, precisamente, el mismo recurso. Se mejora la fórmula de la casación sin reenvío, que, en los códigos argentinos modernos, depende, equivocadamente, sólo del motivo del recurso. Se incluyó un procedimiento más breve y sencillo para la casación de sentencias en casos leves y de autos admitidos como objeto de casación (último capítulo): con ello quisimos atender a las críticas que intentan excluir a las sentencias menores —por así llamarlas— del remedio de la casación, pues no parece posible admitir que esos casos toleren los errores en la aplicación de la ley, ni que el tribunal de mérito impida a voluntad la procedencia del recurso mediante la simple herramienta de imponer una pena o una reparación menor, u obligar a los pretendientes a plantear demandas exageradas, sólo para precaverlos sobre la procedencia de la casación; tuvimos en cuenta, también, la exigencia de un recurso ante un tribunal superior que contiene el Pacto de San José de Costa Rica, art. 8°, n.º 2. h, hoy derecho interno para nosotros.

En la revisión las novedades son, también, de menor importancia. Ella es, lo mismo que la casación, un recurso limitado por sus motivos, pero, a contrario de este último recurso, procede por motivos cuyo contenido es, precisamente, inverso al de la casación: dejando de lado el caso atípico de la aplicación de la ley procesal más benigna, siempre procede por un —grueso— error en la fijación de los hechos, conforme a un descubrimiento posterior a la sentencia firme impugnada. Según esa posición se ha regulado sus motivos en forma amplia, mejorando de esta manera la regulación conocida en nuestro país. La disciplina del recurso mejora también la separación del juicio recorsidens respecto del *recessorium* y establece la regla a partir de la cual el tribunal puede, sin reenvío, corregir la sentencia, dictando una nueva en su reemplazo. La discusión teórica acerca de si la revisión es un recurso o una acción contra la sentencia no nos ha preocupado: ella es estéril, a partir del hecho de que, sin dudas para nadie, se trata de una impugnación contra la sentencia, por lo que, hasta quienes niegan su clasificación entre los recursos precisan una regla que indica la vigencia supletoria de las normas aplicables a ellos; ésta es la razón por la que no vacilamos al incluirla en el título de los recursos, conforme a nuestra tradición, sin perjuicio de las reglas especiales que la gobernan (ataque a la sentencia firme y legitimación ampliada). En nuestro derecho, la revisión sólo ha procedido —siempre— a favor del condenado, conforme a nuestra interpretación del principio *in bonis in idem*, conclusión que mantenemos y que se adecua al texto —no siempre claro— de las convenciones internacionales sobre derechos humanos.

VI

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

(Libro cuarto)

En esta materia las novedades principales consisten en la regulación de un procedimiento abreviado (monitorio, arts. 371 y ss.) para delitos leves y en la aparición —por primera vez en la legislación argentina— de un proceso contradictorio para la aplicación de medidas de seguridad y corrección.

El primer procedimiento elimina el debate oral, público y contradictorio, cuando la pena que se espera, conforme a la importancia de la infracción, es muy leve (actualmente: inhabilitación, multa o pena privativa de libertad que no supere el año), pero siempre que estén de acuerdo todos los sujetos esenciales del procedimiento penal por delito de acción pública, esto es, el ministerio público, el imputado y su defensor, y también el tribunal. En este caso, el tribunal técnico que se encarga de sustanciar y decidir el procedimiento intermedio dicta directamente la sentencia, sin abrir el juicio. La sentencia es impugnabile por casación, en los mismos casos en los que procede contra la sentencia obtenida después de un debate.

El juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad y corrección intenta dar solución a un problema real de nuestra legislación que se traduce, actualmente, en una privación absoluta del derecho de defensa de los inimputables del art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal. En estos casos nuestra práctica común interna por tiempo indeterminado a quien se encuentra en la condición prevista por la regla citada, sin debate y, en la inmensa mayoría de ellos, sin oír al afectado y sin defensa técnica. Tal iniquidad sucede a partir del sobreseimiento por inimputabilidad, unido a la orden de internación en un establecimiento asistencial por tiempo indeterminado. A pesar de que las reglas materiales sobre medidas de seguridad y corrección merecen muchas críticas desde varios puntos de vista, lo mínimo que se puede hacer en esta materia, desde la ley formal, es, precisamente, lo que el Código regula: un juicio contradictorio similar al común y con las mismas garantías, en el cual pueda defenderse el afectado —y cuando él está inhabilitado, su curador—, con la asistencia técnica de un defensor. Las medidas de seguridad y corrección no dependen, únicamente, de la comprobación de un estado especial del afectado por ellas, sino también de una gran cantidad de condiciones, idénticas parcialmente a las que se requieren para imponer una pena al culpable (hecho típico, antijurídico y punible). En la ejecución penal se incorporan otras reglas tendientes también a proteger a quien sufre una medida ya decidida.

El juicio de menores no contiene diferencias notables en comparación con la legislación actual y con el procedimiento común de este Código, pues respeta la legislación sustantiva sobre la materia, en especial, la cesura obligatoria del debate entre la cuestión de culpabilidad y la de la pena (un año después del tratamiento tutelar). Empero, la novedad reside en la creación de un Tribunal Tutelar único, cuya tarea consiste en llevar a cabo el procedimiento tutelar, en decidir acerca de la cuestión sobre la pena y en ejecutar su propia decisión, cuando aplica una pena o medida tutelar.

El juicio por delito de acción privada es idéntico al de la legislación argentina moderna. Aquí desaparece la instrucción preliminar, pues el procedimiento preparatorio queda a cargo de la persona privada, legitimada

para perseguir penalmente, quien, si precisa auxilio judicial en esa tarea, puede abrir una pequeña investigación previa ante el mismo tribunal de juicio (art. 376). El juicio, al que se reduce, prácticamente, todo el procedimiento, posee las mismas características del común (regla de remisión art. 383), ocupando el querrelante exclusivam. la posición que en este último ocupa el ministerio público, con pequeñas excepciones debidas a su naturaleza privada (p.ej.: limitación de la publicidad para el adulterio).

VII

LA EJECUCIÓN PENAL

La regulación que se propone tiene como límite el sistema concreto de penas del Código Penal argentino, que no ha variado fundamentalmente desde su origen (1921). Ese sistema de penas no se adecua al desarrollo propuesto por la política criminal actual. En especial, las alternativas a la pena privativa de libertad son más que escasas y las penas no privativas de libertad carecen de importancia práctica, según una apreciación generalizante. La multa, por ejemplo, acosada por la desvalorización del signo monetario y por la falta de incorporación de sistemas modernos sobre la pena pecuniaria (días multa), padece como una pena menor e insustancial dentro del sistema; la inhabilitación es discutible como pena y mejor concebible como medida de seguridad y corrección; se carece de otros sustitutos de la pena privativa de libertad, etcétera.

De todos modos, la regulación que se propone se adapta al sistema de penas vigentes. La ley procesal actual, al contrario, se aparta de manera ostensible de ese sistema —por su antigüedad—, dedicando la mayoría de sus reglas a penas inexistentes y no acometiendo la disciplina del proceso ejecutivo de las vigentes. Esta situación, increíble pero real, se corrige totalmente en la ley proyectada.

La innovación más importante consiste en el control judicial efectivo sobre la ejecución de penas privativas de libertad y en la creación de un tribunal específico para ello, que quedará delineado definitivamente en la Ley de Organización Judicial. Procesalmente hablando, este tribunal comenzará su labor al quedar ejecutoriada la sentencia y se ocupará de todos los incidentes jurídicos que suscita la ejecución de la pena, en especial la pena privativa de libertad (cómputo, condena condicional: vigilancia y revocación; libertad condicional: vigilancia y revocación, etcétera). Pero, además, es importante destacar que el Tribunal de Ejecución tendrá también a su cargo, sin perjuicio de la función administrativa que supone la ejecución de esta pena, el control general sobre su realización práctica, según se regula en el art. 384, y la asistencia al liberado, incluso en el ámbito de las medidas de concisión procesales.

Debe destacarse también la obligatoriedad de la defensa técnica durante los trámites jurídicos que suscita la ejecución penal. Aunque no se impone al defensor la pesada carga de vigilar permanentemente la ejecución, se exige su intervención cada vez que se provoque un incidente judicial sobre ella y se regula su función específica en ellos.

La libertad condicional recibe un tratamiento ejecutivo más adecuado a la condición de aquel que la merece o la pretende (art. 382).

Importante es también el someter las medidas de seguridad y corrección al régimen de control de la ejecución penal y las obligaciones tempo-

rales específicas para su control por el tribunal, sobre todo teniendo en cuenta el carácter indeterminado de la principal medida que conoce nuestra ley penal (art. 402).

La ejecución de las sentencias civiles que se obtienen por la vía del procedimiento penal corresponde a los tribunales competentes en esa materia y por la vía del procedimiento específico que determina el CPC y C (art. 403). Ya no existe el fundamento—economía de procedimientos—en el cual reside la atribución de competencia para los tribunales penales.

VIII

COSTAS E INDEMNIZACIONES

(Libro sexto)

Las costas del procedimiento penal no pueden ser resueltas con unas pocas reglas, tomadas del procedimiento civil. En efecto, la regla general, válida para ese procedimiento, "las costas serán a cargo de la parte vencida en el juicio o incidente", y la excepción ya habitual entre nosotros, "cuando... haya podido considerarse, razonablemente, con derecho a litigar" (CPP Nacional, 144), tiene enormes dificultades de aplicación en un procedimiento en el cual, por regla, la persecución está en manos de un órgano estatal, el ministerio público, que, para más, está exento naturalmente de cargar con las costas, en virtud del principio de obligatoriedad que rige su actividad. El título, por esta razón, luego de mejorar el concepto y contenido de lo que se entiende por costas (art. 405), se ocupa casuísticamente de entregar los criterios sobre la base de los cuales los tribunales decidirán sobre las costas.

Otras novedades de importancia son: a) la imposición de costas al Tesoro estatal, en aquellos casos en los que resulta valorativamente injusto que cargue con ellas el imputado (arts. 407, 408 y 417 con excepciones, y 409 como excepción); b) la imposición de costas al denunciante, en caso de denuncia falsa o temeraria que provocó la persecución penal (art. 410); c) los criterios para distribuir porcentualmente las costas, cuando el caso lo requiere (art. 416); y d) el procedimiento de liquidación (art. 419). Es usual, y no sólo en la legislación argentina, que el Estado anticipe los gastos del imputado; la regla así enunciada se completa en el Proyecto con otras que, a más de ampliar los casos en los cuales el Estado anticipa los gastos (beneficios de litigar sin gastos, acción civil delegada), resuelve quién los anticipa, precisamente cuando no está obligado el Estado (art. 420).

El título II, a pesar de su brevedad, resulta de una importancia capital, pues regula la indemnización debida al imputado en los casos de error judicial (recurso de revisión) y en los de privación de libertad procesal sufrida injustamente. Nos hemos decidido por un sistema tasado para no agravar la responsabilidad del Estado, pero con la importante aclaración de que el reo, que pretende haber sufrido daños mayores, puede reclamar una reparación mayor ante los tribunales competentes, renunciando al camino más simple de la reparación tasada (art. 423). No sólo el Estado responde por esta obligación, pero él responde en primer lugar y puede repetir de aquel interviniente determinado por el tribunal en la decisión (art. 424). Por supuesto, la reparación no procede cuando la injusticia deriva de la aplicación de una ley posterior más benigna (art. 425), durante el procedimiento o como consecuencia de una revisión.

