

905



LECCIONES Y ENSAYOS

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

1989

L y E

53

COLECCION

Octubre 2000



LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



Decano

Profesor Jorge Alberto Sáenz

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Subdirector

Profesor Consulto Dr. Carlos J. Colombo

Consejo Asesor

Prof. Héctor Alegria

Prof. Julio C. Cuesta Rúa

Prof. Marcelo U. Salerno

Prof. Marcelo A. Sancinetti

Prof. Horacio Sanguinetti

Consejo Directivo (1988-1990)

Director: Ignacio Adrián Lerer

Subdirector: Eduardo A. Baistrocchi

Secretaria de Redacción: Gabriela Liliانا Alonso

Secretarios de Redacción Adjuntos: Gabriel Leonardo Rizzo

Roberto Pablo Saba

Secretario del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas

Estudiantiles (COLAPJE - Zona Sur): Alberto Bovino

Redactores: Cecilia Rossi

Javier Rodríguez Galli

María Laura Velasco

Ariel Edgardo Dulitzky

Mario Alberto Villar

Mariano Godachevich

Christian Courtis

Mary Beloff

Patricio Cabrera Filisoni

Miguel Alberto Sama

Rodolfo Gerardo Papa

Secretaria Técnica: Silvana Bacigalupo

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



LECCIONES Y ENSAYOS

1989

LyE

53



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: Dirigirse a

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Departamento de Publicaciones

Figueras Alcorta 2265 - CP-1425

Buenos Aires - Argentina

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.
Lavalle 1386 - Buenos Aires

ISSN: 0024-0079

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

EDITORIAL

En un sistema democrático, resulta indispensable la existencia de un Poder Judicial que no sea avasallado por los otros dos órganos de Poder del Estado (Ejecutivo y Legislativo).

La capacidad del Poder Judicial de ser el "intérprete final de la Constitución Nacional" lo faculta, por ese motivo, a invalidar una norma en un caso concreto. Esa prerrogativa, históricamente, es la que ha tentado a los otros factores de poder a tratar de influir y/o condicionar sus decisiones.

Los restantes poderes estatales no resultaron ajenos a tal empresa, a través de numerosos hechos y actos.

Hoy estamos en presencia de otras invasiones de este último género: acciones que indujeron al Procurador General de la Nación a renunciar; omisión de la solicitud de acuerdo senatorial para designar su reemplazante -práctica constante a lo largo de nuestra historia constitucional-; favorecimiento de un clima de desprestigio a miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; proyectos de ley que, so pretexto de lograr mayor eficiencia en la labor del máximo tribunal, tienden a obtener una Corte adicta; medidas administrativas -de extensión cuasi-general, virtuales amnistías- que sustraen al conocimiento y decisión del Poder Judicial causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución (art. 109, Const. Nacional) argumentando que con ello habrá de lograrse la ansiada pacificación nacional.

Desde el motín del 5/4/1811 se han sucedido en nuestro país numerosas amnistías, cubiertas o encubiertas. Todas ellas aducían idénticos objetivos, sin que haya podido verificarse en la realidad su obtención.

Carlos Pellegrini en su último discurso público (*) pro-

* Citado por el doctor Félix R. Loñ, en *Austeros y perspectivas de la amnistía*, ED, 132-929.

Señaló: "Se pretende que ésta sea una ley de olvido que va a fundar la paz en nuestra vida pública. No es cierto. Ni los acusados, ni los acusadores, ni ellos ni nosotros, hemos olvidado nada (...) Lo único que se ha olvidado son las lecciones de la Historia (...) Se olvida que ésta es la quinta ley de amnistía (...) y que los hechos se suceden con una regularidad dolorosa: la rebelión, la represión, el perdón. Y está en la conciencia de todos (...) que esta amnistía, que se propone ser la última, no será la última".

¿Ésta lo será?

