



# LECCIONES Y ENSAYOS

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

---

1989

LYE

51

---







## LECCIONES Y ENSAYOS

## FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Profesor Jorge Alberto Sáenz

### DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director

Profesor Emérito Dr. Ignacio Winizky

Consejo Asesor

Prof. Héctor Alegria

Prof. Julio C. Cuesta Rúa

Prof. Marcelo U. Salerno

Prof. Marcelo A. Sancinetti

Prof. Horacio Sanguinetti

Consejo Directivo (1988-1998)

Director: Ignacio Adrián Lerer

Subdirector: Eduardo Baistrocchi

Secretaría de Redacción: Gabriela Liliana Alonso

Secretarías de Redacción Adjuntas: Gabriel Rizzo

Sergio Rocamora

Redactores: Gustavo Navera

Alberto Bovino

Cecilia Rossi

Javier Rodríguez Galli

Marta Laura Velasco

Ariel Edgardo Dulitzky

Mario Alberto Villar

Marcela Chibdemi

MARiano Godachevich

Secretaría Técnica: Silvina Barigalupo

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

# LECCIONES Y ENSAYOS

1989

LyE

51



EDITORIAL ASTREA  
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA  
BUENOS AIRES  
1989

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: Diríjase 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 1298 - Buenos Aires

ISSN: 0024-8079

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.173  
IMPRESO EN LA ARGENTINA

## EDITORIAL

**LECCIONES Y ENSAYOS**, como se sabe, es una revista de estudiantes. Su *staff*, por ende, varía a medida que sus integrantes egresan de esta Facultad.

Este número es el resultado de la conclusión de un recambio gradual no traumático, que marca el curso normal que necesita una publicación para su continuidad. Este hecho tiene una enorme importancia para nuestra revista, que dejó de ser dirigida por estudiantes por un largo y oscuro período de dieciocho años (1966-1984). Constituye una muestra clara de la independencia de la publicación de quienes accidentalmente la componen. Y es importante, además, porque al tiempo que va adquiriendo perdurabilidad, **LECCIONES Y ENSAYOS** va creciendo, buscando otras formas de fomentar el debate abierto de las ideas y la difusión del pensamiento jurídico en el seno de una sociedad democrática.

Seminarios, charlas, cursos de actualización y profundización, congresos universitarios, grupos de investigación, y la participación activa en la formación y puesta en marcha del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Estudiantiles (COLAPJE) muestran nuestro firme empeño por conseguir que el estudiante de esta Facultad se considere y actúe como un potencial productor y no un mero consumidor del pensar legal.

## DE LECCIONES Y ENSAYOS N° 1

Como no podía ser de otra manera, nuestra primera preocupación al asumir la Dirección de Publicaciones de esta Facultad fue la intercomunicación entre profesores y alumnos.

Resuelta la publicación de la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, como un elemento de trabajo para los hombres de estudio, profesores, abogados, magistrados, argentinos y extranjeros, quedaba sin realizarse esa vinculación respecto a la labor escrita del profesor y el alumno.

También consideramos necesario que los alumnos se comuniquen entre sí y tengan una tribuna donde adiestrarse en el escribir jurídico, donde formarse con el consejo y el ejemplo de sus profesores.

Por otra parte, sin ignorar la brillante y fecunda existencia de la *Revista del Centro de Estudiantes*, queremos que la Facultad concorra mediante una publicación periódica a completar las múltiples inquietudes y necesidades de nuestro estudiantado, a sumarse, como tribuna a la experiencia de quienes no quieren que su paso por la Facultad sea un mecánico estudiar y rendir exámenes, marcado sólo por sus propios problemas.

Estas razones nos llevaron a crear *Lecciones y Ensayos*. *Lecciones* de los profesores y de los juristas que dirigen al alumno de derecho. *Ensayos* de los estudiantes con valor para sus compañeros y nuestro mundo jurídico local.

Por eso entregamos a los estudiantes la efectiva dirección de esta publicación, facilitándoles la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y ahorrándoles el tremendo esfuerzo de cubrir gastos.

*Lecciones y Ensayos* en manos de los alumnos —entiendase bien, de todos los alumnos—, dirigida y escrita en parte por ellos, es la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitaria argentina.

IGNACIO WIMIZKY

## ÍNDICE

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

### LECCIONES

Zaffaroni, Eugenio R., Los llamados "clásicos" y la nueva crítica al derecho penal .....	13
Bacigalupo, Enrique, La función del concepto de norma en la dogmática penal .....	33
Padilla, Miguel M., El "ombudsman" o defensor del pueblo .....	51

### ENSAYOS

Díaz, Gustavo Daniel Carmelo, Justicia nacional en lo civil y salud mental .....	67
Rocamora, Sergio R., Delitos de tránsito .....	93

### NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Rusconi, Maximiliano Adolfo, comentario a Derecho penal y control social, de Francisco Muñoz Conde ..	133
---	-----

### UNIVERSITARIAS

Conclusiones del Primer Congreso Universitario de Derecho Penal .....	141
---	-----

## MISCELANEA

Cuentos .....	153
¿Lo sabía? .....	164
Apostillas .....	164

## **LECCIONES**



## LOS LLAMADOS "CLÁSICOS" Y LA NUEVA CRÍTICA AL DERECHO PENAL \*

EUGENIO R. ZAFFARONI\*\*

### 1. ESTADO ACTUAL DEL TEMA

En las tendencias que analizan críticamente el derecho penal en nuestros días se manifiestan dos corrientes acerca de la importancia de los llamados "clásicos". En tanto que, para unos, sólo son un antecedente de la revisión actual, para otros representan una base fundamental para ella. Puede decirse que, en tanto que para los primeros marcan un momento pasado, para los segundos conservan vigencia actual (en la segunda posición pueden mencionarse, p.ej., a Matza y a Sack)<sup>1</sup>.

Para Baratta los "clásicos" tienen en común con los positivistas haber intentado un modelo de "ciencia integrada" sobre la base de la "defensa social". Sostiene que, tanto los "clásicos" como los positivistas postularon principios tales como la legitimidad, bien y mal, culpabilidad, fin preventivo, igualdad, interés social y delito natural. La diferencia entre "clásicos" y positivistas se hallaría preferentemente en la explicación y no en el contenido de la idea de "defensa

\* Trabajo redactado sobre la conferencia pronunciada en la Universidad Libre de Bogotá el 15 de agosto de 1985.

\*\* Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Criminología, Universidad de Buenos Aires. Juez nacional, Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Comercial de la Capital Federal.

<sup>1</sup> Matza, D. *Delinquency and Drift*, London, 1964; Sack, F. *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, en "Kriminalsoziologie", editado por König, Sack, Frankfurt a. M., p. 431 y ss. citado por Baratta.

social", dando la sensación de que ambos apuntalarían un mismo esquema de "defensa social" con diferentes discursos y que su diferencia más significativa radicaría en el discurso de apuntalamiento fundado en la culpabilidad-libre albedrío-retribución para los "clásicos" y peligrosidad-determinismo-neutralización para los positivistas<sup>2</sup>.

La posición de Baratta importaría una tercera opinión, conforme a la cual los "clásicos" no serían más que una parte del discurso que debe ser superado por la crítica actual, es decir que ni siquiera representarían el papel de auténticos pioneros de la crítica que debe llevarse a cabo sobre el derecho penal.

En la presente exposición intentaremos demostrar al respecto los siguientes puntos.

a) Que no hubo "clásicos", sino un inteligente debate entre corrientes progresistas y retardatarias, que fue violentamente interrumpido en dos momentos (la interrupción positivista y la interrupción neidealista, en vertiente neidealista actual o gentiliana en Italia, o en vertiente nekantiana de Baden en Alemania).

b) Que el poder manipuló el pensamiento de los protagonistas del debate prepositivista hasta presentarlo en la forma (o reducirlo a la expresión) que señala Baratta, pero que no es del todo válido identificar el debate prepositivista con la manipulación que de él hizo el poder.

c) Que el debate en sí mismo constituye la primera parte de un diálogo interrumpido que hoy se continúa, al caer las mistificaciones positivistas y neidealistas.

d) Que el esclarecimiento de esta problemática no es una cuestión anecdótica europea, sino que resulta de primordial importancia para la crítica al pensamiento penal latinoamericano.

## 2. ¿HUBO "CLÁSICOS"?

Es sabido que el nombre de "clásicos" fue una etiqueta ferriana a todo lo anterior al positivismo. Aunque en medida diferente, algo análogo sucedió en Alemania, al designarse como "clásicos" a todos los penalistas contrarios a von

<sup>2</sup> Baratta, Alessandro, *Criminología crítica e crítica del derecho penal*, Bologna, 1982, p. 25.

Liszt (p.ej., Binding, Birkmeyer). Lo clásico, tanto en Italia como en Alemania, fue lo opuesto al positivismo, monista en Italia (una única cadena causal material: físico-biológica) y dualista en Alemania (dos cadenas causales paralelas: material una, psicológica la otra)<sup>2</sup>.

El sello omnicompreensivo de todo lo prepositivista —más o menos elegante o peyorativo— es algo común a todo el positivismo: Comte lo llamaba "metafísico", Laas lo denominaba "platónico" y el propio Ferri, en algún momento y al calor de la polémica, lo llamó "espiritista"<sup>3</sup>.

Ninguna duda cabe, pues, acerca de que el marbete de "clásico" es de autoría positivista, extendido a todas las áreas con ese u otro nombre y, en modo alguno reducido al campo penal y criminológico. Esto no puede menos que llevarnos a sospechar inmediatamente de ese rótulo simplista y simplificador y a preguntarnos si no encierra una trampa ideológica. No creo que sea posible "deglutir" sin análisis un rótulo que tiene su claro origen en la ley de los estados de Comte.

Pues bien, si prescindimos del marbete, veremos de inmediato que él cubría a una serie de autores que van desde Feuerbach hasta Binding y desde Beccaria hasta Carrara y Pessina, dejando a la vera del camino —más o menos púdica— a otros a los que parece ignorarse o descuidarse "por su menor importancia", tales como Marat, Röder o la presencia española de Dorado Montero.

Creo que, brevemente, corresponde señalar que Feuerbach opuso, dentro de la misma corriente criticista, una derivación iusnaturalista liberal independiente, que llevó a oponer a la concepción de todo el derecho dentro del Estado (de Kant, o sea, del despotismo ilustrado)<sup>4</sup> la idea de "derechos" anteriores e independientes del Estado (iusnaturalismo liberal), que permitía fundar el derecho de resistencia a la opresión (o derecho a la revolución)<sup>5</sup>. Más aún: convie-

<sup>2</sup> El positivismo penal italiano coincidió con el monismo de Haecel (El origen de la vida, Barcelona, 1908), en tanto que el de von Liszt lo hacía con el dualismo de W. Wundt (Sistema de filosofía científica, Madrid, 1912).

<sup>3</sup> Cfr. Abbagnano, N., *Historia de la filosofía*, Barcelona, 1973, III, p. 273.

<sup>4</sup> Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. García Morente, Madrid, 1973.

<sup>5</sup> Cfr. Cattaneo, Carlo, *Anselm Feuerbach, filólogo e giurista liberale*, Milano, 1970, p. 126; Wolf, E., *Grosse Rechtsdenker*, Tübingen, 1931, p. 343.

ne señalar que Marat aceptaba el contractualismo talional, pero hizo de ello un planteamiento original, que impugnaba toda legitimidad punitiva en una sociedad injusta, o sea, que llegaba a una deslegitimación radicalmente revolucionaria en nombre de la igualdad<sup>7</sup>. Esto implica que, dentro del contractualismo hubo una versión a la medida del despotismo ilustrado, otra a la del liberalismo de la burguesía ascendente, impugnando la legitimidad feudal, y otra a la de la revolución que impugnaba cualquier legitimidad, en tanto no se llegase a una sociedad igualitaria. Podríamos decir que hubo un contractualismo de la seguridad (Kant), uno de la libertad (Feuerbach) y otro de la igualdad (Marat).

El fenómeno no puede llamar la atención, porque el contractualismo era un iusnaturalismo y, como se sabe, el iusnaturalismo sirve para legitimar la opresión en la medida en que el discurso se adapta más o menos a los requerimientos del sector hegemónico, pero cuando las características represivas de la hegemonía se salen de su marco, el discurso iusnaturalista se vuelve deslegitimante, como lo demuestran la historia de los movimientos disidentes de la Edad Media europea o el liberalismo en Latinoamérica en el siglo pasado. Kant se percató de este fenómeno y trató de reducir o neutralizar el potencial deslegitimante del discurso contractualista, al tiempo que Marat, percatándose de lo mismo, trataba de llevarlo hasta su máxima expresión deslegitimante.

En cuanto a Feuerbach, su posición parece mucho más equívoca, aunque estimo que es debido a que aún no ha sido bien estudiado. Feuerbach no fue únicamente un hombre de gabinete como Kant, ni un revolucionario activista como Marat, sino un modelo de político moderno, que sabía cómo plegarse y cuándo hacerlo, en el marco de los espacios que le concedía la política del sur alemán a comienzos del siglo XIX<sup>8</sup>. Fue un verdadero estratega político, que cubría su discurso con ropaje jurídico, con un pensamiento singularmente penetrante (al poner en descubierto el juego de Kant, p.ej., y al exponerlo como una supuesta respuesta a Hobbes)<sup>9</sup>, pero que, tácticamente, podía escribir

<sup>7</sup> Marat, J. P., *Plan de législation criminelle*, Paris, 1774.

<sup>8</sup> Sobre su vida, Radbruch, G., *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, Göttingen, 1949; Kipper, E., *Johann Paul Anselm Feuerbach. ein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*, Darmstadt, 1949.

<sup>9</sup> *Anti-Hobbes oder Über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, 1793.

insensateces, tales como que se justificaba la represión de la homosexualidad porque reducía la natalidad y ponía en peligro la subsistencia del género humano<sup>10</sup>, al tiempo que, como al descuido, la degradaba de crimen atroz e innombrable a casi una simple contravención<sup>11</sup>. Aún no disponemos de un análisis del discurso feuerbachiano, que nos muestre qué parte de él corresponde a su estrategia y cuál a su táctica, lo que dificulta mucho su comprensión.

Resumiendo, pues, vemos que, sin salirnos del contractualismo, no hay en él un único discurso ni tampoco todos sus discursos son legitimantes. Tampoco hay una única "defensa social", porque median diferentes entendimientos de lo "social", que para Kant sería la defensa del derecho como única garantía externa del imperativo categórico, para Feuerbach en la tutela de los derechos anteriores al Estado y para Marat en una sociedad igualitaria completamente diferente del antiguo régimen. Por consiguiente, tampoco puede pensarse en un delito "natural" único, porque lo "natural" tiene para estos pensadores una connotación perceptiva, no descriptiva (como lo pretenderá luego el positivismo), y ese delito "natural", como parte del iusnaturalismo contractualista, cumplía una función legitimante o deslegitimante, según la vertiente desde la cual se lo contemplase, precisamente por el carácter perceptivo (de "deber ser", no de "ser") de lo "natural".

Pero el sello ferriano de "clásicos" no se agota en los contractualistas, sino que abarca a muchos otros, como a los hegelianos, que ya se expresaban en términos de un retribucionismo talional limitado, es decir, una especie de elitización del contractualismo y un reforzamiento de la idea y del papel histórico del Estado, postulando su apuntalamiento como función primordial del derecho penal. Pessina fue el exponente de esta corriente en Italia<sup>12</sup>, conforme a los postulados del hegelianismo napolitano<sup>13</sup>, precedido por los hegelianos alemanes (Köstlin, Abegg, Berner, etcétera)<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Así en el *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gelten den positiven Rechts*, Gießen, 1801 (mantiene la misma versión en las sucesivas ediciones).

<sup>11</sup> Lo destaca *Amelung, K., Rechtsgüterrecht und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1971.

<sup>12</sup> Pessina, E., *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882.

<sup>13</sup> Nos referimos a la escuela de Vera y Spaventa.

<sup>14</sup> Köstlin, C. R., *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrecht*.

Vimos también que el contractualismo penal se escindió en corrientes de seguridad, libertad e igualdad, pero no parece haber dado una vertiente de fraternidad. La fraternidad universal penetra con el romanticismo, con el iusnaturalismo krausista, cuya versión penal fue la de Röder<sup>13</sup>, urgentemente despreciada y relegada hasta el anonimato, al punto de reprocharle algún penalista alemán de la época a Carrara ocuparse de él<sup>14</sup>. Krause fue rescatado por los españoles de la primera república (la República de los soñadores, como se la ha llamado). Un marcado idealismo, un parentesco con reminiscencias indias, una clara vinculación con la tradición estoica y con Plotino, todo eso era el marco del progreso y mejoramiento moral que daba pie al delito "natural" del iusnaturalismo krausista<sup>15</sup>. Nada pudo ser más deslegitimante en su momento y prueba de ello fue la rápida reacción de indiferencia por parte del poder.

Podríamos seguir mencionando ejemplos del debate prepositivista, pero incluso muchos me quedarían ignorados, como resultado de la insuficiencia analítica sobre este debate de enorme riqueza, protagonizado antes de que la intervención policial positivista colocase todo bajo el rótulo de "clásico"<sup>16</sup>. Sin embargo, creo que con lo expuesto es suficiente para demostrar que no hubo una ideología, sino un amplio debate de ideas (progresistas y reaccionarias, legítimas y deslegitimantes), sumamente colorido y matizado, que en modo alguno proporcionaba un modelo integrado de saber oficial, y que la cuestión de la "defensa social" no fue un punto de acuerdo sino de debate y disidencia en torno de lo "social".

---

1845; Abegg, J. F. H., *System der Kriminalrechtslehre*, 1826; Berner, A. F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1837.

<sup>13</sup> Röder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus anteriores contradicciones*, Madrid, 1871.

<sup>14</sup> Es posible que haya sido Holtzendorf, pues Carrara publica la carta con iniciales en *Programa* (Firenze, 1924, I, p. 495-6).

<sup>15</sup> Sobre ello, Rivasoba y Rivasoba, *Manuel de Krausismo y derecho*, Santa Fe, 1963.

<sup>16</sup> Nos ocupamos de otros muchos autores en detalle, aunque no en forma completa, por supuesto, en nuestro *Tratado de derecho penal*, Bs. As., 1941, t. II.

### 3. LA MANIPULACIÓN DEL DEBATE PREPOSITIVISTA

Creo que es conveniente proceder con suma cautela para no confundir dos niveles muy diferentes, cuales son el de las ideas que se debatían en el prepositivismo y el de la manipulación ideológica de ellas. Es incuestionable que el poder hizo una clara manipulación del llamado "paradigma del contrato", como lo expone claramente Pavarini<sup>19</sup>. La burguesía en ascenso necesitaba oponer un modelo de derecho artificial al modelo "natural" feudal, y para eso se valió de la figura metafórica del contrato. Siempre que el poder hegemónico es disputado, el grupo que lo pretende postula la artificialidad del poder y el que lo detenta su naturalidad. No cabe duda de que la burguesía en ascenso fue manipulando los distintos discursos disponibles en forma cada vez más legítimamente, a medida que se iba adueñando del poder. Tampoco cabe duda de que hubo discursos que se prestaban mucho más que otros a esta manipulación e incluso algunos cortados a su medida. En este sentido, la posición de Baratta está plenamente justificada y su juicio resulta certero, pero a condición de tener presente que su validez cubre sólo los discursos a la medida del poder y los resultados de la manipulación de los restantes por parte del poder. Quedan fuera de éste los discursos del debate prepositivista no manipulables por el poder (Marat, Krause, Magnaud, etc.) y también la parte no manipulable de los restantes (p.ej., Feuerbach).

Prueba de lo afirmado es que la obra de Marat fue olvidada casi por completo, que Krause murió en la miseria y que Windelband dice irónicamente que su obra aún no está traducida al alemán<sup>20</sup>, que a Magnaud se lo redujo a un inorgánico partidario del "derecho libre"<sup>21</sup> y que la figura de Feuerbach se opacó totalmente en la Alemania de los Hohenzollern y fue rescatada recién por la República de Weimar<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Pavarini, Massimo, *Introduzione a ... la criminologia*, Firenze, 1971.

<sup>20</sup> Windelband, *Storia della filosofia moderna*, Firenze, 1925, III, p. 1.

<sup>21</sup> Rosaura Siches, L., *Positivismo del pensamiento jurídico en el siglo XIX*, México, 1963, p. 388.

<sup>22</sup> La revalorización contemporánea de su pensamiento en E. Bloch, *Naturrecht im menschlichen Werte*, Frankfurt, 1961.

#### 4. LA VIOLENTA INTERRUPCIÓN DEL DEBATE MEDIANTE EL DISCURSO ENCUBRIDOR DEL POSITIVISMO

Aún hoy, en plena etapa crítica del derecho penal, se mantienen mitos como el de los "clásicos", lo que es inexplicable a la luz de la inmensa violencia y poder que respaldaron el discurso positivista. Si nos limitamos a mencionar las generalizaciones de Lombroso o las amalgamas complejas de Ferri o el monstruoso discurso de Garófalo<sup>22</sup>, por supuesto que la cuestión no tiene una explicación racional. Pero si superamos esta visión provinciana del positivismo, si salimos de la aldea del derecho penal y dimensionamos el fenómeno positivista en toda su magnitud, la cuestión resulta mucho más clara, porque vemos que se trata de un fenómeno de poder mundial, es nada más ni nada menos que el discurso encubridor de la expansión de un poder mundial de increíble violencia, que se presenta con el ropaje de una etapa nueva y superior del conocimiento humano.

El fenómeno industrial es mundial y no únicamente europeo. Dado que hay una gran discusión al respecto, no puedo afirmar cuándo comienza<sup>23</sup>, pero no cabe duda de que se manifiesta en considerables cambios europeos en el siglo xviii y que generan otros cambios en la periferia. Estos cambios experimentados hace doscientos años, entre los cuales cuenta la emancipación de nuestros países y la abolición de la esclavitud, fueron posibles gracias al subdesarrollo que Europa había provocado en América y en África<sup>24</sup>, que antes del colonialismo europeo eran sociedades a las que la antropología más o menos etnocentrista suele denominar "tradicionales", pero no sociedades subdesarrolladas. Sin el oro, la plata y las materias primas latinoamericanas y africanas, los cambios de la "revolución industrial" no hubiesen sido posibles. La hegemonía mundial, hasta ese momento se había justificado con argumentos teologizantes, al igual que la hegemonía interna, pero al hacerse

<sup>22</sup> A nuestro juicio, la Criminología de Garófalo constituye la máxima síntesis de racionalizaciones a violaciones de derechos humanos que haya producido el pensamiento.

<sup>23</sup> Sobre esta discusión: Tigar, M. E. - Levy, M. R., *El derecho y el ascenso del capitalismo*, México, 1981, p. 12; Dobb, Maurice, *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, México, 1983, p. 32 y ss.; Pirenne, Henri, *Historia económica y social de la Edad Media*, México, 1963.

<sup>24</sup> Cfr. Rodney, Walter, *De cómo Europa subdesarrolló a África*, México, 1982, p. 93 y siguientes.

necesaria una nueva "racionalidad" para posibilitar la hegemonía de las burguesías y el desarrollo de la etapa industrial, fue necesario cambiar el discurso de justificación de esa hegemonía mundial, tanto en lo interno como en lo internacional sobre ambos continentes y su expansión a otros.

Es obvio que a este fin, la idea del contrato, que había sido útil para que las burguesías trepasen al poder en las sociedades centrales, ya no era útil cuando de consolidar su poder se trataba. Esto estaba claro desde el momento mismo de la Revolución Francesa, que proclamaba sus principios "universales" para los franceses, pero no para los haitianos y caribeños. La libertad, la igualdad y la fraternidad eran para los blancos, pero no para los negros que debían seguir siendo esclavos, lo que no fue del agrado de los haitianos, que resolvieron independizarse de los hombres "libres, iguales y fraternos" que los mantenían como esclavos<sup>24</sup>.

En el *corsi e ricorsi* de las ideas, a lo "artificial" del poder se contraponen lo "natural" del poder y, lógicamente, al "contrato" (artificial) nada mejor que volver a contraponerle el "organismo" (natural). La sociedad ya no resulta de un contrato, sino que es un organismo, no habiendo modo de escapar al poder: ninguna célula puede escapar del organismo ni de sus leyes, y, como se sabe desde Platón, hay células nobles y diferenciadas que, "naturalmente", deben cumplir funciones rectoras del organismo, en tanto que otras muchas, más rudimentarias, fáciles de reproducir y absolutamente reemplazables, deben cumplir funciones subordinadas. Esta lógica dogmática iba envasada en un recipiente "científico", siendo Comte el encargado de la incompatible amalgama del organicismo y del método positivo, que habría de permanecer como polarización tensional interna del positivismo durante muchos años<sup>25</sup>.

Conforme a las premisas del organicismo positivista se generaron dos "ciencias": la sociología, que proporcionaba el discurso de justificación de la hegemonía interna de la sociedad europea, y la antropología, que daba el discurso de justificación de la hegemonía colonialista<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Es elocuente al respecto la obra de Alejo Carpentier.

<sup>25</sup> Cf. Martindale, Don, *La teoría sociológica. Naturaleza y estructura*, Madrid, 1978, p. 66-67.

<sup>26</sup> Harris, Marvin, *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*, Madrid, 1983, p. 118.

El discurso muy burdamente biologista-racista (al estilo de Gobineau) no servía al imperialismo, porque la sola tesis biologista de la degeneración era contraria al liberalismo burgués europeo, que quería conservar las garantías para su clase (fundamentalmente la "libertad contractual"), en tanto que la tesis de la inferioridad biológica de los colonizados tampoco resultaba útil para abolir la esclavitud, que a esas alturas era un obstáculo para los fines del mismo imperialismo que la había fomentado y se había enriquecido con el tráfico humano. La explicación de la criminalidad y del colonialismo a través de un discurso de inferioridad biológica no satisfacía las necesidades del imperialismo europeo, particularmente británico, por lo cual se acudió a un gran arquitecto ideológico, que fue Herbert Spencer, el gran ideólogo de ese imperialismo<sup>28</sup>.

Ello explica que, siguiendo las huellas spencerianas, Ferrí le enmendara la plana a Lombroso, poniendo de resalto los "factores sociales" del delito, y que el mismo Lombroso fuera modificando su primitiva versión de la etiología atávica del crimen hasta concluir en que el criminal "nato" puede no cometer ningún delito si se desarrolla en condiciones sociales favorables o positivas<sup>29</sup>. En cuanto al colonialismo, la antropología spenceriana se aparta del racismo de Gobineau y afirma que las sociedades colonizadas son inferiores, pero no ya racialmente, como una fatalidad biológica o como un fenómeno subhumano, sino que las razas inferiores, con una adecuada tutela, pueden llegar a alcanzar el nivel de las razas superiores. Por supuesto, esa tutela se la brindaría generosamente el imperialismo británico y las elites "civilizadas" vernáculas, dóciles a sus intereses. La especie humana es para ellos un organismo (ides que ya se halla en Hegel con su "Geist" —espíritu— que sube triádicamente —y cuyo vértice se encuentra en Prusia, por supuesto— y que en versión anglosajona y con lenguaje positivista desarrolla Spencer).

Cuando se dimensiona el fenómeno positivista desde esta inmensa perspectiva del poder mundial, ya no resulta posible dar crédito a lo anecdótico y sostener una visión reducidamente penalística de la cuestión, pues surge demasiado claramente que, por sobre todas las coyunturas, este

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Cfr. Landecho, C. M., *La tipificación lombrosiana de delinuentes*, Madrid, 1967 (multicopiador), p. 236.

inmenso poder mandó enterrar un debate que le resultaba molesto e inoportuno y que en modo alguno le era funcional para sus necesidades del momento. Sin duda que fue ésa la faena del positivismo y pasarla por alto implica caer en una trampa ideológica en el peor sentido encubridor de la palabra.

El debate acerca de lo "social" que tenía lugar en el pre-positivismo, en que el statu quo era defendido por los reaccionarios y criticado por los progresistas, se entierra definitivamente bajo el peso del poder de una nueva etapa de la expansión imperialista que, mediante el positivismo organicista eliminó la cuestión, impidiendo cualquier cuestionamiento de lo "social", elevando el entendimiento más retrógrado de lo "social" de su carácter perceptivo a un carácter descriptivo, al tiempo que metía a todos los protagonistas del anterior debate bajo el rótulo de "clásicos", entre los cuales incluía a los mismos partidarios del concepto de lo "social" que consagraba, como merecido castigo por haberlo sostenido perceptivamente. El juego de birlibiarloque mediante el cual pudo hacer pasar lo perceptivo (idealista) a lo descriptivo (realista y materialista) fue la absurda combinación comitiana entre organicismo idealista y método positivo, lo que dio por resultado un iusnaturalismo y un "delito natural" descriptivos, pretendidamente verificables mediante los sentidos, que llegó a su formulación más burda de la mano del ultrarreaccionario Garófalo.

En el pensamiento penal, la artificiosa amalgama comitiana fue puesta de manifiesto por Dorado Montero, quien aniquiló el delito "natural" garofaliano y la responsabilidad penal "por ser célula" ferriana, pero que, por lo mismo fue totalmente ignorado, sin que ni siquiera se le tomase en cuenta para clasificarlo<sup>11</sup>. Dado que no podía estigmatizarse como "clásico", se prefirió descartarlo por "utópico", ocultándose así que su utopía era la consecuencia lógica de la destrucción del maridaje inadulto inventado por Comte.

Creo haber demostrado, pues, que el positivismo no fue un mayor ni más avanzado grado o ulterior etapa del saber científico, sino la expresión ideológica encubridora de un acto autoritario realizado por el inmenso poder del avance imperialista, que, al inaugurar una nueva y más brutal etapa

<sup>11</sup> Sobre Dorado: Rivacoba y Rivacoba, *Manual de. El centenario del nacimiento de Dorado Montero*, Santa Fe, 1942; Antón Orca, *José. La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, 1951.

de control mundial decidió clausurar policialmente un debate ideológico esclarecedor.

##### 5. ULTERIORES ETAPAS DEL ENCUBRIMIENTO IDEOLÓGICO

###### a) El neidealismo gentiliano (*fascista*)

Cuando ya se tornó insostenible la insólita amalgama comitana, fue necesario justificar que las cosas continuasen como estaban (o tal vez peor), pero por otros caminos, ya que aquél quedaba prohibido. Nada más lógico, pues, que desvincular el discurso de cualquier contacto con la realidad y reducirlo a su máxima expresión tecnocrática. Ese fue el momento italiano del tecnicismo jurídico, en que se sancionó el Código de Rocco, de clara y confesa ideología fascista<sup>22</sup>, pero se lo presentó al público y al mundo con acento técnico, como un producto sin ideología, aséptico, jurídicamente puro. Es el momento en que Manzini repudiaba la filosofía<sup>23</sup> y se hace la gran apología del positivismo jurídico. De este modo se logró algo aun peor que el positivismo, que fue la síntesis más reaccionaria y represiva de la historia jurídica, que retribuye y si no le resulta suficiente neutraliza al mismo tiempo, pero siempre presentada con el rostro de una obra de la más depurada técnica jurídica, completamente aséptica ideológicamente.

###### b) El neokantismo alemán

La vuelta pospositivista al idealismo también se impuso en Alemania, siendo el instrumento más eficaz la vía del neokantismo de Baden, que nutrió décadas enteras de la dogmática jurídico-penal (hasta la irrupción de Welzel, aunque retorna en nuestros días)<sup>24</sup>.

Este método permitió escindir el "ser" del "deber ser" y con ello impidió que la "pura" ciencia jurídica fuese interferida por cualquier otro dato de la realidad o que el legislador tuviese que reconocer algún límite. Omnipotencia legisla-

<sup>22</sup> Lo decía expresamente el ministro Alfredo Rocco en la *Relazione al Re*, publicada en la "Gazzetta Ufficiale", 26 de octubre de 1930.

<sup>23</sup> Manzini, V., *Tratado de derecho penal*, Ba. An., 1948, t. 1, p. 11.

<sup>24</sup> La temprana crítica de Welzel al neokantismo en *Naturdynamis und Wertphilosophie*, en "Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie", Berlin, 1973, p. 71-82.

tiva e impotencia judicial e interpretativa fueron el resultado lógico de la teoría del conocimiento según la cual los valores (que no "son", pero "valen", sin decir para quién)<sup>20</sup> son las únicas mirillas a través de las cuales puede atisbarse el conocimiento. La indefensión del juez y del intérprete, que era la consecuencia natural de esa tesis, sirvió para instruir a generaciones de juristas en todo el mundo.

### c) Otras "neas"

Por vía neoidealista gentiliana (fascista) o neokantiana, el debate oculto por el positivismo continuó encubierto y acallado, como algo pasado de moda, propio de un momento histórico superado por el progreso científico. Un neodefensismo social "resocializador" de muy baja calidad y peor elaboración también contribuyó a este encubrimiento, y una reacción retributiva a ultranza, sin mucha fundamentación filosófica, sino pretendidamente tecnocrática, no hizo más que continuar el mismo resultado. Fese al notorio empobrecimiento del discurso, a su carencia absoluta de raigambre en corrientes más generales de pensamiento, a su contenido a todas luces reaccionario y elitista, su valor permaneció en pie hasta el embate de la crítica sociológica. Los escasos esfuerzos realizados desde el campo filosófico, se enfrentaban al muro infranqueable de la tecnocracia. El idealismo alemán no permitió que la tentativa ontológica de Weitzel y su limitación a la omnipotencia legislativa<sup>21</sup> pasasen de traducirse en cambios estructurales en la teoría del delito. Fue recién la crítica sociológica con el estallido del límite epistemológico de la criminología, lo que nos enfrenta hoy con una crisis del saber jurídico-penal, que permite dimensionar en toda su magnitud la enorme pobreza filosófica que se hallaba en la base de todo el saber anterior.

## 6. LA VUELTA AL DEBATE INTERRUMPIDO

Hoy se han marchado los policías positivistas y se arrinconan los guardias epistemológicos del neoidealismo. Nos hemos quedado solos, bajo los retratos de los abuelos y bi-

<sup>20</sup> La crítica es de Heidegger, *Introducción a la metafísica*, Bs. As., 1973, p. 233.

<sup>21</sup> Weitzel, *Macht und Recht*, en "Abhandlungen", p. 310.

sbuelos, reaccionarios y progresistas. Sinceramente, se me ocurre casi imposible no percibir que en la denuncia de la selectividad del sistema penal campea el origen revolucionario de Marat, o que en el abolicionismo "verde"<sup>21</sup> no hay un entronque con la fraternidad universal krausista, o que la denuncia de cualquier delito "natural" de cualquier modelo integrado deriva de la contradicción que puso de manifiesto el viejo y olvidado profesor salamantino.

Esto no implica, naturalmente, una subestimación de la crítica sociológica contemporánea, reduciéndola artificialmente a una mera reiteración conceptual, sino una revaloración del debate prepositivista que, al revelar su enorme riqueza conceptual, muestra a la actual crítica como integrado una continuidad histórica, lo que reafirma su valor.

La circunstancia de que los valores de igualdad y de fraternidad orienten, expresa o tácitamente, la crítica contemporánea, y que ella reniegue de cualquier delito "natural" de modelo integrado, para mostrar al derecho penal como una decisión política (del poder), hacen que estas características se vinculen a los pioneros argumentos de Marat y de Magnaud, del krausismo y de Dorado, respectivamente, sin perjuicio de reconocer las naturales variables y el enriquecimiento argumental y conceptual como resultado del curso histórico y de la experiencia recogida en la superación de los discursos encubridores.

No es mi intención hacer aquí el análisis de las corrientes conservadoras ni de las reaccionarias. No creo que pueda hacerse un análisis del llamado "nuevo realismo criminológico norteamericano"<sup>22</sup>, cuya actitud, más que conservadora es francamente reaccionaria, y cuya calidad intelectual es tan ordinaria que no permite entroncarla sino con el irracionalismo más rudimentario, quizá de elaboración aún inferior al de Rosenberg. En cuanto a Luhmann, su etnocentrismo, que coloca en la cúspide a las sociedades altamente industrializadas, es susceptible de proporcionar la base de un nuevo spencerianismo<sup>23</sup>. El neorretribucionismo a ul-

<sup>21</sup> Nos referimos al abolicionismo de Huismán (Huismán, L. - Bernal de Celis, J., *Peines perdus*, París, 1962).

<sup>22</sup> Van der Haag, Ernst, *Punishing Criminals. Concerning a very Old and Painful Question*, New York, 1973.

<sup>23</sup> Sobre ello, Baratta, Alessandro, *Integración-presencia: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en "Doctrina Penal", ene.-mar. 1983.

tranza (que debe distinguirse cuidadosamente del derecho penal de culpabilidad, que sólo pretende hallar en ésta la medida máxima para la reacción penal) no puede ocultar su vinculación con el idealismo y especialmente con el kantismo talional.

No obstante, en cuanto a las corrientes reaccionarias y conservadoras, es mucho más difícil hallar su vinculación con los debates prepositivistas, porque continúan contaminadas con el positivismo y, en consecuencia, su discurso se ha empobrecido notoriamente en comparación con el nivel de sus predecesores prepositivistas. A nadie se le ocurriría comparar la pobre fundamentación de un retribucionista contemporáneo a ultranza, por ejemplo, con Kant, lo cual revela que el discurso penal reaccionario y conservador actual, en comparación con el prepositivista, es mucho más pobre, en tanto que el discurso crítico actual es mucho más rico, en los mismos términos de comparación. Podría precisarse aún más esto, afirmando que el discurso actual neoretributivo conserva cierto nivel en la medida en que permanece más vinculado al idealismo de corte kantiano, en tanto que pierde nivel cuanto más contenido de positivismo o pragmatismo se halle y más reaccionario se vuelve<sup>42</sup>.