IX

PRESENTACIÓN

Al texto del Código le hemos adicionado notas aclaratorias de las fuentes legislativas de cada artículo. El criterio utilizado es el siguiente: la fuente principal del Proyecto es el Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba; ello se debe, fundamentalmente, a que su sanción inaugura la incorporación decisiva de nuestro país a la legislación procesal moderna, a que constituye una ley de enorme valor técnico y a que, incluso, ha extendido su influencia por fuera de las fronteras nacionales, al ser postulada como modelo de la transformación latinoamericana en la materia y haber presidido ya la transformación cierta de la administración de justicia penal de la hermana República de Costa Rica.

Se ha mencionado el Proyecto Antelo, a pesar de su mala fortuna legislativa, porque constituye, a nuestro juicio, el antecedente originario de la actual legislación moderna y una obra notable que procura superar el oscurantismo que, en nuestro país, aún gobierna parcialmente en esta materia.

Se ha prescindido de la mención de todos los demás códigos provinciales que siguieron la regla o el principio político a que alude la fuente, salvo cuando ellos introdujeron una solución novedosa que se recepta en la regla proyectada.

También ha sido fuente principal de inspiración las "Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal penal" (Bases LA), elaboradas por el profesor Jorge A. Clariá Omedo, con el auspicio de la OEA.

Asimismo, se cita leyes procesales de España (Ley de Enjuiciamiento Criminal = LEC), Francia, Italia y Alemania Federal (Ordenanza Procesal Penal = OPP; Ley de Organización Judicial = LOJ), principales fuentes extrac Continentales del Proyecto.

Por último, en materia relativa a los derechos fundamentales y a los principios políticos básicos se cita las principales declaraciones y pactos internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, ONU = DUDH; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OEA = DAD y DH; Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales = Convenio Europeo de Derechos Humanos = CEDH; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ONU = PIDC y P; Convención Americana sobre Derechos Humanos = Pacto San José de Costa Rica = CADH).

Se aclara que, cuando la regla proyectada sigue al antecedente, pero contiene alguna innovación importante, a la cita se la indica como modificada (mod.).

X

LA EFICACIA DEL PROYECTO

Sería iluzorio pensar que la vigencia del Código Procesal Penal que se presenta constituye un remedio universal para los males de nuestra admi-

nistración de justicia penal. En nuestra situación, el Código representa el núcleo a partir del cual se pueden transformar prácticas obsoletas y vicias sobre el ejercicio del poder penal del Estado. Es deseable una reforma general del sistema penal de nuestro país que abarque todas sus dimensiones (derecho penal sustantivo, sobre todo su sistema de reacciones penales, procesal penal y ejecución penal; desde el punto de vista institucional: policía, justicia y órganos de la ejecución penal), acorde con una política criminal coherente y moderna.

Sin embargo, resultan suficientes —y necesarias—, para que el proyecto que se presenta rinda sus frutos iniciales y evidencie su eficacia, algunas reformas parciales indispensables que, a continuación, delineamos en sus principios fundamentales:

a) Según se ha señalado reiteradamente, ningún sistema penal procesa todos los casos que se producen en una sociedad; por el contrario, las estadísticas universales y nacionales demuestran la escasa cantidad de casos que solucionan los diversos sistemas. Nuestro derecho se aferra todavía al llamado "principio de legalidad", que pretende perseguir todas las acciones punibles, según una regla general de obligación. Pese a ello, en la práctica operan diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos, incluso dentro de los órganos de persecución penal y judiciales del Estado. De allí que sea necesario introducir criterios que permitan conducir esta selección de casos razonablemente y conforme a decisiones políticas convenientes. Ello significa modificar, en parte, el sistema de ejercicio de las acciones del Código Penal, tolerando excepciones a la "legalidad", con criterios de "oportunidad", legislativamente orientados.

Además, uno de los instrumentos probados como eficaz en el derecho comparado es la llamada "probation" o "suspensión del proceso a prueba", que permite prescindir de la persecución penal íntegra, en aquellos casos en los que no se vislumbra como aconsejable la aplicación final de una pena efectiva. Esta herramienta, a la par de constituir, junto con otras, la forma de diversificar los modos de solucionar ciertos conflictos sociales para los que hoy se receta una pena, constituye una de las piezas indispensables para descargar la administración de justicia de aquellos casos de menor importancia, prescindibles según las valoraciones sociales, con el fin de ingresar al sistema aquellos que, sin duda, deben ser procesados por él. La realidad del Código Procesal Penal vigente, operando al revés de lo aquí propuesto, demuestra los efectos negativos del régimen actual.

b) El Proyecto supone una nueva organización judicial.

Sus principios fundamentales tenderán a superar la burocratización de los órganos de administración de justicia y de persecución penal, a remover la rutina que hoy los paraliza y a apoyar los esfuerzos del Código por evitar la delegación de funciones judiciales en empleados administrativos, hipocresía que ha gobernado siempre nuestra administración de justicia, aspecto que, en definitiva, transforma en letra muerta los principios fundamentales de nuestra legislación penal.

En apretada síntesis, no sólo se han expuesto los fundamentos de la legislación que se propone, sino, antes bien, las metas políticas que debemos alcanzar, no otras que las ya delineadas desde nuestra organización nacional. No se debe ignorar que las normas por sí solas no operan ningún cambio, aunque sean indispensables para ello; será la inteligencia y la buena voluntad de los hombres encargados de aplicarlas, las únicas armas que permitirán recuperar la República.

ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA JUSTICIA PENAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. INTRODUCCIÓN

Una reforma del procedimiento penal, que pretenda la transformación radical del sistema de enjuiciamiento vigente, según aspira el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación (Pr. CPP), recientemente remitido al Congreso Nacional, reclama, necesariamente, una transformación de idéntico nivel en la constitución de los órganos estatales encargados de administrar justicia penal. Como el procedimiento penal es un procedimiento de marcado tinte oficial, no sólo porque el Estado decide el conflicto social que conforma su base, sino, antes bien, porque es el Estado quien, de ordinario, persigue penalmente y hasta, en ocasiones, toma a su cargo la defensa del imputado, la adecuación de la organización judicial a la nueva forma de proceder no es sencilla, ya que abarca todo el espectro de funciones cumplidas durante el procedimiento (acción, defensa y jurisdicción) y los órganos que las realizan (ministerio público, defensor oficial, tribunales).

La transformación propuesta por el Pr. CPP contiene, además, un segundo grado de dificultad, que hunde sus raíces en una concepción política autoritaria —el derecho penal colonial era fruto de la Inquisición española—, a un sistema de enjuiciamiento propio de una república democrática y a la organización judicial correspondiente.

No se trata, entonces, tampoco en la organización judicial, de una reforma meramente práctica, según tantas veces se intentó con el Pr. CPP vigente, sin ningún resultado alentador para la administración de justicia, ni tan siquiera se pretende una reforma tenue o parcial de la legislación que rige, sino que, al contrario, se ha puesto en marcha, como lo advertimos, una reforma profunda de todo el sistema de administración de justicia penal, que busca revertir la situación de atraso cultural y político en que se halla la legislación y práctica nacional en la materia.

Para ser claro, la reforma no procura "más de lo mismo", sino que intenta un cambio cualitativo de importancia en la forma de administrar justicia penal. El estado actual de las estructuras judiciales en materia penal, caracterizado por su apego a las formas burocráticas de proceder, propias de la Inquisición, no responde, ni política ni prácticamente, a los principios que gobiernan la administración de justicia penal en una república democrática. La simbiosis que existe entre procedimiento y organización judicial torna ilusorio pretender la conversión a un procedimiento penal republicano de estructuras pensadas y formadas para llevar a cabo un procedimiento autoritario e inquisitivo. La experiencia demuestra que, cuando varió el sistema procesal, sin un cambio equivalente en la organización judicial, las viejas prácticas, enquistadas en la rutina de las estructuras burocráticas, terminaron por decolorar el cambio pretendido, impidiendo el desarrollo total de los principios que lo inspiraron.

Este cambio cualitativo se puede expresar con unas pocas principios, que inspiran la organización propuesta. Estos principios servirán de eje explicativo de la nueva organización judicial.

II. EFICIENCIA

A) En la persecución penal

Nadie desconoce que el sistema federal de enjuiciamiento penal que nos rige ha posibilitado la impunidad existente en áreas delictivas que hoy preocupan sobremedida al cuerpo social. Mediante una investigación empírica, realizada en el marco de esta reforma, hemos podido comprobar que la estructura judicial dedica sus esfuerzos útiles, en gran medida, a la reacción contra los delitos más leves y sencillos; al contrario, carece de efectividad cuando se trata de delitos complejos y graves, especialmente en el área de los delitos no tradicionales.

Por otra parte, la ya célebre "mora judicial", esto es, el tiempo excesivo que la mayoría de los procesos tarda para llegar a una decisión, no es, como se presupone, una de las causas de la falsificación normativa, sino, muy por el contrario, uno de los resultados del sistema aplicado, que se transforma en método para asegurar impunidad. Hemos verificado que, hasta cierto punto, el sistema vigente resulta temporalmente eficiente para la persecución penal de delitos leves y sencillos, cuya sentencia se dicta en un tiempo razonable, conforme a las pautas judiciales de nuestro país. El problema aparece, unido a la impunidad, de la mano de los delitos graves, complejos o no convencionales.

Resulta absolutamente necesario revertir el proceso de penalización de los delitos más leves y sencillos y de despenalización de los delitos complejos, graves y no convencionales, al que condujo, de hecho, el sistema actual de enjuiciamiento penal.

La eficiencia en la persecución penal es, en primer lugar, tarea y responsabilidad que corresponden a los órganos del Estado cuya razón de ser reside, precisamente, en la función de perseguir penalmente: ministerio público y policía. Por ello, la ley orgánica que se propone transforma totalmente la organización del ministerio público, para que pueda cumplir con idoneidad la difícil tarea que se le encomienda. Según veremos, se tratará ahora de un cuerpo judicial unificado, estructurado jerárquicamente, activo en la persecución penal, que utiliza sus recursos humanos y materiales de manera adecuada a los casos que se le presentan. El es el responsable de investigar el hecho, de llevar a juicio a quienes estima culpables y de lograr su condena.

La eficiencia pasa, en gran medida, por la adaptabilidad al caso particular. No es lo mismo perseguir a un único autor de un hecho punible leve o simple, que perseguir a un grupo de personas asociadas, a quienes se les imputa varias conductas delictivas graves o complejas. Es por ello que la organización propuesta para el ministerio público tiene su punto de partida en la posibilidad de reaccionar activamente frente al caso, reuniendo esfuerzos personales, según su complejidad, para lograr un fin legítimo y propio de la función: el pronto esclarecimiento de los hechos y la condena de los culpables.

La experiencia histórica enseña, por lo demás, que aquellos estados capaces de un sistema eficaz de persecución penal y de medios idóneos para

la investigación, terminan descargando su propia ineficacia sobre las garantías de las personas, avasallando los límites que ellas imponen para obtener la eficiencia que el mismo sistema impide conseguir. Así, por ejemplo, la confesión bajo coacción reemplaza a los medios legítimos de prueba. Algo de ello explica la exposición de motivos del Pr. CPP.

Para alcanzar este objetivo, la primera decisión consistió en situar institucionalmente al ministerio público. Dejando a un lado discusiones conceptualistas, que no apartaron cambios significativos en la estructura y organización del ministerio público (tesis judicialistas, tesis administrativistas), lo importante es establecer mecanismos que relacionen al ministerio público con cada uno de los poderes del Estado, sin subordinarlo completamente a ninguno de ellos.