INDICE

Editorial	7
-----------------	---

LECCIONES

Alterini, Atilio Anfbal - López Cabana, Roberto M., <i>El impedimento ajeno a la voluntad como causal liberatoria en la Convención de Viena de 1980 (ley 22.765)</i>	13
Andorno, Luis O., <i>La responsabilidad por los productos elaborados y los intereses difusos. Ley 10.000 de la provincia de Santa Fe</i>	21
García Méndez, Emilio, <i>Para una historia del control penal de la infancia. La informalidad de los mecanismos formales de control social</i>	43
Leiva, Alberto David, <i>Los primeros ochenta años de la historiografía jurídica argentina</i>	75
Tamburrini, Claudio Marcello, <i>Castigar (¿a cuántos?) violadores de derechos humanos. El dilema de los gobiernos poedictatoriales</i>	89

ENSAYOS

Casal, Marcela Beatriz, <i>Derecho informático: la protección de datos personales y el SIDA</i>	99
Courtis, Christian, <i>La estrategia de nuestra araña. Una visión crítica del derecho y del rol del abogado desde perspectivas contemporáneas</i>	107
Rizzo, Gabriel Leonardo, <i>Régimen jurídico básico de la función pública. Análisis de la ley 22.140 y su relación con la normativa laboral</i>	125

INDICE

Villar, Mario Alberto, <i>La estructura de la omisión y su tentativa</i>	173
Felgueras, Santiago, <i>Relevancia del error de punibilidad</i>	185

CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

Romano, Francisco Javier, <i>El caso "Portillo" y la creación judicial de excepciones no previstas en la ley</i>	207
Godachevich, Mariano Gabriel, <i>Una aproximación a la objeción de conciencia al servicio militar. Aspectos constitucionales (Nota al fallo "Portillo, Alfredo", CSJN, 18/4/89)</i>	213
Sabs, Roberto Pablo, <i>El caso "Portillo" y los límites de la tolerancia</i>	225

ACTUALIDAD

Rusconi, Maximiliano - Salt, Marcos, <i>Ejecución y proceso penal: el rescate del poder de los jueces</i>	267
Llambías, Juan Pablo - Rattagan, Michael, <i>Aplicación de la computación al tratamiento de la información en la oficina jurídica</i>	277

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Urresti, Esteban Juan, <i>comentario a Presupuesto y cuenta de inversión, de José R. Dromi</i>	297
--	-----

MISCELÁNEA

Cuentos	307
Ficción jurídica	321
¿Lo sabía?	324

LECCIONES

**EL IMPEDIMENTO AJENO A LA VOLUNTAD
COMO CAUSAL LIBERATORIA
EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980
(LEY 22.765)***

**ATILIO ANIBAL ALTERINI
ROBERTO M. LÓPEZ CABANA**

1. EL DERECHO COMÚN

Como regla general, quien no es autor en términos jurídicos¹ no es responsable. Pero la exclusión de la responsabilidad también puede derivar de que, aun habiendo autoría en ese sentido, no exista el factor de atribución suficiente².

La autoría queda descartada:

a) Cuando promedia un hecho "externo, positivo, concreto y determinado"³, calificable como caso fortuito o fuerza mayor (art. 514, Cód. Civil) por reunir los requisitos de ser imprevisible, inevitable, ajeno al deudor, actual, sobreveniente, y constituir impedimento absoluto para el cumplimiento⁴.

* Sobre la base de la ponencia presentada por los autores a las V Jornadas Rioplatenses de Derecho (San Isidro, 15 al 17 de junio de 1989).

¹ Sobre ello, ver Alterini, Atilio A., *Responsabilidad civil*, 3ª ed., Bs. As., 1987, n° 204, p. 158.

² Puede ser subjetivo, a título de culpa o de dolo, u objetivo: ver Alterini, Atilio A. - Ameil, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., *Curso de obligaciones*, 4ª ed., Bs. As., 1989, t. I, n° 424 y ss., p. 207 y siguientes.

³ Busso, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Bs. As., 1958, t. III, comentarios a los arts. 513 y 514, n° 4, p. 300.