Este fenómeno tampoco es casual: la situación actual no puede justificarse en meros términos de admisión del statu quo sino a través de un discurso muy pobre y rudimentario. Ello obedece a que, cuando las situaciones se van tornando más irracionales, la chatura del discurso de justificación es una necesidad ineludible. Así, el nazismo no toleró el nivel de elaboración del discurso irracionalista de Nietzsche o de Schopenhauer, y se vio necesitado del discurso irracionalista de mucho más bajo nivel de Rosenberg o de C. Schmitt<sup>43</sup>. Los discursos de justificación conservadores y las pretensiones represivizantes reaccionarias en los países centrales no son en este momento más que versiones centrales más o menos acentuadas de la rudimentaria "doctrina de la seguridad nacional" periférica<sup>44</sup>. Por ende, no

<sup>42</sup> No admite comparación alguna, por ejemplo, el alto nivel de elaboración teórica del neoretribucionismo de Giuseppe Bettiol con la orfandad total de van der Haag.

<sup>43</sup> Cf. Lukacs, G., *El asalto a la razón*, México, 1983, p. 8.

<sup>44</sup> Sobre la idea de una "seguridad nacional" en los países centrales alerta Holland, Edward Joseph, *La crisis económica en los países del Atlántico Norte*, en "Concilium", ene. 1981, n.º 163.

pueden ser sino ideológicamente oscuros, pragmáticos, afilsofícos, con constantes confusiones de niveles, plagados de sofismas —en el mal sentido de la expresión—, reforzados con muros tecnocráticos y epistemológicos infranqueables a los datos de la realidad.

De cualquier modo, en la medida en que el analista pueda desbrozar el camino y hallar alguna raíz ideológica coherente en ellos, se pone en claro que son el resultado de la decadencia del idealismo prepositivista.

Con estas breves consideraciones creo haber demostrado suficientemente que la crítica actual al derecho penal es una continuidad de la crítica prepositivista, enriquecida con la enorme experiencia conceptual acumulada en el curso de la superación de las mistificaciones positivistas y neidealistas, lo que acarrea un nivel mucho más elevado de elaboración conceptual, en tanto que, los discursos actuales que justifican el *status quo* en los sistemas penales o que demanden la represivización de ellos, son la misma elaboración ideológica de justificación prepositivista, empobrecida conceptualmente por su contaminación ideológica con los discursos encubridores del positivismo y del neidealismo, lo que les acarrea un nivel sumamente inferior de elaboración teórica.

## 7. PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

Nos resta intentar ahora una valoración del debate prepositivista desde el ángulo de la crítica que estimamos que debe emprenderse en Latinoamérica. ¿Se trata de un debate que nos resulta ajeno? ¿Es una discusión protagonizada en el centro en el siglo pasado y su conocimiento latinoamericano actual es un mero juego de eruditos? Esta es la cuestión a dilucidar.

Por principio, debemos tener bien claros los efectos del discurso del poder imperialista especialmente británico en nuestra área en la pasada centuria. Es sabido que en América latina la emancipación fue un proceso que culminó en la hegemonía de las élites criollas. El poder mundial había decapitado las culturas indias, diezmado a la población y trasplantado brutalmente a los sobrevivientes de las cacerías esclavistas de África, al amparo de un discurso etnocentrista de base teológica, que iba desde lo más rudimentario

hasta tesis finamente elaboradas que pretendían eruditamente hallar huellas del apóstol Santo Tomás en todas las culturas indias<sup>42</sup>. La emancipación no cambia la situación de las clases sometidas, pues fue emancipación para los criollos (o quizá sólo para algunos de ellos), pero no para los indios y los negros. Las élites criollas instalaron en las respectivas capitales sus nuevas "minimetrópolis" y la "metrópoli grande" pasó, por regla, de Madrid a Londres. De allí vino también el spencerianismo, que justificó las hegemonías locales de las élites y la hegemonía internacional británica.

Según los puntos más destacados del spencerianismo instrumentado por las élites vernáculas, una raza paleolítica, contemplativa e indiferente, mezclada con una raza europea primitiva, que no había logrado superar la Edad Media, y una raza africana extremadamente impresionable y emotiva, no podían estar preparadas para el modelo democrático liberal central. Siendo ésa la diferencia fundamental entre la América del Sur y la del Norte, se hacía necesario que las élites iluminadas, respaldadas por las razas superiores, tutelasen a las masas sudamericanas hasta que éstas llegasen a ser civilizadas o adultas. Este fue el discurso spenceriano de las élites criollas, expresado en palabras más o menos claras, según las circunstancias históricas, desde Sarmiento hasta Bulnes, desde la Patagonia hasta el río Bravo y aún más al norte<sup>43</sup>, sin perjuicio de algunas matizaciones con acentos más marcadamente gobineanos (racistas-biologistas) y algunas tentativas sineréticas pretendidamente teologizantes.

En general, las élites que se autodenominaron "liberales", asumieron el discurso spenceriano del "progreso" iluminado (por ellas, claro está), en tanto que las autodenominadas "conservadoras" asumieron el discurso anterior, o sea el etnocentrismo teologizante. Unas y otras tuvieron coqueteos ideológicos gobineanos, ora disputaron entre ellas, ora se pusieron de acuerdo, transaron, pactaron o se simbio-

<sup>42</sup> Sobre ello: Lafaye, Jacques, *Quetzalcóatl y Guadalupe. La formación de la conciencia nacional en México*, México, 1962; Durston, Pierre, *La destrucción de las religiones andinas, conquistas y colonia*, México, 1977.

<sup>43</sup> Valga como ejemplo para todos, Sarmiento, Domingo F., *Confesiones y arreos de las razas en América*, en "Obras Completas", Bs. As., 1963, XXXVII-XXXVIII.

tizaron, conforme a los momentos y circunstancias históricas de cada país.

El liberalismo originario de los gestores de la emancipación fue descartado apenas las elites criollas se asentaron en el poder. Inmediatamente procedieron a cambiar su ideología liberal por la de "liberal para el futuro", y de este modo, liberalismo y democracia resultaron antagónicos. Las masas populares marginadas se vieron atenuadas entre una ideología que les deparaba la democracia en un problemático futuro y otra que directamente la prometía en el "más allá". En síntesis, dos democracias "escatológicas", pero ninguna real y terrena<sup>45</sup>.

El discurso positivista fue, por ende, el discurso de la segunda dominación colonialista y de la hegemonía de las elites criollas, es decir, el discurso del imperialismo británico, de la misma forma que el discurso teologizante fue el de la primera dominación colonialista y de la hegemonía de la elite española. Mediante el discurso positivista se justificó la marginación de las "razas inferiores" y de los "inmigrantes degenerados" (especialmente en el llamado "Cono Sur", donde el proyecto imperialista se propuso cambiar directamente la población), que trasladaban sus "taras hereditarias" a América ("taras" entre las cuales estaban, por supuesto el anarquismo, el socialismo y el gremialismo)<sup>46</sup>.

El discurso liberal auténtico hizo, pues, un paso meteórico en muchos de nuestros países y, en general, imperó sólo hasta el asentamiento de las elites criollas, y si en alguna medida se continuó luego, fue en permanente pugna, sin representar un papel de efectivo poder político. Incluso en los periodos en que tuvo vigencia, porque las elites no se habían asentado, que en algunos países fueron muy prolongados, como se trataba de tiempos de intensa lucha, aun internacional (como en México), tampoco fue un discurso que pudo ser muy finamente elaborado y debatido.

Como consecuencia de todo eso, el debate prepositivista penal no se trasladó a Latinoamérica y, si lo hizo, fue con escasas repercusiones. No hubo aquí una real reproducción del mismo. Éste implica que la crítica contemporánea

<sup>45</sup> Cfr. Zea, Leopoldo, *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*, México, 1994, p. 288.

<sup>46</sup> Al respecto, Vezzetti, Hugo, *La locura en la Argentina*, Bs. As., 1983.

inaugura prácticamente una línea argumental en nuestra América, donde los discursos que imperaron, importados del centro, fueron casi exclusivamente el positivista, el neoidealista gentiliano y el neokantiano sudoccidental, al que en los últimos años se agrega el weizeliano.

Esto puede generar la falsa impresión de que la crítica es totalmente nueva, de que como tal responde a afanes de extremismo radical (que en el ámbito latinoamericano son fácilmente estigmatizables)<sup>47</sup> y que aparece como una solución de continuidad en la línea supuestamente progresiva del pensamiento penal, que se pretendería cortar de este modo arbitrariamente, cuando la realidad es que eso que se nos presentó primero como la superación científica de la metafísica y luego como la "paz dogmática", era precisamente la solución de continuidad del pensamiento penal que hoy cabe apartar.

Desde este punto de vista es que entiendo de suma utilidad y casi imprescindible el análisis del pensamiento europeo prepositivista en Latinoamérica, no para reproducirlo tardíamente, sino para vivenciar con claridad la función policial desempeñada por el positivismo y por los idealismos, que mandaron no pensar. Creo que es urgente, en el ámbito docente, entrenar a los estudiantes en estos debates, para descalificar definitivamente la mistificación que redujo el debate penal a una serie de argumentaciones toscas y primitivas, con pretensión de "ciencia", ocultando la enorme riqueza ideológica del penalismo prepositivista que, lógicamente reducido a los medios disponibles en su momento histórico, planteaba ya las grandes líneas directrices de los principales temas críticos. Es fundamental esta tarea cuando hoy, ante nuestros ojos, los penalistas de la "seguridad nacional" se aferran a las mistificaciones y se presentan como los "científicos" a los ojos de un público desprevenido y desinformado, en buena parte por la acción represiva y de censura ejercida por los regímenes a cuyo servicio incondicional han estado esos ideólogos.

Creo no errar si afirmo que la crítica penal tiene por función primordial poner de manifiesto las manipulaciones

<sup>47</sup> Es ilustrativo que un intelectual europeo de indiscutible ideología liberal, como Constantino Láscaris, observase el sentido más conservador de las teorías políticas europeas que cruzan el Atlántico y que no se hagan distinciones entre los distintos matices del marxismo en Latinoamérica (*Desarrollo de las ideas filosóficas en Costa Rica*, San José, 1933, p. 161).

ideológicas del poder, y para ello, el primer paso debe ser eludir los escollos puestos por él, rechazando las etiquetas y rescatando el valor de los pensamientos que despreció el poder. Comencemos, pues, rescatando los penalistas a nuestros propios marginados.

## LA FUNCIÓN DEL CONCEPTO DE NORMA EN LA DOGMÁTICA PENAL

ENRIQUE BACIGALUPO \*

### I

El sistema de la teoría del delito presupone que éste es, ante todo, la infracción de una norma. La obra con la que puede considerarse que comienza el desarrollo de la teoría moderna del delito, se titula, precisamente, *Las normas y su infracción*, y fue publicada por Karl Binding por vez primera en 1872<sup>1</sup>. En el desarrollo posterior a Binding de la dogmática del delito puede observarse la existencia de una clara correlación entre la formulación de nuevos sistemas y la redefinición del concepto de norma. Por lo tanto, es posible suponer que al concepto de norma se le asigna el carácter de un punto de partida para la construcción del sistema.

Si esto es así, la elección de un determinado concepto de norma condicionará los problemas y las soluciones dogmáticas de la teoría del delito. El concepto de norma, sin embargo, no es "deducible" de los textos legales de la legislación vigente en un momento dado; por el contrario, cualquiera de los conceptos disponibles de norma permite entender los textos del derecho positivo, sea que se entienda a la norma como un imperativo, o se dote al concepto de ella de una doble función valoradora por un lado y motivadora por el otro. Como tal, el concepto de norma resulta ser más bien, un concepto previo del trabajo dogmático; un concepto con el que se fija uno de los términos de la interpretación.

\* Catedrático de Derecho Penal. Magistrado del Tribunal Supremo de España.

<sup>1</sup> *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1.<sup>ª</sup> ed., 1872, 4.<sup>ª</sup> ed., 1922.

## II

En la dogmática penal los sistemas conocidos se apoyan, por lo menos, en dos conceptos de norma diversos. La discusión en torno a ellos es, además, una discusión que implica distintos puntos de vista sobre la norma y sobre el concepto de derecho en general. Sin embargo, es preciso tener presente que es posible distinguir dos momentos en que la dogmática penal opera con el concepto de norma y en cada momento la finalidad perseguida por este concepto difiere de la que es propia del otro. El concepto de norma tiene importancia, en primer lugar, en la selección del material normativo que compone la base del sistema. Aquí se trata de delimitar qué normas jurídicas del ordenamiento total importan al jurista de derecho penal. Este concepto de norma tiene una estructura más compleja que el utilizado como base del sistema de la teoría del delito. Para la selección de la base del sistema normativo del derecho penal la norma debe contener una referencia a la consecuencia jurídica propia del derecho penal: sólo interesan al jurista del derecho penal aquellas normas cuya infracción determina la aplicación de una pena o, bajo ciertas circunstancias, de una medida de seguridad.

La definición del derecho penal como un conjunto de normas cuya infracción determina para el autor una pena, hace uso implícito de este concepto de norma, que no es sino una concreción en el ámbito penal del concepto de norma de la teoría general del derecho que define a ésta como un juicio hipotético. Por el contrario, los conceptos de norma de la teoría del delito —en sus formulaciones actuales— no hacen referencia alguna a la consecuencia jurídica originada en la infracción de la norma. Presuponen que, incluso en relación a la motivación del autor, la amenaza de una pena no tiene una función relevante<sup>2</sup>.

En el presente trabajo nos importa exclusivamente el concepto de norma de la teoría del delito. Es decir, el que sirve de fundamento a la construcción del sistema del delito como una acción típica, antijurídica y culpable. La consta-

<sup>2</sup> Conf. Bacigalupo, en "Cuadernos de Pol. Crim.", n° 6-1978, p. 3 y ss.; ver también Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 3ª ed., 1982, p. 44 y 60.

tación, realizada al comienzo, de que las transformaciones del sistema de la teoría del delito, por ejemplo, las que se expresan en la disputa en torno al sistema finalista y al sistema causalista, se refiere exclusivamente al concepto de norma de la teoría del delito. La afirmación de que en la dogmática penal se opera con dos conceptos diversos de norma se refiere también a este aspecto de la cuestión.

El primero de los conceptos de norma en que se afirma que debe basarse la teoría del delito proviene de la conocida teoría de los imperativos y considera que la norma tiene la forma de una orden a la que se debe obediencia, sin tomar en consideración para nada la consecuencia jurídica prevista para el incumplimiento del deber de obediencia surgido de la norma<sup>3</sup>. "Yo extraigo el siguiente resultado —dicha *Binding*<sup>4</sup>—: la pauta de acción obligatoria, infringida por el delincuente, es la prohibición o el mandato de acción como tal, sin ninguna referencia del agente a la consecuencia jurídica que se conecta a la acción como su condición. Este mandato lo encontramos en lo esencial mediante la transformación de la primera parte de una proposición del derecho penal en una orden: no obrar como en ella se expresa o bien obrar como allí se lo exige. A esta orden legal yo la designo como norma. La norma precede conceptualmente a la ley penal, pues ésta amenaza la infracción de la norma con una pena o la declara impune"<sup>5</sup>.

La norma, entonces, se concreta en prohibiciones (de hacer algo) o en mandatos (que exigen hacer algo): en otras palabras, órdenes prohibitivas u órdenes imperativas. Por ejemplo: "¡No debes matar!" o bien "¡Debes prestar ayuda al necesitado!". La infracción a estas normas genera el derecho del Estado a sancionar con una pena al autor de la infracción. La ley penal, sin embargo, establece no sólo qué infracciones el Estado se obliga a sancionar<sup>6</sup>, sino —aunque sólo sea a veces— también qué otras circunstancias pueden condicionar excepcionalmente el derecho penal subjetivo

<sup>3</sup> Cfr. sin embargo, Heide von Perneck, *Die Rechtsordnung*, t. 1, 1903, p. 188 y siguientes.

<sup>4</sup> *Die Normen*, 4ª ed., 1922, p. 45.

<sup>5</sup> Norma y ley penal son para *Binding* objetos diversos: "El delincuente cumple el supuesto de hecho de la ley, por tanto, no lesiona la ley penal en forma alguna", *Normen*, t. 1, p. 4.

<sup>6</sup> *Binding, Normen*, t. 1, p. 18 y siguientes.

del Estado<sup>7</sup>. Por ejemplo, la norma que dice: "No debes entregar un cheque sin tener provisión de fondos en el banco" se infringe con la acción de entregar un cheque sin provisión suficiente de fondos; sin embargo, el hecho sólo es punible si el cheque no ha sido pagado dentro de un plazo de cinco días de presentado al cobro (art. 563 bis, b, CP)<sup>8</sup>. La falta de pago dentro de los cinco días condiciona el derecho penal subjetivo del Estado de sancionar la infracción de la norma. La teoría del derecho penal puede distinguir, en consecuencia, entre: a) las condiciones de la infracción a la norma = delito y, b) las condiciones especiales del ejercicio del derecho del Estado a sancionar la infracción de la norma = condiciones de la punibilidad (en sentido estricto)<sup>9</sup>.

... Tanto la norma como el derecho penal del Estado se conciben como una "regla con excepciones"<sup>10</sup> y como un derecho con excepciones, respectivamente. Por lo tanto, la teoría del delito puede distinguir entre la exclusión de la pena por la intervención de una excepción de la norma (fundamento de justificación) o por la incapacidad del autor de comprender el deber surgido de la norma (inculpabilidad), o bien exclusión de la pena por la concurrencia de una excepción del derecho penal del Estado (excusa absolutoria, p.e.), el art. 564, CP, que declara impunes a los cónyuges que cometieron hurto, defraudación, etc., contra el otro cónyuge).

La norma tiene por destinatarios a cada uno de los ciudadanos. Ello significa que el que no conoce la norma no puede transgredirla<sup>11</sup>: La conciencia de la antijuridicidad es un elemento fundamental del delito, pues de ella depende la capacidad de comportarse de acuerdo con la exigencia de la norma (capacidad de acción)<sup>12</sup>. Para esta teoría la dis-

<sup>7</sup> Binding, *Normen*, t. I, p. 232 y siguientes.

<sup>8</sup> Así la teoría dominante; cfr. por todos Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. VII, 1970, p. 70 y ss.; ver también TS, 19/2/75.

<sup>9</sup> Binding, *Normen*, t. I, p. 97.

<sup>10</sup> Binding, *Normen*, t. I, p. 127 y siguientes. Otro punto de vista: Held von Ferneck, loc. cit.; Kohlrausch, *Irren und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1903, p. 68.

<sup>11</sup> Binding, *Normen*, t. II, p. 147.

<sup>12</sup> Binding, *Normen*, t. II, p. 132 y ss. y 140 y siguientes. "La norma sólo puede obligar a las personas que son capaces de cumplir con sus exigencias o de lesionarlas" (Binding, *Normen*, t. I, p. 99) y "la capacidad de autodeterminación (libertad) se considera el presupuesto indispensable de la capacidad de acción en sentido jurídico" (Binding, *Normen*, t. II, p. 14). Por lo tanto para Binding "la posibilidad de obedecer y consecuen-

tinción de ilícito y culpabilidad, en el sentido actual, no es posible ni necesaria<sup>12</sup>. La idea de ilicitud se caracteriza por la oposición de la voluntad (individual) del autor y la voluntad (general) del legislador o del Estado<sup>13</sup>.

La ley penal, a diferencia de la norma no tiene por destinatarios a los ciudadanos individualmente, sino al Estado mismo (otros prefieren decir al juez o a las autoridades de ejecución penal, etcétera)<sup>14</sup>. Ello significa que el conocimiento de la ley penal no condiciona su aplicación al que infringió una norma: el error sobre los presupuestos de una excusa absolutoria o sobre una condición "objetiva" de punibilidad no excluye la responsabilidad penal.

En términos generales las consecuencias de esta teoría de la norma para el sistema de la teoría del delito, pueden concretarse en los siguientes puntos:

a) Sólo puede hablarse de ilicitud en un sentido subjetivo, es decir, el acto ilícito presupone el conocimiento del autor de la infracción<sup>15</sup>.

b) Sólo puede ser obligado por la norma su destinatario, es decir, quien la norma pueda comprender, o en otras palabras, el capaz de acción.

c) Sólo una acción y no su resultado puede ser objeto de una norma<sup>16</sup>. "El resultado —dicta Hold von Ferneck<sup>17</sup>— le es al derecho, en realidad, indiferente".

d) Ilícito y culpabilidad son inseparables, pues la norma no se dirige a los incapaces de culpabilidad<sup>18</sup>.

Con estos puntos de partida puede construirse un sistema que no tendría dificultad alguna en la realización del programa de un derecho penal fundamentado en el principio "no hay pena sin culpabilidad" y que, además, sólo se

mente el deber individual de obediencia surge del conocimiento de la proposición jurídica que fundamenta el deber" (Normen, t. II, p. 345). Ver en el mismo sentido Hold von Ferneck, loc. cit., p. 138.

<sup>12</sup> Otro punto de vista en Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1934, p. 145.

<sup>13</sup> Hold von Ferneck, loc. cit., p. 309 y siguientes.

<sup>14</sup> Cf. Binding, *Normen*, t. I, p. 7 y siguientes.

<sup>15</sup> Cf. Hold von Ferneck, loc. cit., p. 177.

<sup>16</sup> Cf. Hold von Ferneck, loc. cit., p. 307; Kohausch, loc. cit., p. 52.

<sup>17</sup> Hold von Ferneck, p. 307.

<sup>18</sup> Cf. Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, p. 43 y ss.; críticamente Then, *Rechtsworn und subjektives Recht*, 1878, p. 77.

ocupa de sujetos capaces de culpabilidad, pues no prevé ninguna consecuencia jurídica (penal) para los no culpables<sup>20</sup>.

Pero, la concepción de lo ilícito, orientada en primera línea a la infracción culpable de la norma y sólo secundariamente al resultado de la acción culpable, entrará rápidamente en contradicción con una concepción del derecho penal que prevea consecuencias jurídicas que no presupongan culpabilidad. Las medidas de seguridad, como es sabido, requieren que el autor haya infringido el orden jurídico aunque no haya sido culpable. Un derecho penal de estas características debe invertir las relaciones entre la voluntad y el resultado de la voluntad y tender por lo tanto a poner en primera línea a este último.

### III

La concepción de la norma de la teoría de los imperativos se manifestó, por lo tanto, como inadecuada para servir de base a la teoría del delito cuando se cuestionó la libertad del destinatario de la norma para decidir sobre el cumplimiento de la orden o sobre su transgresión. El derecho penal debía entenderse de otra manera: la tarea principal del derecho penal es la de garantizar un determinado estado de cosas. "La pena está al servicio de la protección de bienes jurídicos"<sup>21</sup>. Y además: "La historia del derecho penal es la historia de los intereses de la humanidad declarados bienes jurídicos"<sup>22</sup>. La pena necesaria ya no será la que retribuya mal por mal (libremente) causado. La pena necesaria será la que permita defender a la sociedad de la lesión de sus bienes jurídicos y si este postulado quiere cumplirse acabadamente es preciso dirigir la pena al autor y no al hecho: "No se pena el concepto, sino el autor", decía von Liszt<sup>23</sup>. Más que al hecho (libremente) ejecutado de la teoría de los imperativos, debe dirigirse la atención al autor determinado a su ejecución. La protección de bienes jurídicos requiere que se aplique una sanción tanto al que pudo comprender

<sup>20</sup> Cfr. Then, loc. cit., p. 82 y ss. y sobre todo p. 84.

<sup>21</sup> Von Liszt, *Strafrechtliche Vorlesung und Aufsätze*, t. I, 1905, p. 149.

<sup>22</sup> Von Liszt, loc. cit., p. 149.

<sup>23</sup> Von Liszt, loc. cit., p. 175.

como al que no lo pudo, si con ello se protegen intereses sociales fundamentales.

En este derecho penal, la norma no puede tener la forma de una orden. Carece de importancia el aspecto imperativo de las normas penales; lo que importa es la significación del hecho para la sociedad. La norma se identifica, entonces, con un juicio de valor. "La antijuridicidad contiene un juicio de disvalor sobre el hecho y la culpabilidad un juicio de divalor" decía von Liszt<sup>24</sup>. Antijurídica era la lesión de un bien jurídico y culpable el autor que exterioriza una personalidad asocial.

Sin embargo, este punto de vista sólo se impuso en parte. Precisamente porque también la teoría de la pena en la que se apoyaba sólo se impuso parcialmente. La vinculación de la pena con la idea de culpabilidad se flexibilizó, pero no se eliminó. Las llamadas teorías de la unión exigen un concepto de norma que permitiera mantener el concepto clásico de culpabilidad. El derecho penal requería una norma que contemplara la actitud de rebeldía del autor con respecto al orden jurídico. En otras palabras, se requería una norma de determinación o de motivación. El resultado fue un concepto de norma que sintetizaba en sí el juicio de valor y el imperativo. Este nuevo concepto de norma fue expuesto por Eb. Schmidt<sup>25</sup> y por Mezger<sup>26</sup>. La norma tendría por lo tanto dos momentos: sería una "norma objetiva de valoración" y a la vez, pero en dirección al autor, una "norma subjetiva de motivación". La primera tiene relevancia en el momento de la ilicitud; la segunda en el momento de la culpabilidad. "El derecho no es imaginable sólo como 'norma de motivación' —decía Mezger<sup>27</sup>— sin el derecho como 'norma de valoración'; el derecho como norma de valoración es un presupuesto lógico absoluto del derecho como norma de motivación". La norma de valoración podría definirse como "un deber impersonal"<sup>28</sup>, o sea como un juicio de valor sobre el hecho y no sobre la persona del autor.

<sup>24</sup> Von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 16/17 ed., 1908, p. 116; en el mismo sentido von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, 1930, p. 187.

<sup>25</sup> En von Liszt-Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, t. 1, 36 ed., 1932, p. 174 y siguientes.

<sup>26</sup> *Gerichtsmat* 89 (1924), p. 89 y siguientes.

<sup>27</sup> *Loc. cit.*, p. 240-241.

<sup>28</sup> Mezger, *loc. cit.*, p. 245; ver también al respecto, von Liszt-Schmidt, *loc. cit.*, p. 175.

Este nuevo punto de vista sobre la norma permitía:

a) Concebir la ilicitud en un sentido objetivo, como un hecho contra un "orden objetivo de vida"<sup>28</sup> y sin tener en cuenta al autor.

b) Eliminar el problema del destinatario de la norma y poder considerar al incapaz de comprenderla como autor de un ilícito (aunque no sea culpable).

c) Admitir como objeto de la norma (de valoración) no sólo acciones sino también estados y situaciones: tanto los comportamientos del capaz de acción o de culpabilidad, como los de un incapaz de acción o de culpabilidad<sup>29</sup>.

d) Distinguir entre lo ilícito y la culpabilidad, de tal manera que no hay dificultad en aplicar una consecuencia del derecho penal a un no culpable. La culpabilidad se construye como la infracción de la norma subjetiva de motivación o de la norma de deber<sup>30</sup>, que en nada se diferenciaban de los imperativos.

La nueva concepción de la norma en dos momentos consistía en desplazar delante del imperativo un juicio de valor que permitiera afirmar que el resultado de la voluntad tiene carácter socialmente dañoso, con lo que se crea una categoría de lo ilícito independiente de la culpabilidad.

Esta teoría —sostenida todavía por algunos autores—<sup>31</sup> enfrentó dos problemas:

Lo primero que se cuestionó es que el objeto de valoración puede ser tanto el resultado exterior como la actitud subjetiva del autor. Esto permitiría también que la norma asumiera ambas funciones respecto del comportamiento exterior<sup>32</sup>. Si así fuera, el elemento subjetivo del delito en su totalidad podía ser objeto de valoración y, por lo tanto, de lo ilícito<sup>33</sup>. Esta supuesta contradicción no parece ser decisiva.

<sup>28</sup> Meger, loc. cit., p. 342.

<sup>29</sup> Cfr. Meger, Lehrbuch, 2ª ed., 1948, p. 164; con variantes pero similar en los resultados: von Liszt-Schmidt, loc. cit., p. 175; ver también Fischer, *Die Rechtsstrafbarkeit*, 1911, p. 33.

<sup>30</sup> Cfr. Meger, loc. cit., nota 24, p. 245 y Lehrbuch, p. 166; Goldschmidt, en *Oesterr. Z. f. StrR*, t. IV, 1913, p. 129 y ss. (148 y ss.) y en *Festschr. für Frank*, t. I, 1930, p. 438 y siguientes.

<sup>31</sup> Cfr. Bieri, *Strafrecht*, t. I (AT), 16ª ed., 1975, p. 88. Bockelmann, *Strafrecht*, AT, 2ª ed., 1975, p. 36 y ss.; Samson, *SK StGB*, 2ª ed., 1977, nota previa al § 32, nº 3.

<sup>32</sup> Cfr. Goldschmidt, *Festschr. für Frank*, t. I, 1930, p. 437.

<sup>33</sup> Goldschmidt, *Festschr. für Frank*, t. I, 1930, p. 437.

va ni insuperable. Ninguno de los autores que sigue esta teoría se ocupa del problema en la actualidad.

Más importante —sobre todo por sus consecuencias— es la segunda objeción que se dirigió a esta teoría de la norma, fundada en la incompatibilidad del concepto de ilícito que surge de ella con las nuevas concepciones sobre la realidad en el marco de las ciencias del espíritu<sup>26</sup>. Con la norma de valoración, como se dijo, lo ilícito quedaba reducido a la lesión causalmente producida de un bien jurídico. Las nuevas corrientes de pensamiento, sin embargo, exigían que lo ilícito del derecho penal reflejara la diferencia que se supone existe entre la realidad de las ciencias naturales y la realidad de las ciencias sociales. Brevemente: entre lo humano y lo natural. En consecuencia, el objeto de valoración de una norma no debería ser un resultado causado por un movimiento corporal. Ello no se diferenciaba en nada de la realidad de las ciencias naturales. El objeto de una norma debía ser únicamente una acción “en su significado (jurídico) para la comunidad”<sup>27</sup>. Sólo sobre esta base sería posible un concepto “personal de lo ilícito”. Un resultado podía ser objeto de un juicio de valor pero no de una norma. En este sentido afirmaba Welzel<sup>28</sup>: “El resultado causado (lesión del bien jurídico) y despojado de la persona de su autor no agota lo ilícito; la acción es antijurídica sólo como la obra de un determinado autor: qué fin ha dado éste al hecho objetivo, de qué actitud ha partido, qué deberes le incumbían, todo ello determina en forma decisiva lo ilícito del hecho junto a la lesión del bien jurídico”.

#### IV

Con esta exigencia de adecuación de la teoría de la norma y, correlativamente de lo ilícito penal, a las concepcio-

<sup>26</sup> Cf. Welzel, *ZStW* 58 (1929), p. 491 y siguientes. El ideal de una ciencia del espíritu (a la que pertenecería también el derecho) que se refiriera al grupo de ciencias que tienen por denominador común “determinar lo humano y delimitarlo con respecto a las ciencias naturales” (Dörfler, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, ed. de Suhrkamp Verlag, con introducción de Manfred Riedel, 1979, p. 91) ejerció una considerable influencia en la ciencia del derecho de aquella época.

<sup>27</sup> Welzel, *loc. cit.*, según *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1979, p. 125.

<sup>28</sup> *Contr.* Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, 4ª ed. 1961, p. 29.

nes de la realidad de las ciencias sociales propias de una ciencia del espíritu, comienza una nueva fase del desarrollo de la teoría del delito que se conoce ante todo por la oposición entre la teoría causal de la acción y la teoría final de la acción. En verdad no es únicamente la teoría de la acción lo que provoca la polémica, sino, y por lo menos tanto como la teoría de la acción, la teoría de la norma.

El "finalismo" y el "causalismo" fueron dos corrientes de pensamiento que concibieron la norma de una manera diversa: mientras los causalistas siguieron la teoría de la norma de valoración y la norma de determinación, los finalistas reclaman un retorno a la teoría de los imperativos<sup>28</sup>.

El punto de partida de la teoría finalista respecto de la norma es el siguiente: "Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones y los mandatos del derecho —dice Welzel—<sup>29</sup> no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones que permitan una configuración del futuro dirigida finalmente". El retorno a la teoría de los imperativos para fundamentar en ella la teoría de lo injusto personal no deja de ser problemático. Ante todo porque el nuevo sistema de derecho penal no quiere renunciar al dualismo de penas y medidas de seguridad y necesita, por lo tanto, un concepto de ilícito personal común para la aplicación de penas y medidas de seguridad. En otras palabras: se trata de fundamentar la distinción entre ilícito y culpabilidad en el marco de una teoría de la norma que, en su momento, fue abandonada por su incapacidad para responder a esta exigencia.

Para llevar a cabo esta tarea se dieron dos pasos diferentes, pero en cierto sentido complementarios: primeramente se intentó precisar cuál sería el objeto del imperativo, y en segundo lugar se trató de demostrar la posibilidad teórico-normativa de la solución que se propone alcanzar.

a) El primer paso fue llevado a cabo por Welzel. Este autor razonó fundamentalmente desde el objeto de la norma, es decir desde la acción hacia la norma. En esta dirección se pierden, lamentablemente, cuestiones teórico-normativas que son de singular importancia, como, por ejemplo, la cuestión del efecto obligatorio de la norma. Al menos en su primera época, Welzel parece haber entendido resolver su problema referente a lo ilícito y a la culpabilidad mediante

<sup>28</sup> Cfr. Armin Kaufmann, loc. cit., nota 12.

<sup>29</sup> Welzel, *Lehrbuch*, 11ª ed., 1969, p. 37.

distinciones en el plano del objeto de la norma, es decir en el plano de la acción.

Para Welzel el contenido de lo ilícito en sentido personal está dado por la dirección voluntaria de la acción a un fin determinado. Lo que diferencia, entonces, un acontecimiento natural del acto de una persona es que este último importa una actividad final: "La voluntad —dice Welzel<sup>40</sup>— no es únicamente un factor modificador de la realidad, sino —y sobre todo— un factor configurador consciente de ella". En consecuencia, la dirección final de la acción, es decir, la "ejecución de la decisión de acción"<sup>41</sup>, debe constituirse en elemento esencial de lo ilícito. La consecuencia práctica inmediata de este punto de vista es que el dolo en tanto conocimiento y voluntad de la realización del supuesto de hecho del tipo penal, se convierte en un elemento del tipo de injusto de los delitos dolosos y no debe incluirse entre los elementos de la culpabilidad. Por otra parte en los delitos culposos la infracción del deber de cuidado constituirá el elemento esencial de lo ilícito.

Pero la ejecución de la decisión presupone la toma de la decisión y ésta "se apoya en representaciones valorativas"<sup>42</sup>. "Yo obro —dice Welzel<sup>43</sup>— porque considero valiosa la realización de lo que quiero. De esta manera alcanzamos el momento de la acción que ya ha sido previamente (o por lo menos al mismo tiempo) decidido, o sea la decisión (de valor) positiva en favor de la acción. Esta parte de la acción queremos designarla como la parte 'emocional' de la acción, ya que se refiere a la decisión según el valor. En ella reside el objeto del reproche de culpabilidad. El momento de la culpabilidad se refiere a la decisión de la voluntad en favor del valor más bajo (disvalor) contra el valor más alto. O, dicho con un giro estrictamente jurídico: el reproche de culpabilidad se refiere a la decisión valorativa en favor de la acción ilícita ejecutada sobre la base de esta decisión".

La consecuencia práctica inmediata de esta separación del ámbito de la acción del aspecto emocional, en otras palabras, de la motivación y decisión, es la pertenencia de la

<sup>40</sup> Welzel, *Abhandlungen*, cit., p. 129.

<sup>41</sup> Welzel, *Abhandlungen*, p. 130.

<sup>42</sup> Welzel, *Abhandlungen*, p. 130.

<sup>43</sup> Welzel, *Abhandlungen*, p. 130 y siguientes.

conciencia (potencial) de la antijuridicidad a la culpabilidad.

Para quienes el dolo presuponia la capacidad de comprender la ilegitimidad y de dirigir la acción de acuerdo con esa comprensión (capacidad de culpabilidad = imputabilidad), este punto de vista resultaba chocante: ¿cómo podría actuar dolosamente un enfermo mental? Pero si con la expresión dolo sólo se hace referencia a la determinación del fin, a la elección de los medios adecuados para realizarlo y a su utilización para alcanzar el fin propuesto, se comprenderá que "también el enfermo mental puede ejecutar acciones dolosas absolutamente perfectas"<sup>44</sup>.

Las distinciones que Welzel propone sobre la acción, de tal manera que la ejecución sea objeto de lo ilícito y la toma de decisión de obrar contra el derecho sea objeto de la culpabilidad, no ofrece en principio ninguna dificultad.

Si Welzel hubiera aceptado la teoría de la norma de la teoría causal de acción su construcción estaría terminada aquí. Pero Welzel había partido de la teoría de los imperativos y esta teoría exige resolver el problema del efecto obligante de la norma.

b) Precisamente ésta es la tarea que emprende Armin Kaufmann. La teoría de la norma de valoración al convertir a la norma en un "deber impersonal" no necesitaba ocuparse del efecto obligante de la norma y de sus condiciones. Pero la teoría de los imperativos vincula la infracción de la norma con la infracción de un deber. ¿A quién y cómo obliga la norma?

La respuesta requiere retomar al problema del destinatario de la norma: su presencia es imprescindible si lo que se pretende es un "deber personal". Los teóricos imperativistas nunca se pusieron totalmente de acuerdo en este punto<sup>45</sup>. Pero con respecto al derecho penal dominó la idea de que el efecto obligante de la norma se derivaba de su conocimiento y comprensión por parte del destinatario. La capacidad de culpabilidad y la conciencia de la antijuridicidad deberían ser, por consiguiente, elementos ineludibles de lo ilícito<sup>46</sup>. Sin embargo, bajo estas condiciones la dis-

<sup>44</sup> Welzel, *Abhandlungen*, p. 131.

<sup>45</sup> Cfr. Then, *loc. cit.*, nota 18.

<sup>46</sup> Cfr. Kohlrausch, *loc. cit.*, nota 9, p. 45.

lincción entre antijuridicidad y culpabilidad deja de ser posible.

Para posibilitar la distinción entre ilícito y culpabilidad Armin Kaufmann propone reconsiderar las soluciones clásicas del problema del destinatario de la norma.

En primer lugar: "todos son destinatarios de todas las normas"; "como forma de pensamiento la norma es abstracta, no está vinculada a personas individuales ni a actos concretos"<sup>47</sup>.