Respecto de su relación con los tribunales que integran el Poder Judicial, rige la ley procesal penal y la penal. Pero se consideró absolutamente necesario, como modo de asegurar la estructura contradictoria y dialéctica del nuevo proceso penal, preservar su autonomía de gestión administrativa, financiera y disciplinaria. Así se revierte la actual situación, en la cual el ministerio público representa, en realidad, una estructura absolutamente dependiente de los tribunales (competencia, turnos, disciplina del servicio, etcétera). En la nueva organización, distribución de tareas, administración de recursos humanos y materiales, y disciplina del servicio son labores que quedan reservadas, en general, a la gestión propia del ministerio público.

Respecto de su relación con los Poderes Ejecutivo y Legislativo, es sano preservar, como principio básico, aquel que domina la tesis judicialista: autonomía de decisión del ministerio público. Pero ello no significa que el ministerio público pueda colocarse, por su acción y decisión, al margen de los problemas y de las decisiones políticas fundamentales del Estado. La solución ha sido vincular el ministerio público a las instrucciones del Poder Ejecutivo, siempre y cuando, en caso de disidencia, ellas cuenten con el acuerdo del Poder Legislativo. En los demás casos, la oposición fundada del jefe del ministerio público basta para rechazar la instrucción. Importante es destacar que estas relaciones funcionan sólo con la cúspide del ministerio público, el Procurador General de la Nación, y quedan vedadas con los fiscales inferiores del sistema, según actualmente se conciben.

En segundo lugar, para determinar la posición interna del ministerio público, conforme a las metas expuestas, fue necesario diseñar una estructura elástica y ágil, fácilmente adaptable a las circunstancias concretas de la persecución penal. Partiendo de los principios de unidad e indivisibilidad, se establecen cinco niveles de funcionarios, relacionados entre sí jerárquicamente, por medio de un sistema de instrucciones generales o particulares. Las instrucciones son vinculantes y generan responsabilidad para el funcionario que las emite; empero, se concede a los funcionarios inferiores el derecho a objetarlas por ilegítimas, acción que prevoca un procedimiento interno para su control y ratificación.

B) Es las garantías ciudadanas

Por contraposición, el guardián de las libertades es el tribunal, y en esa tarea también debe ser eficiente. El sistema judicial vigente tampoco se ha lucido en este aspecto de la cuestión. Ello no deriva, necesariamente, de las personas que operan el sistema, sino, en primer lugar, del sistema

mismo. Él, con su organización vertical y burocrática de los tribunales, con su modelo de enjuiciamiento sobre la base de actas, es consecuencia de un esquema de organización de la tarea judicial que tiene por base un Estado autocrático, que delega por escalones las funciones en los funcionarios y luego, por devolución, controla, en sentido inverso, el buen funcionamiento del servicio, plasmado en las actas escritas. Para él no importa, en cambio, la personalización del juicio, la independencia de los órganos judiciales que administran justicia, la transparencia pública de esa tarea, ni la participación efectiva de los interesados en el procedimiento, como control y límite de la tarea de los tribunales. Es evidente que una organización judicial republicana debe partir de los principios inversos.

Por otra parte, el sistema vigente en el orden nacional —y muchos de los impuestos por códigos provinciales modernos, atados a un prejuicio histórico mal entendido— produce una grave confusión de funciones: él entrega a un único órgano —el juez de instrucción— la facultad de inquirir y la de proteger a la persona perseguida, de modo que transforma a un juez en persecutor público, que se debe controlar a sí mismo para no incurrir en arbitrariedades respecto de las garantías ciudadanas; al mismo tiempo, desplaza al ministerio público de su función específica, perseguir penalmente, convirtiéndolo en un funcionario con tareas meramente formales en el procedimiento penal. El resultado está a la vista: colocar toda la tensión que implica un procedimiento penal en manos de una única persona no brinda eficiencia en la persecución, ni en la protección del imputado; el juez navega entre dos aguas que inexorablemente se rechazan y, en fin, incumple la utopía institucional del control propio. Pero, además, el sistema federal es aún más deficiente, en el aspecto que tratamos, pues los tribunales llamados "federales", tanto en la ciudad de Buenos Aires, como en las provincias (jueces de sección), son únicos para instruir y juzgar: la misma persona persigue y decide. Tal anomalía ya fue puesta de manifiesto por el proyectista del sistema vigente (ver Exposición de Motivos del Código de Procedimientos en Materia Penal).

En verdad, no se ha destacado convenientemente que el juez de instrucción, cuyo alambramiento impuro se adjudica al Código de Instrucción Criminal francés de 1808 (transmitido a los sistemas europeos-continentales que lo tuvieron como modelo de la reforma del siglo xx), sólo fue el resultado de un compromiso político entre el Ancien Régime y las ideas republicanas reformadoras, compromiso que consistió en la permanencia del inquisidor en el primer período del procedimiento penal.

Frente a todo ello, el sistema planeado organiza a todos los órganos públicos que intervienen en la administración de justicia penal de un modo absolutamente diverso del anterior. En principio, separa claramente las funciones que cumplen unos y otros, en pos de la eficiencia de la tarea del Estado en funciones contrapuestas que, según la ley penal, le corresponden a él. Nos referimos, principalmente, a las funciones de perseguir penalmente y de juzgar. Claramente, el nuevo sistema coloca en manos del ministerio público (también de la policía, su auxiliar inmediato) la responsabilidad por la eficiencia de la persecución penal, y lo organiza conforme a las necesidades de esa función y de la responsabilidad consiguiente. De la misma manera, los tribunales asumen toda la responsabilidad por la labor de juzgar, v.gr., por el amparo a la persona que es perseguida penalmente, y son organizados conforme a su misión. Por último, la defensa técnica, tarea que también asume el Estado, en defecto de provisión privada, tiene, en la ley que se presentará, una organización completamente diferente de la actual, con el fin de tornar eficiente una tarea que hoy dista de serlo.

El proyecto introduce, en el ámbito de la administración de justicia penal, todos los principios que deben regir una organización política republicana y democrática, que preferimos nombrar específicamente.

III. PERSONALIZACIÓN

El sistema actualmente vigente se caracteriza por una despersonalización absoluta de la administración de justicia. La Constitución y la ley han establecido, a la par de órganos competentes para cumplir los papeles que reclama la administración de justicia penal, mecanismos precisos y complejos para asegurar la individualización e idoneidad de la persona física responsable por la labor respectiva. Sin embargo, la delegación que se produce, sin regla alguna que le habilite, es tan enorme que en la realidad una gran mayoría de los actos de administración de justicia no están realizados por las personas idóneas, según la ley, más aún, ni siquiera interesa que tales personas los cumplan, pues, de hecho, son reemplazadas por otras. Nótese, por ejemplo, que la Constitución ha previsto un mecanismo complejo políticamente para designar a los jueces, encargándoles sólo a ellos la tarea de administrar justicia; empero, de hecho, esa labor es cumplida, ordinariamente, por empleados que operan bajo la ficción de la firma posterior del protocolo, designados sin ningún resguardo.

Tal forma de proceder ha provocado diversos resultados. En primer lugar, los litigios transcurren hoy ante tribunales, como cosas o engranajes de una máquina, y no ante jueces "de carne y hueso". Existen tribunales sin jueces (igual sucede en las demás funciones), por renuncia, licencia o enfermedad del juez, o, simplemente, porque el cargo no ha sido cubierto, que funcionan igual que los demás, como si un juez estuviera presente; el recurso a la firma de las actas por algún juez cubre la apariencia, y no interesa la presencia del juez, pues los actos son cumplidos por otras personas.

No menor es el problema en el ámbito de la responsabilidad por la tarea cumplida o por la falta de cumplimiento de la tarea impuesta, que se diluye en un sinnúmero de personas innominadas (los delegados), quienes no firman las actas ni las decisiones, pero, en realidad, son las que cumplen los actos.

Estas y otras ficciones, a las que lentamente nos hemos acostumbrado jueces, profesionales y, en general, todas las personas que operan el sistema judicial son, en realidad, más que prácticas viciadas, algunas de las mayores falsificaciones del sistema democrático en el área de la administración de justicia. No puede ser considerado una mera práctica viciosa el hecho de que quienes juzgan a las personas o conducen el procedimiento no son los funcionarios designados por la Constitución y la ley, sino una serie de personas innominadas, escondidas bajo el nombre de "el tribunal".

Conforme a ello, los diferentes oficios judiciales se han convertido en pequeños "feudos", que interesan más como tales, para el sistema, que por las personas que deciden. Un tribunal es hoy un ente en sí mismo, con independencia de sus componentes personales. Según esta forma de organización, las estructuras administrativas de los juzgados, cámaras, salas de cámara, fiscalías, defensorías, etc., representan entes administrativamente íntegros y completos en sí mismos, con un desperdicio máximo de recursos humanos y materiales, y, consiguientemente, un costo mayúsculo. Dos ejemplos al azar ilustran esta afirmación. Se ha calculado en 10.000 volúmenes el inventario de las bibliotecas de los tribunales penales de la

ciudad de Buenos Aires, número que alcanzaría para crear la mejor biblioteca penal de país, si no fuera porque esos 10.000 volúmenes, la mayoría de las veces inutilizados, se reducen a unos pocos títulos que se repiten en los distintos organismos. El correo que crea cada tribunal para comunicarse con los distintos oficios, en un radio de quince cuadras alrededor del centro (Palacio de Justicia), ocupa, aproximadamente, algo más de trescientas personas, que día a día recorren esas cuadras conjuntamente (traeían expedientes, notifican, etc.), entrecruzándose entre ellas.

El sistema de reparto de asuntos sigue la misma línea: el juicio penal ha sido convertido en un número y una carátula, en verdad en un expediente, sin interesar cuántos hechos punibles y cuántas personas imputadas constituyen su objeto, ni qué grado de complejidad él tiene.

Frente a ello, la nueva organización, incluido el Pr. CPP, aspira a lograr no sólo que los funcionarios designados para cumplir cierta función sean los que realicen los actos propios de ella, sin delegación alguna, sino, además, que cada uno de ellos sea el responsable personal de la tarea que se le encomienda. Ello implica sustituir la organización por juzgados, salas o cámaras, para ingresar en una nueva unidad, más amplia, compuesta por varios jueces y gobernada por un consejo, que ellos mismos eligen, jueces que se expresan por ese único tribunal, según la integración necesaria para el caso, y se reparten las diversas tareas inherentes a la función judicial, conforme al CPP, sin integraciones fijas: la organización evita así la "feudalización" en unidades menores, administrativamente autónomas. Por supuesto, el Pr. CPP contribuye a desarrollar este objetivo, prescribiendo que los jueces que hayan presenciado los debates sean los únicos habilitados para dictar el fallo.

La organización de los tribunales responde, pues, al favorecimiento de este principio de personalización, incluyendo allí los mecanismos adecuados para evitar la rutina burocrática. Se ha dividido el país en distritos judiciales amplios, para permitir la creación de tribunales zonales, con un número de jueces suficiente que posibilite cumplir todas las tareas que el Pr. CPP encomienda a los tribunales. Los jueces del tribunal no se identifican con una función o período determinado del procedimiento, sino que, a su turno, constituyen el tribunal, con la integración que la ley determina para las diversas funciones propias de los jueces en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal. Además, se ha utilizado una fórmula elástica —juez por cantidad de habitantes— que, a la par de asegurar un número mínimo de jueces, suficiente para llevar a cabo todas las tareas judiciales, permite la actualización periódica o la adecuación a situaciones de excepción.