⁴ Conf. Liambias, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones* Bs. As., 1973, t. I, n° 89 y ss., p. 234 y ss.; Busso, ob. cit., t. III, comentarios a los arts. 513 y 514, n° 35 y ss., p. 308 y ss.; Cazaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed., La Plata, 1979, t. I, p.

En algunas circunstancias, sin embargo, sólo son útilmente invocables ciertos hechos puntuales descriptivos legalmente⁵, con lo cual el caso fortuito genérico resulta irrelevante⁶. En otras, la responsabilidad existe a pesar del caso fortuito⁷.

b) Asimismo, en ciertos casos, no hay responsabilidad cuando incide una causa ajena que desplaza o desvía el curso de los sucesos⁸. Pero no toda causa ajena tiene esa virtualidad: así, por ejemplo, conforme al art. 1113 del Cód. Civil, el dueño o guardián de la cosa se libera cuando el daño deriva de culpa de la víctima, de lo cual se sigue que el mero hecho de ésta, aunque constituye una causa ajena, carece de trascendencia liberatoria⁹.

506 y ss.; Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4ª ed., Bs. As., 1963, n° 712 y ss., p. 264 y ss.; Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 3ª ed., Bs. As., 1971, t. I, n° 166 y ss., p. 113 y ss.; Compagnucci de Caso, Rubén H., *Responsabilidad civil y relación de causalidad*, en "Seguros y responsabilidad civil", vol. 5, Bs. As., 1984, p. 38 y siguientes.

⁵ Tal sucede en materia de infortunios laborales, en la que debe mediar fuerza mayor "extraña al trabajo" (arts. 4º y 1º in fine, ley 9688), y de accidentes nucleares, en la cual se exige que haya "conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección" (art. IV, párr. 3º, Convención de Viena de 1963, ley 17.048).

⁶ Liambías, ob. cit., Bs. As., 1980, t. IV-B, n° 2941, p. 257, recuerda que el citado art. IV, párr. 3º, de la Convención de Viena de 1963 (Gey 17.048), mantiene la responsabilidad "aunque se trate de una catástrofe natural de carácter excepcional" (inc. b), y agrega que "con relación a los terceros damnificados ha sido puesta a cargo del explotador la asunción de la fuerza mayor, con la sola excepción de los supuestos especificados antes: conflicto armado, hostilidades, guerra civil e insurrección".

⁷ Mazeaud, Henri y Léon - Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., 1961, t. I, vol. I, n° 103-8, p. 137.

⁸ Ver Goldenberg, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Bs. As., 1984, p. 184 y ss.; Compagnucci de Caso, ob. cit., p. 35 y ss.; Brebbia, Roberto H., *La relación de causalidad en derecho civil*, Rosario, 1973, p. 43; Pizarro, Ramón D., *Causalidad aduersada y factores extraños*, en Trigo Represas, Félix A. - Stiglitz, Rubén S. (dirs.) "Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Moxet Iturraspe", Bs. As., 1989, p. 255, especialmente p. 293 y ss.; Alterini, *Responsabilidad civil*, n° 173, p. 146.

⁹ Por lo cual la víctima ha de ser "un sujeto imputable, esto es, capaz de discernimiento": Orgaz, Alfredo, *La culpa*, Bs. As.-Córdoba, 1970, n° 87, p. 328. Pero, agrega (p. 227), ello "no significa necesariamente que el demandado tenga que responder en todo supuesto, pues si el hecho del imputable fue imprevisible e inevitable se trataría de un caso fortuito, también excluyente de responsabilidad". En Francia, recientemente, a partir

A su vez la conducta diligente (falta de culpa) también excluye la responsabilidad en los casos en que la culpa constituye el factor de atribución exigido (art. 511, Cód. Civil).

En la doctrina actual hay consenso acerca de que, en las denominadas obligaciones de medios, la falta de culpa obsta a la responsabilidad¹⁸.