En segundo lugar: "deber jurídico" y "obligación" sólo significan "que una persona o algo equivalente en este sentido a una persona (persona jurídica, patrimonio de afectación = Sondervermögen) es elemento de una relación distributiva de tal manera que el 'obligado' dentro de esta relación 'tiene que realizar una prestación', es decir, que la distribución dispone que bienes referidos a él pasen (en parte) a otro miembro"<sup>48</sup>.

A pesar de estas afirmaciones, que modifican sensiblemente el contenido de los conceptos, Armin Kaufmann sigue denominando a las normas como "órdenes": "Es del interés del Estado —dice— que sus 'órdenes' se impartan a todos".

Para resolver el problema del efecto obligante sobre estas bases, Kaufmann propone distinguir entre los destinatarios de la norma y aquellos con relación a los cuales la norma se concreta en deber. Si se trata de una norma general (que no requiere para su infracción un sujeto con calificaciones especiales: p.ej., un funcionario público) la norma se concretará en deber "sólo en relación a un capaz de acción"<sup>49</sup>. Terminológicamente no hay diferencia alguna con Binding: también para él sólo podía ser obligado por la nor-

<sup>47</sup> Armin Kaufmann, loc. cit., nota 13, p. 125. Similar es también el punto de vista de Jakobs, *Studien zum fuhrungslosen Erfolgsdelikt*, 1972, según el cual la norma debe entenderse como "afirmación objetiva de corrección o falsedad" de un comportamiento. Para Jakobs "la norma jurídica carece de destinatario de la misma manera que cualquier otra afirmación de corrección" (p. 8). Frente a este concepto cabe apuntar que una afirmación de corrección carente de destinatario no impone necesariamente un concepto personal de lo injusto ni tiene que referirse necesariamente a acciones finales. En otras palabras, así concebida la norma no se diferencia sustancialmente de la "norma objetiva de valoración".

<sup>48</sup> Loc. cit., p. 126.

<sup>49</sup> Armin Kaufmann, loc. cit., p. 125.

<sup>50</sup> Armin Kaufmann, loc. cit., p. 131.

ma un capaz de acción. Pero la "capacidad de acción" en la que piensa Armin Kaufmann no es la misma que la pensada por Binding. Para éste se trataba fundamentalmente del conocimiento del deber; sólo sería capaz de cumplir con el deber quien tenía conocimiento de él. Armin Kaufmann cree, por el contrario, que capaz de acción "sólo es aquel que bajo circunstancias concretas y en un determinado momento puede ejecutar una acción determinada"<sup>31</sup>. La clave está en estas últimas expresiones: "ejecutar una acción determinada". Partiendo del concepto de acción de Welzel esta capacidad no se deriva del conocimiento del deber (o de la posibilidad de conocer el deber), sino de la capacidad del autor para proponerse un fin, elegir los medios para alcanzarlo y de ejecutar los actos que conducen a éste<sup>32</sup>.

Dos críticas caben al planteo de Armin Kaufmann:

1) Una primera crítica es extra sistemática. Si bien norma y deber son conceptos que dan lugar a definiciones nominales lo cierto es que si se le reconoce a la norma el carácter de un imperativo, no es un buen método redefinir íntegramente los conceptos que se derivan de esta concepción de la norma para convertirla en un juicio de valor o en una "norma de decisión" sin destinatario y que "obliga" a sujetos que no pueden comprenderla. La lógica interna de la teoría de los imperativos no permite estas redefiniciones sin que ello implique un cambio de paradigma teórico. En otras palabras cabe preguntarse si estas redefiniciones, sumamente trabajosas, eran necesarias para alcanzar el resultado que la teoría de la "doble función" (norma de valoración y norma de motivación) permitía alcanzar por un camino mucho más corto<sup>33</sup>.

2) La segunda crítica tiene carácter intra sistemático. Armin Kaufmann sostiene que las proposiciones permisivas (*Erlaubnissätze*), es decir en la terminología particular

<sup>31</sup> *Loc. cit.*, p. 135.

<sup>32</sup> *Cfr. Lampe, Das personale Unrecht*, 1987, p. 78 y siguientes.

<sup>33</sup> La distinción de un juicio primario de valor, referido al resultado lesivo del bien jurídico, y otro secundario sobre el acto, sobre los que se basaría el sistema normativo y que recientemente propone Zielinski, *Handlungs und Erfolgsanzwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 121 y ss. (especialmente 123 y 125) no es sino el desarrollo de lo que estaba ya implícito en el concepto de Armin Kaufmann y pone de manifiesto de una manera indudable el total paralelismo entre el concepto de éste y la concepción de la norma como una "doble función".

de la teoría del delito, los fundamentos o causas de justificación, "impiden la concreción de la norma en deber"<sup>24</sup>. En otras palabras: el autor de una muerte de otro en defensa necesaria no tenía el deber de respetar la norma "no matar", pues la norma no se habría concretado a su respecto en deber como consecuencia de la permisón. Pero a continuación Kaufmann establece la relación que a su juicio existe entre la norma y la proposición permisiva y afirma que ella se expresa en "el primado lógico (no también temporal) del juicio de valor que yace en la norma frente a la justificación". Y agrega: "Sólo un acto defensivo que haya cumplido los elementos de la materia de la prohibición es objeto de la justificación. Ya de aquí se deduce que la falta de justificación no puede ser presupuesto de la adecuación típica (*Tatbestandsmäßigkeit*)"<sup>25</sup>. En otras palabras: se afirma una "primacía lógica de la tipicidad frente a la antijuridicidad"<sup>26</sup>, lo que quiere decir que sin lesión de una norma no cabe hablar de la justificación. Es decir: la teoría de los elementos negativos del tipo (Merkel, Frank) es falsa por su deficiente base teórico-normativa.

Pero, ¿cómo es posible que la lesión de la norma (de la prohibición o del mandato) sea presupuesto lógico de la justificación si la justificación impide que la norma se haya concretado en deber? Dicho de otra manera: ¿cómo puede lesionarse una norma que no se ha concretado en deber, sin infringir el deber que surge de ella? Ninguna de las dos respuestas posibles favorecen la posición de Armin Kaufmann. O bien la norma puede lesionarse sin concretarse en deber, en cuyo caso no se diferencia en nada de un mero juicio de valor y su objeto no tiene que limitarse necesariamente a una acción (con lo que caería uno de los argumentos más fuertes del finalismo contra el causalismo); o bien la norma sólo se lesiona si se concreta en deber y entonces la definición de la función de las permisiones de Kaufmann es falsa, o sea la no justificación es presupuesto de la lesión de la norma (o dicho en el lenguaje de la dogmática penal los argumentos de Kaufmann contra la teoría de los elementos negativos del tipo no serían decisivos). Si se tiene en cuenta que uno de los principales objetivos de Armin Kaufmann es dar una base teórico-normativa a la llamada teoría

<sup>24</sup> *Loc. cit.*, p. 269.

<sup>25</sup> Armin Kaufmann, *loc. cit.*, p. 255.

<sup>26</sup> Armin Kaufmann, *loc. cit.*, p. 255.

de la culpabilidad en materia de conciencia de la antijuridicidad, se comprenderá que el peso de esta crítica es decisivo.

## V

La discusión entre causalismo y finalismo pertenece ya al pasado dogmático. En la actualidad las tesis del finalismo son —en general— aceptadas, aunque sobre sus fundamentos filosóficos y metodológicos, por el contrario, persista un evidente desacuerdo; por otra parte, no todos los "finalistas" defienden actualmente idénticos puntos de vista, incluso en cuestiones básicas. Sin embargo, ha sido importante recordar esa polémica pues es dentro de su marco que tuvo lugar la última discusión sobre la teoría de la norma en la dogmática penal.

Si ahora quisiéramos extraer una conclusión de nuestra investigación respecto de la función del concepto de norma en la dogmática penal, podría afirmarse que en realidad su función es meramente secundaria.

En efecto, la estructura del sistema dogmático actual parece no depender del concepto de norma al que hace referencia. El punto de partida del sistema dogmático del delito estaría en la distinción entre ilícito y culpabilidad en forma primaria y en la determinación, luego, de qué aspectos del hecho deben considerarse en el ámbito de lo ilícito y qué otros aspectos son relevantes en la culpabilidad. La distribución de los presupuestos de las consecuencias jurídicas del derecho penal no parece estar determinada por el concepto de norma sino por otras razones. Hoy se discute si la distinción entre acción (final) y motivación es adecuada al concepto personal de lo ilícito y si un concepto de esta naturaleza no debería incluir ya entre los elementos de lo ilícito la conciencia de la antijuridicidad<sup>27</sup>, y no limitarse a la inserción del dolo de hecho en lo ilícito personal<sup>28</sup>. Se discute si lo ilícito debe agotarse en el disvalor de acción o

<sup>27</sup> Cfr. Lampe, loc. cit., p. 252 y ss.; Roxin, *Strafrechtliche Grundprobleme*, 1973, p. 83; Otto, en *ZStW* 87 (1975), p. 539 y ss. (574); Mir Puig, loc. cit., p. 74 y ss.; Quintero Olivares, *Introducción al derecho penal* (PGJ, 1981), p. 120.

<sup>28</sup> Como lo hacen los finalistas que hoy podríamos llamar clásicos: cfr. Stratenwerth, *Strafrecht*, 3ª ed., t. I, 1981, n.º 236 y siguientes.

si el disvalor del resultado debe tenerse en cuenta para la gravedad de lo ilícito<sup>24</sup>. La solución de estos problemas no dependen del concepto de norma y pueden resolverse en cualquiera de los sentidos posibles sin necesidad de recurrir a un concepto de norma. En verdad todas estas decisiones son previas al concepto de norma.

Ciertamente —debe reconocerse— que el concepto de norma tuvo una significación considerable en la adecuación de las teorías del derecho penal a la idea básica de las ciencias del espíritu. Pero, esa adecuación, que implicaba ante todo una decisión en favor de la concepción personal de lo ilícito, podría haberse llevado a cabo también dentro del marco de la teoría de la norma en aquel momento dominante. Inclusive hubiera podido realizarse con menores dificultades sin modificar la teoría de la norma: la norma de valoración podía limitar su objeto sin ninguna dificultad a las acciones finales<sup>25</sup>.

Tal vez podría afirmarse que el tema de la función de un concepto de norma en el derecho penal, en la dogmática penal y en su sistema es extremadamente difícil de precisar y por ahora no puede obtener respuestas categóricas.

<sup>24</sup> Cf. Armin Kaufmann, en *ZStW* 80 (1968), p. 24 y ss.; en *Festgabe für Welzel*, 1974, p. 403 y ss.; Horn, *Konkrete Gefährdungsdoktrine*, 1973, p. 74 y ss.; Lüderssen, en *ZStW* 83 (1973), p. 282-292; Ziehlinski, *Handlung und Erfolgsquantum im Unrechtabgriff*, 1973; Suárez Montes, en *Festgabe für Welzel*, 1974, p. 382; Mir Puig, loc. cit., p. 83 y ss.; con reservas Barcialupo, *Temas de derecho penal*, México, ed. de la Procuraduría de Justicia, 1976, p. 15 y ss.; Otto, *Grundkurs*, p. 144; *ZStW* 87 (1975), p. 566 y ss.; Schmidhäuser, *Strafrecht*, 2ª ed., 1975, p. 219-220; Gallas, *Festgabe für Roedelmann*, p. 155 y ss.; Stratenwerth, en *Festgabe für Schoffeleers*, 1975, p. 178.

<sup>25</sup> Ésta es en realidad la solución que recientemente propone Gallas, *Festgabe für Roedelmann*, p. 182, al afirmar que en la medida en que es posible distinguir un resultado diferenciado de la acción, en la ley penal puede entenderse que se alejan "dos normas de valoración —relacionadas recíprocamente— que se corresponden con el dualismo autor-lesionado, y que una como norma de comportamiento desaprueba la ejecución de la acción que amenaza al lesionado, mientras la otra como norma de protección desaprueba a su vez la lesión de la integridad garantizada al lesionado". La diferencia entre el punto de vista de Gallas y el de Ziehlinski, ver nota 63, es en lo que se refiere a la teoría de la norma, puramente terminológico. La cuestión de si el disvalor resultante del "juicio primario de valor" (Ziehlinski) o de la infracción de la "norma de protección" (Gallas, en otras palabras: el disvalor del resultado, forma parte de lo ilícito o no, depende de consideraciones totalmente ajenas a la norma misma, cada impide reunir ambos disvalores en lo ilícito o en reservar esta designación sólo al disvalor de acción; al parecer una u otra posición depende de una decisión respecto del tratamiento adecuado necesariamente o sólo (facultativamente) que se estime más adecuado (o justo) para la tentativa.



## EL "OMBUDSMAN" O DEFENSOR DEL PUEBLO

MIGUEL M. PADILLA

### I

Para una clara comprensión del instituto del ombudsman o defensor del pueblo es necesario partir del dato representado por la honda transformación operada desde mediados o fines del siglo pasado en torno a las ideas y definiciones concernientes a la misión del Estado.

Como una resultante de varias causas que venían actuando desde tiempo antes, pero primordialmente por obra de la revolución industrial y de sus implicancias socioeconómicas, el Estado abstencionista creado por el liberalismo fue mudando paulatinamente su fisonomía hasta ofrecer hoy la imagen de un poder omnipresente.

Sería ocioso detenerse sobre un tema que desde hace tiempo pasó a la categoría de los lugares comunes; baste, pues, recordar que el Estado contemporáneo tiene —porque tanto gobernantes como gobernados se los adjudicaron— fines mucho más amplios que su predecesor de un siglo antes. Prácticamente no existe sector de la vida humana que se mantenga al margen de sus regulaciones, y el otrora vasto ámbito librado a la decisión individual es hoy poco menos que inexistente.

Al propio tiempo se ha producido, merced al aporte de la revolución tecnológica en una multiplicidad de órdenes (transportes, comunicaciones, informática, etc.), un extraordinario incremento en los medios puestos a disposición del Estado para el cumplimiento de sus fines.

Por consiguiente, y como corolario de los dos factores enunciados, el campo de las libertades individuales se ha reducido notablemente, tanto desde un punto de vista teórico

—ampliación de las competencias estatales— como de un punto de vista práctico —mayor eficacia y rigor en el ejercicio de esas competencias— eliminándose así el margen de espontaneidad ignorado o tolerado de hecho en épocas pretéritas.

Esta indebida invasión estatal en el dominio reservado al individuo, encierra en acto o en potencia una inexorable amenaza al fundamento mismo de la sociedad política, a saber: que ella no representa un fin en sí misma sino solamente un medio propicio para que sus integrantes encuentren las mejores condiciones posibles para el despliegue de sus facultades y el logro de sus objetivos.

Es harto evidente, en efecto, que si el poder público pretiende regular hasta en sus aspectos más nimios las diversas manifestaciones de la vida individual y colectiva, está llamando inevitablemente a cometer más errores, arbitrariedades e injusticias que cuando asumía una actitud prescindente. No se trata de formular juicios de valor sino de dar cuenta de realidades insoslayables.

La confirmación práctica de esta conclusión teórica es suministrada a diario por la experiencia de todos. No hay, en efecto, individuo ni institución que alguna vez o frecuentemente no haya padecido frustraciones de todo tipo emergentes de su relación con la burocracia.

## II

Frente a esta indiscutible e irreversible realidad, surge un imperioso interrogante: ¿Cómo hacer para prevenir o corregir los excesos de cualquier naturaleza que puedan originarse en el actuar de gobernantes y funcionarios dotados de amplísimas competencias y de poderosos medios para cumplirlas?

De una sola manera; perfeccionando los controles referidos al ejercicio del poder estatal, en su faz política y más aún en su faz administrativa.

Sugerida de tal modo la solución que se muestra como viable, parece claro asimismo que una porción muy extensa de esta irrenunciable facultad de control debiera pertenecer al órgano que dentro de la estructura del gobierno representa más cabalmente al conjunto de gobernados: el parlamento o Congreso.

Sabemos que hoy en día nadie —y menos aún los propios legisladores— conserva la ilusión de que el llamado “Poder Legislativo” sea quien de modo efectivo y no solamente formal confeccione las leyes. Ni siquiera los Estados más respetuosos de la voluntad popular y de su encarnación parlamentaria hacen excepción a esta realidad. De hecho, y aunque los textos constitucionales contemplen otras alternativas, la inmensa mayoría de las leyes son iniciadas por el Poder Ejecutivo y aprobadas por quienes carecen del tiempo —y a menudo, de la preparación— indispensable para estudiarlas seriamente.

En cierta medida —p.ej., mediante reformas en los procedimientos parlamentarios, ya aplicadas en algunos países— puede mejorarse tal estado de cosas, pero de todos modos debe aceptarse que el parlamento ha perdido casi por completo la efectiva competencia para legislar; por ello, se torna todavía más patente la urgencia en volcar gran parte de su dedicación hacia la otra atribución tan tradicional y tan antigua como la anterior, consistente en vigilar la actividad del gobierno o Poder Ejecutivo. En esta materia, el Poder Legislativo puede sin duda obtener buenos resultados, a condición —es prudente advertirlo— de que una complaciente y disciplinada bancada mayoritaria no amengüe casi por completo este quehacer parlamentario.

Pero cuando el mencionado control de tipo general apunta en concreto a los abusos de la administración en su trato con los gobernados, surge un obstáculo que virtualmente anula su eficacia, consistente en que por lo general, los legisladores no cuentan con el tiempo ni los medios para atender y buscar soluciones a numerosos asuntos que, si bien objetivamente revisten relativa o poca importancia, son sin embargo de gran trascendencia para los interesados.

Muy disminuida así la efectividad de este tipo de control por vía parlamentaria, encuentro que tampoco puede esperarse una plena tutela de los administrados merced a la actividad de la justicia, el otro poder estatal responsable de la función de control.

Hasta el mejor sistema jurisdiccional adolece a este respecto de limitaciones no imputables a quienes lo manejan sino a su propia naturaleza.

Por razones sobradamente conocidas, la justicia es cara, lenta y excesivamente formalista. Asimismo, no todos los supuestos en los cuales el ciudadano se siente agravado por actos u omisiones de la Administración Pública configuran

materia justiciable, esto es, susceptible de ser sometida a decisión judicial. Por otra parte, por falta de tiempo, por perseverancia e incluso por temor, el público en general—cuando no están en juego principios fundamentales o intereses de importancia— se resigna a pasar por alto el inadecuado comportamiento del Estado o de sus agentes, aceptándolo como algo inevitable.

Se advierte de este modo que aun cuando la gestión jurisdiccional constituye un valiosísimo elemento de control, tampoco alcanza a cubrir todas las necesidades que en este terreno se presentan.

### III

Con el propósito de suplir todas estas limitaciones y buscando un instrumento de control que no pretenda reemplazar a los demás sino colaborar en el mismo empeño, muchos Estados han establecido la institución que de un modo general se conoce con la designación de ombudsman.

Es sabido que la creación de esta magistratura—originariamente concebida para fiscalizar la actividad de los tribunales— se remonta a los primeros años del siglo xix, cuando la Constitución sueca de 1809 estableció el cargo de Justitiombudsman, en calidad de delegado del parlamento—el "Riksdag"— para la vigilancia de la administración y la protección de los derechos individuales.

Adoptada mucho más tarde por los restantes países escandinavos—con características muy parecidas— desde mediados de este siglo la institución se extendió a un ritmo cada vez más acelerado. Hoy cuenta con ella la mayoría de los Estados de Europa Occidental (en Gran Bretaña, el "Parliamentary Commissioner"; en Francia, el "Médiateur"; en España, el "Defensor del Pueblo"; en Portugal el "Provedor de Justiça"; en varias regiones italianas, el "Difensore Civico"; en la República Federal de Alemania, el "ombudsman militar", etc.), algunas naciones asiáticas, Australia, Nueva Zelanda—cuenta con esa institución en el orden local—, Canadá, Suiza, la India, los Estados Unidos de Norteamérica, etcétera.

Existen por supuesto diferencias de cierta importancia entre esas diversas legislaciones, pero como rasgo fundamental común, como nota que tipifica a todas estas magis-

traturas, debe apuntarse que, sin excepción, persiguen la misma finalidad, a saber: prevenir, y eventualmente reprimir, los excesos, negligencias y arbitrariedades de la Administración Pública en su trato con los ciudadanos.

No conozco institución similar en nuestro mundo latinoamericano, pero sí existen algunas con parecidas finalidades. La Constitución peruana, por ejemplo, establece que el Ministerio Público tiene, entre otros deberes, el de asumir el de "Defensor del Pueblo"; desde 1985 funciona en México el "Defensor de los Derechos Universitarios" en la Universidad Nacional Autónoma; Panamá posee una "Oficina del Ombudsman" para la zona del Canal; en Brasil actúa un "Ouvidor para la Seguridad Social" además de los que se desempeñan en los municipios de Curitiba y Petrópolis, entre otros; en Costa Rica existen no menos de cuatro Defensores: de los Derechos Humanos, de los Consumidores, de los Refugiados y de los Detenidos.

Entre nosotros, la Cámara de Senadores de la Nación aprobó en junio de 1988, un proyecto del senador Menem —reiteración de otro anterior que no alcanzó a ser tratado por la Cámara baja— creando la institución de la Defensoría del Pueblo (desde mayo de 1988 se desempeña en la Capital Federal un Controlador General Comunal); por último debe señalarse que varias constituciones provinciales reformadas a partir de 1986 han incluido esta magistratura con la denominación de "Defensor del Pueblo"; son ellas las de San Juan, La Rioja, San Luis, Córdoba y Río Negro. Por su lado, en la de Santiago del Estero se previó la creación de una Fiscalía Provincial de Investigaciones Administrativas y en la de Salta, el cargo de comisionado legislativo.

Sobre el significado y posibles consecuencias de los cometidos asignados a estas instituciones en los mentados países de América latina y en los textos constitucionales locales haré al término de esta nota una breve reflexión.

#### IV

Por razones de espacio debo limitarme a una somera descripción del modelo sueco, elección que se explica naturalmente por tratarse del país del cual es originaria la institución.

Como continuidad de lejanos precedentes, en la figura de un magistrado que en nombre y representación del monar-

ca velaba por el cumplimiento de las leyes, la Constitución de 1809 creó, como ya lo dije, el cargo de *Justitieombudsman*, que en aproximada traducción equivale a "representante para la justicia". La inclusión de esta última palabra obliga a aclarar que como a comienzos del siglo pasado ni el Estado sueco ni ningún otro era intervencionista en el sentido moderno del término, la preocupación de su Parlamento no derivaba tanto de la actividad de una incipiente administración sino del funcionamiento de los tribunales. Pero inventado el instrumento, fue más tarde utilizado para los nuevos requerimientos.

Desde 1975 rige una nueva Constitución, cuyo texto prevé la elección por el Parlamento de uno o varios *ombudsman*; la ley *Riksdag*—parte de dicha Constitución— contiene detalladas prescripciones acerca de esta función.

Son ahora cuatro, cada uno dedicado a un área específica del sector público, actuando uno de ellos, a la vez, como supervisor, y los elige el pleno del *Riksdag* luego de una complicada serie de pasos en los que intervienen comisiones parlamentarias y los bloques de los partidos políticos representados.

## V

Aunque la institución es hoy pluripersonal, para una mayor comodidad comentaré sus rasgos más destacados singularizándola.

Si bien constitucionalmente no se requieren en el candidato otras condiciones que "conocida habilidad legal e integridad sobresaliente", de ordinario se han nombrado personas de distinguida actuación, sobre todo en el campo de la magistratura judicial. Este aspecto es de real importancia si se tiene en cuenta—como destacaré luego— que el grado de éxito de su tarea depende más bien de las advertencias o sugerencias de tipo general que formule, que de las soluciones dadas a casos particulares, y la gravitación de aquéllas se encuentra en directa relación con el prestigio e influencia del *ombudsman*.

La pérdida de la confianza del cuerpo legislativo es razón bastante para que pueda ser removido de su cargo antes de concluir su mandato de cuatro años, con posibilidad de reelección; en la práctica, nunca se han producido destituciones.

Si bien por esta circunstancia pareciera que el ombudsman se halla sometido al órgano legislativo —por principio es su representante ante el poder administrador— en realidad se desempeña con casi total independencia de toda autoridad, lo cual constituye uno de los presupuestos y una de las causas de su efectividad.

Presentado así el personaje, veamos ahora cuál es su campo de acción, tanto en lo relativo a las personas como a la materia, y de qué medios o procedimientos dispone para cumplir sus tareas.

Bajo su jurisdicción caen todos los funcionarios administrativos —excepto los miembros del Gobierno— cuyo control incumbe directamente al Riksdag y los judiciales, tanto en el orden nacional como en el orden local.

En cuanto a la materia, el texto constitucional dice que el ombudsman debe supervisar la aplicación de las leyes y otras normas, y asegurarse que los derechos fundamentales y las libertades de los ciudadanos no hayan sido vulnerados en los procedimientos de la Administración Pública.

Por tanto, aquello que constituye motivo del interés y la preocupación de este funcionario abarca una amplia gama de materias, pues todos los actos y procedimientos administrativos y judiciales en donde aparezcan o se denuncien comportamientos inapropiados, errores, negligencias o descuidos, medidas irrazonables o arbitrarias, incumplimientos o transgresiones a las leyes, e incluso diferentes o equivocadas maneras de interpretarlas, pueden ser investigados por el ombudsman.

Sus poderes, sin embargo, no le permiten modificar decisiones ya tomadas, desde que no constituye una instancia más —administrativa o judicial—, así como tampoco se halla facultado, en principio, para intervenir en asuntos en los que no haya recaído decisión final de las autoridades competentes.

## VI

Si tan extendida aparece la esfera de actividad del ombudsman, no menos amplios son los medios de que ha sido provisto para cumplirla.

De acuerdo con los correspondientes textos legales, se encuentra autorizado para requerir información a los funcionarios de cualquier jerarquía con las salvedades apunta-

das más arriba y hacerlos comparecer; para tener acceso a toda información contenida en archivos y documentos oficiales, aun la más reservada y comúnmente inaccesible al particular (con escasas excepciones); para asistir a las deliberaciones de organismos administrativos o judiciales; para inspeccionar los locales de todo tipo utilizados por el Estado con cualquier destino, sin excluir establecimientos educacionales, asistenciales, militares y penales.

La complejidad teórica de la tarea de mantener el control sobre las fallas que puedan observarse en la actuación de tan elevado número de funcionarios, se ve en cierta medida atenuada gracias a la informalidad de los procedimientos empleados con tal finalidad.

El ombudsman inicia su intervención en un asunto ya sea por propia iniciativa, ya —y más frecuentemente— en virtud de quejas o presentaciones formuladas por particulares, cuyo único requisito es que consten por escrito, sin necesidad de gasto alguno, ni patrocinio letrado. No se da trámite a las denuncias anónimas.

Una primera revisión de las denuncias recibidas en las oficinas del ombudsman puede conducir a que no se dé curso a las que estén motivadas por un hecho acaecido más de dos años antes; o por ser evidente la falta de fundamentos, la falsedad, fantasía o insignificancia de una denuncia; o porque sus propios términos evidencien que aún no ha recaído decisión final en el caso, como asimismo en cualquier otro supuesto en que no se advierta la pertinencia de la denuncia. En todos estos casos, se hace conocer al remitente la decisión de no intervenir y, cuando ello es posible, se le indica la vía adecuada.

Con bastante frecuencia el denunciante queda satisfecho con una contestación del ombudsman explicándole los fundamentos y razones de la medida o acto que motivó su presentación, lo cual demuestra que el laconismo y la falta de una justificación razonada de las decisiones adoptadas por los órganos administrativos deja en los ciudadanos la impresión de que ha existido una actuación arbitraria. Esta evidencia ha movido a este magistrado a sugerir que se instruya a las dependencias estatales a fin de que incluyan en sus resoluciones la correspondiente fundamentación jurídica y de hecho.

Aunque una buena proporción de asuntos concluye de esta manera otros exigen que el ombudsman prosiga su gestión. A tal efecto, la etapa siguiente consiste normalmente

en solicitar a la dependencia administrativa que produjo la decisión objetada o donde tuvo lugar el procedimiento o actitud cuestionados, la remisión de las correspondientes actuaciones y, si es necesario, la elevación de un completo informe. Estudiados y analizados tales antecedentes, el ombudsman podrá disponer la comparecencia del denunciante, del funcionario que intervino o de cualquier otra autoridad o persona en condiciones de suministrar información sobre el caso.

Una vez que mediante este acopio de elementos ha podido llegar a una conclusión, la pone en conocimiento del denunciante, de las autoridades a quienes concierne el asunto y, según los supuestos que jueguen, informa asimismo al ministro del ramo correspondiente y al Parlamento. Su resolución se limitará tal vez a llamar la atención del funcionario que hubiere incurrido en descuido, negligencia o actuación arbitraria; podrá contener advertencias y sugerencias respecto de la manera de aplicar o interpretar disposiciones legales a fin de evitar que se repitan las mismas situaciones; quizás aconsejará que se indemnice al particular afectado por una decisión administrativa injusta o equivocada; finalmente —aunque esto ha sucedido pocas veces— si la gravedad del hecho lo justifica, pedirá la instrucción de un sumario administrativo o un proceso criminal contra el agente responsable o lo iniciará directamente. También se cuenta entre las facultades del ombudsman la de proponer directamente a su representado, el Parlamento, la sanción o modificación de preceptos legales si la necesidad de ello se pusiere de manifiesto a raíz de las investigaciones efectuadas en un asunto concreto.

Es importante tener presente que el ombudsman expresa sus opiniones y puntos de vista incluso cuando el error o negligencia de la Administración no ha causado daño, y no las fundamenta exclusivamente en consideraciones legales sino también en razones de orden práctico; y que sus consejos traducen el compromiso resultante del intercambio de opiniones, de las discusiones y conversaciones con los funcionarios competentes.

Al relatar las formas que asume la gestión del ombudsman es preciso recordar la competencia que le ha sido atribuida para llevar a cabo inspecciones en los establecimientos estatales.

Práctica ésta muy extendida en Suecia, se confía en que su resultado conduzca a revelar fallas y negligencias en el

funcionamiento de oficinas y tribunales. En este último caso, por ejemplo, se toman al azar veinticinco causas penales e igual número de causas civiles que luego son cuidadosamente examinadas en lo que concierne a la observancia de las formas procesales y al modo en que ha sido resuelto el fondo de la cuestión. De manera parecida se procede con las actuaciones administrativas, en las que se investiga si se han respetado los principios fundamentales del proceso administrativo. Otro campo importante para estas inspecciones lo constituyen los institutos penales y aquellos destinados al alojamiento de enfermos mentales.

## VII

Como se indicó anteriormente, una de las obligaciones del ombudsmán consiste en presentar anualmente al Parlamento un informe acerca de sus actividades. A través de él y de las estadísticas compiladas por las respectivas oficinas, es factible establecer una tipología de los problemas que han solicitado la intervención de estos funcionarios.

Los más frecuentes se originan en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Tratamientos discriminatorios sin base legal.
- b) Restricciones indebidas a la libertad personal por parte de autoridades administrativas (p.ej., detenciones de inanos, alcohólicos, delincuentes juveniles, infractores a los deberes de asistencia familiar).
- c) Incompetencia por cualquier razón del funcionario actuante, o extralimitación de sus poderes.
- d) Inobservancia de reglas que hacen al procedimiento.
- e) Erróneas interpretaciones de normas jurídicas.
- f) Demoras en la resolución de los asuntos.
- g) Falta de fundamentación en las decisiones de la administración.
- h) Inapropiado comportamiento de los funcionarios en su relación con el público.

En lo que atañe a las resoluciones de órganos estatales dictadas en el ejercicio de una facultad discrecional, la intervención del comisionado es muy excepcional y sólo cuando hay evidencia de que ha existido irrazonabilidad o arbitrariedad.

Sin embargo, esta variedad de situaciones posibles no debe inducir la creencia de que el número de los casos en que interviene el ombudsman sea demasiado elevado. Anualmente recibe entre 3500 y 4000 reclamos, de los cuales cerca de un promedio de un 20 % se remite a otras oficinas o es rechazado de plano; más o menos la mitad de las restantes es desestimada por falta de méritos y sólo en el resto de los casos se disponen sumarios, amonestaciones, propuestas legislativas, etcétera.

Puede concluirse, por lo tanto, en que no es excesivo el número de problemas que demandan la actividad del ombudsman. En gran parte, ello es atribuible a que el nivel de la Administración Pública en ese país es alto en cuanto a eficiencia y a su correcto funcionamiento, y sin duda, algún papel no desdeñable ha jugado para llegar a esa situación la gravitación ejercida por las recomendaciones del comisionado parlamentario.

## VIII

Poco antes anticipé que efectuaría un corto comentario relativo a las funciones que se han atribuido al ombudsman o Defensor del Pueblo en ciertos Estados latinoamericanos y en algunas de nuestras constituciones locales.

Al encomendárseles genéricamente la tutela de los derechos humanos (Costa Rica, Guatemala, p.ej., y entre nosotros en las provincias de San Juan y Río Negro), la protección del consumidor (Venezuela, México, Costa Rica), el amparo de los "derechos e intereses públicos" o de los "derechos colectivos o difusos" (La Rioja, Córdoba, San Luis), se ha extendido apreciablemente el campo de acción del modelo clásico descrito en los apartados anteriores.

Descontando que tales finalidades son del más alto valor, deben ser perseguidas —en mi opinión— por el Ministerio Público o por funcionarios dedicados exclusivamente a ellas; de lo contrario, se corre el serio riesgo de formalizar y burocratizar el quehacer del ombudsman, lo que naturalmente iría en desmedro de su prestigio y eficacia.

Por ello, estimo que ha de tenerse muy en cuenta que el ombudsman no es:

a) Un fiscal especial para custodiar los intereses de la Administración Pública como en la República lo es la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas.

b) Un mecanismo de protección al consumidor, como la Procuraduría del Consumidor mexicana o las similares experiencias de Venezuela y Costa Rica; la misión propia de estos órganos consiste especialmente en controlar todas las formas de publicidad comercial y en defender al consumidor frente a prácticas comerciales fraudulentas o engañosas; como se ve, no se asemeja para nada a la incumbencia del ombudsman.

c) Un funcionario para defender los derechos humanos en general, o para tutelar los derechos colectivos e intereses difusos.

Considero que cada una de las magistraturas que cumplió estas misiones puede y debe verse como un engranaje más destinado a configurar el sistema que brinde la mayor garantía de protección de los derechos y libertades ante cualquier tipo de agresión pero, al mismo tiempo, sostengo que resultaría notoriamente disfuncional concentrar en una sola de ellas los diferentes y heterogéneos cometidos que indiqué.

En definitiva, si se comparte la noción de que el ombudsman o "Defensor del Pueblo" ha de ser, como tan frecuentemente se expresa, una "magistratura de influencia o persuasión" —y justamente en esta característica reposa la mejor posibilidad de su eficacia— debe afirmarse que aquélla quedaría inevitablemente comprometida de atribuirsele funciones que despersonalizan la institución, convirtiéndola en un elemento más del Ministerio Público.

## IX

Hoy, como siempre, la humanidad enfrenta el desafío consistente en cómo lograr una efectiva protección del don más valioso que le ha sido otorgado: la libertad de todos y de cada uno.

Esta libertad es blanco y víctima de grandes ataques pero también de amenazas menores, como las que se originan en el diario quehacer de la burocracia. Más peligrosas son, que duda cabe, las primeras, pero no dejemos de tener presente que la libertad puede ir sufriendo pequeñas erosiones y que, a la larga, la suma de todas ellas es de magnitud.

El instituto del ombudsman, cuando es adecuadamente empleado, representa un freno apto para detener las mani-

festaciones más abusivas y arbitrarias del intervencionismo estatal en la vida cotidiana. Así ha quedado demostrado en la experiencia de los países que desde hace décadas lo ven funcionar.

Ahora, cuando nuestra comunidad vive felizmente en un período signado por el imperio de la Constitución, nos encontramos ante una buena oportunidad para estudiar la conveniencia de adoptar una institución cuya bondad como tutora de la libertad individual se encuentra fuera de toda duda.



# ENSAYOS

3. **Lecciones y Ensayos.**



## **JUSTICIA NACIONAL EN LO CIVIL Y SALUD MENTAL**

**GUSTAVO DANIEL CARNELO DÍAZ**

### **1. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo procura ser una aproximación al análisis de la relación existente entre la justicia nacional en lo civil y los conflictos originados en alteraciones de la salud mental de los ciudadanos.

El tema es altamente complejo, por lo que lo aquí expuesto constituirá apenas un pantallazo sobre la superficie de problemas que requieren un profundísimo estudio interdisciplinario.

Intentaré analizar la situación del enfermo mental frente al órgano jurisdiccional desde tres aspectos: el primero será el del propio enfermo mental, luego analizaré lo relativo al marco de los establecimientos neuropsiquiátricos para, finalmente, abordar lo directamente atinente a la situación del juzgador, sin perjuicio de interrelacionar unos y otros aspectos en el desarrollo del tema expuesto.

Creo que la complejidad de la situación del sujeto con alteraciones mentales, aunque entrevista tras el velo de la burocracia procedimental, no es cabalmente abarcada por los juzgados civiles de la Capital Federal, salvo honrosas excepciones a las que haré referencia. Esto que señalo, a mi entender, obedece a causas de muy diversa naturaleza, que sólo en un porcentaje corresponden a razones imputables a los recursos humanos con los que el fuero cuenta. Antes bien, puede señalarse la falta de medios, el cúmulo de trabajo (y la diversidad de materias) que hacen muy difícil a los miembros de estos juzgados ocuparse de las distintas causas como éstas lo requirieren. Pero no podemos olvidar que

en lo atinente a la salud mental, el Poder Judicial cumple un rol fundamental: un ciudadano puede o no ser considerado "loco" por sus familiares y allegados, pero una vez que un juez estableció que dicho sujeto es "alienado, demente en sentido jurídico", nadie se llamará a engaño. El juez habrá rotulado a esta persona, habrá llegado a algo que podríamos llamar la oficialización o institucionalización del estigma con que parte de la sociedad ya lo había marcado.

Resulta, pues, de interés estudiar someramente los pasos que el tribunal sigue para estigmatizar así a un ciudadano, sin perder de vista en todo momento que el fundamento y fin de la actividad jurisdiccional en este sentido se encuentra en la misión tutelar del Estado frente a los ciudadanos desprotegidos o indefensos.