Del mismo modo se organizan los tribunales especializados, al de ejecución y el tutelar, atendiendo a fórmulas elásticas con capacidad para adecuarse a la tarea que cumplen.

En la débil del ministerio público, la transformación del punto de partida es mucho más clara, por la índole de sus funciones. El ministerio público podrá concurrir a la investigación del caso y a la defensa de su pretensión jurídica no sólo con el número de funcionarios necesarios para obtener éxito, sino con aquellos mejor capacitados para instruirlo y dictaminarlo, adecuándose al caso que debe perseguir.

Un nuevo sistema para la distribución de tareas y asuntos colaborará eficazmente para realizar estos propósitos. En lugar de afectar jueces, desde su nombramiento, a un período circunscripto del procedimiento penal, quienes integren la organización como jueces permanentes tendrán a su cargo, por turnos, todas las labores que el Pr. CPP asigna a los jueces. El reparto de asuntos ya no tendrá como átomo de distribución al expen-

diente, cualquiera que sea su complejidad; al contrario, el caso y su complejidad gobernarán la atribución de asuntos.

En la organización de los tribunales tal método de reparto sólo influirá en una más justa distribución del trabajo entre los integrantes del tribunal. El método, en cambio, adquiere importancia material dentro de la organización del ministerio público, pues la complejidad del caso determina, directamente, los esfuerzos que se destinarán a su investigación y persecución (mínimo de fiscales que trabajarán en el caso, perfil de sus conocimientos, etcétera). De allí la obligación de los fiscales inferiores de denunciar, a sus superiores, los casos que superan la complejidad de rutina, para que se pueda decidir, conforme a instrucciones generales o atendiendo individualizadamente al caso particular, cuántos fiscales y cuántos se ocuparán de ellos.

Se establece también una organización completamente nueva —al menos en nuestro país— para la defensa de oficio. Esa tarea, que el sistema actual ha conducido a un alto grado de despersonalización y rutina, incumbe, según esta ley, a las organizaciones de abogados, subvencionadas parcialmente por el Estado para cumplir ese papel. Para asegurar la eficacia del servicio se establece una relación directa y personalizada entre el imputado y su defensor y se garantiza la idoneidad del servicio a prestar, mediante mecanismos adecuados para estos fines: retribución del servicio, sistema de guardia, especialización profesional.

Por otra parte, la tarea defensiva no se limita, como ahora, al asesoramiento del imputado, sino que comprende la asistencia a la víctima sin recursos.

La nueva organización pretende, de esta manera, conformar un sistema eficiente, que, eliminando la ficción (organización feudal, delegación), responda adecuadamente al servicio que representa la función judicial del Estado, adaptándose al caso concreto, en la mayor medida posible.

IV. DEMOCRATIZACIÓN Y TRANSPARENCIA

El Pr. CPP ya adelantó, consecuentemente, la elaboración de un procedimiento penal dirigido a la consecución de estas metas: juicio público y oral, cumplido concentrado y continuadamente, sin complicaciones formales, para que el público, en general, pueda comprender y controlar cómo sus jueces administran justicia en materia penal.

La ley orgánica pretende incorporar los elementos restantes para que la administración de justicia penal responda al sistema de gobierno que nuestro país adoptó por intermedio de la Constitución. En tal sentido, es inherente a toda república representativa y a toda democracia, tal como se la concibe desde el siglo anterior (XX), la participación de los ciudadanos en la tarea de administrar justicia; prueba de ello es la forma de integrar los tribunales que imponen los arts. 24, 67, inc. 11, y 103 de la Constitución. Ello coincide, por lo demás, con un imperativo actual de nuestra propia vida institucional, proclamado no sólo por el gobierno nacional, sino, también, por los principales partidos políticos: el recrear una democracia participativa, en el sentido de que los ciudadanos no sean llamados únicamente a votar para renovar las autoridades del Estado, sino, antes bien, que tengan diversas oportunidades para influir en las decisiones estatales, asumiendo un papel protagónico y activo, respecto de la vida institucional del país.

Se debe advertir, además, que el ser juzgado por los convecinados es un derecho fundamental de cada habitante del país, según nuestra ley constitucional (art. 24) y la práctica universal que le sirve de fuente.

La ley orgánica, por ello, integra los tribunales de juicio no sólo con jueces permanentes del aparato burocrático del Estado, sino también con jurados ciudadanos que colaborarán en la función de juzgar, impidiendo, además, la burocratización y tendencia al trabajo rutinario de los órganos del Estado (funcionarios).

El fundamento político-cultural del juicio de jurados reside en la decisión de que la justicia penal no puede quedar sólo en manos del Estado. Se satisface así un doble anhelo: la garantía frente al Estado y la creación de canales democráticos de participación ciudadana. Esta ha sido la decisión de nuestros constituyentes. Ellos sólo dejaron en manos del Congreso de la Nación la elección del mecanismo de participación ciudadana en los tribunales de justicia y no, como se ha pretendido tradicionalmente, la fijación del momento o la oportunidad en que estos tribunales comenzarían a regir, menos aún se concedió al Congreso la facultad de postergar este derecho por más de un siglo.

La historia antigua y la moderna enseñan que el sistema de jurados se ha implementado por diferentes mecanismos, según circunstancias históricas, políticas y culturales concretas (asambleas populares, iudices iurati, jurado escabinado, jurado anglosajón, escabinato moderno). Del mismo modo, y atendiendo a las circunstancias particulares de nuestro país, hemos optado por un sistema que asegure una participación ciudadana real en los tribunales de juicio y, a la vez, la eficiencia del servicio de justicia.

Al mismo tiempo, y como resultado del juicio público y de la integración de los tribunales de justicia con ciudadanos, se busca la transparencia de la gestión judicial. Una forma de administrar justicia como la actual, incomprensible para los justiciables y para el público, reduce el sistema a las formas de actuación de una "secta" de intermediarios, única que lo comprende y lo opera. "Los ciudadanos tienen derecho a sospechar que una sentencia es injusta, aunque ante la verdad abstracta pueda ser intrínsecamente justa, si es el resultado de un procedimiento irracional, arbitrario, ilegítimo; y para los efectos políticos, es lo mismo que la sentencia sea injusta o que el pueblo tenga motivos para sospechar que lo es" (Francisco Cámara, Programa, § 783, nota 1, parafraseando a Ayrault).

Al contrario, la organización propuesta permitirá que cualquier ciudadano comprenda el funcionamiento de la justicia, pueda actuar en ella y controlarla.

Los mismos principios rigen la gestión administrativa interna de los tribunales: se ha creado en cada tribunal un Consejo, elegido por los mismos jueces en asamblea, quien anualmente rinde cuentas de su gestión ante ellos. La administración cotidiana de los recursos humanos y materiales se delega en un administrador profesional, controlado por el Consejo, a fin de descargar a los jueces de los innumerables problemas administrativos diarios que hoy entorpecen su labor judicial y de lograr eficiencia en la solución rápida de estos problemas.

V. IDONEIDAD

Según se dijo ya en la exposición de motivos del Pr. CPP, nadie puede desconocer que, en última instancia, toda organización, y más aún la judi-

cial, depende del factor humano. Los responsables, según nuestra Constitución, por el nombramiento de los funcionarios judiciales, no han contado, hasta ahora, con un mecanismo idóneo para seleccionar los candidatos que ocuparán los cargos.

La ley organiza, tanto en el ámbito de la judicatura como en la carrera fiscal, un sistema de selección abierto, que permite conocer quiénes aspiran a ejercer la función judicial del Estado y cuáles son sus antecedentes de idoneidad. De esta manera, quienes tienen a su cargo la tarea de designar los funcionarios responsables contarán con la base de conocimiento razonable para efectuar su decisión, y también los ciudadanos, más las organizaciones vinculadas al quehacer judicial, tendrán canales ciertos de opinión y control de las decisiones.

Como se observa, la posibilidad de postularse abierta y públicamente a los cargos judiciales y la competencia pública para aspirar a esos cargos, contribuye también sobremanera a la transparencia del sistema, propia de un régimen republicano.

VI. ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La mayor carga de trabajo del ministerio público consiste en la persecución penal pública y en el ejercicio de otras acciones públicas que la ley, por excepción, prevé en otras áreas jurídicas. Es conocido que esta función necesaria del Estado carece de una ley orgánica que defina su situación institucional y su organización interna; antes bien, rigen leyes dispersas referidas a los cargos particulares del ministerio público, dictadas como respuesta a necesidades momentáneas, que no alcanzan a definir una organización general.

De tal manera, si bien el Proyecto se orienta, fundamentalmente, a satisfacer las necesidades del sistema penal, debió integrar, necesariamente, las demás áreas del ministerio público en una sola estructura funcional. Se logra así, la tan ansiada unidad del ministerio público.

La ley respeta, en general, la tarea que al ministerio público le encomiendan las leyes respectivas, cuya reforma no es objeto de este Proyecto. Sin embargo, durante el estudio de estas materias, advertimos sin dificultad la necesidad de modificar reglas particulares de incumbencia que regulan la tarea del ministerio público, que generaron, además, la práctica viciosa de los tribunales de convertir al ministerio público en una especie de asesor jurídico sobre diversos temas.

Estos son los principios que inspiran la organización judicial proyectada. Todos sabemos que entre norma y realidad se genera siempre una tensión, resultante de la imposibilidad de abarcar la enorme diversidad de lo real y lo posible, en conceptos abstractos. Cabe esperar, pues, que los intérpretes comprendan que lo importante es preservar estos principios y generar un sistema judicial inspirado en ellos, democrático, eficiente, transparente; en fin, un sistema judicial que nos ayude a construir una sociedad más justa, solidaria y pacífica.

ALBERTO M. BINDER
JULIO B. J. MAJER

ENTREVISTAS *

DOCTOR CARLOS SANTIAGO NINO **

LA DISCUSIÓN CRÍTICA EN NUESTRO MEDIO ACADÉMICO

"...Para eso trabajo y estudio. Cambiaré de opinión tantas veces y tan a menudo como adquiera conocimientos nuevos, el día que me aperciba de que mi cerebro ha dejado de ser apto para esos cambios, dejaré de trabajar. Compadezco de todo corazón a todos los que después de haber adquirido y expresado una opinión no pueden abandonarla nunca más".

Florentino Ameghino
(Cit. José Ingenieros)

L y E: ¿Cuál es su opinión sobre la discusión crítica en el contexto académico de nuestra facultad?

Doctor Nino: Yo diría que una de las falencias más notables de nuestro ambiente académico, que determina que no tengamos en realidad una comunidad académica desarrollada entre nosotros, es la falta de una crítica intelectual seria.

* Participaron por "Lecciones y Ensayos", Víctor Abramovich, Eduardo Baistrocchi, Carlos Espósito, Alejandro Fiuza, Adrián Lerer y Gustavo Naquere.

** Coordinador del Consejo Para la Consolidación de la Democracia. Profesor titular de Filosofía del Derecho de la UBA.

Ustedes saben que la institución del debate crítico no es una institución universal. En realidad, muchos sostienen que el gran invento de los griegos fue el del debate racional y el debate crítico y que éste no se ha dado en todas las épocas, ni en todos los lugares.