Pero es problemático el caso de las obligaciones designadas como de resultado:

a) En el punto de vista tradicional, se considera que, como la culpa es el sustento de la responsabilidad contractual, el deudor se libera demostrando su conducta diligente (falta de culpa)¹⁹. A menos, claro está, que se trate de las obligaciones de resultado ordinarias²⁰ o de régimen normal²¹, que imponen la demostración del caso fortuito; o de las del tipo agravado²², absoluto²³ o de régimen severo²⁴, en las cuales esa demostración es insuficiente para la liberación de responsabilidad²⁵.

Este orden de ideas mantiene el protagonismo de la culpa como factor de atribución común de responsabilidad

del caso "Desmares" (Cass. Civil 2ª, 21/182, D. 1982-449), la jurisprudencia llegó a exigir que incluso la culpa de la víctima revistiera los caracteres del caso fortuito, criterio que fue abandonado no bien entró en vigor la ley de accidentes de la circulación n° 85-677 del 5/7/85 (Cass. Civil 3ª, 6/487, D. 1987-IR-113).

¹⁸ Sin perjuicio de matices acerca de la carga de la prueba: ver Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M., *Carga de la prueba en las obligaciones de medios*, LL, 1989-B-942.

¹⁹ Se trata de las obligaciones de resultado atenuadas (Viney, Geneviève, *La responsabilité: Conditions*, Paris, 1982, n° 534, p. 636) o oligerosas (Marty, Gabriel - Raynaud, Pierre, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1989, t. 1, n° 535, nota 3, p. 660).

²⁰ Starck, Boris - Roland, Henri - Boyer, Laurent, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1986, t. 2, n° 1395, p. 487.

²¹ Larroumet, Christian, *Droit civil. Les obligations*, 1ª parte, Paris, 1989, n° 610, p. 556.

²² Viney, ob. cit., loc. cit.

²³ Starck - Roland - Boyer, ob. cit., n° 1394, p. 487.

²⁴ Larroumet, ob. cit., n° 614, p. 565.

²⁵ Para el desarrollo de estas cuestiones, ver Alterini, Atilio A., *Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual*, LL, 1988-B-647, y *El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual*, en "Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", n° 1, 1989 (epi). Para el juego de las presunciones de causalidad y de culpabilidad, ver Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M., *Presunciones*.

contractual, y descarta que, en las obligaciones de resultado, sea de principio la necesidad de acreditar el caso fortuito para liberarse de tal responsabilidad. "Si razonamos de otro modo —se ha dicho¹⁸—, ¿para qué nos esforzamos en señalar las características de la culpa? Bastaría suprimir este concepto de las legislaciones y limitarlas al caso fortuito o fuerza mayor¹⁹."

b) Últimamente esta concepción generalizada ha sido puesta en tela de juicio. Se sostiene que cuando la ley da relevancia a la prueba de falta de culpa²⁰ se refiere a la demostración de la falta de responsabilidad²¹, a lo cual se agrega —coherentemente— que en las obligaciones de resultado concebidas conforme a esta óptica la responsabilidad es objetiva²². Se enfatiza también que "en nuestro derecho positivo privado el 'caso fortuito' no es una noción equivalente a la de 'falta de culpa'²³."

Desde el punto de vista práctico, la exigencia de caso fortuito para liberar al deudor hace irrelevante la prueba de haber obrado con la conducta diligente, y pone a su cargo la causa desconocida²⁴, con lo cual compromete su responsabilidad en términos especialmente severos.

¹⁸ Osterling Parodi, Felipe, *Inejecución de obligaciones. El caso fortuito o fuerza mayor y la ausencia de culpa*, en "Estudios jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias Schreiber Penet", Lima, 1983, n.º 10, p. 251.

¹⁹ Reglas generales contenidas en los arts. 580, 587, 611, 614 y 888 del Cód. Civil.

²⁰ Bueres, Alberto J., *Responsabilidad contractual objetiva*, JA, 1988-II (ej. del 5/4/88), ap. IV, 5-b: "1.º Congreso Internacional de Derecho de Daños" (en Homenaje al profesor doctor Jorge Mossot Iturraspe), Bs. As., 1989, Rec. 3, Desp. A. Com. 2.