A fin de acotar el marco teórico en relación con lo dicho, corresponde señalar que la teoría de la rotulación, o de la reacción social, en su formulación más sencilla dice que "el intento por impedir, castigar y prevenir la desviación puede, en realidad, crear la desviación". Lo que preocupa a esta teoría, criticada por Taylor, "es la forma en que la rotulación de 'desviado' impuesta por un grupo social o por una agencia de control social, puede cambiar la concepción que una persona tiene de sí misma y, posiblemente, desembocar en una situación en la que, aunque no haya habido ninguna predisposición inicial a la desviación, se produce un vuelco progresivo hacia esa conducta"<sup>1</sup>. El sujeto produce así una reorganización simbólica del yo, en la que se ve como una persona desviada, y actúa conforme con esa imagen de sí.

Corresponde, entonces, comenzar el análisis del tema de acuerdo al esquema precedentemente pautado.

## 2. EL ENFERMO MENTAL Y SU CIRCUNSTANCIA

Si los factores a analizar en el estudio de la personalidad de un individuo mentalmente sano son múltiples y complejos, esta diversidad y complejidad se ve potenciada en el caso de las personas que sufren perturbaciones en la psiquis, precisamente por faltar la coherencia necesaria para la estructuración del todo complejo de la mente.

<sup>1</sup> Taylor - Walton, P. - Young, J., *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Bs. As., Amorrortu, 1977, p. 157.

El abordaje de la personalidad trastornada es dificultísimo. Ante ella hay que actuar como un estratega que procura descubrir los puntos débiles de su oponente, para, sobre ellos (sobre su estudio y utilización), elaborar el plan de acción a seguir. El paciente con frecuencia mostrará ante su interlocutor una máscara, que lo desorienta y confunde; no representará ante el oyente otro papel más que aquel a él destinado, en lo que psicológicamente se denomina segregación de auditorios. Muchas veces, al hablar con dementes, uno tiene la impresión de estar dialogando con una persona sana, capaz de sostener una conversación coherente e interesante. Dice Goffman: "en el escenario el actor se presenta bajo la máscara de un personaje, ante los personajes proyectados por otros actores; el público constituye el tercer partícipe de la interacción"<sup>1</sup> y "la expresividad del individuo (y por lo tanto su capacidad para producir impresiones) parece involucrar dos tipos radicalmente distintos de actividad significativa: la expresión que da y la expresión que emana de él. El primero incluye los símbolos verbales —o sustitutos de éstos—. El segundo comprende un amplio rango de acciones que los otros pueden tratar como sintomáticas del actor, considerando probable que hayan sido realizadas por razones ajenas a la información transmitida en esa forma... El individuo, por supuesto, transmite intencionalmente información errónea por medio de ambos tipos de comunicación; el primero involucra engaño, el segundo fingimiento"<sup>2</sup>.

Para quien habrá de tratar con el paciente, o habrá de juzgar acerca de su situación, resulta indispensable contar con toda la información posible sobre su realidad personal y familiar.

Se ha abordado el tema de la alienación y/o la perturbación mental desde diversos puntos de vista. Así, Erich Fromm nos dice: "La necesidad más profunda del hombre es, entonces, la necesidad de superar su separación, de abandonar la prisión de su soledad. El fracaso absoluto en el logro de tal finalidad significa la locura, porque el pánico del aislamiento total sólo puede vencerse por medio de un retraimiento tan radical del mundo exterior que el sentimiento de separación se desvanece —porque el mundo exte-

<sup>1</sup> Goffman, Erving, *La presentación de la persona en la vida cotidiana*, Bs. As., Amorrortu, 1971, p. 11.

<sup>2</sup> Goffman, *op. cit.*, p. 14.

rior, del cual se está separado, ha desaparecido"<sup>4</sup>. C. G. Jung, por su parte, nos dice: "donde el enfermo padece es en el alma; y aun en las más complicadas y altas funciones del alma, que apenas se atreve nadie a situar en la esfera de la medicina"<sup>5</sup> y "se ha demostrado, por repetidas pruebas, que en todos los casos sometidos a análisis existía, aparte de los episodios traumáticos, otra clase de perturbación que no puede designarse de otro modo que como una perturbación en la esfera del amor"<sup>6</sup>. Adler, que analiza profundamente los conflictos que se generan en la psiquis humana, en la evolución del hombre frente a los imperativos vitales del amor, la vocación y el desarrollo del sentimiento de comunidad, dice: "Quizá ningún otro problema humano afecte tan de cerca al bienestar y a la felicidad del individuo en el seno de la comunidad, como el problema del amor"<sup>7</sup>. Esto nos indica que el pensamiento psicológico atribuye -y esto no es una verdad de Perogrullo sino algo que no hay que olvidar nunca en el tratamiento de los incapaces o los menores y, en general, de cualquier ser que evidencia una forma de conducta desviada- una importancia fundamental al rol del amor en la estructuración de una personalidad sana. Como lo veremos al tratar el aspecto hospitalario del problema, no se concibe ya la terapia rehabilitatoria sin un participativo rol del grupo familiar del individuo. Podemos concebir así a la familia como un sistema, como un "grupo en curso dentro del cual los integrantes reaccionaban uno al otro en forma homeostática"<sup>8</sup>, esto es, con una tendencia constante a mantener el equilibrio a los fines de un mejor funcionamiento, aunque el costo sea el de la salud mental de uno de los miembros del grupo. La familia se presenta pues como "un sistema interpersonal, semejante en muchas formas a otros sistemas cibernéticos (Hoffman, 1971)"<sup>9</sup>, señalándose la necesidad de que, a los fines terapéuticos, los miembros de la familia interactúen sus roles

<sup>4</sup> Fromm, Erich, *El arte de amar*, Bs. As., Paidós, 1966, p. 20.

<sup>5</sup> Jung, C. G., *Lo inconsciente*, 6ª ed., Bs. As., Losada, 1976, p. 14.

<sup>6</sup> Jung, op. cit., p. 22.

<sup>7</sup> Adler, Alfred, *El sentido de la vida*, Barcelona, Luis Miró S.A., 1973, p. 62.

<sup>8</sup> Haley, Jay, *Trastornos de la emancipación juvenil y terapia familiar*, Bs. As., Amorrortu, 1965, p. 26.

<sup>9</sup> Duncan Stanton, M., ph. D., *Una revisión de los abordajes comprensivo-estratégicos de la terapia familiar*, en "Sistemas familiares", Bs. As., Ariba, abr. 1984, p. 35.

ante el especialista. Corresponde señalar que resulta interesante, aunque no corresponde hacerlo en el marco de este trabajo, estudiar el universo de estrategias terapéuticas para el abordaje de las disfunciones (una de las más sugestivas es la desarrollada por Mara Selvini, técnica paradójica, y el grupo de Milán, en el Centro per lo Studio della Famiglia, allí por 1967, y de la que se da cuenta en Paradoja y contra-paradoja, Buenos Aires, A.C.E., 1982).

Tal vez a esta altura del desarrollo del tema lo dicho resulta una grosera digresión del fin específico planteado. Más adelante se verá que no es así. Lo que procuro es dejar entrever la complejidad del tema, y todo lo que puede haber, o puede hacerse, en cada caso que llega a los estrados judiciales. Me gustaría que, de leer este trabajo algún agente del Poder Judicial que trate con el tema de los insanos y/o internados, sienta la sensación de perplejidad que yo experimento al comparar lo que hacemos a diario en nuestros trabajos, con lo que podría hacerse si pudiéramos dar siquiera cabida a un 10% de los componentes del problema psiquiátrico, en la formulación y elaboración del trabajo cotidiano.

Hemos hablado del problema del amor, y de la estructura familiar como entorno primigenio del mismo, y ante arquitectónico de la estructura de la personalidad. No podemos, ahora, soslayar otro gran aspecto del problema, el de la integración del individuo a las personas, fines y medios de su sociedad. Dice Kingsley Davis: "Si la integración de la personalidad es, en parte, una función de factores sociales, lo mismo sucede con la desintegración de la personalidad. Es cierto que el organismo es en ambos casos una condición necesaria, pero las variables o determinantes residen a menudo en la esfera sociocultural"<sup>18</sup>. Lersch señala que el ser vivo aislado no podría desarrollarse por sí mismo, necesitando de su perimundo, de las distintas formas de comunicación y adaptación al medio que éste ayuda a desarrollar, y que resultan imprescindibles para la conformación del individuo<sup>19</sup>. Es por eso que las disfunciones en la adaptación e integración social pueden generar trastornos en la psiquis del sujeto. El individuo, desde que se estructura la ley de movimiento, de la que habla Adler, que guiará sus pasos, in-

<sup>18</sup> Davis, Kingsley, *La sociedad humana*, Bs. As., Eudeba, 1988, p. 243.

<sup>19</sup> Lersch, Philipp, *La estructura de la personalidad*, Barcelona, Scientia, 1974, p. 6-7.

teractúa, desempeñando un rol, que se verá modificado por las circunstancias dadas en las relaciones intersubjetivas que desarrolla, por las expectativas creadas en torno a su persona, por su éxito o su fracaso en el desempeño de su rol. Cuando un individuo no responde a lo que se espera de él, cuando no se adecua a la expectativa grupal, comienza a sentir la hostilidad o indiferencia del medio grupal en que se mueve, que evidencia el derrumbe de ese pequeño sistema social estructurado sobre la base de la interacción cara a cara. La disfunción habitual indica la presencia de una conducta desviada. Sostiene Taylor que "no todos los hombres experimentan de la misma forma las limitaciones que les impone la sociedad... una teoría adecuadamente social de la desviación debe poder explicar los diferentes acontecimientos, experiencias o cambios estructurales que precipitan al acto desviado. La teoría debe explicar las diferentes formas en que las exigencias estructurales son objeto de interpretación, reacción o uso por parte de los hombres ubicados en diferentes niveles de la estructura social, de tal modo que hagan una elección esencialmente desviada... Los hombres pueden elegir una determinada solución para sus problemas, pero no estar en condiciones de llevarla a cabo. Una correcta teoría social de la desviación tiene que poder explicar la relación entre las creencias y la acción, entre la 'racionalidad' óptima que los hombres han elegido y la conducta que realmente manifiestan"<sup>12</sup>. Desde que sabemos que la movilidad ascendente importa la presentación de actuaciones correctas frente a los demás, sólo un sentido puede tener la ley de movimiento vital de quien expresa permanentemente disfunciones entre lo que de él se espera y lo que realmente hace.

Lo esperado por los demás es lo esencial para determinar la existencia de disfunciones. Davis sostiene que no corresponde basarse en criterios estadísticos para establecer la normalidad o anomalía de conductas y procederles, sino que debemos atender al concepto de predecibilidad de la conducta del individuo, para lo que resulta imprescindible conocer la cultura de la persona, y su situación social, estudiando cuál lo llega el momento en que los motivos de una conducta determinada no pueden ser comunicados satisfactoriamente al grupo. Mientras la actitud abierta resulte satisfactoria, la sociedad no investiga demasiado las

<sup>12</sup> Taylor - Walton - Young, op. cit., p. 286-287.

conductas privadas. Seguramente me sentiría perplejo si viera a mi padre salir a la calle en ojotas de madera, en pleno invierno; pero no me ocurre lo mismo cuando quien lo hace es mi vecina coreana o japonesa. La tendencia a la disfunción en la interacción social puede ser canalizada por el individuo por los mecanismos de la represión, la racionalización, la proyección, la ansiedad, la sublimación o la demencia. Sostiene Davis que Bronislaw Malinowski (*Sex and Repression in Savage Society*, Londres, Kegan Paul, 1927, p. 85-90<sup>13</sup>) en sus observaciones de tres sociedades distintas, concluyó que el tipo de cultura determina la cantidad y el género de las neurosis. Sostiene también que "desde el punto de vista de la salud mental tiene muy poca importancia que el sistema de estratificación sea de clases o de castas. Ninguno de los dos tipos es inherentemente destructivo de la cordura. Pero sí tiene importancia que el sistema, sea cual fuere, esté unificado o no por un núcleo de valores comunes"<sup>14</sup>. No es posible soslayar, no obstante, que es dable pensar que el mayor número de disfunciones provenientes del medio social, deben darse en los sectores más oprimidos de la población, especialmente en los padres de familia que con salarios magros, o aun sin trabajo, no pueden satisfacer las expectativas grupales y familiares que su rol dentro de la familia y la comunidad genera.

Para finalizar con este pantallazo a la problemática existente, o que puede existir y estudiarse detrás de cada persona con perturbaciones mentales, haré una referencia a las distintas teorías sobre el origen de muchas enfermedades mentales; que, naturalmente, tienen sus consecuencias en el tratamiento terapéutico o jurisdiccional de cada caso. Tomemos, por ejemplo, la enfermedad de Alzheimer, que en los Estados Unidos de América constituye el 50 % de los casos de demencia registrados<sup>15</sup>, a la que se le atribuyen los

<sup>13</sup> Davis, op. cit., p. 261.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 263.

<sup>15</sup> Filley, Christopher M., MD, *Alzheimer's disease. Insights and Coping. Strategies*. Video tape recording of the Charles Denton Memorial Library. University of Colorado Health Sciences Center, USA, august 7, 1983, donde se señala que esta enfermedad constituye la más común causa de demencia en personas mayores de cincuenta años de edad. La estimación es de 2 millones de personas con enfermedad de Alzheimer, sobre un total de cuatro con demencia, para 1988; 3 sobre 6 para el año 2000 y 5 sobre 10, para el año 2020. En nuestro país no existen estadísticas oficiales al respecto.

siguientes orígenes: insuficiencia cerebrovascular, ingestión de toxinas —especialmente aluminio—, agentes infecciosos, traumatismo craneal (demencia del pugilista), desórdenes inmunológicos, genético (alteración en el cromosoma veintiuno), y genético moleculares<sup>16</sup>. Este esquema se da con muchas enfermedades que producen desórdenes mentales, y han dado lugar al enfoque organicista del tratamiento psiquiátrico<sup>17</sup> que sigue siendo uno de los supuestos fundamentales con los que se opera en este campo. También, y siguiendo a Haley, se han desarrollado otras respuestas como las de la teoría psicodinámica de la represión según la cual el individuo lleva en sí algo malo, independientemente de su situación social, y se conduce en una forma determinada como consecuencia de representaciones y experiencias del pasado que ha reprimido o desalojado de la conciencia. Aparecen también la teoría de los sistemas, a la que hiciera referencia al comenzar el tema, y la del doble vínculo o doble ligadura, que incorpora la idea de que la comunicación podía describirse en términos de niveles, y que éstos podían provocar un conflicto y generar una paradoja o "ligadura", frente a la cual no existía ninguna respuesta aceptable; esto, teóricamente, obliga a los miembros del grupo a reestructurarlo recuperando los roles abandonados, y que fueran reemplazados por las formas patológicas de la conducta.

Creo que no necesito agregar nada para que quede expresada la complejidad del tema, y la infinidad de gamas sobre las que puede trabajar un terapeuta, y el tribunal que coordine la acción de éstos procurando la recuperación o mejor tratamiento de algún ciudadano que se encuentre sujeto a un procedimiento de internación o declaración de incapacidad. Creo, también, que el advertir esta gama de posibilidades, así como las distintas relaciones con el medio familiar y social, puede facilitar un mejor y más profundo tratamiento por parte de los jueces de todo tema de familia, cubriendo un camino que ya está recorriendo, con el asesoramiento y la asistencia adecuada, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 9, de la Capital Federal, a cargo del doctor Eduardo José Cárdenas.

<sup>16</sup> Wallace, Joffrey, MD, Alzheimer's disease, University Hospital, University of Colorado USA, January 8, 1989, Medical Grand Rounds.

<sup>17</sup> Haley, op. cit., p. 21-27.

### 3. EL HOSPITAL PSIQUIÁTRICO

En el espacio de movimiento del enfermo mental existen dos instituciones fundamentales en el control social de su disfunción: el hospital psiquiátrico y el juzgado.

Como sabemos, el sistema de internación psiquiátrica reconoce orígenes remotos, siempre ligados a los conceptos de aislamiento, vigilancia e incluso castigo. A los locos, como a los leprosos, siempre se los quiso tener lejos. Ellos evidencian una parte de la vida que no nos gusta ver, nos recuerdan nuestra fragilidad y, en muchos casos, la enorme posibilidad de degradación del usualmente soberbio y olvidadizo hombre moderno. El sistema de salud mental es olvidado, olvidado por la sociedad y por el Estado. En los últimos años, no obstante y afortunadamente, esta situación tiende a revertirse en forma tímida.

Según datos obtenidos en la Dirección de Documentación del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, existen, en todo el país, entre nacionales, provinciales y privados, 6469 establecimientos psiquiátricos, de los cuales 835 se encuentran dentro de los límites de la Capital Federal. Quien los haya visitado (al menos quien haya visitado los de Capital Federal) sabrá que estas cifras comprenden una gama totalmente amplia de institutos, desde los privados lujosísimos, hasta aquellos privados en mal estado de conservación en los que uno llega y es atendido por la cocinera de turno, como persona responsable del lugar a determinada hora.

Los establecimientos nacionales merecen ser tratados separadamente; pero, con anterioridad, quiero efectuar una breve digresión acerca de la responsabilidad de los entes administrativos en lo que a este tema respecta. Muchas veces se me dijo que la desatención de los internos obedecía a que los locos "no pagan impuestos, no votan y no se agriman", y si bien esto es particularmente cierto, corresponde señalar algo más profundo: los locos no pueden superar por sí el estigma que la sociedad puso sobre ellos y sobre lo que los rodea. Como señalaré más adelante, en el Poder Judicial se produjo un cambio en el tratamiento del tema; cambio que no tiene su correlato en los demás poderes del Estado. La Administración Pública abandona sistemáticamente los planes e iniciativas que en materia de salud mental se proponen, lo que tiene que ver con distintas políticas e ideo-

logías, y con la inestabilidad de que adoleciera nuestro sistema institucional. No obstante, se puede verificar que no se cumplen presupuestos mínimos. La Subsecretaría de Salud Mental del Ministerio de Salud y Acción Social carece de estadísticas actualizadas y completas que permitan formarse una idea cabal de la situación de la salud mental en el país (en junio de 1988 sostenían tener "en prensa" una publicación sobre el tema), lo que constituiría una falta de atención a lo establecido en el art. 5° de la ley 22.431, de 1981. Es de esperar que haya un pronto replanteo del rol del Estado en este aspecto. Retomando el planteo original: existen cinco establecimientos dependientes de la mencionada Subsecretaría: 1) Hospital Braulio Moyano, con 1879 internas; 2) Hospital José T. Borda, con 1491 internos; 3) Hospital Infantojuvenil Tobar García, con 40 internos; 4) Hospital Colonia Dr. Manuel Montes de Oca, con 1200 internos, y 5) Colonia Nacional de Salud Mental, con 150 internos, en Diamante, provincia de Entre Ríos. Si atendemos a que ya hace años la Organización Mundial de la Salud estableció en 400 el número de internos recomendable para un adecuado funcionamiento de este tipo de instituciones, debemos concluir que dicha recomendación se cumple en sólo dos de estos establecimientos, y no puedo asegurar que sea por dar cumplimiento a la referida recomendación. Las autoridades administrativas manifiestan que la tendencia actual es a reducir el número de camas, mientras que la carencia endémica de enfermeras y personal auxiliar se adjudica a una "mala distribución del personal en los distintos turnos". Se señala al respecto que en el Hospital Moyano, mientras habría unas cien enfermeras en el turno de la mañana, por la noche este número se reduce a veinte personas.

No voy a hacer una minuciosa descripción del estado de los hospitales neuropsiquiátricos de la Capital Federal, porque podría resultar efectista. El aspecto interior es más el de un depósito de gente que el de un hospital de internación y rehabilitación (con la excepción, como en casi todas las clínicas psiquiátricas, de las oficinas de admisión y emergencias). En medio de este clima existe un solo motor que permite mantener en funcionamiento la derruida maquinaria: el recurso humano, los médicos y asistentes, generalmente gente con profunda vocación y espíritu de sacrificio.

La recomendación de la OMS, hecha por ese organismo en 1955, tiene por fin permitir un seguimiento personalizado del paciente, y mantener el control del establecimiento, ya que todo hospital superpoblado tiende a la inercia pues sus

autoridades pierden perspectiva de lo que ocurre adentro. Esta superpoblación puede ser una de las causas que lleven a que más del 60 % de los internos del Hospital Borda sean crónicos, aunque su patología haya sido germinal en el momento del ingreso.

La ausencia de mucamas ha llevado a la aparición del "colaborador", que es algo así como el más cuerdo de los internos dentro del pabellón. Se trata generalmente de personas que carecen de posibilidades existenciales palpables fuera del instituto, o que han caído en el síndrome de hospitalismo, y de cuyo cuello cuelga la llave del armario donde se guardan las historias clínicas, y otros efectos, correspondientes a sus compañeros de pabellón. La situación en el pabellón es de hacinamiento, no existiendo posibilidad alguna de intimidad. Esto tiene que ver con algunas características de las denominadas instituciones totales, a las que me referiré seguidamente. De los grandes hospitales de la Capital, correspondería señalar que cuentan aproximadamente con 170 médicos rentados, que trabajan unas cuarenta horas semanales, a los que se suman 140 médicos concurrentes, y 120 psicólogos que trabajan unas doce horas semanales (en cada uno de ellos).

Si algunos servicios funcionan mejor que otros es porque el personal es más afanoso. La causa más elevada de muertes está dada por las neumopatías, especialmente por la tuberculosis. Las condiciones en las que se encuentra la indumentaria de la mayoría de los pacientes indican un alto grado de carencias materiales. Existen talleres donde tanto los hombres en el Borda, como las mujeres en el Moyano, pueden desarrollar alguna actividad creativa o laboral, recibiendo como contraprestación un "peculio". No escapa a nadie que en el interior de los institutos circula alcohol, que en ocasiones llega aun a enfermos dipsómanos en recuperación.

En los hospitales los pacientes sólo tienen dominio sobre los espacios verdes, y sobre los territorios de grupo, en tanto y cuanto pertenezcan a uno.

Respecto del colaborador dice Goffman en otra de sus obras: "Cuando un individuo coopera en una organización, aportando la actividad requerida en las condiciones requeridas —en nuestra sociedad, sobre la base de ciertas pautas institucionales de bienestar impulsado por incentivos y valores conjuntos y precavido por las advertencias—, se ha transformado en un cooperador: en lo sucesivo será el

miembro 'normal', 'programado' o 'construido'"<sup>18</sup>, produce el individuo, así, un ajuste primario a la situación que se le plantea (sería secundario si se apartara del rol y del ser que la institución daba por sentados a su respecto).

Sostiene Goffman que "toda institución absorbe parte del tiempo y del interés de sus miembros y les proporciona, en cierto modo, un mundo propio; tiene, en síntesis, tendencias absorbentes... la tendencia absorbente o totalizadora está simbolizada por los obstáculos que se oponen a la interacción social con el exterior y al éxodo de sus miembros, y que suelen adquirir forma material: puertas cerradas, altos muros, alambre de púa, acantilados, ríos, bosques y pantanos"<sup>19</sup>. Los hospitales psiquiátricos presentan las características de instituciones totales, tal como las presenta el citado autor, quien señala, además, lo que él llama un carácter binario de estos institutos, ya que los internos viven dentro de la institución y tienen limitados contactos con el mundo, mientras que el personal cumple una jornada de ocho horas, y está integrado con el mundo exterior. En esta relación, cada grupo tiende a representarse al otro como hostil, el personal tiende a sentirse superior y justo, los enfermos inferiores, débiles, censurables y culpables<sup>20</sup>. En este marco, por razones que hacen al control de la institución, el enfermo suele ser mantenido en la ignorancia de su situación.

Como parte del estigma que flota sobre los enfermos mentales, existe un inculcable miedo al contagio, que se hace evidente en multiplicidad de situaciones como, por ejemplo, cuando la gente evita dar la mano o rozar a un demente, aun cuando su estado y apariencia sean calmos. Puede recordarse en este punto la escena de la película "Hombre mirando al sudeste", del director cinematográfico Eliseo Subiela, en la que el personaje principal le hace notar al actor que juega el rol de su terapeuta que lo está entrevistando totalmente echado hacia atrás en su silla, adjudicando esto al referido miedo al contagio.

Goffman habla de una carrera del paciente en la que éste va recorriendo distintos estadios que lo alejan cada vez más de la gente, y agrega: "cada carrera moral, y más allá de

<sup>18</sup> Goffman, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Bs. As., Amorrortu, 1984, p. 130.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 17.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 30.

ésta, cada yo, se desenvuelve dentro de los límites de un sistema institucional, que puede estar representado por una institución social —p. ej., un hospital psiquiátrico— o bien consistir en un complejo de relaciones personales y profesionales. El yo puede verse así como algo que radica en las disposiciones vigentes para los miembros de un sistema social. En este sentido, no es propiedad de la persona a quien se atribuye, sino inherente más bien a la pauta de control social ejercido sobre esa persona por ella misma y por cuantos la rodean. Este tipo de ordenamiento institucional, más que apuntalar el yo, lo constituye<sup>24</sup>. Es misión del Poder Judicial evitar que las personas permanezcan en este tipo de instituciones más tiempo del conveniente para los fines de su recuperación y tratamiento. Debe obligarse a los prestadores de servicios sociales que pudieran resultar obligados, y al Estado mismo, a brindar los medios para que el paciente pueda dejar el hospital.

Brevemente quiero enunciar los derechos del internado, rescatados por el doctor Cárdenas en una ponencia ante el Primer Congreso Nacional de Protección al Enfermo Mental (Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 8 al 8 de octubre de 1983), y desarrollados en una de sus obras<sup>25</sup>. Sumariamente esos derechos son: a) a la internación, en condiciones dignas, con camas suficientes en todas las zonas del país, y para todas las clases sociales, separados los internos de acuerdo con la naturaleza de su afección; b) derecho a una alternativa que restrinja menos su libertad, resultando aquí de capital importancia el tratamiento jurisdiccional del tema, a fin de determinar la posibilidad de establecer para el paciente un régimen distinto al de internación, mediante el análisis de la situación psicosocial de su familia —por medio de los auxiliares correspondientes—; c) derecho al egreso, lo que también requiere un estricto control jurisdiccional a fin de evitar abusos por parte de los establecimientos, especialmente de los privados, así como de familiares interesados en que el sujeto en cuestión siga internado; d) derecho a la protección del Estado, obligación ineludible para uno de sus poderes, el Judicial, pero que también debe ser contemplada por los otros, adecuando el Legislativo la normativa vigente a las necesi-

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>25</sup> Cárdenas, Eduardo J. - Grimson, Ricardo - Álvarez, José A., *El juicio de suarata y la internación psiquiátrica*, Bs. As., Astres, 1983, p. 17-40.

dades de la población directa o indirectamente afectada por una perturbación mental, y dando efectivo cumplimiento a las normas establecidas por el Ejecutivo; e) derecho al tratamiento, que constituye una carga para la comunidad en tanto y cuanto el individuo afectado no pueda costearlo por sí, evitando que cualquier dilación en su implementación se transforme en una pérdida ilegítima de la libertad; f) derecho a enterarse del programa de curación, algo que no siempre sucede, como se señalara precedentemente; g) derecho a la comunicación, entendiéndose que, conforme lo establece la Corte Suprema, el cercenamiento de un derecho constitucional por razones de orden público, debe ser proporcional al fin que se desea alcanzar. Del respeto de este principio surgirá una mayor seguridad y confiabilidad en el sistema, por cuanto se evitará el aislamiento intencional de un ciudadano, con fines espurios; h) derecho a la protección del patrimonio y del lugar físico que ocupaba antes de internarse, por lo que debe velar el poder jurisdiccional, con los medios a su alcance y, finalmente, un derecho fundamental; i) el derecho a trabajar, a rehabilitarse y a resocializarse, para lo que resulta fundamental que el Poder Judicial, ante el incumplimiento por parte de diversos entes públicos y privados, de la normativa vigente, en especial la ley 22.431, tome las medidas que resulten del caso, en cumplimiento de su deber, y en uso de la fuerza que la jurisdicción le confiere, y que los jueces civiles parecen olvidar.

Es importante para un buen funcionamiento hospitalario, y un correcto respeto de los derechos enunciados precedentemente, que exista en los institutos correspondientes un buen sistema de emergencias psiquiátricas. Carezco de datos actualizados; pero mientras en los Estados Unidos de América el tiempo promedio de internación de un paciente ingresado a un servicio de emergencias, es de 10 días, en nuestro país, en el Hospital Borda, en el mes de febrero de 1984, era de 72 días, aun cuando he visto casos resueltos en un período de tiempo bastante inferior. El Hospital Borda, no obstante lo señalado, posee el que, tal vez, sea el mejor servicio de emergencias psiquiátricas del país. En él se procura "inclusión y trabajo con el grupo familiar a los emergentes internados y la labor realizada con ellos a los fines de una resocialización, una prevención y una obtención del alta más rápida, dado que por tratarse de un servicio de emergencia el tiempo de internación es limitado y breve... En un servicio de emergencia el cuidado intensivo se obtiene mediante la atención eficiente, la observación continua,

el permanente control, la terapéutica apropiada, la comprensión y la comprensión de la situación vital del paciente internado"<sup>22</sup>.

La emergencia psiquiátrica comienza en el paciente y se extiende hasta el área social, porque el concepto mismo de salud es de naturaleza social, en gran medida; se ha dicho así que "la salud de un pueblo es un hecho social, antes que la mera suma de hechos biológicos e individuales... es una expresión más del tipo y grado de evolución alcanzado por ese pueblo en un momento particular de su historia... la creciente complejidad social, el mayor aislamiento de los factores del medio natural, con la concomitante mayor capacidad para controlarlo o transformarlo que tiene el hombre, han hecho que el medio sociocultural se constituya en condicionante protagónico de rasgos y riesgos que en su salud evidencia el pueblo"<sup>23</sup>.

La emergencia psiquiátrica, que es fundamentalmente a lo que atiende el Poder Judicial en los procedimientos de internación, especialmente en los turnos con la Policía Federal y otras fuerzas de seguridad, surge como señal, alterando el grupo primario en sus relaciones interpersonales, a tal punto que éste concurre a la internación como si fuera a encontrar soluciones para poder mantener su cohesión interna, en otros casos se moviliza la intervención institucional, y la organización reemplaza al grupo. Se comprenden en el marco de la emergencia alteraciones del tipo de las psicosis alcohólicas, esquizofrénicas, epilépticas, distímicas, demenciales, oligofrénicas, tóxicas, borderline, neurosis graves descompensadas y casos de personalidades psicopáticas descompensadas<sup>24</sup>, cumpliéndose las siguientes etapas: a) admisión; b) internación; c) prealta; d) alta, y e) control y seguimiento. En su trabajo con los familiares, los especialistas de emergencias psiquiátricas del Borda se manejan con una concepción sistémica de la familia, y tienen en cuenta que la personalidad se estructura sobre una cierta

<sup>22</sup> Avigo, Liliara H. - Castierras, Ricardo G. - Casano, Blas - Faccio, Enrique J. - Fernández Amallo, Alberto - Fontanarrosa, Héctor O. - Rudi, Mónica F. - Gatti, Carlos L. - Giudice, Francisco A. - Goites, María B. - Nechan, María H. - Palmeola, Silvia - Pérez Figueras, Jorge - Possetto, Héctor F. - Stago, Néstor B. - Ure, Jorge - Zacc, María C., *Emergencias en psiquiatría*, Eumans, 1988, p. 11.

<sup>23</sup> Merl, Aldo, *Salud y política social*, 2ª ed., Bs. As., Nachstein, 1983, p. 79-80.

<sup>24</sup> Avigo y otros, *op. cit.*, p. 13.

historicidad familiar. Para comenzar el tratamiento es necesario determinar cuál es la personalidad de base del paciente, entendida ésta como "una estructura que se ha ido formando con su programa genético, más su desarrollo y las pautas de comportamiento que fueron dictadas por los representantes de la cultura. Es lo más estable de la personalidad, y tal vez lo más inmodificable, clínicamente hablando"<sup>26</sup>.

Siempre hay que tener en cuenta que cuando un grupo familiar decide la internación de uno de sus miembros es porque éste, con su comportamiento, rompió un acuerdo tácito entre ellos y su conducta dejó de tener consenso; el grupo, de esta forma, deja de ser continente de la patología del sujeto en cuestión (al hablar de capacidad de contención, o contención del grupo, nos referimos a la capacidad de éste de establecer relaciones realistas, estables, flexibles y tutivas entre sus miembros). Es importante contar con un cabal conocimiento del grupo familiar, porque sabemos que es sobre los elementos incorporados en la socialización primaria por el sujeto, sobre los que resulta más difícil trabajar y generar modificaciones; esto hace que resulte necesario identificarlos tempranamente, junto con los distintos roles jugados por cada miembro del grupo familiar. El paciente, luego, será estudiado mediante entrevistas libres y pautadas y baterías de tests psicológicos, mientras que para la familia se utilizará una entrevista de admisión, seguida de una de obtención de datos y diagnóstico grupal, con otras de carácter terapéutico, hasta llegar al alta, para quedar en régimen de control y seguimiento.

Creo que tras haber dado estas pautas estamos en condiciones de enfocar al otro gran actor de esta situación: el órgano jurisdiccional.

#### 4. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

En el año de 1981, se procedió, como usualmente se hacía, a aplicar un producto llamado Folidol, a fin de combatir la pediculosis en las internas del Hospital Nacional de Neuropsiquiatría Braulio Moyano; desgraciadamente, dicha aplicación coincidió en el tiempo con la falta de agua, por

<sup>26</sup> Ídem, p. 25.

espacio de varios días, en el hospital. El resultado fue trágico: el Polidol, que permaneció en las cabezas de los pacientes, produjo en éstas lesiones en las células cerebrales que las condujeron, en muchos casos, a la muerte.

Este suceso lamentable reactivó un prestigioso, aunque algo aislado y anquilosado mecanismo: el del fuero civil de la Capital Federal. Así, un asesor de menores e incapaces, el doctor Atilio Álvarez, se hizo presente en el Hospital Moyano reclamando la lista de pacientes y el nombre de los jueces encargados de cada caso. De esta forma pudo comprobar que alrededor del 90 % de las internas no tenían asignado juez para el seguimiento jurisdiccional de su internación.

No resulta necesario aclarar que esta situación, aun cuando su gravedad no fuera advertida por muchos de sus actores, importaba una grosera violación a las disposiciones del ordenamiento legal vigente, y en especial a la garantía de la libertad individual consagrada por nuestra Constitución Nacional.

Se inicia así un proceso de tratamiento del tema que entronca con lo hecho en la provincia de Buenos Aires, pionera en este sentido. Allí, por acordada 1799 y por acordada 1800 de la Suprema Corte de Justicia de la provincia, se había creado la Curaduría Oficial de Alienados, que fue puesta a cargo del doctor Carlos Hugo Langrandi. En 1981, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil crea una comisión, por acordada 735/81, integrada por jueces, asesores y funcionarios, para la solución integral de los problemas de los discapacitados mentales; luego, por acordada 741/81, se imprime a los procesos un rápido trámite, llevado de oficio, con internación controlada por el juez.

Hasta ese momento se advertía un vacío legal en lo que respecta a la reglamentación de las formas de la internación y procedimiento posterior; los doctores Borda, Liambías y Martínez Vivot habían elaborado un proyecto de ley de internación, sobre el que la Comisión de Insanos trabajó hasta elaborar uno definitivo, que el Ministerio de Justicia hizo suyo, y que finalmente fue promulgado como ley 22.914, de aplicación en el territorio de Capital Federal, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Luego, por acordada 745/82, la Cámara establece la necesidad de crear un Centro de Observación —hasta 1957 había existido un Servicio de Observación de Alienados en la Alcaldía del Palacio de Justicia—, para lo que se destinaria el inmueble de la calle

Tucumán 1517/23; este centro que resulta imprescindible, a efectos de un correcto desempeño de la labor jurisdiccional, y de aplicación del principio de inmediación al que se procura dar amplia acogida desde la reforma introducida en el Código Procesal por la ley 22.434, aún no fue habilitado, ni hay miras de que vaya a serlo próximamente. Corresponde señalar que los jueces carecen de medios de locomoción oficiales, y que en muchos casos, por razones económicas, no pueden disponer de un automóvil propio para hacer las visitas correspondientes, por lo que en general son contados los jueces que se trasladan a los lugares de internación a fin de tener contacto personal con el internado. La mayoría lo hace una o dos veces al año, para cumplir con el requisito establecido en el art. 630 del Cód. Procesal, y que es objeto de control por el superior en oportunidad de la elevación en consulta de las actuaciones. El estímulo de trabajo para unos, u otros motivos, para otros, hacen imposible la visita que, generalmente es delegada en los secretarios, o en los encargados de insancias de las secretarías del juzgado. Siempre que contemos con personal leal, y responsable, el sistema funciona, nunca como si quien realiza las visitas es el propio juez. Esto tal vez tenga que ver con la formación del juez civil, que tuvo, seguramente, que ver más con la de custodia de una correcta aplicación del principio dispositivo en las causas en trámite ante su juzgado, que con la de juez entrenador, en el concepto que Morello le da al término. Este autor habla de la necesidad de llevar adelante una "reconversión del Poder Judicial", que permita dejar atrás el modelo de la justicia liberal en que el procedimiento es rigurosamente formalista y reglamentarista, y en él se procura una estricta aplicación del principio dispositivo, donde el juez es un tercero neutral y pacífico, con lo que, adicionando a esto el sistema de pruebas legales, tenemos casi inevitablemente ante nosotros dos verdades, una judicial o formal y otra existencial o material. Un juez que trate asuntos de familia no puede permitirse esto porque implicaría incurrir en el riesgo de ser injusto en uno de los puntos donde la estructura social es más delicada y sensible. Es necesario articular una metamorfosis de la figura del juez. Deberá éste, ser un juez de acompañamiento, entrenador, pacificador y protector, que dé preferencia a las técnicas informales de resolución de conflictos, para obtener una solución negociada, inspirada en la persuasión, en concurrencia con una actitud terapéutica. En la era posindustrial el derecho, de árbitro de los conflictos sociales, pasa a ser nuevamente

agente de transformación de la sociedad. "La nueva misión del magistrado es pues la de un activismo inédito en este poder. El juez no se circunscribe a la definición o adjudicación de derechos subjetivos determinados conforme a las leyes; él es responsable de la conservación y de la promoción de los intereses finalísticos según objetivos socioeconómicos, regulados por los correspondientes regímenes de normas técnicas"<sup>27</sup>.