Esa es una institución enormemente valiosa de la civilización occidental y que se ha expandido también en otras culturas. No solamente tiene importancia en general, en el funcionamiento del sistema democrático es el aspecto central del mismo, sino que también tiene un valor intelectual muy importante en el ámbito científico y en el académico. Yo creo que por una serie de razones, que podemos analizar después con algún detalle, esa institución del debate crítico se da solamente en forma muy limitada y mermada en el ámbito académico argentino. Lo vemos sobre todo en la elaboración por escrito, que es fundamental para el avance de las ideas. Las cosas que se escriben en el ambiente académico jurídico argentino, en general reflejan ideas que se desarrollan en otros países. Algunas, porque son obviamente de mucha importancia y de mucho peso, pero otras simplemente por el prestigio que tiene alguien por el solo hecho de escribir en Estados Unidos, Alemania, Italia, Francia, etc., independientemente de su valor intrínseco, dejando de lado las ideas de los propios pensadores argentinos.

Entonces, una de las cosas que yo he advertido es que muchas veces se encara un tema como si se empezara de nuevo, como si nadie lo hubiera desarrollado antes en el país y sin aprovechar los avances que pudieron haberse dado a partir de otros esfuerzos propios. Y esto se combina con el hecho de que las pocas veces en que un autor se ocupa de otro autor que ha escrito en el ámbito jurídico argentino, generalmente se advierte que adopta una de dos actitudes: o para hacer una especie de panegírico de compromiso para quedar bien con ese autor y para citarlo porque esto implica a veces una cierta reciprocidad en estas prácticas; o al revés, por cuestiones personales para dirigir algún tipo de ataque personal abierto o encubierto. Y, en cambio, lo que no se desarrolla es una verdadera actividad discursiva y de crítica seria, racional, y no personalizada, en búsqueda de la verdad. Esto yo lo he vivido personalmente. Acabo de iniciar un curso de graduados sobre los temas que desarrollé en el libro que publiqué hace ocho años, *Los límites de la responsabilidad penal*, un libro de filosofía del derecho penal. Cuando publiqué ese libro, que fue la tesis de doctorado que hice en Oxford, dado que hago una crí-

tica radical de las bases de la teoría del delito vigente en sus distintas versiones, pensé que iba a ser objeto de las más acerbas objeciones y críticas de otros autores, porque realmente trataba de cuestionar los fundamentos mismos de ese desarrollo. Pero no pasó absolutamente nada.

O sea que básicamente no tuve ninguna reacción ni comentario dentro del país, y en cambio sí los tuve fuera de él. Se hicieron incluso algunas tesis en España sobre el libro y algunas partes del libro se publicaron en Estados Unidos, y ahí inmediatamente tuvo un eco de reacción crítica de diversos autores, que en sus propios libros y en artículos discutieron las tesis que yo defendía en el libro. Realmente a mí me resulta muy demostrativo.

L y E: ¿A qué atribuye ese menosprecio por la literatura jurídica local? ¿Se ve a la crítica como una blasfemia? ¿Se sacraliza el derecho?

Doctor Nino: Yo lo atribuiría a varias causas. En primer lugar, creo que responde a un problema muy profundo y es que la actividad académica jurídica sería en el país es relativamente limitada. Básicamente, no por falta de talento ni de gente capacitada, sino por falta de tiempo. En este momento, con la complejidad que tiene el desarrollo teórico en materia jurídica, como en otras áreas teóricas, es imposible estar al día y tener un entrenamiento adecuado si no hay una dedicación casi full-time a la tarea de la docencia. Y ustedes saben que en el caso de nuestra facultad y del ámbito jurídico académico de la Argentina en general es muy limitada, la mayoría de los profesores de derecho, por necesidad u otras razones, son profesores de dedicación simple, o a lo sumo de dedicación part-time. Porque dedican la mayor parte de su tiempo a la administración de justicia o a su profesión de abogados, y la tarea académica, si bien la hacen con esfuerzo y entusiasmo, es una tarea secundaria y más bien amateur.

Creo entonces que esto en parte se debe a que cuando uno no tiene la dedicación suficiente como para entrar en un debate serio muchas veces resulta más fácil tener diálogos imposibles con gente de otros países. Uno recoge, compara, comenta y critica material que viene de afuera y no hay un eco suficiente y el nivel de exigencia es diferente. Si se entra en una discusión aquí, uno debe ir profundizando cada vez más sobre el tema.

L y E: Hace algún tiempo el doctor Juan Carlos Agulla nos comentó un trabajo que se realizó en Alemania acerca

de cuáles eran las expectativas sociales que tienen los europeos y los latinoamericanos respecto del profesor. El resultado en Europa y en los Estados Unidos señalaba que el profesor ideal era el investigador. En tanto que en Latinoamérica se esperaba que estuviera actualizado sin tener en cuenta el aspecto creativo. ¿Qué opinión le merecen estos datos?

Doctor Nino: Por supuesto, eso es así. En una universidad sería de Europa o de los Estados Unidos, de ninguna manera se puede concebir un profesor que al mismo tiempo no sea un investigador. No es alguien que va al aula simplemente a impartir una serie de conocimientos. Eso es una idea absurda porque esos conocimientos están mucho mejor desarrollados en textos escritos. El profesor va al aula para desarrollar en conjunto con los alumnos, especialmente con los de post-grado, ideas que después va volcando en su trabajo de investigación. O sea que la enseñanza es una parte integral de su tarea de investigación. El profesor elige generalmente para enseñar un tema sobre el que está escribiendo y parte del chequeo del tema lo va haciendo en clase, en diálogo con sus estudiantes. No existe la idea de que hay un conjunto de conocimientos acabados que el profesor va a exponer a los alumnos. Se supone que el profesor es alguien que en ese mismo momento está experimentando y hasta desarrollando alguna teoría, y da esas clases para, en una forma discursiva, dialogada y crítica, ir exponiendo esas ideas e ir viendo hasta qué punto tienen validez; e ir entrenando al mismo tiempo a los estudiantes en esa tarea de investigación reflexiva.

L y E: Es decir que se parte de una concepción distinta de universidad: la universidad en el sentido literal del término, como una comunidad de profesores y estudiantes que procuran el saber, se concreta en forma específica en esta forma de universidades.

Doctor Nino: Sí, es así. La universidad se concibe en los países desarrollados como una comunidad en la que conviven estudiantes y profesores que desarrollan contactos muy intensos, dado que ambos son de dedicación exclusiva y se alojan, o al menos trabajan todo el día en la universidad. No es infrecuente encontrar corrillos de estudiantes y profesores discutiendo temas teóricos después de la cena o los fines de semana.

L y E: En una de las primeras clases de su curso sobre interpretación de la ley, usted explicó que en los Estados

Unidos el college es como una pre-universidad. Aquí pareciera que la universidad es un post-secundario.

Doctor Nino: En el caso especial de los Estados Unidos el sistema universitario está dividido en dos ciclos. El primero, llamado de pre-grado o bachillerato, son tres o cuatro años de enseñanza muy intensa que no conducen a lo que nosotros llamamos títulos profesionales, sino que conducen a bachilleratos orientados hacia especializaciones muy genéricas. Por ejemplo, ciencias, humanidades, etcétera. Luego, lo que nosotros consideramos carreras universitarias, en los Estados Unidos es el primer post-grado que va hacia una maestría o hacia una licenciatura, y dura generalmente tres años. Ahí la gente estudia específicamente, derecho, medicina, sociología, etc. y, efectivamente, la actividad de investigación está acentuada en la segunda parte. De cualquier manera, aun en el college se considera que se exige una actividad de dedicación exclusiva muy intensa tanto por parte de los profesores como de los estudiantes y aun allí se da lo que ustedes dicen, es decir, hay una idea de universidad como una especie de comunidad donde incluso se convive físicamente porque los estudiantes viven allí, tienen sus propios departamentos y no se conciben profesores que ejerzan una actividad paralela, sino que son profesores profesionales; ésa es su profesión, tienen su oficina permanente en la misma universidad. Y por supuesto hay una idea de comunidad, de convivencia, de permanente contacto entre profesores y alumnos, aun los fines de semana, en discusión de temas teóricos. Eso se da en el college, pero en forma mucho más acentuada en los estudios de post-grado, como pueden ser los estudios de derecho.

L y E: Volviendo a nuestra realidad. ¿Mejora el plan nuevo de derecho las expectativas de agudizar el espíritu de los estudiantes como el de los profesores?

Doctor Nino: Creo que el plan nuevo tiene muchas ventajas en varios sentidos, pero específicamente en el sentido que ustedes sugieren tiene una ventaja muy importante, aunque es una ventaja indirecta. La ventaja importante que tiene es que obliga a salir de la rutina. Porque es lo que pasaba con el plan que tenía la Facultad de derecho ("plan viejo"), que creo tenía setenta años de antigüedad y que prácticamente se da en muy pocos países del mundo. En definitiva generaba una rutina muy repetitiva por parte de todos; primero de los profesores y en segundo lugar de los estudiantes. En otras palabras, el tener que dar materias fi-

jas, con programas fijos, con ciertos temas también fijos, lleva a algunos profesores, que por otro lado no están bien remunerados y tienen actividades paralelas, a una actividad del "menor esfuerzo"; entonces se acostumbra a repetir permanentemente siempre lo mismo. Los estudiantes tampoco exigen demasiado para que ellos a su vez, no se vean exigidos por el profesor.

Las cosas son diferentes cuando el profesor tiene que elegir un tema especial para desarrollar, un tema que ya no tiene por qué ser todo un programa, puede ser un tema específico para desarrollar en profundidad. Eso obliga al profesor a estudiar y desarrollar especialmente ese tema y a hacer toda una preparación sobre esa cuestión. Además de la posibilidad de volcar directamente en la enseñanza los temas que está directamente investigando. Porque si el profesor está desarrollando un tema como, supongamos, el de la interpretación que yo estoy desarrollando ahora, qué mejor es que volcarlo en un curso y poder discutirlo con los alumnos y en su misma explicación y en las reacciones de los alumnos ir chequeando las ideas.

De parte de los alumnos la cuestión también es diferente, porque los alumnos tienen libertad de elección, pueden elegir cursos y seminarios de acuerdo con sus intereses y con las necesidades que ellos prevean para su futuro. Se supone entonces que si eligen un cierto tema es porque tienen un interés especial en él, y sería totalmente autofrustrante de parte de ellos, no interesarse en profundizar la discusión. Por supuesto que romper con las rutinas lleva mucho tiempo, no se pueden ver los resultados de manera inmediata, pero creo que con el tiempo se van a ir percibiendo las ventajas de tener un sistema abierto que pueda irse adaptando a las inquietudes de los profesores y de los estudiantes, a las circunstancias del país. Por ejemplo, en un momento en que en el país se está discutiendo una cosa, me parece bien que pueda haber cursos especiales en la universidad sobre ese tema discutido por la opinión pública. Con este sistema se podrían haber organizado cursos sobre la ley de divorcio, en los cuales todos estarían interesados porque es un tema de discusión pública.

En síntesis creo que es un paso adelante, aunque limitado, porque existen prácticas establecidas. Se ha llegado a una especie de conciliación, en lugar de esas tres o cuatro materias obligatorias que hay en otras universidades modernas, en el nuevo plan son más. Pero de cualquier manera creo que es un avance muy importante.

L y E: Dejando de lado las necesidades económicas o de otro tipo en que se acostumbra a dar un curso, nuestra actitud no crítica, ¿no respondería también a una cuestión ideológica?; en otras palabras, no se criticaría porque no se tiene la intención de cambiar las cosas.