²¹ Larroumet, ob. cit., n.º 637, p. 553; Starck - Roland - Boyer, ob. cit., t. 2, n.º 1400, p. 489. Entre nosotros, Bueres, Alberto J., *El acto ilícito*, Bs. As., 1986, p. 53 y ss., obra antecedente del mismo autor citado en nota 74, y citas de Luis O. Andorno, Matilde M. Zavala de González y Ramón D. Pizarro en nota 78. Vázquez Ferreyra, Roberto A., *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, Rosario, 1988, p. 120; "1.º Congreso", cit., Rec. 1, Desp. A, Tema 2. La trascendencia de esa opinión resulta asimismo de que se predica que, en principio, las obligaciones serían de resultado y no de medios ("1.º Congreso", cit., Rec. 2, Desp. A, Com. 2).

²² "1.º Congreso", cit., Rec. 7, Desp. B, Com. 2, formulada por unanimidad.

²³ Marty - Raynaud, ob. cit., n.º 559, p. 702; Carbonnier, Jean, *Droit ct-*

2. LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980

Esta Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, aprobada por ley 22.765, y actualmente en vigor²⁶, concierne en uno de sus aspectos a cierta obligación típicamente enrolada como de resultado: la de entregar la cosa, a cargo del vendedor²⁷.

Su análisis es de especial interés, porque en materia de exoneración del deudor introduce en el sistema argentino un concepto "más amplio" que el del derecho común, en términos que "no son compatibles o modifican los principios de la contratación interna del Código Civil y el Código Comercial argentinos"²⁸. Porque, en tanto la noción estricta de caso fortuito impone responsabilidad a quien no ha hecho todo lo necesario, hasta la frontera de lo imposible²⁹, conforme al art. 79 de la Convención el deudor "no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabría razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias".

²⁶ *Les obligations*, Paris, 1988, n° 74, p. 306; Starck - Roland - Beyer, *ob. cit.*, n° 1403, p. 489.

²⁷ Marzorati, Osvaldo J., *Compraventa internacional de mercaderías*, Bs. As., 1988.

²⁸ Weil, Alex - Terre, François, *Droit civil. Les obligations*, 4° ed., Paris, 1966, n° 369, p. 404; Mazeaud - Tunc, *ob. cit.*, t. I, vol. 1, n° 103-7, p. 138-137; Díez Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, vol. I, n° 522, p. 442; Hernández Gil, Antonio, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983, n° 36, p. 126; Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo, 1988, t. XX, p. 79.

²⁹ Marzorati, *ob. cit.*, p. 29 y 21, respectivamente. Conf. Garro, Alejandro M., *La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su incorporación al régimen jurídico argentino* (Quinto parte), LL, 1985-D-468, ap. II *in fine*.

³⁰ Que coincide con los límites de lo posible, ver Radouant, J., *Du cas fortuit et de la force majeure*, Paris, 1920, p. 194 y 242. Ese límite de un deber de obrar extremo estaría en los confines de "la impetuosidad de un río que sale de su lecho", de los "terremotos o temblores de la tierra", de "las tempestades", del "incendio", de "la guerra", del "hecho del soberano o fuerza de príncipe", según se ejemplifica en la nota al art. 514 del Cód. Civil.

El texto transcrito se adecua a los criterios contemporáneos del derecho comparado.

Por lo pronto, involucra, antes que la noción de caso fortuito, la de *causa extraña* al deudor, vale decir, la que obsta al cumplimiento a pesar de su conducta diligente, con lo cual sigue a la mayoría de las legislaciones, en especial las más modernas²⁸.