Por otra parte, el magistrado habrá de tener un profundo conocimiento de todo lo que constituya la materia con la que trabaja cotidianamente, más allá de lo estrictamente procesal, y aun más allá de lo establecido por las normas distributivas de bienes en la sociedad. Es en este punto que resulta de importancia lo desarrollado en este trabajo. Me consta que, como por ejemplo el doctor Cárdenas, muchos jueces tienen, al igual que asesores de menores como el doctor Atilio Álvarez, formación en temas de antropología y psicología. Pero estos magistrados constituyen una excepción. No digo con esto que los demás no atiendan sus deberes, lo que quiero señalar es que están dando una respuesta organizacional al problema, la misma respuesta que se mantiene desde antes de la reformulación de la actitud del juez frente al conflicto, que hoy experimentan estos magistrados.

Son muchos los jueces y funcionarios que han trabajado seria y arduamente en el problema de los dementes e internados, y puede decirse que el funcionario medio evidencia un marcado interés humanitario por la situación de los causantes en los expedientes a su cargo; pero se ven limitados por los medios y el cúmulo de trabajo. No es posible seguir adecuadamente los temas de familia en los actuales juzgados civiles de la Capital Federal. Cada día se hace más necesaria la creación de los tribunales de familia, y que éstos cuenten con los medios y personal auxiliar del juez, que sean necesarios. El magistrado necesita de un grupo de asistentes sociales que puedan ser comisionadas a fin de realizar un pronto estudio de la situación de una familia, y de psicólogos que lo asesoren para la elaboración de una mejor estrategia para el tratamiento de un conflicto, ejerciendo así un rol estructurador de la familia y de la persona del indivi-

<sup>27</sup> Morello, Augusto M., *Un nuevo modelo de justicia*, L.L. año I, n.º 109, 54896.

duo, quebrando la anomía en la que unos y otro se puedan encontrar.

El Poder Judicial, en lo que a la justicia civil respecta, tiene que acercarse a los ciudadanos, procurando una cabal y amplia comprensión de sus conflictos. Buscando una solución de los conflictos que, por la naturaleza de la problemática familiar, conviene sea conciliatoria.

Volviendo al planteo original: en esa labor que reseñé, la Cámara Civil estableció, por acordada 753/83, que "la realidad hospitalaria no asegura a los enfermos internados las condiciones mínimas de atención, cuidado y habitabilidad", siguiendo esta evolución hasta la realización del Primer Congreso Nacional de Protección al Enfermo Mental, al que ya hiciera referencia.

En el esquema de análisis de la situación del enfermo mental, resulta esencial la entrevista con el grupo familiar, algo que prácticamente no se realiza en nuestros juzgados, y es importante que sea el juez quien la presida, posibilitando así una reestructuración de la situación, por aparecer un elemento que quebra la anomía familiar del grupo. El juez, si está bien asesorado, puede practicar en este caso, por ejemplo, intervenciones paradójicas, estudiando las reacciones del grupo y formándose así un completo cuadro de situación.

El tribunal y el abogado deben actuar como agentes de salud mental revirtiendo situaciones de injusticia, y generando normas allí donde su ausencia produce un conflicto del grupo primario. Juez y abogado, por su formación, son -socialmente- agentes naturales de salud mental, y participan del proceso de institucionalización del estigma al que hiciera referencia.

Por otra parte hay un problema que se evidencia en muchos juzgados, que es el del estricto seguimiento del criterio médico a los fines de la determinación del estado de salud mental del sujeto causante de las actuaciones. Al respecto cabe señalar que el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 9 casi no utiliza a los médicos forenses, a los efectos de la determinación del estado de salud mental del denunciado, sino que realiza un seguimiento constante del paciente, mediante su médico tratante. Esto obedece a que es éste quien tiene permanente contacto con el sujeto, mientras que el Cuerpo Médico Forense toma contacto con él en oportunidad de visitarlo para la revisión ordenada por el juzgado. Es así que resulta facti-

ble que no encuentre al causante en una situación ideal, éste puede estar bajo los efectos de medicación, nervioso por alguna circunstancia reciente y personal, o malhumorado por falta de sueño, factores todos que pueden decidir su suerte futura en cuanto a su capacidad civil y libertad individual. Se ha sostenido al respecto que "el examen médico previsto como recaudo esencial para la declaración de incapacidad de una persona por el art. 142 del Cód. Civil, vincula al juez cuando los expertos se pronuncian -por unanimidad- por la salud mental de aquélla"<sup>22</sup>.

Debe señalarse que "para el juez es tan importante la pericia médica como el relato que puedan hacerle los parientes, amigos y vecinos del presunto incapaz sobre el desenvolvimiento real de su vida pasada y sobre la calidad del entorno que lo rodea"<sup>23</sup>. Corresponde analizar entonces dos aspectos, uno biológico y otro teleológico; ante cada caso, uno dará los presupuestos físicos de la declaración de incapacidad, el otro nos indicará la utilidad social, para el sujeto y su grupo, de dicha declaración de incapacidad.

Mientras dure la internación del qusante, deben evaluarse todas las posibilidades que puedan contribuir a mejorar su situación. Así, sabemos que existen en los neuropsiquiátricos más grandes equipos de deportes, y grupos que como "Cooperanza", de Alfredo Moffat, buscan formas alternativas de canalización de la actividad de los internos. El juez debe ser sensible y permeable a toda readaptación del sujeto, a todo cambio que pueda vincularlo con la sociedad, con el mundo de extramuros. En declaraciones al diario Clarín -revista-, Moffat dijo que la idea que lo llevó a crear Cooperanza era la de "crear un espacio alternativo de solidaridad en el manicomio, darles a los enfermos un tiempo de trabajo compartido que, poco a poco, los fuera haciendo sentir menos solos, más integrados a un grupo humano"<sup>24</sup>.

A partir de la ley de internación (22.914), se ha generado un nuevo espacio de vigilancia y control del respeto de las libertades individuales. El control jurisdiccional evita los abusos y puede decirse que desde su aplicación las violacio-

<sup>22</sup> Ponce, Carlos R. - Cárdenas, Eduardo - Canela, Omar, Valor probatorio de la pericia médica en el proceso de insania, ED. 197-209 a 1946; y en igual sentido Belluscio, Augusto C., en nota, en LL, 152-4, con su completo análisis de doctrina.

<sup>23</sup> Cárdenas - Grimson - Alvarez, op. cit., p. 13.

<sup>24</sup> Clarín Revista, Bs. As., 1984, n° 14.624, p. 4.

nes registradas han sido mínimas. Si bien la ley es perfectible en algunos aspectos, resulta un gran instrumento legal.

Todo esto llevará, tarde o temprano, a que se pueda considerar medianamente satisfecho el imperativo planteado por el doctor Wilbur Ricardo Grimson en oportunidad de editorializar en la columna de opinión del diario Clarín: "La sociedad debe garantizar a la totalidad de sus miembros el derecho a estar loco, que incluirá la posibilidad de recibir atención diferente de la internación en diversos establecimientos o centros de salud, centros de salud mental, hospitales generales, además de los centros tradicionales de asistencia psiquiátrica".

Cabe señalar otro aspecto peculiar de la internación psiquiátrica (no es el objeto del presente el realizar un análisis de la ley como tal), y es que cuando un médico de guardia de emergencias psiquiátricas recibe un paciente, actúa como juez al decidir si lo ingresa o no, y bajo qué condiciones. Es sabido que ante casos idénticos, estos profesionales pueden reaccionar de maneras disímiles. La ley de internación no parece totalmente asimilada por estos profesionales, que consideran viable la internación policial, sin que se encuentre abonada por la correspondiente autorización judicial (recordemos que existe al respecto un sistema de turnos).

El proceso de insania ha reformulado la actividad de los juzgados civiles. Existen ahora empleados que, a la usanza de los juzgados de instrucción en materia penal, "llevan causas" en forma personalizada.

Es necesario vigilar estrictamente la internación psiquiátrica, ya que "dos elementos agravan la privación de libertad en un manicomio respecto de la detención en un establecimiento carcelario: la convivencia obligada con dementes, sin clasificación ni resguardo alguno; y el suministro a veces indiscriminado de medicación psiquiátrica que altera profundamente las respuestas personales del ser humano. La aberración de que ello ocurra sin control judicial, más allá de la privación de libertad ambulatoria, debe movernos a reflexión. El problema de los insanos no parece angustiar a las autoridades"<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Conf. JuzgCivil n° 19 Cap., 27/3/81, "R. A. Insania", ED. 94-148, citado por Cárdenas - Grimson - Álvarez, op. cit., p. 113, así como Guirardi, Juan C., La inhabilitación judicial, Bs. As., Astrea, 1986.

## 5 BREVES CONCLUSIONES

El tratamiento de temas como el que nos ha ocupado en este trabajo, así como la problemática familiar toda, requieren la inmediata e inexcusable creación de órganos jurisdiccionales altamente especializados, donde operen jueces pacificadores y acompañantes, conforme lo señalado por Morello. Se requiere que los órganos jurisdiccionales a crear tengan estructura de tribunal, para facilitar el seguimiento de las causas, y una mejor realización del principio de inmediación. Se requiere, asimismo, que los jueces civiles pongan su poder jurisdiccional al servicio de una más profunda defensa de los derechos e intereses de los causantes. Deberán así reclamar de los otros poderes del Estado, la toma de las medidas que resulten pertinentes a tal fin. Los tribunales deberán contar, asimismo, con los medios materiales y con los recursos humanos que un fiel desempeño de su misión requiere. Deberá proveérseles de especialistas médicos, asistentes sociales y psicólogos, de medios de movilidad, y de la tecnología informática necesaria para llevar adelante su cometido.

Se requerirá, asimismo, de los magistrados, un espíritu amplio dispuesto a exceder el marco del derecho para estudiar y buscar soluciones en otras áreas del conocimiento, con el asesoramiento adecuado, sin que esto implique caer en reduccionismos.

Existen numerosos proyectos de creación de tribunales de familia en potencia (De la Rúa; Furque; PEN; Rivas; Auyero, etc.) pero ninguno parece estar pronto a pasar a la categoría de acto, en la forma de una ley efectiva.

Razones vinculadas con el control social, de forma estrecha, hacen imperioso dar esta respuesta. Forzosamente los jueces civiles actuales deben, aun contra su voluntad, dar un tratamiento casi superficial a un sinnúmero de casos que llegan a sus estrados, y que requieren una profunda investigación y evaluación.

En pocas cuestiones como en éstas —las de los dementes— están en juego tantos factores que hagan a la dignidad del hombre y de la sociedad en la que vive y se desarrolla. Es necesario asegurar a los ciudadanos el "derecho a estar loco" del que habla el doctor Grimson. Es necesario que toda persona sepa que, en caso de perder su salud mental, obtendrá la tutela de los órganos jurisdiccionales y adminis-

trativos, como expresión de la sociedad políticamente organizada.

Iniciativas como las de la Casa de Medio Camino (institución creada a partir del esfuerzo de algunos magistrados civiles y especialistas del Hospital Moyano, y que resulta una alternativa contra el hospitalismo, por facilitar la reinserción social de algunas internas de establecimientos psiquiátricos) demuestran que el Poder Judicial está abandonando su rol de imparcial árbitro de las controversias entre particulares, o entre éstos y el Estado, para —sin perder esta cualidad esencial— constituirse en un medio para la realización de los fines de la sociedad.

.. Es necesario facilitar a los jueces su tarea. Es necesario poder contar con jueces altamente especializados, con verdaderos profesionales de la magistratura, que posean la formación necesaria para facilitar respuestas que vayan más allá de lo estrictamente jurídico. Estos jueces deberán ser técnicos profundamente humanos, dispuestos a ejercer la magistratura en el sentido amplio del término.

Un juez que se ocupe del tema de los dementes deberá manejar, además del Código Procesal, un amplio dispositivo de conocimientos, que en mucho habrán de superar los conceptos a los que se ha hecho referencia en este trabajo; proceder de otra forma sería desconocer la realidad de los justiciables que a su arbitrio se someten. Sería mantener el esquema de disociación de verdades —formal y material— a las que hiciera referencia.

El Poder Judicial todo debe entrenar y promover a su personal con este espíritu, para alcanzar la excelencia que esta área requiere. Aunque pueda sonar grandilocuente, de la respuesta que demos a estos planteos, de la reacción frente a esta problemática, depende nuestro futuro como sociedad.

## PROLOGO

por EUGENIO R. ZAFFARON

La presente monografía nos ofrece un cuadro de situación que puede llamarse "triste", en el sentido de mostrar la evidencia de una realidad en que la opinión pública no repara ni reflexiona. La invención de la realidad de los medios masivos prefiere detenerse en algunos homicidios dolosos, reclamar una represión irracional contra delitos que afectan la propiedad, buscar chivos expiatorios de las contradicciones sociales que genera la grave situación económica regional en los jóvenes andinos de los sectores más carenciados, y, en definitiva —aquí como en cualquier país—, pretender que el sistema penal resuelva lo que la estructura de poder no puede o no quiere resolver, en forma que recorte y hasta aniquile los espacios de libertad necesarios para el pluralismo valorativo propio de la convivencia democrática.

En esta perspectiva no parece "triste" el penoso espectáculo de algunos medios masivos de comunicación social cuando publicitan las acciones policiales más violentas y explotan el dolor de las víctimas más humildes. Sin embargo, cuando se les hace reparar en realidades que, como las que presenta este trabajo, muestran la cara de la muerte que nos acecha cotidianamente y la inutilidad del sistema penal para contener y reducir el fenómeno, suele imputarse "pesimismo", "actitud depresiva" y otras calificativas análogas. La invención de la realidad a través del formidable aparato de propaganda del sistema penal y la introyección de las pautas consumistas, provocan una indignación que reclama venganzas más allá de la medida tradicional contra el robo del "aterreo" del automotor, y una total anestesia moral frente al homicidio en el tránsito, aunque este último se convierta en una de las primeras causas de muerte en el país.

Esta contradicción de una tecnología de la comunicación que nos destruye cada día más nuestros vínculos comunitarios es la que pone de manifiesto el presente trabajo, en el que Sergio Rocamora se revela como un investigador inteligente e indistigable que, como otros, tendrán a su cargo la pesada tarea de desmontar, piedra por piedra, el muro que nos oculta la realidad operativa de un sistema penal, que sirve para ejercer un poder, cuya deslegitimación (o irracionalidad) es innegable, en la medida en que resulta obvio —con datos como los que aquí se ofrecen— que su resultado diría mucho de ser el que con ingenuidad casi increíble, sigue repitiendo el discurso jurídico tradicional.



## DELITOS DE TRÁNSITO \*

SERGIO R. ROCAMORA \*\*

A Eugenio Raúl Zaffaroni,  
amigo y maestro.

### 1. MARCO DE REFERENCIA

Esta elaboración\*\*\* es fruto parcial de una investigación realizada por quien suscribe bajo la dirección del doctor Eugenio R. Zaffaroni. Comenzada en marzo de 1987, es realizada por la Universidad de Buenos Aires, en el ámbito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Instituto de Investigaciones en Ciencias Jurídicas y Sociales "A. Gioja") y enmarcada dentro de la programación de Ciencia y Tecnología de la UBA.

Tiene tres grandes partes: a) la problemática de los delitos de tránsito, limitándonos exclusivamente al análisis del sujeto de la relación vial: la persona. Ésta como víctima y como victimario; b) la situación de la legislación vial, y c)

\* Agradezco muy especialmente a los doctores Oliveira, Morales y Kunz, sus ideas, orientación y constante aliento y a Juan Carlos Juárez por su significativo aporte. A María Delicia Ruggeri por su invaluable y gran apoyo, crítica constructiva y trabajo desinteresado. Sin ella no hubiera sido posible.

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

\*\*\* Este trabajo representa una síntesis de mi investigación. Marca la clausura de una primera etapa en el estudio sobre este tema tan vasto y poco profundizado. Es oportuno señalar que esta elaboración es una ponencia presentada y expuesta en el Seminario Vial Panamericano 88 sobre Seguridad Vial, Comisión de Aspectos Legales realizado en el marco de los Congresos Panamericanos de Carreteras de la Organización de Estados Americanos (OEA), realizado en Buenos Aires del 31 de octubre al 4 de noviembre de 1988.

cómo se regulan penalmente estos delitos y en realidad cómo funciona el sistema penal.

Nuestras ideas principales son: 1) plantear la problemática de los delitos de tránsito, sostener y demostrar su importancia, fundamentalmente desde el punto de vista del desprecio social y jurídico por la vida y la salud humanas; 2) comprobar que legislativamente no se ha hecho nada y que el sistema vigente es caduco y materialmente inexistente; 3) demostrar que no existe responsabilidad penal -real- en los delitos de tránsito y verificar cómo se "mueve" el sistema penal para hacer caso omiso de la pobre regulación penal; son delitos impunes; y 4) plantear el problema dogmático de las sanciones penales que legisla, aplica y juzga la propia administración; dejando de lado preceptos y garantías constitucionales y procesales.

Es oportuno aclarar que el trabajo está investigado y pensado con especial referencia a la ciudad de Buenos Aires y el conurbano bonaerense, dentro del contexto de la realidad argentina.

## 2. PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS DE TRÁNSITO

### a) *Noción*

Sabemos que un delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Cuando en ocasión o con motivo del tránsito o la circulación vial se produce la realización de una o más conductas descriptas por algunos de los tipos penales, estamos frente a un delito de tránsito. Así cuando se produce un homicidio, una lesión o un daño (que suelen ser los delitos más frecuentes) no nos encontramos ante un mero accidente de tránsito, sino que el resultado producido (p.ej., la muerte de una persona) no es un mero infortunio, sino que es producto de la realización voluntaria de una o más personas, de una acción final, de una conducta. Claro está que la constatación, la comprobación de que la conducta típica realizada, por ejemplo, por un automovilista es o no delictiva, es posterior al hecho. Mientras se haya producido un resultado y que éste lesione un bien jurídico protegido por el derecho penal, estamos ante un delito (salvando, por supuesto, el principio de inocencia del victimario hasta que se demuestre la reprochabilidad de su acción final).

Lo arriba expresado no obsta a que se compruebe que el resultado no fue producto de un delito, sea porque haya ha-

bido ausencia de conducta (fuerza física irresistible o involuntabilidad), haya concurrido alguna causa de atipicidad (p. ej., no se violó el deber de cuidado, al respetarse el reglamento de tránsito), de justificación (estado de necesidad justificante) o inculpabilidad (casos de inimputabilidad o reducción del ámbito de autodeterminación).

Por lo expresado, descartamos el término "accidente" de tránsito cuando ante la realización de un hecho vial (p. ej., colisión, embestimiento, etc.) se afectan bienes jurídicos. En especial nos interesa resaltar el término delito de tránsito, cuando nos referimos a la o las conductas que traen como resultado la producción de víctimas de homicidios o lesiones. Reservamos el término "accidente" cuando de la realización de un hecho sólo se ocasionan daños materiales.

Consideramos sumamente relevante hacer esta distinción de tipo semántico-terminológico debido a que hace al punto central de la impunidad penal que se ha ido gestando en nuestro sistema judicial, respecto de los victimarios de lesiones u homicidios. Volveremos más adelante sobre este punto.

b) Algunos datos

Cuadro comparativo de estadísticas oficiales N° 1 Lesiones y homicidios - Delitos de tránsito 1980 - Capital Federal			
Según	Lesiones	Homicidios	Total víctimas
Policía Federal	4129	379	4508
MCBA hospitales municipales. Secretaría de Salud Pública	7280	73	7353
Registro Nacional de Reincidencia Criminal	1848	197	2045
Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas <sup>1</sup>	No consigna	413	No consigna

<sup>1</sup> Se incluyen accidentes ocurridos en zonas cercanas a la Capital Federal y atendidos en hospitales de la jurisdicción federal.

Cuadro comparativo N° 2	
Según	Hechos
MCBA Secretaría de Salud Pública	5841
Policía Federal	3657
Fuente: Dirección de Estadísticas y Censos de la MCBA, en base a datos de la Secretaría de Salud Pública y Policía Federal. (Cuadro estadístico de elaboración propia.)	

En la Argentina -datos de 1978- se producen anualmente 5800 delitos de tránsito fatales, 77.000 delitos de tránsito con lesiones graves, 234.600 delitos de tránsito con lesiones leves y unos 2.124.600 accidentes de tránsito<sup>1</sup>.

En la ciudad de Buenos Aires los datos son dispares. Si se observa el cuadro estadístico n° 2, tenemos que la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (Secretaría de Salud Pública) certifica 5841 hechos, mientras que la Policía Federal determina 3657 hechos. Estas cifras al año 1983. Los datos que brinda la Municipalidad, son sobre víctimas registradas en hospitales municipales. Si tomamos esta cifra y le sumamos estimativamente datos de víctimas atendidas en hospitales no municipales, tenemos:

1983: 7593 hechos  
 1984: 7844 hechos  
 1985: 7489 hechos  
 1986: 7287 hechos  
 1987: 7200 hechos (estimativamente)

Estos datos no contemplan accidentes de tránsito, ni las víctimas de delitos de tránsito que no ingresaron a hospitales de jurisdicción de la Capital Federal.

El promedio diario -según datos oficiales- es de 15 hechos, pero de acuerdo con datos obtenidos en nuestra investigación podemos decir que es mayor de 20 delitos de tránsito diarios.

<sup>1</sup> Datos de acuerdo con tablas estadísticas internacionales del año 1978. Citadas en la "Exposición de motivos" (Fundamentos del mensaje acompañando el proyecto de ley) de la ley 22.934 (B.O., 10/10/83), derogada por la ley 23.181/85.

Promedio diario de hechos			
Año	Datos oficiales		Datos obtenidos en la investigación C
	A	B	
1982	16	16	20
1984	16	17	23
1985	16	16	20
1986	15	16	20
1987	15 <sup>1</sup>	15	19

<sup>1</sup> Aproximadamente

A. Incluye lesiones y homicidios registrados en hospitales municipales, publicados en "Boletín de Estadísticas de la MCBA".

B. Incluye lesiones registradas en hospitales municipales, homicidios registrados en hospitales municipales, no municipales y vía pública.

C. En base a datos oficiales. Incluye lesiones registradas en hospitales municipales y no municipales (estimación) y en vía pública atendidas en hospitales. Homicidios en hospitales municipales y no municipales (estimación). Consigna promedio considerado mínimo por esta investigación.

Fuente: Datos oficiales: Dirección de Estadísticas y Censos de la MCBA, en base a datos del Departamento de Estadísticas de la Dirección de Planificación (Secretaría de Salud Pública) MCBA. (Elaboración propia.)

#### c) Hechos según su forma de producción.

Podemos precisar que la colisión entre un vehículo de motor y un peatón, es la forma de producción más frecuente con el 35 %. La colisión entre vehículos automotores es del 30 %. La de un vehículo de motor y un objeto o animal, es del 3 %. Producidos por el vehículo automotor sin colisión: 13 %. Producido al subir o descender de un automotor: 3 %. No especificado: 15,5 %. Otros: 1,5 %.

#### d) Sujetos

En este punto analizaremos a la persona, no solamente como el sujeto de la relación vial, sino fundamentalmente como centro y base de toda la problemática de los delitos de tránsito. Esta es la idea más importante que inspira nuestra investigación: la persona como centro de la sociedad y de la ciencia. En este caso en particular, el máximo bien jurídico que existe: la vida y la salud humana.

1) **Victimario.** "El defectuoso comportamiento humano es la causa fundamental" de las muertes y lesiones en el tránsito (Buhltz).

Cuando hacemos referencia al victimario, comúnmente designamos al conductor, sea éste particular o profesional. Si bien el conductor suele ser víctima (p. ej., de lesiones por ser colisionado por otro vehículo) lo ordinario es que sea victimario. No obstante esto, podemos decir que los conductores son víctimas en un 26 % de los casos. Normalmente de lesiones leves, a veces graves e infrecuentemente de homicidios.

El victimario es quien controla y tiene el dominio sobre la máquina (*le maître de la vitesse* o la padronanza della velocità de la que hablan la jurisprudencia francesa e italiana, respectivamente) y que ante una situación ocurrida durante o en ocasión de la circulación vial —surgida por causas extrañas o propias a su conducta— no puede mantener esa relación de dominio, de control del vehículo. Pero también puede ocurrir que ante esa situación o eventualidad —en que ha sido puesto o se ha puesto— se representa un posible resultado típico y ante la posibilidad de hacer algo para evitarlo, no lo hace, incluyendo ese posible resultado en su voluntad realizadora final. Esto es lo que conocemos como "dolo eventual". El mismo es un punto fronterizo entre el dolo y la culpa. Podemos decir que existe dolo eventual "cuando el sujeto se representa la posibilidad del resultado concomitante y la incluye como tal en su voluntad realizadora"<sup>1</sup>.

Hacemos referencia a este aspecto dogmático debido a que —como más adelante veremos— nuestro sistema penal (y en particular la agencia judicial) no acepta la producción de un delito de tránsito de tipo doloso. Valga este avance sobre un aspecto de gran importancia dogmática sumamente descuidado.

Con respecto al deber de cuidado de todo conductor de un vehículo de motor, consideramos que él debe ser suma-

<sup>1</sup> Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed. Bs. As., Ediar, 1986, p. 420. Respecto de este punto intensamente debatido por la doctrina nacional y extranjera ver también: Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal español*, 1ª ed., Barcelona, Ariel, 1984, p. 211. Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, traducido de la 11ª edición alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 2ª ed. en castellano, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 100. Jeschek, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts (Tratado de derecho penal. Parte general)*. Traducido de la 3ª edición alemana por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, 1ª ed. en español, Barcelona, Bosch, 1979, p. 404.

mente exigente debido a que lo que se está controlando es una máquina que en relación a las personas, genera un serio riesgo potencial respecto de la salud y la vida de éstas.

Es interesante recordar sobre este tema la llamada "teoría del riesgo permitido", de la cual Malamud Goti expresa lo siguiente: "existe en una sociedad cualquiera un sinnúmero de acciones riesgosas pero de las que de una manera u otra esa comunidad no puede prescindir. Resulta obvio que no puede evitarse que exista hoy en día tránsito motorizado... y cuantas otras tareas imaginables que en mayor o menor medida signifiquen riesgos, factibilidad de resultados a menudo tipificados por la ley penal... Acciones como las ejemplificadas responden a un devenir histórico-cultural y a exigencias generales, se extrae que las mismas no pueden estar efectivamente prohibidas, cualesquiera sean sus consecuencias, previsibles o no... de esta clase de riesgos participan todos los miembros de la comunidad de alguna manera, ya que no sólo es el automovilista el que compromete la integridad corporal de los transeúntes; también la conducta de estos últimos cobra relevancia cuando es condicionante del tránsito en general"<sup>2</sup>.

Consideramos que el tránsito automotor, como tantas otras actividades en la sociedad moderna, genera riesgos que es necesario asumir como el "precio" que una sociedad paga para obtener un mayor nivel de vida para sus miembros, a partir del adelanto tecnológico; nos parece que ese riesgo generado debe ser mantenido en los niveles más bajos posibles o tomar las medidas necesarias para que no afecte el fin mismo, el objetivo para el cual es soportado socialmente: un mayor bienestar para cada una de las personas que componen esa sociedad.

La teoría expuesta en estos términos tan amplios es sumamente peligrosa, porque deja abierta una puerta para disminuir la responsabilidad penal de los autores de delitos de tránsito. Sumemos a esto el funcionamiento aberrante del sistema penal que —como ya hicimos referencia— sienta una práctica de impunidad penal y veremos entonces las graves

<sup>2</sup> Malamud Goti, Jaime E., *La estructura penal de la culpa*, 1ª ed., Bs. As., Cooperadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), 1978, p. 45, 46, 48. También sustentan esta posición: Jescheck. Un interesante artículo que comparte esta posición es el tema vial en Molinas, Fernando, *El deber de cuidado del automovilista y del peatón; el problema del riesgo*, en "Doctrina Penal", año 9, n° 38, 1986, Bs. As., Depalma, p. 623-647.

consecuencias que podemos tener: impunidad del victimario y desprotección de la víctima.

No aceptamos que se amplíe tan arbitrariamente el campo de irresponsabilidad hasta abarcar las consecuencias previsibles. Como bien dice Malamud Goti (y con él buena parte de la doctrina nacional y extranjera), "no hay conducta permitida si, siendo riesgosa, su ejecutor no ha puesto una dosis de cuidado que el derecho le exige. Se dice, entonces, que todo aquel que coloca en situación de peligro a bienes jurídicos penalmente tutelados debe emplear la atención necesaria para que la forma de ejecutar la acción mantenga el peligro reducido a una expresión mínima". Entendemos entonces que las consecuencias van a estar seriamente limitadas por el necesario deber de cuidado (cuya exigencia variará de acuerdo con las circunstancias y tipo de sujeto vial) íntimamente unido al principio de confianza que se presume existe en una actividad riesgosa como es el tránsito.

Ordinariamente el autor de delitos de tránsito es conductor de algún tipo de vehículo de motor -salvo casos excepcionales-. Por esto el peatón o el pasajero o acompañantes serán víctimas y no victimarios. Esto no quiere decir que la víctima no pueda contribuir o ayudar a que se produzca el resultado típico.

2) Conductor. Según datos del censo nacional de 1980 hay en la Argentina 5.939.590 conductores. De este total solamente el 17,6 % recibió algún tipo de instrucción vial<sup>4</sup>. Se carece de datos oficiales sobre cantidad de conductores en Capital Federal. Pero a partir de nuestra investigación podemos determinar que existen 1.037.802 conductores de todo tipo de vehículos, aproximadamente.

Por una investigación realizada por la doctora Hilde Riera de la Comisión Nacional de Tránsito y Seguridad Vial se pudo establecer que sobre 1000 inhabilitados judiciales, el 30 % no tenía las condiciones necesarias para conducir. De ese 30 % (300 personas), el 50 % (o sea 150 personas) estaban afectadas de trastornos neuropsíquicos.

Esta situación se produce por ausencia de un exhaustivo examen médico tanto en el momento de obtener la licencia como al renovarla. El examen que actualmente se realiza

<sup>4</sup> Datos de la Comisión Nacional de Tránsito y Seguridad Vial. Informe especial publicado en diario Clarín, 17/1/88, p. 24-25.

-prácticamente en todo el país- es exclusivamente sensorial (especialmente para los particulares).

No se comprueba el estado de salud física y mucho menos mental del conductor. En algunas legislaciones locales la licencia tiene una vigencia de 10 años, lo cual hace imposible un lógico y regular control sobre las condiciones que se requieren del individuo para realizar una actividad particularmente riesgosa.

Según datos de la Secretaría de Transporte, 5 de cada 30 postulantes presentan signos de "agresividad, oposicionismo o dificultad para adaptarse a las reglas impuestas". Esto implica que prácticamente el 17 % de los conductores no deberían estar habilitados para conducir. Estos exámenes psíquicos y neurológicos son realizados a quienes solicitan ser habilitados como conductores profesionales, pero no a los particulares.

Así, otras observaciones realizadas por el Departamento de Evaluación Psicofísica del Conductor dependiente de la Secretaría de Transporte, señalan que muchos conductores "presentan un nivel intelectual bajo, incorrecto control de los impulsos y cierta descompensación emocional"<sup>3</sup>.

Estos datos nos interesa destacarlos debido a que si tuviéramos una legislación vial moderna y uniforme a nivel nacional y sus exigencias legales fueran cumplidas con adecuados mecanismos de control administrativo, bajaríamos los niveles delictivos en el tránsito que ocasionan tantos muertos y heridos. Esto apunta a demostrar que si elaboráramos una correcta legislación civil y administrativa, sin necesidad de acudir a la pena de arresto indiscriminada (y como veremos al ejercicio de la sanción penal que nada solucionara) podríamos hacer importantes avances en cuanto a la protección de las personas en el ámbito de la circulación vial.

3) Víctima. Las víctimas de delitos de tránsito en la ciudad de Buenos Aires son hombres en un 57 % y mujeres en un 41 % (2 % sin especificar)<sup>4</sup>.

Esta estadística que ofrecemos contrasta con los datos que brinda el Ministerio de Salud Pública de la Nación, res-

<sup>3</sup> Datos aportados por la licenciada Marcela Solórzano y el doctor Roberto Busquets de la Secretaría de Transportes de la Nación.

<sup>4</sup> Según datos de la Dirección de Estadísticas y Censos de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

pecto de los cuales los hombres son víctimas en más de un 70 al 75 %. Siendo marcadamente importante observar la diferencia en la edad de los 20 a 25 años, donde por cada mujer mueren cuatro hombres. Todos estos datos son siempre aproximados y tomando en cuenta la deficiencia que poseen siempre las estadísticas oficiales.

A nivel nacional los datos de muertes son diversos: el Ministerio de Salud Pública de la Nación registra más de 3800 muertes anuales; la Comisión Nacional de Tránsito y Seguridad Vial (según datos aportados por la doctora Hilde Riera) considera que la cifra asciende a 5000 (debido a que estima a las estadísticas oficiales mal realizadas) y la derogada ley 22.934 (29/9/83) apreciaba en los fundamentos del mensaje que acompañaba el proyecto que se producían 6000 muertes anuales.

En Capital Federal ocurre algo similar (véase el cuadro estadístico n° 1). La Policía Federal (que es dentro del sistema la autoridad encargada de registrar los datos de los hechos, de la víctima y del o los victimarios) consigna un total de 4408 víctimas, que comprende: 4129 lesionados y 279 muertos. La Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires -Secretaría de Salud Pública- determina 7353 víctimas que comprenden: 7280 lesionados y 73 muertos. El Registro Nacional de Reincidencia Criminal, 2045 víctimas que comprenden: 1848 lesionados y 197 muertos. Por último el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas no consigna número de total de víctimas y tampoco de lesiones, pero sí datos sobre homicidios en número de 412. Los datos de la Municipalidad de Buenos Aires son exclusivamente de hospitales municipales. Los datos del Registro Civil están realizados basándose en las partidas de defunción y en el dato que aporta se incluyen homicidios producidos en zonas cercanas a Buenos Aires y atendidos en hospitales de la jurisdicción federal<sup>1</sup>.

Como se podrá apreciar, no sabemos cuántas personas con exactitud se mueren o lesionan. Las personas, centro y eje del sistema penal y del sistema vial, se mueren o se deteriora su salud y no sabemos cuántas, dónde, cómo, por qué. No se toman medidas por negligencia pero también a la vez si se tomaran no serían efectivas porque se operaría sobre una realidad desconocida.

<sup>1</sup> Todos datos del año 1983.

A lo largo de este trabajo iremos comprobando que detrás, como telón de fondo, de la problemática vial surge claramente un criterio. Éste es que existe una intravaloración y desprecio por la vida y la salud de las personas, del otro y de cada uno de nosotros mismos.

Si queremos tener una idea aproximada de cuánta gente se muere en Buenos Aires tomemos el dato de la Municipalidad y sumémosle las defunciones registradas en hospitales no municipales. Entonces tenemos, entre muertos y lesionados:

1983: 2878 víctimas, aproximadamente  
 1984: 2918 víctimas  
 1985: 3448 víctimas  
 1986: 3253 víctimas  
 1987: 3100 víctimas

Estos datos no registran lesiones leves producidas en la vía pública y no declarados o registrados en hospitales de la Capital Federal<sup>2</sup>.

Promedio diario de víctimas			
Año	Datos oficiales		Datos obtenidos en la investigación C
	A	B	
1983	20	22	27
1984	20	21	27
1985	19	20	28
1986	19	20	28
1987	19 <sup>1</sup>	20 <sup>1</sup>	25

<sup>1</sup> Aproximadamente.

A: Incluye lesiones y homicidios registrados en hospitales municipales, publicadas en "Boletín de Estadísticas de la MCBA".

B: Incluye lesiones registradas en hospitales municipales, homicidios registrados en hospitales municipales, no municipales y vía pública.

C: En base a datos oficiales. Incluye lesiones registradas en hospitales municipales y no municipales (estimación) y en vía pública atendidas en hospitales. Homicidios en hospitales municipales y no municipales (estimación). Consigna promedio considerado mínimo por esta investigación.

Fuente: Datos oficiales: Dirección de Estadísticas y Censos de la MCBA, en base a datos del Departamento de Estadísticas de la Dirección de Planificación (Secretaría de Salud Pública) MCBA. (Cuadro estadístico de elaboración propia.)

<sup>2</sup> Datos aportados por la Dirección de Estadísticas y Censos de la Mu-

El promedio diario de víctimas es según datos oficiales de 20 personas, pero extraoficialmente según elaboraciones hechas a partir de nuestra investigación el número superaría las 25 víctimas diarias. En el cuadro vemos los diferentes promedios desde 1983 a 1987. Los datos de 1987 son estimativos.

No considero oportuno extenderme aquí sobre por qué las estadísticas oficiales son deficientes<sup>9</sup>, solamente indicar que la causa más importante es el mal relevamiento de los datos por la Policía Federal y su deficiente registro y seguimiento (en caso de lesión) de las víctimas por parte de la autoridad (Salud Pública).

a) *Ejadas.* En la Argentina los delitos de tránsito son la primera causa de muerte entre los 10 y los 50 años y la tercera causa luego de esa edad. Los homicidios resultantes de esta problemática golpean duramente en el período que corresponde a la adolescencia y la juventud, o sea entre los 15 y los 30 a 35 años de edad. Es particularmente llamativa la cantidad de muertes que se producen por esta causa entre los 20 y los 25 años.

En la ciudad de Buenos Aires<sup>10</sup> tenemos que del total de víctimas, la distribución por edades es la siguiente<sup>11</sup>:

Período de edad	Porcentaje representativo
0 a 14 años	11
15 a 29 años	20
30 a 44 años	19
45 a 59 años	15
60 a 74 años	12,5
75 y más años	4,5
Sin especificar	5

b) *Según formas de producción de los delitos de tránsito.* Según datos que brinda la Dirección de Estadística y Cen-

señal de la Ciudad de Buenos Aires, en base a datos del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

<sup>9</sup> Para ampliar este tema ver nuestros informes de investigación (feb.-mar. 1988) en el Instituto de Investigaciones en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>10</sup> *Ibidem*, nota n° 6.