Doctor Nino: Bueno, yo creo que hay un poco de lo que ustedes dicen, pero también creo que supera las líneas divisorias ideológicas. Para mí, en el país hay un conservadurismo muy acendrado, tanto en la gente de derecha como en la de la izquierda. Es un caso curioso el de la Argentina: una sociedad que, como es obvio, no ha tenido mucha suerte con sus instituciones y su forma de organización, sin embargo, hay una resistencia feroz a revisirlas o ponerlas en tela de juicio. Uno se sorprende de sociedades que han tenido tremendos éxitos en cuanto a su vida institucional y sin embargo están permanentemente revisando y cuestionando si no deberían cambiar esto o aquello. Cuando estudiaba en Oxford asistí a cambios profundos, revolucionarios para la estructura institucional inglesa, como nada menos que la limitación de soberanía del Parlamento inglés. Esto ocurrió cuando Inglaterra entró en la Comunidad Económica Europea. Y además asistí a un procedimiento totalmente inusual para dar ese paso como fue llamar a un referéndum popular para decidir la cuestión. Todo esto en un contexto social con instituciones de siglos que en general les han dado bastante resultado.

En la Argentina, como hemos observado, tanto en el tema del plan de estudios como en diferentes aspectos de la legislación, por ejemplo el procedimiento penal o el aspecto constitucional, etc., hay una enorme resistencia al cambio. En general no observamos las normas que nos rigen, es decir que hay una curiosa adhesión a los textos escritos que se combina con un igualmente curioso desconocimiento de esos textos escritos. Esto forma parte de nuestra vida y supera las ideologías. En consecuencia creo que es un rasgo muy acendrado en la sociedad argentina; tal vez es un rasgo defensivo porque, insisto, tengo que ver mucho con el hecho de que tenemos una sociedad todavía no del todo organizada, en la que la gente tiene muchas exigencias insatisfechas, debe dividir su tiempo entre muchas cosas y frente a condiciones de escasez tiende a defender las posiciones adquiridas como pueda. Entonces todo lo que sea revisión, todo lo que signifique crítica exige por lo menos tener tiempo y nadie tiene mucho tiempo para nada. Por lo tanto la gente ve peligro y prefiere que todo quede como está. A

veces cosas totalmente secundarias y triviales, tienen efectos tremendos. Si a mí me preguntaran qué propondría para cambiar las cosas en nuestro ámbito universitario jurídico, yo diría, por ejemplo, que se debería tratar por todos los medios de tener profesores con dedicación exclusiva. Creo que eso que parece una pavada puede tener efectos enormes: gente que tuviera tiempo, que tuviera un contacto permanente con los estudiantes, un contacto permanente entre sí, etc., más allá de las condiciones intelectuales, de las diferencias ideológicas, etc., creo que eso tendría efectos enormemente beneficiosos.

L y E: ¿Es viable esa idea?

Doctor Nino: Bueno, nada que esté conectado en definitiva con recursos financieros es inmediatamente viable en este país; pero hay avances en ese sentido. Hoy justamente estuve en el CONICET hablando de problemas generales de investigación en la Argentina. Por ejemplo, me explicaban que se ha dado en el CONICET un avance muy importante, porque ustedes saben que la carrera de investigador en esta institución generalmente absorbía la carrera de profesor con dedicación exclusiva. En otras palabras, en términos monetarios, uno no sumaba los sueldos y, en consecuencia, el sueldo seguía siendo muy bajo para un profesor con dedicación exclusiva y a la vez un investigador del CONICET; infinitamente inferior al que puede tener un abogado en alguna otra actividad, como puede ser la judicial o la profesional. El CONICET está implementando ahora un programa de selección de investigadores de tal manera que puedan acumular los cargos, y esto implica que ya hay alternativas más interesantes para dedicarse a la investigación y a la docencia, aunque todavía no sean totalmente satisfactorias.

Creo que con el tiempo van a ir dándose, pero se necesita, además, que haya otro tipo de cambio, no solamente económico: que la gente se quite de una vez por todas de la cabeza la antigua idea del profesor de derecho que era un abogado prestigioso, que iba a impartir desde la cátedra la experiencia que recogía de los estrados judiciales. Esa es ya una idea inviable. Yo siempre recorro a este paradoja. Acostumbran darme el argumento, cuando hablo de los profesores de derecho con dedicación exclusiva, que se perdería mucho en materia de práctica profesional; a esa afirmación yo contesto que es paradójico, porque el noventa y nueve por ciento de los profesores de la Facultad de Derecho son abogados prácticos y lo que peor se enseña en la

Facultad es la práctica profesional. Eso muestra cómo realmente no tiene ningún sentido y en cualquier caso hay formas de recoger esa experiencia práctica de diversas maneras, como, por ejemplo, a través de la contratación de abogados *ad hoc* para que enseñen la práctica profesional o permitiendo que los profesores tengan por algún período alguna experiencia.

L y E: Haciendo un paso obligado por tribunales...

Doctor Nino: Por supuesto, como una pasantía, que existe en varios países.

L y E: Por último nos gustaría conocer su opinión sobre el sistema de concursos para la designación de profesores. En nuestro medio pasan cosas extrañas, como, por ejemplo, que tengamos concursos para profesores adjuntos en los que se presentan cantidades exorbitantes de aspirantes que ascienden al centenar; cuando en un país con universidades serias no hay más de veinte o treinta profesores por materia en todo el país (por ejemplo, Alemania).

Doctor Nino: Es un tema muy importante, lo que ocurre es que daría para mucho porque creo que habría que discutir la estructura general de la universidad y la inserción de la universidad en el panorama social. Por ejemplo, en otras universidades no hay concursos, en virtud de que existen ciertos mecanismos competitivos, como no hay concursos para entrar en un estudio jurídico. Pero esto es obvio porque a ningún dueño de un estudio se le ocurre tirarse tierra encima nombrando a gente inadecuada; lo mismo pasa en una buena universidad norteamericana: a quién se le va a ocurrir nombrar a un mal profesor que obviamente va a perjudicar a la universidad y al prestigio de ella; eso ocurre porque hay mecanismos competitivos interuniversitarios. Cuando no hay esos mecanismos hay que recurrir a algún método, como el de los concursos. Pero esto exige discutir toda la estructura del sistema universitario.

L y E: Muchas gracias.

PRIMER ENCUENTRO LATINOAMERICANO DE PUBLICACIONES JURÍDICAS DIRIGIDAS POR ESTUDIANTES

En la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, se realizó entre los días 8 y 10 de setiembre de 1988 el Primer Encuentro Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Dirigidas por Estudiantes. Dicho evento, organizado conjuntamente por nuestra publicación y la Revista Jurídica Estudiantil del vecino país, se inspiró en las pautas y principios acordados en los dos Encuentros Rioplatenses celebrados durante el año 1987.

Asistieron al mismo representantes de las siguientes publicaciones: *Thémis*, Revista de los Talleres de Investigación Jurídica, Temas de Derecho, y San Marcos Vox Lucis, del Perú; *Novo Ius* de Panamá; Revista de la Asociación de Estudiantes de Derechos de Costa Rica; *Forum*, y *Aula Magna* de Chile; Revista do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas y Revista do CAAP de Brasil; la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico de ese país; y en calidad de observadores, estudiantes de la Universidad Central de Venezuela, de la Universidad Mayor de San Simón, de Cochabamba, Bolivia, de la Universidad Nacional del Comahue y del Centro de Investigaciones y Actividades Jurídicas del Chaco.

El Encuentro fue presidido por un grupo de coordinadores integrado por Javier Rodríguez, Fernando Arbiza y Marcelo Cousillas por la Revista Jurídica Estudiantil y Víctor Abramovich Cosarin y Carlos Manuel Garrido por la revista *Lecciones y Ensayos*; e integraron la mesa directiva Alberto Foderé por la Revista Jurídica Estudiantil, Ignacio Adrián Lerer por *Lecciones y Ensayos* y Saulo José Casali Bahía por la Revista do Cepej.

En su ámbito se analizaron problemas comunes a nuestras revistas, se celebraron acuerdos de canje de ejemplares y artículos, y se intercambiaron invaluables experiencias.

El día 9 de setiembre, en el Paraninfo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, estudiantes de distintas publicaciones expusieron sus ponencias referidas a la Problemática Jurídica de la Integración Latinoamericana con especial referencia al Pacto de San José de Costa Rica. En dicha oportunidad, Alejandro Fiuza presentó la ponencia de Lecciones y Ensayos, que realizara juntamente con Carlos Espósito y la colaboración de Rosana Monaldi.

Tal vez el principal éxito del Encuentro ha sido la creación del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Estudiantiles. Los propósitos que han inspirado su constitución son, entre otros: promover la integración latinoamericana, consolidar la vocación democrática de nuestros pueblos, concientizar a los estudiantes de nuestra región acerca de la importancia del respeto a los derechos humanos y procurar una educación universitaria de alto nivel académico, profundo sentido crítico y comprometida con los problemas de la región.

El estatuto de dicho organismo, que fue aprobado por unanimidad por los representantes de las delegaciones asistentes, prevé la existencia de las siguientes autoridades: la Asamblea, órgano deliberativo compuesto por representantes de las publicaciones firmantes y de las que se adhieran en el futuro, se reunirá en cada Encuentro Latinoamericano, y tiene a su cargo entre otras funciones, elegir a las autoridades del Consejo, a la revista organizadora de los Encuentros, reformar el Estatuto, emitir declaraciones relativas a cuestiones vinculadas a los principios que inspiran el acuerdo, y en general, adoptar todas las providencias necesarias para el cumplimiento de los principios antes enunciados. La Presidencia, órgano ejecutivo a cargo de un integrante de la revista que resulte elegida por la Asamblea, que ejerce la representación del Consejo, coordina sus actividades referidas a programas de becas, concursos jurídicos y premios, fomenta la creación de nuevas revistas y la constitución de grupos de trabajo y estudio sobre temas de interés común integrados por estudiantes de diferentes países, publica las tareas del organismo, y realiza importantes funciones operativas. Las Secretarías Regionales, correspondientes a las siguientes áreas: Sur: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay; Oeste: Colombia, Ecuador, Perú y Ve-

nezuela; Este: Brasil y restantes países sudamericanos; Norte: Centroamérica, México y el Caribe. Las Secretarías tienen a su cargo colaborar con la Presidencia en el ejercicio de sus funciones y actuar como enlace entre ésta y las publicaciones de la región, informando sobre las actividades desarrolladas y los problemas existentes en el ámbito de su competencia; promover proyectos de investigación, becas, premios, acuerdos y encuentros regionales.

Se prevé, además, un banco de datos que contendrá la información referente a los artículos publicados en las revistas miembros y que será de libre acceso a cualquier interesado. Asimismo los firmantes asumen el compromiso de sostener un sistema de consulta en virtud del cual los integrantes de cada una de las publicaciones podrán requerir de cualquiera de ellas información sobre doctrinas, jurisprudencia, legislación y actualidad.

El día 10 de setiembre en el salón de conferencias del Banco de la República, por voto unánime de las publicaciones se encomendó a la Revista Jurídica Estudiantil que designe a uno de sus integrantes Presidente del Consejo, recayendo tal designación en Fernando Arbiza. Las Secretarías Regionales fueron conferidas a la Revista *Novo Ius* de Panamá, por el área Norte; a la Revista *Thémis* de Perú, por el área Oeste; a la Revista *do Cepej* por el área Este; y a la revista *Lecciones y Ensayos* por el área Sur, habiendo sido designado Secretario Regional por esta última área, Alberto Bovino.

No queremos finalizar este informe sin antes destacar la maravillosa experiencia que nos tocó en suerte vivir en aquellos días, no ya como estudiantes de derecho, sino como mujeres y hombres latinoamericanos, junto a nuestros hermanos de toda la región, a quienes nos unen, grato fue comprobarlo, vivencias, dolores y esperanzas comunes.