Por otra parte, en el derecho norteamericano rige el axioma *contract liability is strict liability*, en virtud del cual el deudor responde "aun sin falta"²⁹. Pero, no obstante, le es otorgada la posibilidad de desligarse si la prestación resulta impracticable sin su culpa por un hecho cuya inexistencia fue asumida como básica para contratar, de acuerdo con lo establecido por el § 261 del *Restatement of Contracts 2nd.*, y por el § 2615 del *Uniform Commercial Code*. A su vez, el concepto de impracticabilidad es entendido como mayor extensión que el de imposibilidad, pues abarca hipótesis en las cuales, no obstante los esfuerzos razonables que le son exigibles (§ 205, *Restatement*), el deudor no ha podido superar dificultades extremas y no razonables, o el cumplimiento le habría ocasionado gastos, daños o pérdidas desproporcionados³⁰.

Estas ideas tampoco son extrañas al derecho continental. En Alemania, son empleadas las nociones de no exigibilidad económica, de "evidente similitud con la resolución por alteración de las circunstancias (desaparición de la base del negocio, cláusula *rebus sic stantibus*"³¹ —la cual nutre también el art. 1198, parte 2ª, Cód. Civil—) y de dificultad extraordinaria³².

Las novedades que presenta el art. 79 de la Convención, que no pueden ser pasadas por alto cuando se pretende comprender el sistema vigente en la Argentina, son sustancialmente éstas:

- a) Adopta el concepto de impedimento ajeno a la vo-

²⁸ Ver enunciado y texto de Códigos, y opiniones doctrinarias actuales, en Alterini, *El caso fortuito*, texto y notas 7 y 84.

²⁹ *Restatement of Contracts 2nd.*, St. Paul, Minn., 1961, p. 309.

³⁰ *Ibid.*, p. 316.

³¹ Hedemann, J. W., *Derecho de obligaciones*, trad. J. Santos Briz, Madrid, 1956, p. 169.

³² Enneccerus, Ludwig - Lehmann, Henrich, *Derecho de obligaciones*, trad. B. Pérez González - J. Alguer, Barcelona, 1954, vol. I, n° 46.2, p. 241.

luntad, lo cual vincula necesariamente la cuestión con la diligencia exigible, en los términos del art. 512 del Cód. Civil.

De esa manera también alivia la exigencia de acreditar la inevitabilidad, que constituye la clave de la teoría del caso fortuito³². Además, según se ha visto, el concepto de impedimento ajeno tiene coincidencia con el más moderno de causa ajena; y, contrariamente al caso fortuito³³, la extrañidad no resulta referida a la persona y a la actividad negocial del deudor³⁴.

b) Para concretar el ámbito en el cual se impone responsabilidad al deudor, hay otras claves con relación al impedimento: su imprevisibilidad, su inevitabilidad y su insuperabilidad.

Pero, con relación a la imprevisibilidad, la rigidez propia del caso fortuito³⁵ tampoco tiene vigencia en este ámbito. En él se trata de lo que "cabría razonablemente esperar" del deudor, para que "tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato".

El mismo adverbio "razonablemente" morigera asimismo las terminantes exigencias del caso fortuito en cuanto a la inevitabilidad³⁶ y la insuperabilidad³⁷.

c) La inevitabilidad y la insuperabilidad se refieren tanto al impedimento como a sus consecuencias, vale decir, al incumplimiento causado por aquél.

³² La inevitabilidad es "el requisito fundamental": Mossot Illarrespe, Jorge, *Responsabilidad por daños*. Excmtes. B. A., 1980, t. III, p. 43, su nota 22. Es el "definitorio" del casus: Bustamante Alsina, ob. cit., n.º 713, p. 264. Revise, en suma, el carácter de "requisito decisivo": Casaux - Trigo Represas, ob. cit., t. I, p. 507.

³³ Conf. "V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil" (San Rafael, Mendoza, 1978), Rec. 4, Com. 2: "En los casos de responsabilidad objetiva, tanto contractual como extracontractual, el caso fortuito debe ser extraño a la cosa o a la actividad sobre la que pesa una presunción de responsabilidad".

³⁴ Conf. "I.º Congreso", cit., Rec. 11, Desp. B, Com. 2.