<sup>11</sup> Para elaborar estas estadísticas tomamos los datos de hospitales municipales en los años 1983, 1984, 1985 y 1986.

zos de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (basados en datos de la Secretaría de Salud Pública), podemos establecer cuál es la forma de delito de tránsito que produce más víctimas<sup>12</sup>.

Forma de producción	Porcentaje de víctimas
Colisión entre vehículos de motor	34
Colisión de vehículo de motor y peatón	30
Colisión de vehículo de motor y un objeto o animal	2
Al subir o descender de un vehículo de motor	2
Por vehículo de motor (otros) pero sin colisión	12
De vehículo de motor pero de naturaleza no especificada	14
Otros	2

c) Lesiones. A continuación podemos ver la evolución de los datos que se tienen entre los años 1983 y 1987, incluyendo cifras de hospitales municipales y no municipales (estimaciones mínimas).

1983: 9494 lesionados  
 1984: 9435 lesionados  
 1985: 8977 lesionados  
 1986: 8202 lesionados  
 1987: 8873 lesionados (aproximadamente)

En todas estas estadísticas no se registran lesiones leves que no se asientan en hospitales de la Capital Federal.

El promedio diario es según datos oficiales de 30 lesionados, pero el determinado por nuestro trabajo de investigación asciende a 34 lesionados diariamente. El promedio mensual según datos oficiales es de 570 personas lesionadas (aproximadamente), para nosotros más de 740 lesionados. Consideramos que las cifras que damos son mínimas y no máximas. A continuación observamos esta situación (1983/1987).

<sup>12</sup> Los datos han sido tomados de los períodos 1983, 1984 y 1985, de acuerdo con las víctimas registradas en hospitales municipales.

Lesiones. Promedios diario y mensual ciudad de Buenos Aires				
Año	Datos oficiales		Datos de la investigación	
	Diario	Mensual	Diario	Mensual
1983	30	607	36	789
1984	30	606	36	788
1985	19	575	24,5	748
1986	19	571	24	742
1987 <sup>1</sup>	19	567	24	731

<sup>1</sup> Estimativo.

Fuente: Dirección de Estadísticas y Censos en base a datos de la Dirección de Planificación -Secretaría de Salud Pública- Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. (Elaboración propia.)

d) Homicidios. Si analizamos los siguientes datos, comprobamos cómo se encuentra la Argentina frente a países más desarrollados en el tratamiento de la problemática vial. Así tenemos que sobre muertos por millones de vehículos<sup>13</sup>:

Argentina:	1878 muertos
Estados Unidos:	1380 muertos
Alemania Occidental:	322 muertos
Gran Bretaña:	281 muertos
Suecia:	637 muertos
Francia:	332 muertos

En cuanto a muertos por millones de habitantes:<sup>14</sup>

Argentina:	127 muertos
Alemania Occidental:	105 muertos
Francia:	83 muertos
Gran Bretaña:	58 muertos
Estados Unidos:	46 muertos
Suecia:	38 muertos

El promedio diario oficial es de 1,3 y mensual de 40 muertos, aproximadamente.

<sup>13</sup> *Ibidem*, nota n° 1.

<sup>14</sup> *Ibidem*, anterior.

Homicidios. Promedio oficial diario y mensual ciudad de Buenos Aires		
Año	Diario	Mensual
1983	1,1	34
1984	1,3	40
1985	1,3	35
1986	1,3	38
1987 <sup>1</sup>	1,3	40

<sup>1</sup> Estimativo.

Fuente: Dirección de Estadísticas y Censos en base a datos de la Dirección de Planificación -Secretaría de Salud Pública- Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. (Elaboración propia.)

No hemos tenido la posibilidad de elaborar datos extraoficiales, pero creemos que el número de muertos expresado es mayor. Esto se explica por las serias deficiencias estadísticas, pero básicamente porque nada se hace para mejorar la seguridad en el tránsito y bajar sus niveles de violencia. Observemos la evolución de los últimos años:

1983: 412 muertos  
 1984: 483 muertos  
 1985: 423 muertos  
 1986: 499 muertos  
 1987: 480 muertos aproximadamente.

Fuente: Dirección de Estadística y Censos de la MCBA, en base a datos de la Dirección del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Estas cifras las consideramos (al igual que las de lesionados) mínimas, pudiendo elevarse hasta 550 a 600 muertes anuales, si consideramos que en nuestro país hay 227 muertes por millón de habitantes. Con este dato podemos considerar que con base en la población de la Capital Federal (2.900.000 habitantes aproximadamente), hay por año unas 654 muertes (sabemos que esta cifra -como todas en este tema- no son confiables).

Hemos podido comprobar el alto porcentaje de muertes que se producen en la vía pública. O sea personas que mueren instantáneamente o que fallecen posteriormente pero en el lugar del hecho.

Esta situación ronda el 25 %, esto quiere decir que sobre 480 muertes del año 1987, 120 personas murieron en la vía pública. Esto implica que una persona de cada cuatro fallecen de esta forma (según datos oficiales).

e) Víctimas según sujetos del tránsito vial. *Sero*. Si hacemos un análisis de las víctimas del tránsito según su carácter de sujetos del tránsito vial, tenemos:

Pasajeros 43 %	hombres: 54 % mujeres: 44 %
Pedestres 30 %	hombres: 43 % mujeres: 37 %
Conductores 26 %	hombres: 83 % mujeres: 17 % *

\* Fuente: Dirección de Estadísticas y Censos MCBA.

En el caso de los conductores, las mujeres son un porcentaje muy bajo debido a que socialmente el acceso de la misma al vehículo es muy limitado. Tengamos en cuenta que por cada ocho licencias extendidas, una solamente es para mujer. Del total de licencias extendidas a mujeres, el 85 % se destina a uso particular<sup>15</sup>.

f) Traumatismos. Los traumatismos resultantes de un delito de tránsito son sufridos por conducir, ser transportado o ser embestido por un medio de transporte terrestre, específicamente por un vehículo de motor.

Contemplamos dos posibilidades<sup>16</sup>: 1) en forma activa: por conducir; 2) en forma pasiva: a) por ser transportado (acompañante, pasajero); b) por atropellamiento, "sufriendo los efectos cinéticos de la masa en movimiento" (peatón); c) por embestimiento, al sufrir el choque de otro vehículo (ciclista)<sup>17</sup>. No consideramos necesario extendernos sobre este punto, respecto del tema que nos convoca en esta elaboración.

### 3. SITUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VIAL

La materia vial está regulada a nivel nacional por la ley 13.893 que confirma el *decr. ley* 12.689/45<sup>18</sup> y la ley 14.224<sup>19</sup>,

<sup>15</sup> *Ibidem*, nota n° 6.

<sup>16</sup> Siguiendo en esta elaboración a Bonnet, E. F. P., *Medicina legal*, 2ª ed., Ba. Az., López Libreros Editores, 1980, libro V.

<sup>17</sup> *Ibidem*, nota anterior.

<sup>18</sup> B.O., 5/3/49. Promulgación *decr.* 29.173/49.

<sup>19</sup> B.O., 28/9/53.

ambas sobre el Reglamento General de Tránsito. Son de aplicación solamente en la Capital Federal y Territorios Nacionales, debido a que las provincias conservan todas las facultades no delegadas al gobierno federal. Por esto le corresponde a los gobiernos locales y a las municipalidades (por el ejercicio de su poder de policía jurisdiccional) regular y ejercer el control sobre esta problemática<sup>26</sup>.

La falta de uniformidad normativa; la existencia de distintos criterios para sancionar o juzgar una conducta (tantos como distintos ordenamientos contravencionales hay); la falta de sistematización y coherencia lógica de las normas provinciales; la ausencia de delegación del poder de contralor municipal en la provincia —sobre sus facultades naturales en la materia, o por lo menos de coordinación y complementación lógica—; distintos tipos de organismos oficiales (policiales, municipales) encargados del contralor vial, que varían según las distintas conformaciones legales, etc., producen el actual caos jurídico.

Así, sobre una misma realidad urbana compleja (como es el Gran Buenos Aires) podemos hablar de distintas realidades jurídicas según examinemos la Capital Federal o el resto del conurbano bonaerense.

Si tomamos cualquier municipio del Gran Buenos Aires, encontramos normas municipales, provinciales, de Viabilidad Nacional o provincial, policiales (procedimientos, faltas), decretos y resoluciones nacionales (Poder Ejecutivo y organismos descentralizados). Como vemos las normativas de distintos niveles y competencias se entremezclan y confunden, así como también las facultades de los distintos organismos competentes. Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que cada una de estas jurisdicciones municipales son verdaderos "estancos" jurídicos y sólo están vinculados en algunos aspectos al gobierno provincial. Esta realidad urbana es una sola y debe ser analizada, organizada y controlada jurídicamente como un todo complejo y unitario.

No obstante esta situación, la legislación nacional y municipal aplicable a la Capital Federal tiene más de 40 años de antigüedad. Es jurídicamente existente, pero materialmente inaplicable (por lo menos en sus aspectos más importantes). El ejemplo claro de esto es el actual Código de

<sup>26</sup> Arts. 104 y 108 de la Const. Nacional. Confr. art. 1°, parte 2°, art. 26, incs. 5° y 23, Const. de la Provincia de Mendoza.

Tránsito para la Ciudad de Buenos Aires sancionado en el año 1948<sup>21</sup>.

Entre los años 1949/53 a 1986, la población total del país ha aumentado en más de un 100 %.

El parque automotor creció diez veces, mientras la producción nacional, en 1949, todavía no existía. El parque existente era todo importado. Recién en 1951 se comenzó a producir en el país. El aumento de la producción ha sido desde entonces del orden del 5600 %. La relación habitante/automotor ha bajado de 32,2 y 31,5 habitantes por automotor en 1949 y 1953, respectivamente, a 5,8 habitantes por automotor en 1986. En la ciudad de Buenos Aires actualmente esta relación es de 2,7 habitantes por automotor.

Ante esta situación de crecimiento y desarrollo de la problemática vial, se encuentra lo obsoleto de las normas vigentes. Por esto su vigencia formal. Sumado a todo esto, tenemos que nuestro sistema prevé que cada jurisdicción municipal o provincial (según los ordenamientos normativos) posea su propio registro de la propiedad vehicular<sup>22</sup> y pueda extender también sus propias licencias de conductor. Esta situación (sumada a la falta de centralización de datos sobre habilitación e inhabilitación de conductores) hace ilusoria cualquier medida de control y de sanción jurídica sobre los conductores -victimarios de delitos de tránsito-. Sobre este punto volveremos más adelante, cuando hablemos del funcionamiento del sistema penal.

No obstante lo obsoleto de la legislación vigente, ésta no se encuentra ni sistematizada, ni ordenada lógicamente. De más está decir que no existe una política de fondo en la materia con objetivos claros y precisos. Esto ha possibilitado a lo largo del tiempo el caos legislativo a que venimos haciendo referencia.

Para tener una idea más acabada de cómo funciona todo, tenemos la Ordenanza n° 35.829 de la ciudad de Buenos Aires<sup>23</sup>, que incorpora la obligación de colocación y uso de los cinturones de seguridad. El decr. 5539/80<sup>24</sup> reglamenta minuciosamente su colocación, tipo y formas y el

<sup>21</sup> Decr. Ordenanza 12.116/48 (29/48).

<sup>22</sup> Decr. ley 6512/56, reformado por ley 21.977; decr. reglamentario 9722/66.

<sup>23</sup> B.M., 4/7/80.

<sup>24</sup> B.M., 2/10/80.

decr. 3542/81<sup>28</sup> dice que la obligatoriedad del decr. 5539/80 no importa obligatoriedad de uso, eximiéndose del pago de multas ya aplicadas.

Nos preguntamos con qué finalidad se impone la obligación de llevar cinturones de seguridad —u otra medida de seguridad— si no se usan. Las legislaciones de los países más desarrollados en el tema (p.ej., Estados Unidos) establecen su uso obligatorio, no solamente en ruta, sino también en ciudad.

Otra situación curiosa es la Ordenanza 36.541<sup>29</sup>, actualmente en vigencia que establece la obligación de una inspección técnica anual del vehículo, sin la cual no se podría circular. Ésta no se aplica a los automóviles particulares.

En 1983 el gobierno militar dicta el decr. ley 22.934<sup>30</sup>. Es la llamada ley de tránsito que venía a cubrir el gran vacío legal al que hacíamos referencia. Esta norma fue primero suspendida por 180 días por la ley 23.084 y posteriormente derogada por la ley 23.181. Esta última puso en vigor a las actuales leyes en vigencia que la normativa de facto había reemplazado.

La ley derogada incorporaba importantes elementos como la revisión técnica anual obligatoria (art. 91); la habilitación para el funcionamiento de talleres mecánicos y su responsabilidad por una dolosa o culposa reparación (art. 90); seguro obligatorio contra terceros (arts. 141 y 142); establecía tres exámenes de aptitud para el solicitante de una licencia de conductor: a) médico: sobre sus condiciones psico-físicas; b) teórico: sobre normas de tránsito; c) práctico: sobre su idoneidad para conducir (art. 86); un sistema coordinado de emergencias (art. 144); responsabilidad del fabricante de cumplir con los requisitos de construcción (art. 87); responsabilidad de fabricantes o importadores por repuestos o accesorios (art. 88); registro de los modelos de automóviles y el control de la autoridad sobre el cumplimiento de las normas de fabricación (art. 89); publicidad en la vía pública (art. 84); sistema uniforme de señalización vial (art. 77); condiciones de los distintos tipos de vehículos (arts. 100 a 103); sistema de evaluación e intercambio de datos y seguimiento de la víctima e investigación de los accidentes producidos (arts. 144 y 145).

<sup>28</sup> B.M., 10/7/81.

<sup>29</sup> B.M., 3/2/81.

<sup>30</sup> B.O., 18/10/83.

No podemos comprender cómo se pudo derogar esta norma tan completa. Valga esta afirmación, dejando a salvo el mal tratamiento que esta normativa hace respecto de las sanciones que arbitra. IncurSIONA en el ámbito penal aplicando penas de arresto no redimible o valorando igualmente circunstancias previstas donde los bienes jurídicos puestos en juego son totalmente disímiles o inexistentes, siendo meras faltas administrativas (p.e.), poner en peligro la salud de las personas —art. 29, inc. a— y que el conductor de un transporte público no se detenga en la parada —art. 29, inc. j— ambas situaciones son consideradas como faltas graves).

A varios años de quedar sin efecto esta disposición nacional, nada se ha hecho.

El contrato de seguro está regulado por la ley 17.418<sup>28</sup> estableciendo su contratación facultativa<sup>29</sup>, salvo en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires<sup>30</sup>, donde por disposición municipal es obligatoria la contratación de seguros contra terceros.

Para completar el panorama normativo actual descrito, concluyo haciendo un breve análisis de la ley 21.932<sup>31</sup>, denominada "ley de reconversión de la industria automotriz". Esta ley y sus decretos y resoluciones ministeriales —que la reglamentan<sup>32</sup>— regulan la producción e importación de automotores en el país. Sus disposiciones determinan la participación de los capitales y la producción extranjera en la fabricación de automotores nacionales. Los objetivos de esta ley son: a) insertar a este sector dentro de los lineamientos fundamentales de la concepción económica imperante en ese momento<sup>33</sup>; b) posibilitar el mejoramiento tecnológico; c) abrir el mercado de exportación; d) inducir a la competitividad interna y externa para mejorar los niveles de precios.

<sup>28</sup> B.O., 6/9/67 y Resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación n° 17.878 del 8/5/64.

<sup>29</sup> La ley 12.893/49 (B.O., 5/12/49) en su art. 49 regula la obligatoriedad del seguro contra terceros.

<sup>30</sup> Ordenanza 41.654/95.

<sup>31</sup> B.O., 1/11/79, deroga la ley 19.135.

<sup>32</sup> Decrs. 201/79; 202/79; 203/79 y Resolución (Ministerio de Economía) 71/79, 72/79 y 247/79.

<sup>33</sup> Esta ley y sus decretos y resoluciones ministeriales complementarios, son impulsados por el ex ministro de Economía del último gobierno de facto militar (1976-1983) Alfredo Martínez de Hoz.

Surge del análisis de sus disposiciones, que lo más importante es determinar el porcentaje de autopartes importadas a incorporar a los automotores de producción nacional, la determinación de categorías de vehículos para ese propósito, cómo se determinará y efectuará la importación de automotores, etcétera.

No existe legislación alguna que se preocupe por la construcción y fabricación de vehículos, las medidas de seguridad que debe adoptar el fabricante, el material que utilizará, en qué condiciones, dimensiones y peso de las distintas categorías de automotores, determinación de la garantía y responsabilidad sobre autopartes y unidades, etcétera. La vetusta legislación vigente lo único que hace es especificar categorías, con alturas, peso y medidas máximas, que, de aplicarse ningún vehículo moderno podría circular legalmente. Los fabricantes no se encuentran obligados por normas expresas, a construir las unidades con base en determinadas medidas de seguridad o exigencias que aseguren el interés social de proteger la vida y la salud humana, por sobre el mero interés particular de las grandes empresas. Queda a su libre arbitrio todo lo referente a esta materia.

Esta perspectiva brindada de la legislación vial vigente, se completa con las disposiciones del Código Civil, que actúa como gran marco jurídico donde se insertan las distintas normativas mencionadas.

Si alguna duda cabe todavía (luego de todo lo expuesto) sobre el anacronismo normativo existente en la materia, es oportuno recordar que "nuestro sistema tiene una estructura basada, fundamentalmente, en normas que corresponden con otro contexto histórico" y que "todavía hoy subsiste la metodología que utilizó (Vélez Sársfield) sobre la responsabilidad civil derivada del daño causado con una cosa"<sup>24</sup>. El Código Civil fue sancionado en 1869.

En conclusión, la ausencia de una normativa adecuada a la realidad de una alta y constante concentración vehicular, a los cambios y adelantos tecnológicos, a una permanente educación vial, al desarrollo de programas permanentes de prevención de accidentes y delitos de tránsito, a la disminu-

<sup>24</sup> Salerno, Marcelo U. El accidente de tránsito ante una encrucijada: Necesidad de una revisión legislativa, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", Bs. As., Depto. Publicaciones Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), Abeledo-Perrot, 1988-1-38.

ción del número de víctimas, de mejores sistemas de seguridad y de protección de las personas, hace que estemos ante un gran problema social que el derecho no regula, ni controla.

#### 4. REGULACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA PENAL

a) *Introducción.* En este punto analizaremos la legislación penal aplicable a la problemática vial, para posteriormente analizar la dinámica del sistema penal sobre este tema. La anterior exposición sobre el panorama legislativo vial actual, es sumamente importante para conocer cuál es el contexto normativo en el cual el derecho penal (y todo el sistema penal) se ve obligado a actuar.

Dentro de este contexto el sistema penal necesariamente condiciona y es condicionado —en su función y efectos— tanto en lo que se refiere a las conductas punibles como a toda la realidad vial.

Esta afirmación se fundamenta en la idea de que la problemática social es una y el derecho que intenta regular y ordenar esa realidad es un todo.

b) *Legislación penal.* Entendemos por derecho penal la legislación penal propiamente dicha y la ciencia que la interpreta<sup>25</sup> y por sistema penal al "control social punitivo institucionalizado"<sup>26</sup>. Este concepto de sistema penal lo podemos entender en un sentido restringido o amplio. En un sentido restringido abarca desde que se detecta la comisión o la posible comisión de una conducta típica hasta que "se impone y ejecuta una pena"<sup>27</sup>. En un sentido más amplio significa toda la actividad que realizan las "agencias" que componen el sistema penal y otras acciones "controladoras y represoras" que aparentemente nada tienen que ver con el sistema. Esta última es la explicación al concepto arriba expresado.

En principio, podríamos afirmar que la problemática delictiva del tránsito (siempre refiriéndome a homicidios y lesiones) está exclusivamente legislada en el Código Penal de la Nación; específicamente en el Libro Segundo, Título I:

<sup>25</sup> Zaffaroni, Eugenio R. *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 1988, p. 31-32.

<sup>26</sup> *Ibidem*, n° 35.

<sup>27</sup> *Ibidem*, n° 35.

"Delitos contra las personas"; Capítulos I y II: "Delitos contra la vida" y "Lesiones", respectivamente. Pero en realidad esta afirmación no es cierta, o por lo menos no del todo. La regulación penal de la problemática vial no sólo la ha realizado o la realiza el Congreso Nacional a través del código de fondo (en un todo de acuerdo con sus facultades, que surgen del art. 67, inc. 11, Const. Nacional), sino que las distintas autoridades locales (administrativas o legislativas) también efectúan e imponen normas penales. Esto ocurre sea a través de la legislación de contravenciones o de sanciones administrativo-penales.

En este tema los límites entre delito, contravención y mera falta administrativa se han tornado sumamente difusos, especialmente en lo que se refiere al tipo y finalidad de las sanciones que aplican.

La facultad de dictar códigos de fondo, en nuestro caso de legislar sobre derecho penal, le corresponde al Congreso de la Nación según surge del art. 67, inc. 11, de la Const. Nacional<sup>24</sup>. Si entonces el Poder Legislativo Nacional no realiza plenamente este mandato constitucional, las provincias pueden hacerlo hasta tanto el Congreso ejercite estas facultades<sup>25</sup>. Esto es lo que ha ocurrido con los códigos contravencionales o de faltas locales. Consideramos entonces que la diferencia entre delito y contravención es de tipo cuantitativo y no cualitativo. Esto quiere decir que cuando hablamos de contravenciones nos referimos al mismo injusto penal (en su naturaleza óptica) que el delito, siendo su diferencia de tipo cuantitativa (menor cantidad de pena). Si es que podemos hablar de un derecho contravencional, él es un "derecho penal especial"<sup>26</sup>.

Comúnmente se suele argumentar que existiría una diferencia de tipo cualitativo, al considerar que existe un injusto penal y un injusto contravencional diferentes. Esta afirmación parte de considerar que si son infracciones al

<sup>24</sup> Art. 67: "Corresponde al Congreso: (inc. 11) dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales". (El subrayado es nuestro.)

<sup>25</sup> Art. 108: "Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados... ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado". (El subrayado es nuestro.)

<sup>26</sup> Zaffaroni, Eugenio R. Tratado de derecho penal. Parte general, Bs. As., 1ª ed., Ediar, 1987, t. I, p. 235. Cfr. Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, Bs. As., 1979, t. I, p. 38.

derecho administrativo estamos ante un injusto éticamente diferente o bien que en realidad son delitos de "creación política" (choques contra puras leyes positivas). Otra teoría sumamente peligrosa es la de James Goldschmidt con su creación de un "derecho penal administrativo". Partiendo de una distinción entre el "hombre-individuo" y el "hombre-miembro", estableciendo así que cuando se lesiona la primera situación estamos ante un delito, y si se lesiona la segunda es una contravención<sup>41</sup>.

Frente a estas posiciones Heinz Mattes<sup>42</sup> afirma que "tampoco puede distinguirse entre fines del derecho y fines de la administración (de bienestar), que corresponderían los unos al orden jurídico y los otros al orden administrativo". El "objeto y tarea del orden jurídico no es la delimitación y el aseguramiento de las esferas individuales, sino el orden de la coexistencia". Robert von Hippel es aún más categórico al afirmar que la teoría de Goldschmidt "quiebra la unidad del derecho penal, quita a la justicia penal uno de sus ámbitos propios, cual es el de la pequeña criminalidad, para la que los principios jurídico-penales deben tomarse en consideración, y transfiere ese ámbito a la autoridad administrativa, que tiene que dedicarse a otras tareas estatales que le corresponden —no penales— y para las que están especialmente concebidas".

Entonces consideramos que el derecho contravencional es derecho penal, no siendo derecho penal administrativo; siendo la única autoridad jurisdiccional el Poder Judicial y no un tribunal administrativo. "En ningún país culto se ha legislado sobre faltas en la forma en que lo hemos hecho nosotros" y que "en nuestro país se puede obtener la libertad en horas cuando la acusación es por delito, pero no es posible conseguir lo mismo en las faltas o infracciones provinciales o municipales"<sup>43</sup>.

El derecho contravencional no es derecho penal administrativo; entonces, ¿qué abarca el derecho penal administrativo? El está compuesto por las infracciones a intereses

<sup>41</sup> *Ibidem* anterior, p. 235 y 237-238.

<sup>42</sup> Mattes, Heinz, Die Problematik der Umwälzung der Verhältnisse unterliegen in Ordnungsmässigkeit, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", República Federal Alemana, 1974, p. 35-39, citado en *Ibidem*, nota 40, p. 238.

<sup>43</sup> Jofré, Tomás, Manual de procedimiento civil y penal. Bs. As., 1926, p. 55, 211-212, citado en *ibidem*, nota 40, p. 242.

de la administración, derecho fiscal, aduanero y el que realmente nos interesa: infracciones municipales de tránsito. Estas infracciones son conocidas por órganos administrativos con recursos judiciales.

Consideramos (para la temática tránsito) que la infracción puede acarrear únicamente pena de multa o revocar la licencia de conducir, pero no aplicar penas privativas de libertad (de cualquier tipo) o inhabilitaciones absolutas o relativas, temporarias o definitivas. Para clarificar aún más, tenemos:

1) Mera infracción municipal o mera falta administrativa. Afecta "un interés administrativo en el ordenamiento del tránsito" (Zaffaroni), teniendo por finalidad la pena impuesta un doble fin: a) reparador, por el perjuicio que sufre la circulación; b) preventivo especial, para que el sujeto en el futuro respete las normas viales.

2) Contravención. Cuando esa infracción pone en peligro la seguridad de las personas y bienes. La sanción tiene una finalidad coercitiva, busca lograr que el sujeto no vuelva a cometer esa conducta y también reeducación vial.

3) Delito. Cuando la conducta realizada con motivo o en ocasión del tránsito, conforma la figura descripta por alguno de los tipos penales. Su sanción es fundamentalmente preventiva especial. Su objetivo es prevenir futuras conductas delictivas por parte del autor, "para que aprenda a convivir sin realizar acciones que impidan o perturben la existencia ajena"<sup>44</sup>. El carácter preventivo de la pena siempre va a partir de la privación de determinados bienes, por lo cual no puede considerarse un bien; sino la búsqueda de un bien a partir de un mal<sup>45</sup>.

c) Conclusiones respecto del tema anterior. Entonces, respecto de las sanciones y su finalidad, tenemos que la sanción penal busca lograr, "en forma directa e inmediata", que el autor no cometa nuevos delitos. Esto se debe a que el derecho penal pretende contribuir a la seguridad jurídica por medio de la coerción penal, que básicamente es la pena. Las sanciones que aplican las otras legislaciones (administrativas, civiles, etc.) tienen una finalidad reparatoria o resarcitoria.

<sup>44</sup> *Ibidem*, nota 40, p. 62-63.

<sup>45</sup> *Ibidem*, anterior.

En la legislación vial existen normativas de tipo administrativo que aplican sanciones penales (sean éstas multas y particularmente penas privativas de la libertad —arresto—). Dijimos que el derecho penal procura la seguridad jurídica mediante la coerción con una finalidad de prevención especial; en cambio el derecho penal administrativo (cuya existencia es muy discutible) concurre con varias finalidades: preventiva general, reparadora y preventiva especial. Como bien dice Zaffaroni, "un complejo normativo que tiene naturaleza compuesta y que carece de unidad"<sup>44</sup>.

Así entonces esas normas viales (p.ej., la ley 3800 de la provincia de Buenos Aires con su decret. regl. 14.123/56<sup>45</sup>; ordenanza municipal de la ciudad de Buenos Aires n° 34.214, Título VI<sup>46</sup>; ley 13.893, Título XIV<sup>47</sup>; etc.) participan de esta naturaleza penal-administrativa. Entonces toda norma que "pene" participando (aun cuando sea en parte) de la naturaleza de la sanción penal, debe reunir todos los recaudos y garantías que para ese tipo de sanción se prevé. Esto se debe a la aplicación del principio de legalidad que surge del art. 18 de la Const. Nacional que dice: "Ningún habitante de la Nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". Estableciéndose que este tipo de normas deben respetar todas las garantías constitucionales.

Consideramos que debemos ir más allá todavía. No concebimos (en el tema que nos ocupa) sanciones penales del tipo de penas privativas de libertad, reguladas por normas administrativas, estableciendo su aplicación por parte de tribunales administrativos (sea Tribunal Municipal de Faltas u organismos policiales). Hacemos nuestra la afirmación de Mattei, que expresaba: "tampoco nada justifica realmente dejar la actividad jurisdiccional en las inadecuadas manos administrativas y hacerla ejercer por personas que no tienen para ello la mínima calificación realmente prescrita"<sup>48</sup>. Queda en claro que el problema central que encontramos en las normas viales (respecto de las sanciones penales que regula, conformando así un derecho penal ad-

<sup>44</sup> *Ibidem*, nota 40, p. 248.

<sup>45</sup> *Ibidem*, nota 19.

<sup>46</sup> *Ibidem*, nota 21.

<sup>47</sup> *Ibidem*, nota 18.

<sup>48</sup> *Ibidem*, nota 42.

ministrativo) son las penas que privan de libertad a las personas (por mínimas que éstas sean).

La privación de la libertad y por consiguiente del ejercicio de la mayoría de los derechos fundamentales de una persona, debe ser el último recurso a utilizar y usado con todas las garantías, aplicado por jueces en lo penal y legislado por el Congreso como ley penal.

La utilización del derecho penal debe ser el último recurso de solución de conflictos (que es el objetivo del ordenamiento jurídico) para lograr una coexistencia lo más racional o lo menos irracional posible. Último recurso o instancia, porque en definitiva tanto el derecho penal como el sistema penal no solucionan estos conflictos. Hacemos esta afirmación porque el propio derecho penal es la institucionalización de la violencia en el Estado, ejercida legítimamente por él en procura de proteger la libre disponibilidad de los bienes jurídicos para su titular, "resolviendo" conflictos sociales en procura de proveer a la seguridad jurídica de una sociedad. Vemos entonces que el derecho penal actúa procurando un "bien" (solucionar conflictos) aplicando o ejerciendo esa violencia legitimada, infligiendo entonces un "mal" (privación de disponibilidad de bienes jurídicos).

En realidad, el derecho penal se ejerce cuando no hay solución posible (o por lo menos creemos que así debería ser). La realidad es otra, se utiliza indiscriminadamente la coerción penal, para un ámbito como el vial, que requiere más de la prevención y la educación.

Tal vez una de las normas viales más represivas y representativas del panorama expuesto, sea la ley 5800 y su reglamentación (provincia de Buenos Aires). El organismo encargado de aplicar esta normativa es el mismo encargado de juzgar los hechos y aplicar las penas: la policía. Órgano administrativo de seguridad y represión y no de prevención y educación (arts. 120 y 129, ley 5800). Esta normativa mezcla lo que podrían ser contravenciones, con normas penales-administrativas ("infracción contra la seguridad del tránsito y contra la seguridad de las personas", arts. 114, 115 y 116) ambos tipos de "infracciones" llevan penas privativas de libertad -arresto-. Así contra la seguridad de las personas: multa o arresto subsidiario de hasta 30 días; contra la seguridad del tránsito: multa o arresto subsidiario de hasta 10 días.

Las sanciones de inhabilitación las impone la misma policía, si es del tipo definitiva, su quebrantamiento es sancio-

nado con 90 días de arresto no redimibles por multa; lo mismo en el caso de reincidencia: arresto no redimible de entre 10 y 30 días. El conductor puede ser detenido por 24 horas en determinados supuestos. En todo esto no hay ningún tipo de control jurisdiccional, salvo recurso de apelación que se resuelve a los tres días de recibidos los antecedentes por parte del juez.

Este sistema produce: 1) violación de garantías constitucionales y procesales: nadie puede ser penado sin juicio previo, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de sus jueces naturales<sup>31</sup>, no se aplica la libertad condicional (art. 98, de cr. 14.123/56), no se aplica el art. 64 del Cód. Penal (extinción de la acción penal por pago voluntario del máximo de multa e indemnizaciones), todo esto si tomamos en cuenta que se aplican supletoriamente las disposiciones de la Parte general del Código Penal (art. 127, ley 5800 y art. 80, de cr. 14.123/56); 2) las multas se convierten en arresto: si alguna persona no puede pagar deberá ser privada de su libertad. Por ejemplo en el caso del art. 351 del de cr. 14.123/56<sup>32</sup>.

Al peatón que entorpezca la circulación de los demás peatones, se le impondrá multa; si no puede pagarla con dinero, la pagará con cárcel. Esta normativa aplica arresto por todo y para todo. Esta norma es derecho penal. Así como este caso, otros más que no analizaremos por imposibilidad de extender más este trabajo.

Creemos que es hora de que el Congreso regule sobre estas faltas y contravenciones, incorporando al Código Penal las figuras contravencionales (no peligrosistas), despenalizando todas las demás faltas y solamente dejando la aplicación de multas administrativas con aplicación de organismos administrativos y la posibilidad de recurrir al órgano jurisdiccional en apelación.

El monopolio de la violencia legitimada la deben tener los jueces, para juzgar y aplicar las sanciones penales con

<sup>31</sup> Art. 18, parte 1ª, Const. Nacional.

<sup>32</sup> Art. 351: "Por estacionarse los peatones en la acera entorpeciendo la circulación de los demás peatones, entre el 5 % y el 35 % del haber mensual del agente de seguridad... de multa" (art. 76, inc. 1ª, Cód. de Tránsito de la provincia de Buenos Aires). Por aplicación del art. 98 del mismo decreto, que dice: "Las multas se convertirán en arresto a razón de (1) un día por cada 5 % del haber mensual del agente de seguridad..." Para este ejemplo correspondería (de no abonar la multa) entre 1 y 7 días de arresto por entorpecer la circulación peatonal.

todas las garantías del caso. Esta es la experiencia de la nueva legislación penal alemana.

Descriminalizar y despenalizar, aplicando alternativas a las penas de prisión o arresto; sea con multas penales con el sistema de días-multas<sup>22</sup>, servicios comunitarios, revocación de la licencia de conducir, inhabilitación para ejercer un oficio o profesión, cursos obligatorios de instrucción y conducción vial los fines de semana.

Tenemos que empezar a deslindar más claramente que determinadas conductas son meras faltas administrativas contra el ordenamiento vial, y no necesitan ser sancionadas con arresto o multas penales.

En el caso de infracciones que ponen en peligro la seguridad de las personas, tratarlas como contravenciones, que conlleven penas menores aplicando alternativas al arresto, teniendo éste como último elemento punitivo, pero bajo la modalidad de arresto domiciliario. Estas contravenciones debidamente estructuradas como tipos penales, incorporarlas al Código Penal, o sancionar una ley especial sobre contravenciones, y que sean así de vigencia común para todas las jurisdicciones municipales y locales. Dejando la regulación de las meras faltas administrativas —sin posibilidad de aplicar arresto u otras medidas penales— a los gobiernos locales o municipales. Respetando en todo momento las garantías procesales<sup>23</sup>.

Es muy interesante la legislación sobre la "conducción (imprudencia) temeraria" existente en el viejo Código Penal español, art. 565. Lo es más la propuesta de Bustos Ramírez de regular sobre ello eventual (una realidad de los delitos de tránsito) en la Parte general del Código Penal, es-

<sup>22</sup> Este sistema es de origen escandinavo, incorporado a la reforma penal alemana de 1975 y en el actual proyecto de Código Contravencional para Buenos Aires, elaborado por la Secretaría de Justicia de la Nación. Tiene una doble ventaja: regula la multa sobre la capacidad económica del sancionado y a la vez está regulada por la culpabilidad del autor, en relación a la cantidad de días imputada. Ver Tiedemann, Klaus, *Los sanciones y el sistema correccional*, en "Doctrina Penal", traducido del alemán por Jaime Malismud Gotti, Bs. As., Depalma, 1981, súa 4, p. 512-513; Mir Puig, Santiago, *El sistema de sanciones en la propuesta de anteproyecto de Código Penal de 1981*, en "Documentación Jurídica: Monografía dedicada a la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal", n° 3740, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General, Madrid, ene-dic. 1982, t. I, p. 183-198.

<sup>23</sup> Tiedemann, Klaus, *Ibidem* nota anterior, p. 511-520.

tabléndolo como atenuante del dolo directo<sup>35</sup>. Esto generaría la extensión del campo de la punibilidad en nuestro derecho positivo, lo cual es seguramente discutible.

d) *Funcionamiento del sistema penal. Procedimiento.* Para no extendernos demasiado en este importante punto, plantearemos los problemas más agudos, remitiendo a los informes de nuestra investigación<sup>36</sup> que in extenso se ocupan de este tema.

Cuando hablamos del sistema penal, en su aspecto de los delitos de tránsito, tenemos diversidad de facetas para analizar por la multiplicidad de "agencias" que interactúan dentro del sistema. Nosotros nos detendremos fundamentalmente en la labor de la policía y otros órganos administrativo-municipales, en el Poder Judicial y nos referiremos al pasar a los órganos legislativos.

Dejamos de lado los medios de comunicación social y la universidad como agencias legitimadoras del actual funcionamiento del sistema penal.

Consideramos que el sistema penal es sumamente violento, y que es necesario proceder a reducir esos niveles de violencia social que el propio sistema penal coopera en reclear.

En nuestro tema el sistema penal se abstiene de intervenir, legitimando omisivamente la conducta social y personal de los sujetos viales, dejando y de esta forma cooperando para que el proceso violento del tránsito se mantenga o aumente.

Es realmente preocupante que el sistema se preocupe mayoritariamente de delitos menores (robos, hurtos, etc.) y desatienda la producción de hechos violentos, mucho más graves por su costo social en vidas humanas. Para comprobar esta afirmación basta observar los datos que hemos dado sobre víctimas (homicidios y lesiones) por delitos de tránsito y señalar que de todas las causas penales por esos

<sup>35</sup> Bustos Ramírez, Juan. El principio de culpabilidad en el anteproyecto de Código Penal, en "Documentación Jurídica: Monografía dedicada a la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal", n.º 3748. Gabinete de Documentación y Publicaciones Secretaría General, Madrid (España), ene.-dic. 1983, t. I, p. 83-84, con especial referencia al dolo eventual, t. I, en el punto 3, p. 85-88. Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal español*, 1.ª ed., Barcelona, Ariel, 1984.