Agradecemos a nuestra Facultad y a todos aquellos que lo posibilitaron y hacemos votos por el logro de la tan ansiada integración y el imperio de la justicia en nuestros pueblos.

V.A.M.

MISCELÁNEA

CONFERENCIA

Las 10.30 hs., llega el profesor de la Universidad de París, quien a las 11 ofrecerá una conferencia en francés sobre un aspecto abstruso de la Filosofía del Derecho. Viene acompañado de dos eminentes juristas de Francia, el Secretario General de la Academia Internacional de Derecho Comparado y el Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Lo reciben en el Decanato las autoridades de la Casa y se departe en un ambiente de gran respeto para el conferencista. A la hora anunciada, las 11, el decano le pide, discretamente, al bedel que vaya al Aula, entonces llamada San Martín, para constatar si ya hay bastantes profesores y alumnos para así poder dar comienzo al acto.

A partir de ese momento, secretes nerviosos entre el decano, el bedel y el secretario hasta que, pasada la media hora académica, el disertante es invitado a dar su clase magistral.

La sala, que está repleta, recibe al oñador con un contenido aplauso -no usual en actos de esta naturaleza-.

Concluida la conferencia, que fue seguida con intensa atención por los asistentes, se retiran el disertante y los invitados.

Ese día el personal de la Facultad, recompensado por su estoicismo, se retiró de la Casa más temprano que de costumbre...

I. W.

¿LO SABÍA?

LA VENTAJA DE CUIDAR EL GATO *

De Ripley: gracias a una ley de protección de animales, unos 100.000 habitantes de las favelas (villas miserias) de Brasilia, lograron evitar la erradicación y destrucción de sus precarias viviendas. El juez Asdrúbal Nascimento Lima, del Tribunal de Justicia del Distrito Federal, emitió el domingo último un decreto, basado en una legislación de 1934 de protección de los animales, para evitar un plan de destrucción de las favelas —que crecieron paralelamente a las estructuras futuristas de Brasilia— porque el hecho constituía para los animales que allí residen, junto a la gente, “un holocausto de muerte dolorosa”.

“La expulsión a la calle de los habitantes de la favela... sin tan siquiera la recogida y protección debida a los animales no permite garantizar su salud y su vida”, afirma el decreto. El texto del juez fue provocado por el accionar del Comité de Ciudadanos por la Dignidad de Brasilia, creado recientemente, que se opone al plan del gobierno, de enviar de regreso a las regiones del nordeste, zonas de extrema pobreza, a numerosos brasileños.

Esta es la segunda vez, en la historia jurídica del Brasil, que se invoca la legislación sobre protección de animales, de 1934, para la protección de seres humanos. En 1935, el abogado del líder del Partido Comunista Brasileño, Luis Carlos Prestes, la utilizó para mejorar las condiciones de detención del dirigente durante la dictadura de Getulio Vargas.

ÉTICA PROFESIONAL

El art. 509 del Código de Justicia Militar define la falta de disciplina. El art. 332 de la Reglamentación de Justicia Militar del Ejército tipifica las faltas a la ética profesional. De dicho artículo transcribimos dos de sus incisos:

Nº 332. Faltas a la ética profesional. Se consideran faltas a la ética profesional las siguientes:

* “Página 12”, 21/7/88.

7) Siendo oficial, asistir a los espectáculos públicos a que acostumbre a concurrir la tropa o que estén destinados a la diversión del pueblo bajo.

26) Propiciar o participar en actos sociales que no condisgan con la cultura varonil y que no se conformen con la seriedad que deben revestir todos los actos de los miembros del Ejército.

"LA GUERRA Y LA PAZ"

Y repetimos que la lucha armada muchas veces es conveniente, y hasta necesaria, tanto en el plano internacional, como en el plano nacional. Es una especie de gran catarsis o purificación de los Estados. Las naciones que permanecen en un estado de paz durante muchos años prosperan a veces materialmente, pero se deterioran en lo espiritual o en lo intelectual. La guerra no tiene solamente efectos negativos, sino que produce también muchos positivos: unifica a los pueblos, y hace despertar en ellos dormidos impulsos creadores.

ALFREDO H. RIZZO ROMANO

Manual de derecho internacional público, p. 118.

CUENTOS

CONFERENCIA INAUGURAL *

Amados discípulos:

El Consejo Directivo de esta Facultad, con sano criterio pedagógico, ha resuelto por unanimidad de votos la creación de la cátedra que hoy me honro en inaugurar.

Sea mi primera palabra de cálido aplauso para las autoridades de la casa, que han demostrado, una vez más, su cuidadoso empeño por impartiros una enseñanza integral, y

* Román Gómez Masía. "En la trastienda de Themis. Relatos de la vida judicial". Bs. As., 1931. Lecciones y Ensayos agradece al doctor Horacio Sanguinetti su colaboración y su buen humor.

por formar de cada uno de vosotros un abogado completo, consciente y bien dotado.

La "Honorariología", en efecto, viene a llenar un sensible vacío en nuestro plan de estudios.

Habéis aprendido hasta ahora asignaturas diversas, que pueden agruparse en dos grandes ramas: la primera, formada por las leyes de fondo y de forma, recibe el nombre de Ciencias Jurídicas; la segunda, integrada por conocimientos varios que guardan con los anteriores un parentesco más o menos remoto, constituye las Ciencias llamadas Sociales.

La profesión que vais a adquirir, hijos míos, consiste en ganar dinero con las Ciencias Jurídicas, y en olvidar rápidamente las Ciencias Sociales.

Sentada esta indiscutible premisa, una pregunta surge: ¿de qué medios ha de valerse el abogado para lucrar eficazmente con sus conocimientos jurídicos?

Ahí tenéis planteado el problema de la "Honorariología", disciplina nueva, que trata de dar cabal respuesta a esa interrogación inquietante.

Fácil es imaginar la situación que se presenta al letrado bisoño, arrojado de pronto en medio de la fragorosa batalla de los pleitos. Por su falta de experiencia desaprovechará hermosas ocasiones de razonable ganancia, y se dejará burlar innúmeras veces por la mala fe de los clientes, la severidad de los magistrados o la astucia de los colegas. Hechos que repercutirán perniciosamente en los balances de su estudio.

Sólo los años y la larga práctica enseñan actualmente a sortear tales escollos. Las facultades de derecho, tanto en nuestro país como en el extranjero, han desdeñado este delicado problema, sin advertir que incurrían en grave contrasentido, al formar profesionales y no adoctrinarlos en los medios de explotar su profesión. Es como si un soldado, después de conocer a fondo el manejo del máuser, fuera lanzado al combate sin un solo cartucho.

A esta altura de mi exposición, habréis advertido el acierto del Consejo Directivo de esta casa, que haciendo tabla rasa de un pasado de rutina y negligencia, ha instituido en vuestro provecho la enseñanza de la "Honorariología".

Ahora bien. ¿Qué es la "Honorariología"? ¿Una ciencia? ¿Un arte? Ambas cosas a la vez.

Es ciencia, puesto que trata de inducir, del examen de casos particulares, leyes generales sobre la productividad de los asuntos.

Es arte, ya que asigna un papel preponderante a la intuición o fantasía personal del abogado, a fin de crear bellas situaciones de provecho profesional.

Hemos dicho que se trata de una asignatura nueva en el campo jurídico. En efecto, la "Honorariología" es una disciplina en formación. En vano buscaréis textos sobre la materia: no los hay. La incipiente bibliografía utilizable en este curso, se reduce a algunos bosquejos o manuales, publicados por Bordeaux y Courteline en Francia, por Ossorio y Harriobero en España, y por el doctor Claudio Fojas entre nosotros. No se trata, claro está, de concienzudos estudios dedicados in extenso a nuestra asignatura. Pero los autores que he citado tienen ojo experto, y han logrado recoger copioso material, que aprovechará sin duda el futuro hombre de ciencia que se sienta con alientos para emprender el "Tratado teórico-práctico de Honorariología".

Dudo, sin embargo, de que tal obra llegue a darse a las prensas. Y me felicito de ello, pues nuestro interés aconseja que los profanos y los ajenos al oficio no conozcan ni por las tapas la ciencia cuyo estudio comenzamos hoy. Ella debe conservar un carácter esotérico, reservándose tan sólo para los iniciados.

Estoy firmemente persuadido de que la tradición oral, mejor que la palabra escrita, es el medio de difusión que cuadra a las características y objeto de nuestra asignatura.

Veamos ahora cuál es el programa de la "Honorariología".

Un criterio estrecho y unilateral, caería en el error de suponer que ella versa exclusivamente sobre la mejor manera de arreglar honorarios, obtener pingües regulaciones y asegurarse su cobro.

Aunque ése y no otro es el propósito final del honorariólogo, nuestro curso ha de tener un contenido más vasto, más lato.

Comenzaremos por considerar al letrado en la calle. Veremos así cómo debe vestir el abogado, cuál es la importancia del bastón, cuál la de su asistencia a las ceremonias fúnebres: os hablaré del uso de los habanos impresionantes, de la utilización de las comidas íntimas como procedimiento persuasivo, del empleo ponderado de la solemnidad o del chiste.

Estudiaremos luego la "mise en scène" del estudio. Las alfombras y los teléfonos internos. Cuando hay que ofrecer una silla de madera y cuándo un mullido sillón. El momento oportuno para abrir la caja de hierro. En qué pro-

porción puede cargarse la mano en las cuentas de gastos de sellado.

Más adelante, entrando ya de lleno en la médula del curso, formularemos las normas generales a que han de ajustarse los contratos de honorarios. Repasaremos así las sucesiones, con gastos y sin gastos. El pacto del cincuenta por ciento en los pleitos de daños y perjuicios. Los desalojos a sueldo del demandado mientras dure el litigio.

Adivino en vuestros rostros una objeción. Os chocan sin duda mis últimas palabras, puesto que sabéis que las leyes reprueban estas formas de convenir honorarios. ¡Ved cuán ilusos sois, hijos míos! ¡Ved hasta dónde llega vuestra ignorancia en tan importantes materias! Yo os enseñaré cómo pueden firmarse contratos válidos, que la justicia acepte en caso de controversia; la interposición de un testamento de vuestra confianza, que aparezca estipulando con el cliente, basta para cubrir las formas legales. Al llegar a esta bolilla, de decisiva importancia, me explayaré en los detalles y exhibiré numerosos ejemplos, recogidos en los mejores estudios de Buenos Aires.

Mis clases serán sobre todo prácticas. Iremos a tribunales, donde os mostraré sucesiones que pudieron tramitarse con siete escritos y que llevan siete cuerpos. Veréis también cómo los juicios de divorcio reproducen por Kariokinesis docenas de incidentes de cuerda floja, cuando la sociedad conyugal posee un capital superior a cien mil pesos.

Trataré en todo momento de preveniros contra el cliente. Os servirán de aleccionador ejemplo los duros escarminientos que sufrieron todos los letrados que en el mundo han sido, por confiar excesivamente en la buena fe de su patrocinado. Al lado de las graves máximas que sabéis de memoria, al lado del "poseo porque poseo", al lado de "el contrato es ley de las partes" y de "confesión releva de prueba", debéis grabar en vuestras mentes, con caracteres indelebles, este cauteloso aforismo: "El cliente: ¡he ahí el enemigo!"