³⁵ "El caso fortuito debe ser inopinado": Lafaille, Héctor, *Tratado de las obligaciones*, B. A., 1947, vol. I, n.º 190, ap. c, p. 181. Llamadas ha estimado que el hecho es imprevisible cuando supera "la aptitud normal de previsión" que es dable exigirle al deudor (ob. cit., t. I, n.º 190, p. 232).

³⁶ Ver nota 33.

³⁷ En la doctrina nacional se ha insistido en la caracterización del hecho como "irresistible". Buazo, ob. cit., t. III, comentarios a los arts. 513 y 514, n.º 48, p. 327; o de constituir un "obstáculo invencible" que "obstar en forma absoluta a la ejecución de la obligación": Bustamante Alsina, ob. cit., n.º 717, p. 286.

Por ello, aunque exista un obstáculo para el cumplimiento, el deudor está precisado a obrar con la diligencia razonablemente exigible. Y es responsable, no obstante el impedimento, si no actúa con esa diligencia, con lo cual la falta de culpa sirve para exonerarlo de responsabilidad³⁹.

d) La prueba de la falta de culpa está puesta expresamente a cargo del vendedor, condictiendo con el carácter de obligación de resultado asignable a la de entregar la cosa⁴⁰.

Según resulta de lo expuesto, la compraventa internacional de mercaderías está regida por un sistema –incorporado al derecho nacional por ley 22.765– que, con criterios particulares, incide en el derecho común en cuanto al contenido de la obligación del vendedor de entregar la cosa, y respecto de las causales invocables para su exoneración.

En síntesis, conforme a la Convención de Viena de 1980:

1) La obligación del vendedor de entregar la cosa, sujeta a la regla de buena fe del art. 1198, parte 1^a, del Cód. Civil, se concreta en el deber jurídico de evitar o superar cualquier impedimento ajeno a su voluntad, o las consecuencias de ese impedimento, mediante la conducta que, a tal efecto, es razonablemente exigible.

2) El vendedor no es responsable si ha obrado esa conducta, que constituye la diligencia propia del contrato. Por lo cual la falta de culpa tiene eficacia liberatoria, coincidentemente con la previsión literal de los arts. 579 y 580 del Cód. Civil –a los que se remite su art. 1416–, y del art. 467, párr. 2^o, del Cód. de Comercio.

³⁹ Hay falta de culpa cuando el deudor diligente "no habría obrado de distinta manera": Maresud - Tunc, ob. cit., t. II, vol. II, n° 1542, p. 150.

⁴⁰ Liambias, ob. cit., t. I, n° 171, p. 209; Zannoni, Eduardo A., Las denominadas obligaciones contractuales de resultado y el incumplimiento sin culpa en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, RDCO, 1987-909; Galli, Enrique V., en Salvat, Raymundo M. - Galli, Enrique V., Tratado de derecho civil argentino, Bs. As., 1952, t. I, n° 23, ap. c, p. 33. Ver también texto y nota 25.

**LA RESPONSABILIDAD POR LOS PRODUCTOS
ELABORADOS Y LOS INTERESES DIFUSOS.
LEY 10.000 DE LA PROVINCIA DE SANTA FE**

LUIS O. ANDORNO*

1. INTRODUCCIÓN

Un capítulo muy importante dentro del gran campo de la protección jurídica del consumidor lo constituye sin lugar a dudas el de la responsabilidad civil por los productos elaborados. Se trata de un problema de palpitante actualidad que, naturalmente, no pudo haber sido previsto por nuestro insigne codificador. De allí por tanto que nuestro Código Civil no contenga disposiciones específicas sobre el particular, debiendo aplicarse los principios generales que gobiernan el denominado derecho de daños.

La aparición de tal problemática en el mundo moderno se debe sin lugar a dudas al aumento constante de los perjuicios causados a personas y a cosas por los mencionados productos elaborados.