<sup>36</sup> *Ibidem* nota 8.

motivos solamente el 1,3 % llegan a sentencia definitiva, de las cuales el 0,8 % son condenatorias (todas de lesiones, ninguna de homicidios). Esto quiere decir que, por un lado, los delitos de tránsito son la primera causa de muerte en la Argentina entre los 10 y 50 años y, por el otro, que los autores de esos delitos no son sancionados. Lo cual implica poder demostrar la inoperancia del derecho penal y de todo el sistema penal, al no poder proteger la disponibilidad de los bienes jurídicos por parte de su titular. Mucho más grave aún si vemos que ese bien jurídico afectado es el más importante de todos: la vida y la salud.

Este es un grave cuestionamiento a todo el sistema penal, el de que no cumple el fin para el cual se lo creó: brindar seguridad jurídica a través de la protección de bienes jurídicos (su disponibilidad).

Los delitos de tránsito son totalmente impunes penalmente. El sistema solamente selecciona algunos pocos victimarios y la sanción que aplica es inútil. ¿Cómo demostramos estas afirmaciones? Como parte de nuestra investigación realizamos un relevamiento de causas penales de delitos de tránsito, producidos dentro del ámbito de la Capital Federal, con la intervención de la Policía Federal y el juzgamiento por parte de tribunales correccionales. Sobre un total de 1140 causas penales, encontramos:

- Sentencias definitivas: 15 (1,3 %)
  - absolutorias: 7 (0,6 %)
  - condenatorias: 8 (0,7 %)
- Desprocesamientos: 3 (0,3 %)
- No forman causa y archivo: 22 (1,9 %)
- Incompetencia y remisión: 48 (4 %)
- Sobreseimiento definitivo: 19 (1,6 %)
- Sin resolución (al momento de la investigación): 133 (12 %)
- Sobreseimiento provisional: 903 (79 %)

Si dejamos de lado las causas sin resolución, observamos que prácticamente el total de causas se sobresean provisionalmente. En concreto vemos que, materialmente hablando, en la realidad existe para este tipo de delitos impunidad penal, irresponsabilidad penal.

La edad promedio de estos autores ronda los 37,5 años, bastante más elevada de lo que se supone.

Únicamente un mínimo grupo es sancionado. Las sanciones son inútiles, porque se les aplica inhabilitación (sumamente corta) y que nadie cumple al no haber formas de control (cada jurisdicción tiene su propio registro habilitan-

te) y al no controlar los órganos administrativo-policiales. Lo único que a veces se aplica es la multa, no preocupándose los jueces por buscar formas alternativas de penas.

A esto se suma —o más bien lo expresado es su consecuencia— que este tipo de delitos son considerados por los jueces, como "delitos menores", por lo cual no se investigan estos hechos. El rol de la policía es sumamente pasivo, se limita a instruir el caso sin preocuparse por investigar seriamente los hechos.

El juez directamente se limita a leer el expediente haciendo lugar a las medidas de las partes, absolviendo, condenando y siempre sobreseyendo. O sea, no investiga. El ministerio público "no existe" tampoco para la investigación.

Las causas por delitos de tránsito se tramitan ante juzgados correccionales, básicamente por dos razones: 1) porque son delitos menores, y 2) porque son considerados a priori delitos culposos. Esto implica que no existen delitos de tránsito dolosos.

Los procesos son sumamente largos y engorrosos, abundan los "testigos de favor". El tiempo promedio mínimo que tarda una causa desde que se instruye el sumario hasta la sentencia judicial es de unos 180 a 210 días (6 o 7 meses) —salvo raras excepciones— llegando algunas a los 2 y 3 años de un proceso interminable que deja en absoluta desprotección a la víctima. Las causas por homicidios no tienen sentencia definitiva.

Del total de las 1140 causas investigadas, el 87,5 % eran lesiones culposas y el 12,5 % homicidios culposos<sup>27</sup>. La regulación, la contención de esta forma de criminalidad tan común no existe. El sistema se preocupa de otras formas de criminalidad que no producen esta tremenda afectación del bien jurídico vida e integridad física. Todo el ámbito del tránsito (en este aspecto) queda bajo un criterio sancionatorio-represivo que aplica la policía (no educativo y preventivo como debería ser el actuar administrativo en su mayor medida) aplicando multas contra el tránsito. Del total de faltas contra el tránsito, la municipalidad contabilizó entre los años 1979 y 1986, que el 83 % de ellas eran multas de tránsito. El 17 % restante fueron todas otros tipos de faltas,

<sup>27</sup> Fuente: Relevamiento realizado en Juzgados Correccionales de 1ª Instancia de la Capital Federal, letras "I" y "H".

tales como faltas contra la autoridad; seguridad e higiene; seguridad, estética y bienestar; contra la moral y las buenas costumbres; contra el servicio de transporte (Fuente: Dirección de Estadísticas, Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires).

Para terminar, esquemáticamente exponemos cuáles son los criterios judiciales y legislativos vigentes:

#### 1) Judiciales

a) Todo delito de tránsito es culposo (arts. 84 y 94, Cód. Penal).

b) Protección e importancia –formal– de la vida y la salud humana.

c) La propiedad es un bien jurídico mayor que la persona.

d) Los delitos de tránsito no son importantes, son menores, no tienen que ser investigados y no interesa si se los resuelve. No tienen sanción penal. Se deja el problema para que las partes lo solucionen civilmente.

Sus consecuencias son: a) Situación real de desprotección judicial de la víctima; b) inexistencia de sanción, prevención y educación; c) impunidad del acusado, aumento de los hechos o mantenimiento de los altos índices de este tipo de criminalidad; d) acrecentamiento del desprecio social por la vida y la salud de las personas; e) falta de investigación, no se resuelven los delitos; se deja librado al accionar de la policía con la multa.

#### 2) Legislativos

a) Regulan la problemática a partir de la propiedad vehicular y no de la persona.

b) Ausencia de una política vial coherente.

c) Criterio sancionatorio-represivo cuya autoridad de aplicación es la policía.

d) El bien jurídico vida es poco tenido en cuenta (discurso formal).

e) Se busca proteger la propiedad y el patrimonio primeramente y, posteriormente, la persona.

f) Preeminencia de la propiedad vehicular, la explotación comercial o empresarial de un servicio, sobre la seguridad, la vida y la salud de las personas.

g) Trato penal a faltas administrativas, falta de respeto a las garantías procesales, libre arbitrio de la autoridad administrativo-policial sobre la libertad y los derechos de las personas.

Sus consecuencias son: a) acciones represivo y abusivo (multas) de la policía. Falta de trato educativo y preventivo; b) situación de desprotección de las personas; c) aumento del desprecio social por la vida y la salud; d) no control de la problemática, aumentan los hechos. No existe un criterio de protección, prevención y educación. Ayudado por la conducta de los jueces, se le brinda a este tipo de delitos un trato contravencional o penal-administrativo, considerándose los de poca gravedad. Al no haber sanción penal, se aplican únicamente multas para las infracciones de tránsito.

## 5. SITUACIÓN SOCIAL

Hemos podido constatar, que nuestra forma de vida urbana tiene algunos elementos (que coadyuvan al problema expuesto) que consideramos importante destacar:

- a) Existe un desprecio social del valor vida humana.
- b) Una relación social de agresión y violencia, canalizada principalmente a través del vehículo.
- c) Criterio social de valoración de la propiedad y el patrimonio, por sobre la persona.
- d) Pérdida del sentido de autoprotección y conservación ante el peligro.
- e) Concepción social de que las normas no sirven, no tienen utilidad. Desobediencia social de las normas.
- f) Todo esto encuentra su base en una cultura urbana individualista, asolidaria y materialista.

Con respecto a los puntos a y b, ambos elementos marchan juntos. "Hemos vivido mucho tiempo donde la vida humana carecía de valor. Eso fue incorporándose en la gente y se manifiesta en las más diversas formas de agresión. Sólo el imperio de la justicia podrá reencauzar y eliminar el problema".

"Hay algo en la constitución de un sujeto que permite que haga cosas terribles. Esa potencialidad se incrementa en tanto las determinantes sociales (las reglas legales y éti-

cas de una sociedad) no le pongan límites. Los efectos son retardados en el tiempo y se manifiestan en todas las conductas diarias". "Una sociedad como la argentina, que vivió muchos años sin ley, donde cualquiera advertía la falta de límites, fue incrementando esa potencialidad negativa"<sup>28</sup>.

Como vemos, la violencia se desarrolla ante la ausencia de ciertas pautas sociales, como ser normas legales y éticas. Si repasamos este trabajo veremos cómo en el ámbito de los delitos de tránsito la falta de una vigencia real de normas, de reglas, es una constante.

"Padecemos constantemente un sinnúmero de agresiones. Y también agredimos... la estructura física de la ciudad de Buenos Aires es una agresión". La alta densidad poblacional hace que las personas se vean obligadas a invadir el campo de decisión de los demás<sup>29</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Argentina, Ministerio de Economía - Secretaría de Hacienda - Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). *Anuario Estadístico de la República Argentina 1978/79 - 1979/80 - 1980/81 - 1981/82*, Bs. As., 1983/84/85.
- Argentina, Buenos Aires, Dirección de Estadística y Censos de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. *Anuario Estadístico de la Ciudad de Buenos Aires, 1982*, Buenos Aires.
- Argentina, Buenos Aires, Dirección de Estadística y Censos de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. *Boletines Estadísticos 1978/79*, Buenos Aires.
- Argentina, Código Penal de la República Argentina, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987, p. 394.
- Argentina, Registro Nacional de Reiniciencia y Estadística Criminal. *Anuario Estadístico 1985*, Bs. As., 1987.
- Argentina, Ministerio de Justicia. *Estadística Criminal 1978-1980-1981*, Bs. As., 1978/80/81.
- Argentina, Secretaría de Estado de Hacienda - Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). *Hechos demográficos en la República Argentina (1954/60)*, Bs. As., s/f, p. 403.

<sup>28</sup> Doctor José Fernández Tunón. Psicoanalista. Profesor adjunto de Psicopatología de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>29</sup> Licenciado Carlos Campelo. Psicólogo diplomado en Salud Pública e integrante del Programa de Salud Mental del Adolescente del Hospital Pirovano.

- Argentina, Secretaría de Salud Pública, Departamento Estadísticas de Salud, Rizzi, Estructura de la mortalidad por grupos de causas, serie 2, n° 4, Bs. As., 1974.
- Argentina, Código de Procedimientos en Materia Penal de la Nación y Leyes Complementarias, 3° ed., Bs. As., A.Z. editora, 1985, p. 301.
- Argentina, Provincia de Buenos Aires, Código de Tránsito de la Provincia de Buenos Aires, (Ley 5.800) Decreto reglamentario 14.12356, Bs. As., Universidad, 1987, p. 280.
- Argentina, Constitución de la Nación Argentina; Pactos preconstitentes, 4° ed., Bs. As., A.Z. editora, 1984, p. 51.
- Asociación de Empresas Fabricantes de Automotores (ADEFA), Anuarios 1982/85, Bs. As., 1983/87.
- Ander-Egg, Ezequiel, Técnicas de investigación social, 15 ed., Bs. As., 1983, p. 481.
- Anales de Legislación Argentina (ADLA).
- Auch, Salomón E., Social Psychology (Psicología social). Traducido de la 2° edición (1959) norteamericana por Elias Mendelovich, 1° ed., Bs. As., Eudeba, 1978.
- Ancinelli, Marta - Müller, María S., Un hecho inquietante: la evolución reciente de la mortalidad en Argentina. Centro de Estudios de Población (CENEP), 1° ed., Bs. As., 1980, p. 23.
- Achával, Manual de práctica forense. Medicina legal.
- Bustos Ramírez, Juan, Manual de derecho penal español. Parte general, 1° ed., Barcelona, Ariel, 1984, p. 475.
- Bonnet, E. F. P., Medicina legal, 2° ed., Bs. As., López Libreros Editores, 1980, p. 1927.
- Barbera, María Cristina, El funcionamiento de la obligación reparatoria del asegurador en el proceso penal, "Doctrina Penal", Bs. As., Depalma, 1979, año 2, p. 445-459.
- Diario Clarín, Bs. As., 1987.
- El Derecho. Jurisprudencia General, Buenos Aires.
- El Derecho. Legislación Argentina, Buenos Aires.
- Gil Lavedra, Ricardo B., Una sentencia importante sobre el control judicial en materia contravencional, "Doctrina Penal", Bs. As., Depalma, 1983, año 5, p. 489-501.
- España, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Documentación Jurídica; Monografía dedicada a la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal (de España), vol. 1, ene-dic. 1983, n° 37463, Madrid, 1983, p. 703.
- Homans, El grupo humano, Bs. As., Eudeba.
- Fromm, Erich, The Sane Society (Psicoanálisis de la sociedad contemporánea. Hacia una sociedad sana), México, Fondo de Cultura Económica, 1958.
- Jeschek, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts (Tratado de derecho penal. Parte general), traducido de la 3° ed. alemana por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, 1° ed., Barcelona, Bosch, 1978, t. I y II.
- La Ley, Jurisprudencia. Doctrina.
- Lersch, Philipp, Der Mensch als soziale Wesen (Psicología social), 1° ed., Barcelona, Scientia, 1987, p. 238.
- Malamud Goti, Jaime E., La estructura penal de la culpa, 1° ed., Bs. As., Cooperadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), 1978, p. 140.

- Molina, Fernando, *El deber de cuidado del automovilista y del peatón: el problema del riesgo*, en "Doctrina Penal", Bs. As., Depalma, 1988, tomo 9, n° 28, p. 633-647.
- Núñez, Ricardo C., *La cuestión de los delitos y contravenciones. Su base constitucional*, 1ª ed. Córdoba (Argentina), Opúsculos de derecho penal y criminología, n° 8, 1985, p. 40.
- Policía Federal Argentina, *Manual práctico de tránsito*, 1ª ed., Bs. As., Editorial Policial, 1980, p. 157.
- Raffo, *La muerte violenta*, Buenos Aires.
- Tiedemann, Klaus, *Las sanciones y el sistema correccional*, en "Doctrina Penal", tomo 4 - 1981, traducido del alemán por Jaime Malarmud Goti, Bs. As., Depalma, 1981, tomo 4, p. 511-520.
- Stratenwerth, Günter, *StRAFRECHT, ALL GEMEINER TEIL I (Derecho penal. Parte general. I. El hecho punible)*, traducido de la 3ª ed. alemana (1978) por Gladys Romero, 1ª ed., Madrid, Edersa, 1982, p. 362.
- Weizel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, traducido de la 11ª edición alemana por J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 3ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 403.
- Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 1986, p. 828.
- Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado de derecho penal. Parte general*, 1ª ed., Bs. As., Ediar, 1987, t. I-V.



## **NOTAS BIBLIOGRÁFICAS**



## **DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL \***

**por FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

El profesor Francisco Muñoz Conde nos muestra, ya en la introducción de la obra, la pretensión de comprometerse con un análisis crítico del derecho penal, como parte de todo el sistema de control social.

En la lectura de las primeras líneas se hace visible el interés por el tratamiento de ciertos temas, según creo, de importancia relevante cuya discusión es necesario que no quede reservada al ámbito científico de la comunidad jurídica.

Una de las primeras cuestiones que trata, es la misión del derecho penal; en este punto, citando a Hassemer, el autor sostiene que dicha misión es la de producir, decidir y solucionar casos. Quizás aquí sea conveniente ampliar el concepto de "caso penal" incluyendo al conflicto o choque de intereses emanado del caso en sentido estricto; ya que probablemente lo único que el derecho penal intenta solucionar de manera no traumática, es la posibilidad del surgimiento de una veta indiscriminada de violencia, posibilidad latente en el supuesto caso de que esta formalización de una administración de justicia pacífica, no existiera. Esto es así ya que si se sostiene un concepto de "caso penal" limitado al hecho de la violación de un bien jurídico, difícilmente el derecho penal tenga alguna posibilidad de solucionarlos; no tiene como misión devolver la integridad a los bienes jurídicos dañados.

Otra de las cuestiones abordadas es la violencia, en lo que parece ser una visión dramática se describe una constante, violentos son generalmente los casos de los que se

\* Fundación Universidad de Jerez, Jerez de la Frontera, España, 1985

ocupa el derecho penal, violenta es también la forma en que los soluciona<sup>1</sup>.

En el capítulo I, titulado: "La norma jurídica penal" (crítica a la teoría sistémica), se ocupa en primer término del concepto de norma jurídica penal, en este sentido el autor piensa que norma es toda regulación de conductas en relación a la convivencia, aclara que esta convivencia no es idílica sino conflictiva ya que dos principios se enfrentan en la persona: el de la "realidad" y el del "placer". Creo que la manera en que generalmente se concibe el funcionamiento de estos dos principios (el del "placer" como impulsando al hombre a satisfacer por encima de todo sus instintos, y el de la "realidad" representado por las normas que los demás imponen) es discutible, sobre todo si se considera que la razón humana representa una constante involución de la conducta innata, donde el concepto de responsabilidad de la persona cumple un papel importante (como lo sostiene Víctor Frankl). Es decir, la complejidad de la razón humana permite una liberación del mandato de los instintos.

Es importante aclarar que el autor destaca que esta contraposición entre los principios recién analizados no debe entenderse de un modo absoluto pero, no explica en dónde reside la relatividad del conflicto.

Continúa diciendo que una peculiaridad de estas normas es su carácter contrafáctico, es decir que su vigencia no se altera por la circunstancia de que sean incumplidas; más bien, sostiene que sucede lo contrario: su incumplimiento y posterior sanción confirman su necesidad y vigencia.

Es necesario reflexionar sobre esta idea tan difundida, ya que quizás este planteamiento adolezca de cierto simplismo, por omisión de una franja de realidad político-criminal significativa. En primer lugar el carácter contrafáctico se da entre la expectativa social volcada en la norma y el incumplimiento de esta expectativa (o infidelidad al sistema). Si esto es simplemente así, obligaría a pensar que todo incumplimiento confirma la necesidad de la norma y también su vigencia, lo que no es cierto. Sólo en la medida en que los incumplimientos a la norma sean conocidos por

<sup>1</sup> De todos modos... "La política criminal expresada a través del derecho penal... aparece siempre como una propuesta de economía de la violencia social" (Binder, Alberto. Ideas para una discusión sobre el fundamento de la reforma de la justicia criminal, en "Revista de la Fundación Plural", en prensa).

el sistema de enjuiciamiento, esto sería así. Pero si no son conocidos o aprehendidos por el sistema, aparece una "cifra negra" que justamente viene a poner en duda la necesidad de mantener la tipificación de la conducta, si es que el número no conocido es significativo.

Prosigue el autor, sosteniendo que la única manera de comprender a una norma jurídica penal es ponerla en relación con un determinado sistema social; es así como la teoría sistémica aplicada al derecho penal, define al delito como la expresión simbólica de una falta de fidelidad al sistema social y a la pena como la expresión simbólica de la superioridad del sistema.

Pero para él, esta teoría representa una descripción aséptica y tecnocrática del modo de funcionamiento del sistema, pero no una valoración y mucho menos una crítica. Coincido en este punto con el autor, la fundamentación de la legitimidad normativa, desde este punto de vista, carecerá, a mi entender, de una explicación de por qué el sistema tiene que ser, en todo caso, superior a la conducta infiel. Excepto que se tome como presupuesto epistemológico "la bondad" del sistema (lo que está lejos de ser deseable) ya que la ideología que lo inspira tiene que ser un continuo punto de referencia y discusión crítica como única manera de que el proceso de conformación de la sociedad sea, verdaderamente, dinámico.

En el capítulo II, "Derecho penal y control social" (sobre la función motivadora de la norma jurídico-penal), se ocupa en primer lugar del análisis del proceso de motivación, citando varias opiniones acerca de su conceptualización, como, por ejemplo, Spoerri: "El proceso, consciente o inconsciente, en cuya base se halla una fuerza activadora y que se encamina a un objetivo", o Thomae: "Todos aquellos procesos imputables a un individuo o a un grupo, que explican su conducta o la hacen comprensible". Sostiene que la teoría psicoanalítica es la que mejor ha explicado este proceso.

La función motivadora es cumplida por la norma jurídico-penal para evitar la ejecución de acciones que atacan a la convivencia social. Esta función de motivación que cumple la norma penal es primariamente social, mas, en su última etapa, incide en el individuo. Los conflictos sociales surgen cuando colisionan diversos sistemas de valores y distintas motivaciones emanadas todas de instancias socializadoras, a contrario de la idea de una contraposición individuo-sociedad.

La norma penal sólo puede tener eficacia si va acompañada de otras instancias sociales; lo contrario sería una disociación entre normas sociales y normas penales. De todo esto se deduce un importante sector doctrinal que opina que la meta preventiva del derecho penal no es la motivación intimidatoria, sino la motivación integradora del consenso.

El autor cree, no obstante, que la función real del control social y el control jurídico-penal es la defensa y reproducción de un determinado sistema de valores y, la marginación y represión de las personas que potencial o realmente pueden atacarlo. No puede olvidarse, continúa, la función legitimadora y, por lo tanto ideológica, que tal entendimiento puede tener como justificación de un orden social injusto. A veces el consenso de mayorías puede desembocar en un claro proceso de fascistización social.

En el capítulo III, "Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo", se plantea la cuestión de la elección de un sistema de reacción jurídico-estatal monista o dualista. En el derecho positivo actualmente vigente en España, la discusión está saldada en favor de un sistema dualista. Pero las medidas se aplican sobre todo y principalmente a las personas llamadas "peligrosas sociales".

Estas medidas han sido recogidas en la ley de "peligrosidad y rehabilitación social" española de 1970. Este sistema de medidas funciona de un modo autónomo. Viola, opina el autor, los principios de legalidad y de intervención mínima. Es por esto que el proyecto de Código Penal de 1980 previó la derogación de la ley mencionada. Además, sólo se admitían en el Proyecto las medidas posdelictuales. Pero, sin duda, los cambios propuestos fueron insuficientes.

En síntesis, las críticas que el autor realiza al sistema dualista residen en dos cuestiones; en primer lugar, las penas y las medidas de seguridad cumplen la misma función, lo que hace injustificado mantener una distinción en la reacción penal, y en segundo término, el mantenimiento de estas medidas constituye un peligro para las garantías individuales frente al poder estatal.

La reforma de 1983 ha supuesto un gran avance en la limitación del poder punitivo, pero no derogó expresamente la "ley de peligrosidad y rehabilitación social". Solamente la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, publicada a finales de 1983, apunta a configurar un sistema global de medidas de seguridad que contenga principios no

sólo deseables sino insustituibles, si se pretende un verdadero respecto a las garantías individuales.

En el capítulo IV, "La prisión como problema: resocialización versus desocialización", el autor relata la evolución de las ideas centrales en la fundamentación de las penas privativas de la libertad. El tratamiento de la pena como reeducación, reinserción social, resocialización del delincuente era considerada la función más elevada desde los tiempos de von Listz.

En la ley general penitenciaria española de 1979, "la reeducación y reinserción social" de los condenados se incluía como meta principal del nuevo sistema penal.

Pero, como lo advierte el autor, algunas voces hablan hoy del "mito" de la resocialización. No se niega la resocialización, pero también se marca la necesidad de cuestionar el sistema al cual se quiere incorporar al infractor.

Las críticas, de todos modos, alcanzan también al tratamiento penitenciario, sobre todo por las condiciones de vida existentes en una prisión, por los peligros que para los derechos fundamentales tiene la imposición de un tratamiento y por la falta de medios adecuados. Luego se ocupa de la situación de los presos preventivos en España, principal problema que tiene el sistema penitenciario español. La prisión preventiva, concluye, es una lacra del sistema penitenciario, con todos los inconvenientes de la pena privativa y ninguna de sus ventajas. Habrá que seguir insistiendo, sostiene, en el carácter mítico de toda resocialización y tratamiento encaminado a modificar el sistema de valores del delincuente, desmontando cualquier planteamiento ideológico que no se base en la realidad.

Es necesario también procurar la no desocialización del delincuente o, en todo caso, no potenciarlo con instituciones de por sí desocializadoras.

En el capítulo V: "Resumen a modo de conclusión provisional: prevención especial versus prevención general", el autor deduce de lo recién comentado, que el derecho penal existe porque existe un tipo de sociedad que lo necesita para mantener las condiciones fundamentales de su sistema de convivencia. En este aspecto la teoría sistémica proporciona un valioso instrumento para el estudio y descripción de los fenómenos sociales y del control social, pero no para una valoración y una crítica.

Esta teoría desemboca en una concepción preventivo-integradora del derecho penal que, según opina, significa

un "neorretribucionismo" ya que la legislación penal encuentra su fundamento en el sistema mismo. Parece preferible una teoría preventivo-intimidatoria "que muestra la auténtica faz del derecho penal como sistema de disciplinamiento de las personas y de protección de determinados intereses".

Es así como el problema del actual derecho penal se encuentra en el conflicto existente entre prevención-especial y prevención-general, todavía no resuelto definitivamente, pero, en verdad, se tiende al acercamiento de ambas funciones preventivas. Esto entendido, culmina, no como lo ideal, sino como el punto de partida para un análisis crítico de la actual realidad jurídico-penal.

**MAXIMILIANO ADOLFO RUSCONI**

**UNIVERSITARIAS**



## **CONCLUSIONES DEL PRIMER CONGRESO UNIVERSITARIO DE DERECHO PENAL**

### **1. Introducción**

En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, se realizó entre los días 1 y 3 de diciembre de 1988, el I Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal, organizado por el Grupo de Investigación en Derecho Penal de la revista "Lecciones y Ensayos".

El evento fue auspiciado por nuestra Facultad, por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, por la Comisión del Proyecto de Reforma del Código Procesal Penal de la Nación, y por la Unión de Empleados de Justicia de la Nación. Fue declarado de interés académico por la Universidad de Buenos Aires y de interés nacional por el Ministerio de Educación.

En la sesión inaugural fueron leídas las palabras que dejara el doctor Zaffaroni (presidente académico), quien lamentablemente no pudo concurrir por encontrarse fuera del país, tras lo cual pronunció su discurso Sergio Rocamora (presidente estudiantil). Posteriormente, el señor decano, doctor Jorge A. Sáenz, declaró formalmente abierto el Congreso. Durante los tres días funcionaron simultáneamente cinco comisiones de trabajo que trataron los siguientes temas: a) delincuencia juvenil y de menores; b) drogas; c) penas privativas de la libertad; d) leyes de policía y organismos policiales; y e) obediencia debida. En cada una de ellas se realizaron exposiciones a cargo de al menos dos profesores relatores y de los estudiantes que presentaban sus ponencias. Después de cada alocución se abrió el debate, concluido por un alumno coordinador.

Por otra parte, y mientras no estaban reunidas las comisiones, se realizaron conferencias y mesas redondas en las que intervinieron miembros del Consejo Académico.

El último día por la mañana, las comisiones elaboraron un despacho que incluyó las distintas posturas sostenidas en las exposiciones y los debates.

En el acto de clausura, tras la lectura de las conclusiones de cada comisión y unas breves palabras de despedida y agradecimiento a cargo de Sergio Rocamora, el señor decano de la Facultad de Derecho de Cádiz, España, doctor Juan Terradillos Basoco, dio por clausurado el Congreso a pedido del Comité Organizador.

Es destacable el grado de participación demostrada por los estudiantes, ya que hubo más de 600 asistentes, entre ellos alumnos de derecho de Bolivia, Paraguay, Uruguay, Chaco, Corrientes, Santa Fe, Mendoza, Tucumán, Mar del Plata y Entre Ríos. Asimismo es justo resaltar la calidad de las ponencias presentadas en cada una de las comisiones de trabajo.

Hoy, reflexionando sobre lo que vivimos durante esos tres intensos días de diciembre, nos sentimos orgullosos de haber participado en esta experiencia que demuestra que los estudiantes podemos ser, además de consumidores de cultura jurídica, verdaderos constructores de un nuevo pensamiento legal. La enorme concurrencia, la gran aceptación lograda y la diligente colaboración de quienes hicieron posible este Congreso nos reconfortan y nos comprometen aún más con nuestro objetivo, que no es otro que lograr el cambio necesario para alcanzar un alto nivel académico a través de la participación constante y consciente de toda la comunidad universitaria.

El gran compromiso que debemos asumir como estudiantes universitarios es la búsqueda de la consagración de la justicia desde nuestro lugar.

Es en estos primeros pasos de nuestra formación como juristas donde se torna imprescindible una decisión acerca del rol a cumplir ante los conflictos sociales que carecen de una solución satisfactoria.

Toda injusticia debe motivarnos a investigar una propuesta distinta. Este espíritu de esfuerzo en el trabajo intelectual crítico es el que es útil a toda comunidad académica, y, específicamente en el ámbito del derecho penal, es necesario que seamos capaces de reformular y replantear todo para lograr una mayor humanización y racionalidad en el ejercicio del poder punitivo estatal. Este fue el ánimo que inspiró la realización de este Congreso, y éste es el cambio que planteamos como estudiantes. Creemos que

este cambio es posible, y que la participación estudiantil en este Congreso lo demuestra.

## 2. COMISIÓN A: DELINCUENCIA JUVENIL Y MENORES

a) Deben diferenciarse tres distintas situaciones a fin de proceder a su posterior tratamiento: los menores no delincuentes; los menores prostituidos, y los menores delincuentes.

b) Respecto a los menores no delincuentes se afirma la conveniencia de que la cuestión quede sujeta a la jurisdicción de los tribunales con competencia civil (en especial derecho de familia). Se propicia la profundización de la tendencia a la "desinstitucionalización" y a la "descentralización" en el tratamiento del problema. Esto es la paulatina eliminación de los establecimientos que bajo el rótulo de asistenciales se manejan con criterios carcelarios, y por otro lado, la búsqueda de soluciones en el contexto social próximo al menor (p.ej., municipalidad, barrio, etcétera). Se sostiene como principio modular en el tema que no debe criminalizarse la asistencia del menor, y que la acción social del Estado en la materia, no debe confundirse jamás con la actividad estatal de control social. Por lo demás, como consecuencia de los valores fundamentales relacionados con la persona, se afirma categóricamente la necesidad de que toda internación de un menor, aun como medida asistencial o de seguridad, tenga por presupuesto una decisión judicial.

c) Respecto de los menores prostituidos quedan sujetos a las pautas y principios enunciados precedentemente, pues no son delincuentes sino sujetos pasivos de un delito. Los corruptores quedarán sujetos a la justicia penal.

d) Respecto del menor que consuma acciones tipificadas por el derecho penal debe considerarse:

1) Que el principio de imputabilidad tiene una base política e ideológica que prioriza la defensa de la seguridad social ante los derechos y garantías del menor en tanto persona. Mediante dicho principio el sistema procura controlar socialmente al menor, al que se le reconoce cierto grado de peligrosidad. Las medidas de seguridad se basan en la peligrosidad del sujeto, en la antijuridicidad del autor, y no en la antijuridicidad del acto. Por eso si bien en apariencia, son la consecuencia de un tratamiento legal más benigno

no, producen en la práctica una merma de los derechos del menor, y la inoperancia de las garantías procesales. Esto le permite al sistema controlar al menor "peligroso" sin que su actividad quede sujeta al control de la sociedad en su conjunto. Asimismo, también estigmatiza al sujeto si bien no como delincuente si como anormal, al calificar su persona (no su conducta) como contraria a las pautas y valores de la sociedad.

2) Se propone en consecuencia la imputabilidad del menor como la forma más adecuada de introducirlo en el ámbito de vigencia de los principios y garantías del derecho penal. El menor sólo será pasible de una pena cuando cometa una acción típica, antijurídica y culpable. De tal manera la antijuridicidad de la acción será el presupuesto de la actividad punitiva del Estado y no la antijuridicidad (o la peligrosidad) del sujeto. Se evitará la aplicación de penas bajo la apariencia de medidas asistenciales y por lo tanto ajenas a las garantías procesales y a los principios del derecho penal.

3) El fundamento de la imputabilidad del menor debe ser la capacidad de motivarse por las normas, al punto de decidir su obediencia. Se estima un criterio útil al efecto: la finalización de la educación obligatoria, esto es el período durante el cual el Estado asume la obligación de educar al sujeto, transmitiéndole los criterios valorativos vigentes en la sociedad y las pautas de comportamiento que en ella rigen, motivándolo al cumplimiento de las normas que traducen esos valores y pautas.

4) La responsabilidad penal del menor implica que puede ser éste pasible de una pena. Dicha pena debe ser determinada y determinable, sujeta al principio de legalidad, tendiente a la resocialización (siempre y cuando sea ésta voluntaria y no forzosa) y salvo situaciones excepcionales, alternativa a la de privación de la libertad. Asimismo se afirma la conveniencia de que las penas se ejecuten en un ámbito próximo al contexto social del menor (p.ej., Municipios, barrios, pueblos, etcétera).

### 3. COMISIÓN B: DROGAS

Se coincide en poner de manifiesto la ineficacia de los medios y políticas utilizadas en la actualidad para combatir los efectos negativos de la drogadicción en la sociedad.

La Comisión se pronunció, casi por unanimidad, en favor de la despenalización del consumo y tenencia para el consumo de drogas. En ese sentido se considera inconstitucional el art. 6º de la ley 20.771 en razón de lo dispuesto por el art. 19 de la Const. Nacional y se recomienda su derogación.

Se debatió respecto de los límites de la esfera de acción privada de los consumidores y en qué medida repercuten sus actos en la sociedad o ambiente público.

La ponencia uruguaya hizo una crítica al sistema vigente en su país regido por la ley 14.294. También manifestó su oposición a la incriminación del consumo propuesta por algunos proyectos parlamentarios, ya que en este momento no es punible de acuerdo con el régimen citado.

Los relatores españoles propugnaron como alternativa político-criminal, la despenalización de la tenencia para el consumo y el tráfico de drogas.

#### 4. COMISIÓN C: PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

Casi unánimemente se ha impugnado el actual sistema penal como apéndice de todo un sistema de marginación de sectores sociales, a la vez que dicha estructura ni siquiera cumple sus fines normados.

Apuntamos a un cambio de estructura, a un cambio del deber ser y no a lavarle la cara al sistema.

Creemos también que el discurso rehabilitador ha sido nada más que un argumento para legitimar el encierro. "Encerremos en aras de la libertad", parece contradictorio, por eso fue necesario crear un fundamento: la rehabilitación, la readaptación, etcétera.

Retomando el hilo de la primera reflexión, creemos que la justicia sólo se puede realizar a partir de la existencia de un poder como prerrequisito para imponer sus decisiones. Nuestro actual sistema no es ajeno a ese principio general, y un poder hegemónico dentro de la sociedad que también se reproduce en instituciones judiciales propugna en casi todas las sentencias un modelo de hombre basado en la escala de valores de los sectores hegemónicos.

Por lo tanto para una nueva justicia es necesaria una nueva sociedad basada en una nueva escala de valores.

Estamos también de acuerdo con que el cambio que proponemos sea gradual porque somos conscientes que de

otro modo se produciría una fractura con el consenso popular (opinión pública). De aquí parte nuestro problema: "desde qué concepción global cambiamos el sistema sin oponernos, como dijimos antes, al consenso".

Somos conscientes de que los medios de comunicación, principalmente, así como también otras formas de reproducción ideológica son los que influyen y condicionan al sistema y dentro de él a sus componentes (la opinión pública).

Planteamos en este encuentro también algunas alternativas a la pena de prisión como solución urgente aunque transitoria.

Es importante abrir un abanico de alternativas para que el juez en el momento de individualizar la pena pueda optar por la que sea más conveniente al sujeto.

Creemos que existe una simbología y un mito en cualquier pena, en cualquier alternativa, por eso las consideramos con grandes posibilidades de éxito.

Y para terminar queremos señalar la importancia de este encuentro en el cual hemos convenido estudiantes, profesores, presos, agentes de policía, etc., en una dinámica poco usual en un Congreso, pero sí más rica e integradora.

Esto demuestra una vez más que cualquier reforma que deba encararse necesita, antes que nada, la restitución y fortalecimiento de los lazos solidarios de todos los segmentos de la sociedad.

Nosotros como estudiantes y futuros abogados o magistrados asumimos la responsabilidad y el compromiso de propender al cambio para así modificar al sistema.

## 5. COMISIÓN D: LEYES DE POLICÍA Y ORGANISMOS POLICIALES

### a) Leyes de policía

1) La Corte Suprema de Justicia ha convalidado históricamente los edictos policiales, basándose en la existencia de un "recurso judicial suficiente", que estaría dado por el art. 587 y ss. del CPPN.

2) Sin embargo, creemos que el principio de razonabilidad de las leyes que emana del art. 28 de la Const. Nacional, no es receptado por la ley 14.467 (ley de ratificación de edictos). Por otra parte consideramos que los arts. 27, 586 y 587 del CPPN no se conciben con la Constitución Nacional.

3) Además, la existencia de los edictos policiales viola expresamente los siguientes principios constitucionales:

a) Principio de legalidad: Arts. 16, 18, 23, 28, 33, 67, incs. 11, 27 y 28, 88, incs. 2º, 4º y 19, 93, 108.

b) Principio de jueces naturales: Arts. 18, 67, inc. 17, 88, inc. 5º, 93, 100.

c) Principio de defensa en juicio: arts. 18, 23, 28, 66, inc. 11, 86, inc. 2º, 95. El Poder Judicial debe entender en primera instancia en estos casos.

d) Principio de debido proceso: Arts. 18, 23, 28, 95.

e) Principio de división de poderes: Arts. 1º, 29 y concordantes.

4) Creemos que nuestro razonamiento es respetado por las siguientes disposiciones legales (tanto de fondo como de forma):

a) Código Penal: arts. 42 y 227.

b) Ley 23.698, art. 6º.

c) Código de Procedimiento en Materia Penal de la Nación: arts. 2º, 9º, 363, 364, 368 y concordantes.