Os he relatado, en breves palabras, cuáles van a ser los temas de nuestro curso. Como habréis advertido, un ancho campo se ofrece a nuestra investigación. Entiendo que, conforme avancemos en el estudio de la asignatura, os iréis interesando vivamente por su aprendizaje, lleno de cautivador encanto. Yo seré a vuestro lado otro estudiante, más viejo, más experimentado, que os guiará con la autoridad que me prestan mis veinticinco años de profesión.



Vuelvo a repetir que intentamos con ello una labor más emprendida hasta la fecha. Nuestra misión consistió en reunir y sistematizar con método riguroso, conocimientos que permanecen por ahora dispersos y enfermos de un empirismo anticientífico.

Soy optimista. Creo sinceramente que la "Honorariología", que como disciplina autónoma es hoy una esperanza solamente, se convertirá por nuestro esfuerzo en una bella realidad.

Con estas palabras, declaro solemnemente inaugurado el primer curso universitario sobre "Honorariología".

He terminado.

TEXTULIA

Las primeras hojas amarillas de un otoño siempre gris caían, lentas, sobre varios sectores de la quinta. De la calle Rivadavia llegaba el rumor de un viento leve y transparente. Dentro de la casa, los leños crepitan al son de los primeros fríos. El crepúsculo se colaba con insistencia por las rendijas de una ventana que las pesadas cortinas blancas no alcanzaban a cubrir. Las velas parpadeaban su luz en varios rincones de la sala, y en la lámpara principal danzaban su vitalidad de fuego. Justo debajo de ellas, el dueño de casa, un hombre de 65 años, dejaba que su acento cordobés alterara algo su voz, de a ratos monocorde; Aurelia escuchaba atentamente los dichos de su padre, mientras servía el té en las cuatro tazas de porcelana importada de un ya olvidado lugar. Los otros dos hombres —uno extremadamente joven— agradecían en silencio las atenciones que ella les dispensaba.

La escena, por placentera, no dejaba de tener algo de monótona: todos los días, desde unos meses atrás, se reiteraba la misma ceremonia en ese sitio; desde el primer encuentro, Victorino y Eduardo se sentaban a la mesa flanqueando a su padre. Ella prefería ubicarse frente a él, en la silla de tapizado de pana verde; así podría abarcarlo todo con la mirada: en su campo visual cabían perfectamente los gestos serios de Eduardo, los ojos profundos e imponentes de su padre, y la vivacidad y el ímpetu juvenil de Victorino, que resaltaban muchísimo ante tanta quietud. Luego del té, y antes que el silencio provocado por la afición o el aburrimiento terminara por ensordecerla, Aurelia optaba

por retirar las tazas y los platos que contenían los restos de algún bizcochuelo preparado, en general, con sus propias manos, y llevarlos a la cocina. Cuando terminaba de limpiar rápidamente la mesa, se iba a lavar las manos en la palangana blanca de flores rosas recuerdo de su madre, Paula Piñero. Allí se demoraba un poco, quizás recordando algo, pero el reinicio de la conversación entre los tres hombres, muchas veces en voz más alta que la usada a la hora del té, la hacía reaccionar.

Era entonces que volvía corriendo agitada a la sala, para no perderse detalle. Cada tarde, gracias al juego, el tiempo transcurría de un modo impensable, con picos de lentitud y rapidez. Los hombres preferían hacerlo con dados, o tirando una moneda al aire. A ella no le gustaba demasiado dejar tanto en manos del destino; prefería, antes que eso, que cada uno escribiera una frase en un papelito, y que luego —como siempre que lo hacían— su padre tomara primero uno, luego otro, otro y otro, y leyera el resultado de juntar las cuatro frases una a una. A veces era realmente divertido, incoherente. Le entusiasmaba proceder así, también, para determinar qué número le correspondería a la frase armada: en otro papel, ellos debían anotar una cifra —o ninguna, según su gusto— y el viejo abogado volvía a tomar, azarosos, los cuatro papelitos, diciendo en voz alta el número obtenido. Las risas, en ese momento, llegaban al paroxismo.

Hoy, Aurelia se apuró más que de costumbre para reunirse con los tres hombres. Sabía que era un día especial, el más anhelado de la semana. Los viernes, el juego se tornaba un enorme desafío al intelecto: su padre comenzaba una frase, y ellos debían continuarla, uno por vez, dándole un contenido más o menos lógico. Al principio, tardaban mucho en pensar su aporte, pero con el correr del tiempo, y empujados por una sana actitud de competencia mental, las palabras fluían rápidas, desafiantes. Aurelia veía con gozo sus progresos, y estallaba de alegría al observar la cara de su padre, satisfecho por la mejora constante de sus jóvenes cecúmenos.

Cuando la luna llena filtraba su luz blanquecina por esa ventana vulnerada antes por el crepúsculo, los cuatro se detenían, y revisaban lo logrado en esa tarde como siempre agotadora. De todas las frases de hoy, a Aurelia le gustó muchísimo esa que llevaba el número 70 (ella y Eduardo habían puesto sus papelitos en blanco, su padre un siete y Vic-

MISCELÁNEA



torino un cero al momento de elegir la cifra correspondiente. Tanto le había gustado, que llegó a aprendérsela de memoria, y se la repetía en voz muy baja una y otra vez. Ya en la cama, la luz amarilla del sol temprano que invadía el pueblo de Floresta, la sorprendió diciéndola entre sueños, con una sonrisa:

"Setenta: Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido... Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida... aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre".

Cuando ya era sábado en la quinta de los Vélez Sársfield, Aurelia se sentía feliz. (O casi.)

IGNACIO ABBIAN LERER

27/5/88

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en EDITORIAL ASTREA, Lavalle 1296, e impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2423, Capital Federal, en la segunda quincena de diciembre de 1988.

OBRAS PUBLICADAS POR EDITORIAL ASTREA

- AGLIANO, HUMBERTO: Principios de derecho civil.
- AGUILAR, FERNANDO: Sistemas de ahorro previo por grupos cerrados.
- ALBERTI, EDUARDO M. (director): Elementos del derecho comercial.
- ALCORNORON, CARLOS E. y BILYGIN, EDUENIO: Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales.
- ÁLVAREZ GARDIOL, ARIEL: Introducción a una teoría general del derecho. El método jurídico.
- ÁLVAREZ GARDIOL, ARIEL: Manual de filosofía del derecho.
- ARAYA, CELESTINO: Títulos circulatorios.
- ARAZI, ROLAND y colaboradores: Elementos de derecho procesal.
- ANGERI, SAUL A.: Diccionario de derecho comercial y de la empresa.
- ARCÓCELLO, LUIS R.: Manual de derecho romano. Historia e instituciones. 3ª edición corregida.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C. (director); ZANNONI, EDUARDO A. (coordinador) y colaboradores: Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado.
- BOSSERT, GUSTAVO A. y ZANNONI, EDUARDO A.: Manual de derecho de familia.
- BOSSERT, GUSTAVO A. y ZANNONI, EDUARDO A.: Régimen legal de filiación y patria potestad. - Ley 23.264.
- BREGLIA ARIAS, OMAR y GAUNA, OMAR R.: Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. 2ª edición actualizada.
- CANCELA OMAR, J.; RABINOVICH, RICARDO D. y ROLLAN, RAUL J.: Instituciones de derecho privado.
- CIFUENTES, SANTOS: Elementos de derecho civil. Parte general.
- CREUS, CARLOS: Derecho penal. Parte general.
- CREUS, CARLOS: Derecho penal. Parte especial. 2 tomos.
- DROSI, JOSÉ R.: Manual de derecho administrativo. 2 tomos.
- ECHAVÉ, DELIA T.; URQUILLO, MARÍA E. y GUIBORG, RICARDO A.: Lógica. Proposición y forma.
- ECUETI (H.), IGNACIO A.: Títulos de crédito. Letra de cambio, pagaré y cheque. 2ª edición actualizada.
- ETCHEVERRY, RAUL A.: Derecho comercial y económico. Parte general.
- ETCHEVERRY, RAUL A.: Derecho comercial y económico. Obligaciones y contratos.
- FARRELL, MARTIN D.: La metodología del positivismo lógico. Su aplicación al derecho.
- FAISS, SANTIAGO C. y YANES, CESAR D.: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes. Comentado, anotado y concordado. 4 tomos. 3ª edición actualizada y ampliada.
- FERNÁNDEZ, ALBERTO V.: Arte de la persuasión oral. Teoría y práctica de la comunicación por la palabra.
- FERNÁNDEZ ALBERTO V.: Educación y palabra (ensayo sobre Quintiliano).

- FERNANDEZ VAZQUEZ, EMILIO: Diccionario de derecho público. Administrativo. Constitucional. Fiscal.
- GIRALDI, PEDRO M.: Ley del cheque. Comentada y anotada. Decreto ley 4776/63 con las modificaciones introducidas por la ley 23.549.
- GOLDSTEIN, RAUL: Diccionario de derecho penal y criminología.
- HUTCHINSON, TOMÁS: Ley nacional de procedimientos administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales. 2 tomos.
- LAZZARINI, HÉCTOR L.: Derecho de la energía nuclear.
- LINARES, JUAN F.: Derecho administrativo.
- LÓPEZ ROSAS, JOSÉ R.: Historia constitucional argentina. 3ª edición actualizada.
- MARTINEZ VIVOT, JULIO J.: Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social. 3ª edición corregida y actualizada.
- MELLER, JONATHAN M.; GELLI, MARÍA A.; CAYUSO, SUSANA y colaboradores: Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación. 2 tomos.
- MONTIEL, LUIS BELTRÁN: Curso de derecho de la navegación.
- NINO, CARLOS S.: Introducción al análisis del derecho. 2ª edición ampliada de "Notas de introducción al derecho".
- NINO, CARLOS S.: La usulidez del derecho.
- PONSATI, ARTURO D.: Lecciones de historia de las instituciones.
- SAN MARTINO DE DUCMI, MARÍA L.: Historia política argentina. (1968-1988). 2 tomos.
- SANCINETTI, HORACIO: Curso de derecho político. Historia del pensamiento político universal y argentino. Ciencia política. 2ª edición corregida.
- VELARDE, MARTA S.: Manual de derecho mixto.
- ZANONI, EDUARDO A.: Manual de derecho de las sucesiones.
- ZARINI, HELIO J.: Análisis de la Constitución nacional. Comentario exegético, origen, reformas, concordancias y antecedentes. 2ª edición actualizada.
- Régimen de los concursos. Ley 19.551. Texto ordenado 1984 según decr. 2449/84 con las modificaciones de las leyes 20.312, 20.315, 20.395, 22.917 y 22.985. Complementado con la ley 21.488 de "ajuste de créditos concursales". Exposición de motivos. Revisado y comentado por ADOLFO A. N. ROSILLÓN. 2ª edición, actualizada. 4ª reimpresión.
- Régimen de contrato de trabajo. Ley 20.744 reformada por la ley 21.297. Texto ordenado 1978 según decr. 390/76 con sus modificaciones posteriores. Revisado, comentado y concordado por RAUL FERNANDEZ CAMPOS. 3ª reimpresión.
- Régimen de sociedades comerciales. Ley 19.550. Texto ordenado 1984 según decr. 841/84 con la incorporación de las leyes 19.960, 19.666, 19.880, 20.337, 20.468, 21.304, 21.357, 21.768, 22.162, 22.280, 22.686, 22.903, 22.985 y 23.576 y régimen de nominatividad de títulos valores privados emitidos en serie (ley 20.663 modificada por leyes 20.954, 23.299 y decr. 83/89). Exposición de motivos, leyes 19.550 y 22.903. Revisado, ordenado y comentado por JORGE OSVALDO ZUNINO. 5ª edición actualizada.