5) Los edictos policiales constituyen disposiciones de carácter general que crean tipos penales abiertos. Esto da lugar a su uso como medio de control social discrecional ejercido por los funcionarios policiales, excediendo los límites razonables que debieran enmarcar las facultades del poder de policía del Estado en una sociedad democrática.

6) Ante tal situación, creemos que el Poder Legislativo debe procurar morigerar gradualmente el exceso de facultades que en la actualidad tienen los organismos policiales. Por ende proponemos:

a) Incluir el tratamiento de las faltas y contravenciones como materia legislativa (a través de tipos penales cerrados acordes con los principios y garantías constitucionales).

b) Propiciar el pronto debate de los proyectos de Código de Procedimiento en Materia Penal que actualmente se encuentran a consideración de los legisladores, y la inclusión del tema contravencional como título especial dentro de dicho ordenamiento procesal; promover la creación de tribunales barriales.

c) Promover la rápida sanción de un código contravencional que judicialice el tema.

d) Hasta tanto se logren estos objetivos bregar por la aplicación de la normativa vigente de un modo acorde con los principios expuestos. Toda nuestra inquietud deriva de la preocupación por la efectiva defensa de la dignidad y de la integridad del hombre, así como por el debido respeto de sus derechos y garantías.

#### b) Organismos policiales

1) Aun cuando se considere que el conocimiento técnico específico que adquieren los funcionarios policiales en su etapa de formación es elevado, creemos necesario profundizar su capacitación doctrinaria en los aspectos cívicos fundamentales, y fomentar su concientización acerca de la situación social en la que se desenvuelve su actividad.

2) Los organismos policiales, el ministerio público y los jueces deben comprender que la verdadera e importante función de la policía aparte de su finalidad preventiva, es ser auxiliares de la justicia y no administradores de ella.

3) Hoy más que nunca se hace necesario que el Poder Judicial cuente con una Policía especial subordinada a él encargada de brindarle sus servicios para una eficaz labor de investigación de los hechos que debe dilucidar, separando y dejando a cargo de la policía dependiente del PEN la faz de prevención y de orden. Ambas deben contar con recursos suficientes.

4) El ejercicio y las obligaciones de policía deben estar siempre subordinados a la Constitución Nacional y a las leyes. Asimismo, deben respetarse los derechos de los funcionarios policiales, que en el fondo coinciden con los del resto de los funcionarios públicos, sin perjuicio de la ubicación de la función policial dentro de los cometidos esenciales del Estado. Además de los derechos acordados por las leyes orgánicas respectivas no es incompatible con la función policial el derecho de asociación democrática, agremiación y huelga.

#### 6. COMISIÓN E: OBEEDIENCIA DEBIDA

Más allá de la naturaleza jurídica de la eximente, que fue objeto de discusión, planteándose diversas opiniones, hubo acuerdo en cuanto a los siguientes puntos:

a) Los hechos atroces y aberrantes no están amparados por la eximente.

b) Cuando el ejecutor conoce la ilicitud de la orden cesa la obligación de obedecer.

c) Si bien algunos autores hablan de coacción, se consideró que se trata de una eximente distinta.

Con relación a la ley 23.521, llamada de "obediencia debida", se concluyó por unanimidad en que es una norma manifiestamente inconstitucional pues:

1) Viola derechos humanos fundamentales, que ni siquiera pueden ser objeto de amnistía (art. 29, Const. Nacional).

2) Viola la división de poderes pues su naturaleza es la de una sentencia y, como tal, es arbitraria.

3) Asimismo, comparando el instituto de la obediencia debida y la ley llamada de obediencia debida, se concluyó en que no existe relación alguna entre ambas.

También se destacó que la excepción contemplada en el art. 2º, referida a la apropiación extorsiva de inmuebles, consagra una aberración valorativa al considerar un bien jurídico de mayor jerarquía la propiedad privada que la vida humana.

A la luz del análisis jurídico de la ley, se afirmó que ella importó la creación de una ficción con el único objeto de despenalizar obligatoriamente a quienes cometieron violaciones de derechos humanos, cuyos fundamentos sólo pueden encontrarse en una pretendida razón de Estado.

Es preocupante que el máximo tribunal de la Nación, salvo la honrosa excepción del ministro Bacqué, no haya advertido la notoria endeblez jurídica de esta norma, que además desoyó los tratados internacionales atinentes, de los que la Argentina es parte, y consumó una lamentable legitimación de las inconcebibles violaciones a los derechos humanos acaecidas en nuestro país.

#### 7. AUTORIDADES DEL CONGRESO

PRESIDENCIA ACADÉMICA

Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni

PRESIDENCIA ESTUDIANTIL

Sergio R. Rocamora

**SECRETARÍA ACADÉMICA**

Doctor Julio E. S. Virgolini

**SECRETARÍA ESTUDIANTIL**

Silvina Bacigalupo

**CONSEJO ACADÉMICO**

Doctores Enrique Bacigalupo (Madrid, España); Alberto Binder; José Antonio Buteler; Cristina Camiña; José I. Cafarata Nores; Rocío Cantarero Bandres (Salamanca, España); Horacio Cattani; Joaquín Pedro Da Rocha; Zulita Fellini; Juan Carlos Ferré Olivé (Salamanca, España); Emilio García Méndez; Mirna Goransky; Edmundo Hendler; Lucila Larrandart; Julio Maser; Luis Niño; Esteban Right; Ricardo Sáenz; Marcelo Sancinetti; Norberto Spolansky; Juan Terradillos Basoco (Cádiz, España).

**COMITÉ ORGANIZADOR**

Mónica Cattani; Guillermo Gaggiolo; Alejandra Gil; Matilde González Sampaio; Verónica Guagnino; Maximiliano Rusconi.

**COLABORADORES**

Alberto Bovino; Gladys Eguí; Adriana Gutiérrez; Viviana Kristicevic; Victor Varone; Martín Yacobucci.

**COORDINADORES**

Victor E. Abramovich Cosarin; Mary Ana Beloff; Carlos Espósito; Carlos Manuel Garrido; Daniel H. Lago; Ignacio Adrián Lerer; Daphne Pallopoli.

## MISCELÁNEA



## CUENTOS

### El Suroeste \*

Se recibió de abogado en un banquete. Os contaré cómo sucedió.

La invitación, profusamente repartida, anunciaba una "comida en honor de nuestro amigo Luis Fernández Barriobajo, con motivo de la brillante terminación de sus estudios universitarios".

Al entregarme la tarjeta, me ordenó el patrón:

— Dan una comida al hijo de Juan Fernández. Tendrá usted que ir en representación de la casa.

Juan Fernández era dueño del almacén "El Peninsular", el mejor surtido de la calle Boedo. Nos compraba por año centenares de cajones de aceites, conservas y vinos españoles. Existían poderosas razones para que yo participara del homenaje, aun sin tener el gusto de conocer al beneficiario, ni a ninguna de las ochenta y tantas personas cuyos nombres, impresos en cuerpo siete, ennegrecían la mitad inferior de la tarjeta.

Exhumé el traje negro del casamiento y lo hice rejuvenecer por un tintorero japonés, verdadero artista de la plancha. Mi aspecto era de severa distinción cuando me constituí en el restaurant a las ocho y media de la noche, hora señalada en la invitación.

Nadie había llegado todavía. Abrí el diario de la noche y me enfrasqué en las cotizaciones de los mercados extranjeros.

\* Gómez Maña, Román, *En la trastienda de Themis. Relatos de la vida judicial*, B. A., 1931. "Lecciones y Ensayos" agradece al doctor Horacio Sanguinetti su colaboración y su buen humor.

Una hora después, ya agotado el periódico, mi soledad continuaba. Decidí compartirla con un vermouth.

Al filo de las diez, se oyó una algarabía en la escalera de acceso y una veintena de personas invadió el salón. Prodióse un largo momento de confusión que por fin logró dominar el fotógrafo. Cuando se disipó el humo del magnesio, ya todos estábamos sentados a la mesa.

Los mozos comenzaban a servir el fiambre especial con ensalada rusa. Recorrí con mirada escrutadora los rostros que orillaban el mantel. Ni uno conocido. Aquel joven de la cabecera, que sonreía a todo el mundo a riesgo de que se le despegara el bigotito, debía ser el homenajeado. Reinaba poco entusiasmo en el ambiente. Apenas una que otra broma saltaba de un extremo de la mesa y se perdía en el techo sin despertar ningún eco. Estudié de reojo a mis más próximos vecinos. El de la izquierda, un muchacho adiposo e inexpresivo, engullía con justificado apetito tajadas de pan con manteca. El de la derecha era un mocito enjuto y pálido, rubio hasta la exageración. Se agitaba nerviosamente en la silla, y de continuo debía rectificar la posición de sus enormes gafas armadas en carey, que abarcaban la mitad de su rostro. De pronto enfocó hacia mí su instrumento óptico para preguntarme:

— ¿No es usted la persona que encontramos aquí al llegar?

— Sí señor. Estoy desde las ocho y media.

— ¡Je, je! Ya definió Oscar Wilde al hombre puntual, diciendo que es el que tiene siempre que esperar a los demás. Lo ocurrido es bien comprensible. Nos citamos en una confitería; éramos cuarenta los apalabrados. Y ya ve usted: a fuerza de llamados telefónicos nos hemos reunido dieciocho. Es lo usual en estos casos. Con usted somos diecinueve los admiradores de Fernández Barriobajo... ¡Je, je! ¿Usted es muy amigo de él?

— Lo veo por primera vez —le contesté—, relatándole en forma sucinta los motivos puramente comerciales que me habían llevado a la mesa del homenaje.

— ¡Me alegro, hombre, me alegro! Tendré oportunidad de informarle acerca de algunas cosas que es útil escuchar... ¿Conoce usted a este grave personaje que se sienta a la diestra del obsequiado? ¡Claro que no lo conoce! Si fuera usted estudiante, sabría que es el doctor Camándula, profesor en la facultad y decano hasta hace poco. Nosotros lo hemos apoyado en el último conflicto.

— ¡Y quiénes son ustedes?—inquirí—.

— El "Comité pro orden universitario". Constituimos una minoría, pero una minoría selecta. ¡Como que casi todos somos hijos de profesores!... Sosteníamos nosotros, en contra de los huelguistas, que para elegir decano tiene más autoridad la tertulia del Jockey Club que la asamblea de alumnos. Ese es el fundamento doctrinario del Comité pro orden. Pero usted nunca lo habrá encontrado expuesto en términos tan sencillos, ¿verdad?... ¡Je, je!

— Entonces están ustedes en la derecha.

— En la extrema derecha, señor mío. Es una posición muy cómoda. Cuando alguno de nuestros adversarios des-cuella, lo acusamos de estar vendido al oro de los soviets, y a otra cosa. ¡Si usted supiera qué ameno es todo esto! Yo me divierto muchísimo. Lo que no me explico es por qué razón me acusan de derrotismo mis compañeros.

— Fernández Barriobajo será del mismo comité...

— Es el presidente. Él es presidente en todas partes. Centros políticos, estudiantiles, culturales y recreativos lo tienen en la primera magistratura. Hay en Luisito mucha vocación para el cargo.

— Es una especie de menseur, por lo visto...—aventuré.

— De eso está persuadido. En realidad no hay tal cosa. Si la amistad no me obligara a callar, diría que se trata más bien de un enfermo de soberbia, de un hipervanidoso, amigo de mandar pero que no sabe obedecer. Y el arte de un conductor de hombres finca en adivinar la inconsciente voz de mando de los conducidos, y obedecerla. Sólo con mucha intuición y con mucha perspicacia se puede ser un menseur... Lo digo con profunda pena, pues aprecio mucho a Luisito.

El mozo se interpuso entre nosotros, sirviendo la crème de riz.

Mi compañero chapaleó con la cuchara en el plato, e hizo un chiste acerca de la consistencia mucilaginoso del manjar. El chascarrillo tuvo éxito, pues recorrió la mesa provocando hilaridad general.

El doctor Camándula creyó oportuno adherirse con una benévola sonrisa. Tan sólo permaneció impassible un señor calvo y obeso, que no abrió la boca más que para llenarla inmediatamente de sustancias sólidas o líquidas. Estaba ubicado a la izquierda del obsequiado, haciendo pendont con el doctor Camándula.

— Me tiene intrigado ese señor —dijo a mi vecino—. Su seriedad es químicamente pura, como el negro de sus mostachos. ¿Quién es?

— Es el diputado Lesot, uno de los ases del Partido Federalista. Fernández Barriobajo actúa en el mismo conglomerao. Preside el "Centro Cultural y Biblioteca Doctor Pedro Lesot", donde se juega al monte los lunes y jueves, sin otro propósito que el de estimular el espíritu cívico. Si es usted aficionado, tendré sumo gusto en acompañarlo.

Rehusé la gentil invitación, aduciendo que un empleado comercial de mi jerarquía no podía concurrir a tales lugares.

— ¿De qué se ha recibido Barriobajo? —inquirí—. ¿De abogado?

— ¡No! De procurador universitario. Él comenzó por estudiar abogacía, pero ha terminado por hacerse procurador. El título que hoy festejamos es un aborto. O un siete-mesino, si usted prefiere... ¡Je, je!

Los mozos distribuían el filet de brótola.

Yo no estaba muy fuerte en cuestiones universitarias. Debí solicitar a mi vecino que aclarara sus palabras.

— En teoría —me explicó—, la diferencia entre un abogado y un procurador es la misma que existe entre el médico y el enfermero que pone las inyecciones. La procuración es una carrera relativamente nueva. Se ha creado con el pretexto de dignificar esa calumniada profesión, y de reprimir el avenegrismo. Lo que se persigue, realmente, es que los procuradores sepan algo de leyes, para prevenir en lo posible los yerros en que suelen incurrir los letrados que confecciona la misma fábrica. He de recordar a usted, para proseguir el símil, que un "gallego" del anfiteatro de Medicina es capaz de investigar la carótida con mucha más precisión y limpieza que un médico de nuevo cuño... También en el tribunal suele ocurrir que los letrados novatos no sepan manejar el escapelo... En cuanto a la represión del avenegrismo, que se dice buscar mediante los estudios de procuración, constituye una incongruencia de a puño; puesto que existen los hombres con alma de avenegras, lo prudente sería no entregarles nuevas armas, no enseñarles los intrínquilis del derecho, las anagazas del procedimiento y los tiquismiquis de la interpretación.

Se llevó a los labios la copa de Sauternes.

— Está bueno este vino —dijo—. Aunque quizá demasiado fresco. Lo habrán preparado de intento. Está a punto con el obsequiado. ¡Je, je!...

— Parece que usted no quiere mucho a Barriobajo —le insinué—.

— ¡Todo lo contrario, señor! Lo estimo mucho. Somos grandes amigos. Como que estudiamos juntos desde el Nacional... Pero todavía no le he dicho cómo se recibió de procurador. ¡Le interesa saberlo?... Pues bien. Fernández Barriobajo es un muchacho estudioso e inteligentísimo. Créalo, señor. El cariño no empaña mi ecuanimidad. Es una verdad demostrada: Luisito es talentoso por los cuatro costados. Pero ¡qué quiere usted!... no consiguió aprobar el primer curso de civil. ¡Y eso que se presentó tres veces a rendir!... Yo presencié su último examen. Le tocó "Capacidad". El profesor se caló los lentes, miró el programa con la atención de quien busca una falta de ortografía, y pidió con voz meliflua: "Capacidad de hecho y de derecho. Exponga". Fernández tosió dos veces, se contoneó en la silla y recogió un poco los pantalones. Comenzó el match. En la primera vuelta Luisito logró acreditarse algunos puntos. El adversario se limitaba a estudiar su estilo; pero de pronto cerró la guardia, y entró a su vez con un buen golpe: "A ver qué dice la nota". Luisito paró bien y contestó. Se produjo un breve clinch. El estudiante salió bastante airoso, y ya se dispuso a colocar una serie de impactos, cuando el profesor contuvo su arremetida: "A ver qué dice Freitas". Fue un excelente directo, amigo mío. Barriobajo vaciló y por un momento abandonó la guardia; pero reaccionó enseguida, y de nuevo entró en clinch. El cuerpo a cuerpo fue esta vez favorable al profesor. Fernández Barriobajo perdía potencia a ojos vista: estaba casi groggy. El examinador ganaba la pelea por holgado margen de puntos, pero buscó la decisión violenta, mediante un formidable uno-dos que alcanzó plenamente a su contendor: "A ver qué dicen los Códigos francés y alemán"... Terminó el combate por knock out de Luisito en el cuarto round... El resultado fue correcto y proporcionado al desarrollo de las acciones. Sin embargo, Fernández sostiene todavía que fue víctima de un golpe bajo... ¡Je, je!

— ¿Y ese examen es el que hoy celebramos?

— En cierto modo, sí. Pues a raíz de ese examen, Barriobajo mandó al demonio la abogacía y cursó procuración. Esta carrera consta de cinco materias elementales. Y como él es muy estudioso y muy inteligente (creo habersele manifestado) aprobó las cinco con la nota mínima... ¡Je, je!

El rubio se acomodó las gafas, que pugnaban por avecinarse con la punta de su nariz. Se volvió hacia mí, riendo todavía.

Servían los mozos el dindoneau rôti con ensalada, obligándonos a un silencio expectante. Eché una ojeada a los comensales. No se había roto el hielo todavía. Se conversaba, se reía algo más, pero quedaba un resto de frialdad no desvanecida. Lo achaqué a la presencia del diputado Lesot, que producía seriedad por acción catalítica.

— Hay algo que no entiendo —dije a mi vecino, que atacaba con denuedo una pata del pavo—. A juzgar por sus palabras, este banquete debe reputarse un homenaje excesivo para los méritos de Fernández Barriobajo.

— ¡Nada de eso, mi estimado señor! Fernández Barriobajo ha ganado un diploma, y es digno por muchos conceptos de la comida que le ofrecemos.

— Además, el número de personas que rodean la mesa permite sospechar que las amistades de su amigo no son muy vastas.

— Nuevo error suyo. Luisito tiene mucho arrastré. Lo que ocurre es que el cubierto es muy caro para el bolsillo de los muchachos. Pero Luisito quería una comida en forma, como corresponde a un individuo de tantas presidencias. En una bottiglieria, a cinco pesos por barba, veríamos fácilmente a treinta estudiantes alrededor de la mesa. Pero faltarían el doctor Camándula y el diputado Lesot, que es lo que deseábamos demostrar. ¿Comprende usted?

— Eso significa que Fernández Barriobajo cultiva la parada.

— Ha puesto usted el dedo en la llaga. Valdría la pena que usted lo viera llegar a tribunales cualquier tarde; comprobaría entonces hasta qué punto es exacta su hipótesis. Camina tan tieso que los ascensoristas le tienen miedo, tomándolo por algún personaje influyente. Usa un bastón magnífico, y unas galeras como no han de verse en Trafalgar Square. Y a la hora de audiencia lleva un habano espectacular, que es como el sexto dedo de su mano, enguantada en cabritilla del mismo tono... ¡Una parada deslumbrante, mi querido señor!

Estábamos en plena ingestión del pavo. Aproveché la coyuntura para ponerme a tono con mi interlocutor, diciéndole:

— Esta gallinácea parece una delicada alusión al obsequiado.

— ¡No diga eso! —replicó con sonrisa seráfica—. ¡No sea malévolo!... Límitese a pensarlo... ¡Je, je!... Me ha dicho usted que conoce al padre de Fernández Barriobajo.

— Sí, lo conozco. Es una buena persona.

— Y una inteligente persona. Todo lo que ha alcanzado Luisito se lo debe a su padre.

— ¿Cómo así?

— Su padre lo ha encaminado. No solamente le dio estudios, sino también excelentes consejos. Es un hombre iletrado pero sagaz, que exuda sentido práctico por todos sus poros. Desde pequeñín, Luisito le ha escuchado decir: "Hijo mío, para triunfar en este país hay que ser judío o católico militante. Ya que nunca podrás ser lo primero, trata de llegar a lo segundo"... Interesante el viejo, ¿verdad?

— Muy interesante. ¿Y el hijo siguió el consejo?

— ¡Lo siguió por partida doble! Se hizo católico militante y acaba de abrir estudio en sociedad con un judío. Se han acogido a la protección de las dos únicas sectas bien organizadas con que cuenta el país. Prosperarán, no hay duda. Ya tienen en trámite la testamentaria de un santón y un fuerte cobro hipotecario de un israelita.

El mozo que retiraba los platos nos hizo callar. La simpatía de Fernández Barriobajo, a través de mi compañero de mesa, me interesaba. Mi patrón hubiera dado algo por oírlo.

— ¿Y vale intelectualmente Fernández Barriobajo? —torcé a preguntar—.

— Me hace usted una pregunta difícil —contestó con seriedad—. Si elogio a Luisito como merece, creerá usted que me inspiran la amistad y el cariño. Y no hay tal. Yo soy equitativo y justiciero. Y afirmo con entera convicción que Fernández Barriobajo vale mucho intelectualmente... Debo advertirle que mi opinión no es compartida por el profesor de derecho civil, ni por el de penal, ni por el de finanzas, quienes por motivos personales piensan como su colega el civilista... Mas no cabe inferir suposiciones erróneas de esos reprobados, que a lo sumo demostrarían escasa disposición para las disciplinas jurídicas. Es en otras actividades donde Luisito descuella. En la oratoria, por ejemplo. La oratoria es el fuerte de Fernández Barriobajo: la oratoria y las presidencias... ¡Je, je! Su palabra goza de gran reputación en los círculos estudiantiles, políticos y confesionales. Y con razón. Se necesita un gran talento para perorar una hora larga sin aportar una sola idea. ¡Je, je!...

El lomito con champignons estaba muy comestible. Mientras hincaba el tenedor en la vianda, le dije:

— Ya veo que su juicio sobre Fernández es ecuánime.

— ¡Cómo no ha de serlo! Somos grandes camaradas, lo quiere entrañablemente, pero me olvido de todo eso cuando propalo a los cuatro vientos que Luis Fernández Barriobajo es toda una intelectualidad!... Sólo dos reparillos cabe formular a su formación cultural: el primero, que admire tanto a Ortega y Gasset; el segundo, que no haya leído a Ortega y Gasset... ¡Je, je!

Bebió un sorbo de Chianti y seguimos comiendo.

A esta altura de mi diálogo el ambiente del salón se había tornado algo más bullanguero. Los muchachos cruzaban bromas con más libertad, y hasta hubo quien por lo bajo hizo alusión al bigote teñido del diputado Lesot.

Los mozos comenzaban a distribuir los platos de postre. Un gâteau Mont Blanc fue repartido en tantos copos de nieve como personas.

Aparecieron luego las botellas de champagne. Las copas se colmaron hasta los bordes, y la inminencia de los discursos acongojó mi corazón.

Con gran asombro de mi parte, el rubio se puso en pie y expuso:

“Señores: En nombre del Comité pro-orden universitario me honro en ofrecer esta demostración a nuestro digno presidente. Soy el más humilde de cuantos militan en esa hermosa falange de estudiantes, inspirados por los más puros ideales y propósitos. Pero soy el más autorizado para dirigir estas palabras, no por mis escasos méritos, sino porque al lado de Luis Fernández Barriobajo he recorrido el más hermoso trecho del camino de mi vida. (Murmullos de aprobación.) Señores: No he de referiros ahora las relevantes cualidades personales que adornan a nuestro obsequiado, las que callo por demasiado conocidas y por demasiado valoradas. No he de narraros los notorios éxitos que ha obtenido en nuestra casa, en nuestra querida Facultad, y que culminan en un diploma que es limpia ejecutoria de su inteligencia y aprovechamiento. No he de hablaros de su profunda versación en la difícil ciencia jurídica, ni de sus innegables dotes de orador, ni de sus hermosas prendas de carácter, ni del denuedo y honradez con que defiende sus convicciones religiosas, convicciones que no comparto pero que soy el primero en respetar, porque las sé desinteresadas y sinceras. (Nuevos murmullos aprobatorios.) Baste decir,

en obsequio a la brevedad, que en Luis Fernández Barriobajo se hermanan providencialmente el hombre de ciencia con el hombre de acción, el estudioso con el luchador... (Más murmullos. Un ¡Bravo! aislado.) ¡Coincidencia verdaderamente milagrosa, que sólo es dable encontrar en las cumbres de la humanidad! Y si hoy, venciendo su natural modestia, hemos tendido estos manteles en honor de nuestro amigo, aprovechemos la ocasión para inspirarnos en su viviente ejemplo, tan pródigo en sugerencias para nosotros los estudiantes. Señores: al alzar mi copa hasta la altura de mi corazón, brindo por la prosperidad y ventura de Luis Fernández Barriobajo. Nada más". (Largos y cálidos aplausos. Estrecho abrazo entre obsequiado y orador.)

Se sentó el rubio. Mi sorpresa había ido creciendo durante su discurso y tenía urgencia en pedir una explicación.

— No se asuste, señor —me dijo—. Lo mismo me da blanco que negro. Yo soy un escéptico, pero un escéptico dinámico. La cosa es pasar el rato...

Apareció un nuevo orador en el otro extremo de la mesa. Con palabra trabajosa, comenzó:

"Traigo a este acto la honrosa representación del Centro Cultural y Deportivo 'Patria y Orden', afiliado al partido Federalista, y que preside el doctor Luis Fernández Barriobajo..."

— ¡Los procuradores tienen tratamiento de doctor? —pregunté en voz baja a mi vecino.

— ¡Cállese, que esto está muy bueno! —susurró el otro, que escuchaba atentamente.

— "...El foro argentino —proseguía el orador— se enriquece hoy con este nuevo letrado, que sabrá luchar por el triunfo de la verdad y del derecho".

— Aquí hay un *quid pro quo* que —volví a murmurar.

Me contuvo con una seña de silencio, sin dejar de atender al discurso. Este continuó largo rato, con gran derroche de adjetivos ditiámicos.

Un nuevo disertante se irguió luego. Ya no recuerdo a quiénes representaba, pero sí que insistió en llamar "doctor" al obsequiado y en ensalzar al flamante abogado aparecido en la palestra tribunalicia.

No había duda. Decididamente el hijo de Juan Fernández se había recibido de abogado, lo que dejaba muy malparada la seriedad de las informaciones suministradas por mi solícito compañero de mesa.

Mi convicción se arraigó cuando Fernández Barriobajo se puso en pie para agradecer. Refirióse en extensas parrafadas a sus "largas vigiliass de estudio" y a su "acendrado amor por la ciencia que ilustraron Ihering y Savigny, Demolombe y Camándula"; juró, con la mano puesta sobre los restos del postre, que "al iniciarse en la vida profesional contrada la responsabilidad de luchar contra toda jurisprudencia que reputara errónea o nociva, primer deber de todo juriconsulto, al decir de Esmein".

Mientras tomábamos el café, el rubio intentó explicarse.

— No sé qué ha pasado. Esa gente está mal informada, o magnífica de intento el diploma de Barriobajo. Así les resultaba más fácil componer el discurso. ¿No cree usted? A mayores méritos del personaje, menor esfuerzo para el apologista. Claro que nadie ha de osar en este momento deshacer el equívoco. ¡Y menos Luisito!... Pero en cuanto termine la comida lo convenceré de que Luisito es procurador solamente. Me interesa restablecer la verdad histórica.

— Espero su demostración —respondí desabridamente—. Mientras tanto, tengo derecho para opinar que usted ha querido burlarse de mí.

Cuando nos hubimos levantado de la mesa, me dirigí en un aparte a Fernández Barriobajo, para presentarle mis respetos y felicitaciones en nombre de la casa. Quedó el hombre muy complacido y retribuyó con largueza mis atenciones, refiriéndose a la noble misión que cumplía nuestra empresa, "que contribuye al estrechamiento de los vínculos comerciales con la madre patria".

En estas razones estábamos cuando apareció junto a nosotros el rubio de los anteojos de carey.

— Che, Luisito —le espetó a boca de jarro—. ¿De qué te has recibido vos? ¿De abogado o de procurador?

— De abogado, hombre, de abogado —contestó precipitadamente Fernández, al tiempo que le señalaba mi presencia con una mirada significativa.

— Pues yo creía que era de procurador... —prosiguió el rubio, imperturbable y despiadado.

— ¡No seas pesado!... Estoy hablando con el señor de cosas importantes. ¡Podrías ser más educado!—

Le dijo esto en tono furibundo, y para condenarlo a discreción perpetua le dirigió un pisotón que por lamentable error de puntería vino a estrellarse contra uno de mis pies.

De tal manera quedó restablecida la verdad histórica. La prueba aportada por el rubio me pareció fehaciente, aunque algo dolorosa. Pero nunca se llega a la verdad sin sufrimiento.

Y así fue como Luis Fernández Barriobajo se recibió de abogado en un banquete.

1) En una Facultad de Derecho del Sur de América eran populares dos profesores por el significado contradictorio que atribuían a un pobre articulo de la ley de marcas y patentes. Lo interpretaba el uno por el espíritu y el otro por la letra. Cada cual se preciaba de la sagacidad de su lectura y acusaba con vehemencia al adversario de miopía jurídica.

Todos los estudiantes del claustro sabían que aquel artículo no era uno, sino dos; y hasta el más bruto, si quería ser un bruto doctorado, memorizaba con paciencia cada una de sus versiones. Ambos juristas derivaban de aquella disputa una sensación de importancia que no les cabía dentro del traje.

Un día, furtivamente, el Congreso Nacional derogó la norma. Conocido el hecho los académicos lograron su primer acuerdo, y hasta fueron velados juntos en el Aula Magna.

#### V.E.A.C

2) En un Juzgado de Paz de la Capital llamaron a audiencia de testigos por un accidente de tránsito. El demandado, inocente, confiaba en la astucia de su letrado. El actor, por el contrario, sólo se tranquilizó cuando logró comprar un buen testigo.

Iniciado el interrogatorio el deponente exhibía su profesionalidad: "que lo vi cruzar en rojo"; "que iba a excesiva velocidad"; "que lo chocó de atrás"; "que no tenía registro"; "que estaba alcohólico". Llegadas las repreguntas la abogada del demandado lo inquirió:

— Para que diga si sabe y cómo le consta que el accionado vestía uniforme de granadero.

— ...dijo el testigo, y casi marcha preso.

#### V.E.A.C

## ¿LO SABÍA?

### DE CÓMO MUEREN LOS JURISTAS

"Retirado en este año de la vida pública, pasó algunos más en el sosiego del hogar, pero su vida estaba agotada no por efecto de la enfermedad sino por la intensidad del esfuerzo cumplido".

JORGE J. LLAMBIAS

Tratado de derecho civil. Parte general, p. 191

### DELINCUENTES POR ESTADO

"A estos delinquentes por estado pertenecen, por una parte, el grupo de los asociales en sentido estricto, generalmente con una criminalidad leve: el mendigo, el vagabundo, el reacio al trabajo, las prostitutas; por otra parte, el grupo de los delinquentes habituales peligrosos, con una criminalidad grave".

HANS WELZEL

Derecho penal alemán

12ª ed., Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1987

## APOSTILLAS\*

"La primera cosa que debemos hacer es matar a todos los abogados". William Shakespeare.

"Abogado: Bueno, si usted quiere mi honesta opinión...

Cliente: No, no, no. Yo quiero su consejo profesional".

"Abogado, suegra y doctor, mientras más lejos, mejor".

\* Extraído de "FORUM", Revista de los Estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, n° 2, agosto de 1988.

## **OBRAS PUBLICADAS POR EDITORIAL ASTREA**

- ABBATE, FRANCISCO E.:** *Armonía conyugal. Aportes médico-psicológicos. Compañerismo, sexualidad, fecundidad y convivencia en la concepción actual del matrimonio. Caracterización, causas, tratamiento y prevención de la desarmonía conyugal.* 1987.
- AGUILAR, FERNANDO:** *Sistemas de ahorro previo por grupos cerrados.* 1988.
- ALBERTI, EDGARDO M. (director):** *Elementos del derecho comercial.*
- 1-2. **VITOLO, DANIEL:** *Lex Mercatoria.* 1988.
  3. **LE PERA, SERGIO:** *Common Law y Lex Mercatoria.* 1988.
  4. **GAYALDÁ, ROBERTO:** *Organización monetaria y financiera internacional desde Bretton Woods.* 1987.
  5. **SAVRANSKY, JORGE:** *La llamada "Nueva Lex Mercatoria". Unificación y uniformación. Armonización. Arbitraje.* 1988.-
  6. **DÍAZ COUSSELO, JOSÉ M.:** *Código de Comercio argentino. Estructura. Relaciones con el Código Civil. Unificación.* 1988.
  7. **MEINCKE, HORACIO E. y GARIBLIO, JUAN J.:** *Comerciante. Estatuto del comerciante. Libros de comercio.* 1987.
  8. **CARVAJAL, JUAN C. y ARRIOLA, MARTÍN C.:** *Agentes auxiliares del comercio.* 1988.
  9. **AGUIÑIS, ANA M. DE:** *Contratos legislados en el Código de Comercio.* 1987.
  - 10-11. **ETCHEVERRY, RAÚL A.:** *Nuevas figuras contractuales.* 1987.
  - 12-a. **SCHOR LANDMAN, GUILLERMO:** *Prenda con registro y otros modos de asegurar las obligaciones, incluyendo cartas de créditos, contratos de custodia (escrow), garantías de cumplimiento.* 1989.
  - 12-b. **LABANCA, JORGE:** *Prescripción y caducidad en el derecho comercial.* 1988.
  13. **LEGÓN, FERNANDO A.:** *Títulos de crédito.* 1987.
  14. **LEGÓN, FERNANDO A.:** *Letra de cambio. Pagaré.* 1988.
  15. **LEGÓN, FERNANDO A.:** *Cheque. Tarjeta de crédito.* 1989.
  16. **MIZRAJ, GUILLERMO J. H.:** *Los mercados. Protección de la competencia. Sistemas.* 1987.

- 17-18. FARGESI, HORACIO P. y ROMANELLO, EDUARDO R.: *Sociedades*. 1989.
19. CASSAGNE, JUAN C.: *Sociedades y empresas del Estado*. 1988.
- 20-21. ALLEGRIA, HÉCTOR: *Concursos*. 1988.
22. LAQUIS, MANUEL A.: *Derechos industriales*. 1988.
- 23-24. LÓPEZ AUFRANC, PATRICIA: *Actuación y transacciones internacionales*. 1989.
25. RAY, JOSÉ D.: *Derecho de la navegación*. 1986.
26. FERNÁNDEZ BRITAL, OSCAR: *Derecho aeronáutico*. 1986.
27. PIGRETTI, EDUARDO A.: *Derechos de los recursos naturales*. 1987.
28. SAYRANSKY, JORGE: *Bancos y entidades financieras. Operaciones. Contratos de préstamo. Oferta pública de valores*. 1986.
29. MORANDI, JUAN C. F.: *Seguros*. 1988.
- 30-a. MIZRAJI, GUILLERMO J. H. y CASTRO, ANTONIO R.: *Protección del consumidor*. 1989.
- 30-b. CEAR DE ZALDUENDO, SUSANA: *Regímenes de promoción*. 1987.

ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Reimpresión. 1987.

ARANCINI, ALBERTO: *Manual práctico de sociedades. Modelos de contratos con sus modificaciones y variantes. Jurisprudencia ordenada por sociedades y cláusulas contractuales*. Reimpresión. 1989.

ARAYA, CELESTINO R.: *Títulos circulatorios*. 1989.

ARAZI, ROLAND y colaboradores: *Elementos de derecho procesal*. 1988.

ANGELI, SAUL A.: *Diccionario de derecho comercial y de la empresa*. 1982.

ARQUELLO, LUIS R.: *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*. 3ª edición corregida. 1988.

BOSSERT, GUSTAVO A. y ZANNONI, EDUARDO A.: *Manual de derecho de familia*. Reimpresión. 1988.

BOSSERT, GUSTAVO A. y ZANNONI, EDUARDO A.: *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264*. Reimpresión. 1987.

BROGLIA ARIAS, OMAR y GAUNA, OMAR R.: *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. 2ª edición actualizada. 1987.

- CIFUENTES, SANTOS: *Elementos de derecho civil. Parte general.* 1988.
- DROMI, JOSÉ R.: *Manual de derecho administrativo.* 2 tomos. 1987.
- DROMI, JOSÉ R.: *Presupuesto y cuenta de inversión.* 1988.
- ESCUPI (H.), IGNACIO A.: *Títulos de crédito. Letra de cambio, pagaré y cheque.* 2ª edición actualizada. 1988.
- ETCHEVERRY, RAÚL A.: *Derecho comercial y económico. Parte general.* 1987.
- Obligaciones y contratos comerciales. *Parte general.* 1988.
- Organización jurídica de la empresa. 1989.
- GERALDI, PEDRO M.: *Ley del cheque. Comentada y anotada. Decreto ley 4776/83 con las modificaciones introducidas por la ley 23.549.* 1988.
- GOLDBSTEIN, RAÚL: *Diccionario de derecho penal y criminología.* Reimpresión. 1983.
- HÖNIGER, JAVIER: *Manual de derecho de la seguridad social.* 1989.
- MILLER, JONATHAN M.; GELLI, MARÍA A. y CAYUSO, SUSANA y colaboradores: *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación.* 2 tomos. 1987.
- PLINER, ADOLFO: *El nombre de las personas.* 2ª edición actualizada y ampliada. 1989.
- SAGGES, NÉSTOR P.: *Derecho procesal constitucional.* 4 tomos.
- TOBIAS, JOSÉ W.: *Fin de la existencia de las personas físicas. Muerte natural. Prueba. Efectos. Error en la determinación. Muerte cerebral. Presunción de fallecimiento: Casos. Procedimiento. Efectos. Reaparición. Declaración de existencia.* 1988.
- VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO: *Derecho del trabajo y de la seguridad social.* 2 tomos. 4ª edición actualizada. 1989.
- VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO: *La responsabilidad en el derecho del trabajo.* 1988.
- ZANNONI, EDUARDO A.: *Manual de derecho de las sucesiones.* 2ª edición actualizada. 1989.
- ZARINI, HELIO J.: *Análisis de la Constitución nacional. Comentario exegético, origen, reformas, concordancias y antecedentes.* 2ª edición actualizada. 1988.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en EDITORIAL ASTRUA, Lavalle 1208, e impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2433, Capital Federal, en la segunda quincena de abril de 1989.