Dada la producción masiva de bienes, derivado inevitable de un portentoso progreso científico y tecnológico como nunca conoció la Humanidad y del que puede decirse que la máquina reemplaza en buena medida al hombre (alimentos, medicamentos, pinturas, productos cosméticos, aparatos electrónicos, automotores, heladeras, acondicionadores de ambientes, etc.), hace que no siempre sea posible un adecuado y acabado control sobre tales productos, que son así lanzados al mercado con deficiencias que los tornan potencialmente peligrosos en numerosos casos.

* Profesor Titular de Derecho Civil IV de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Por lo demás, el aumento constante de la capacidad adquisitiva de vastos sectores de la población mundial ha provocado el nacimiento de una nueva categoría de personas, los consumidores, cuya fuerza puede equipararse en alguna medida a la que alcanzó en el siglo pasado el proletariado, como bien lo pusiera de relieve hace poco tiempo el destacado jurista mexicano Barrera Graf. Y las normas destinadas a brindar protección adecuada a tal conjunto de personas gestaron consecuentemente una nueva rama jurídica, con una razonable pretensión de autonomía, denominada justamente derecho del consumo.

Paralelamente es dable advertir un incremento en la circulación de productos elaborados entre los distintos países, por lo que también es de la mayor importancia y urgencia fijar conclusiones en torno a los riesgos derivados de la fabricación de productos por una empresa extranjera.

Así se tiene que la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución 39/248 del 16 de abril de 1986, entre otras recomendaciones, estableció su art. 28, tendiente a que los gobiernos establezcan y mantengan medidas jurídicas o administrativas encaminadas a admitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles. Por su parte, la Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea del 25 de julio de 1985 procura lograr una aproximación y armonización de las legislaciones de los Estados miembros de dichas comunidades en materia de responsabilidad civil por los daños causados por el carácter defectuoso de sus productos, a fin de evitar una distorsión a las leyes en una sana y leal competencia y asegurar la libre circulación de mercaderías en el seno del Mercado Común Europeo y lograr de este modo una cierta igualdad en el nivel de protección del consumidor contra los daños causados a la salud o a los bienes, por los referidos productos elaborados.

Pensamos que tales propuestas pueden ser tomadas en consideración a los efectos de adaptar o adoptar algunas de ellas a la realidad latinoamericana, particularmente en esta etapa en la que distintas naciones se hallan especialmente interesadas en crear una suerte de Mercado Común Latinoamericano, como el que sin duda pensaron nuestros máximos héroes San Martín y Bolívar. En modo especial, los acuerdos de integración jurídica, económica, cultural, in-

dustrial y de otras materias logrados entre la República Argentina y el Brasil, donde se habla inclusive de la creación de una moneda común, constituyen una prueba acabada de lo que venimos diciendo.

Debe tenerse presente además el Tratado de Asociación Particular entre Italia y la Argentina, convertido en ley por el H. Senado de la Nación, en la sesión del 3 de agosto de 1988, que torna previsible un intercambio de productos elaborados entre ambos países, con los consiguientes problemas vinculados a la materia que ocupa nuestra atención. En efecto, uno de los fines de dicho Tratado es el de alentar "la constitución en la Argentina de emprendimientos conjuntos (joint ventures) que tengan por objeto el desarrollo del sector industrial".

De esta manera, la posibilidad de intercambio de productos fabricados entre las distintas naciones torna imprescindible lograr también aquí una aproximación y armonización de las legislaciones de los diferentes Estados en materia de los riesgos a cargo de los fabricantes por una empresa extranjera. Ello redundará sin duda en beneficio de la gran masa de consumidores que verán así adecuadamente protegidos sus derechos, frente a la posibilidad de daños para la salud, para su seguridad y para sus bienes, derivados del consumo o utilización de los productos fabricados o elaborados.

Ahora bien, teniendo en cuenta que nuestra legislación civil regula en forma separada la responsabilidad contractual de la extracontractual, nos referiremos seguidamente a las distintas variantes de hecho que el problema relativo a los daños ocasionados por los productos elaborados puede presentar. Luego abordaremos el tema vinculado a los intereses difusos en su relación con las vías procesales que se abren a favor de los damnificados.

2. ACCIÓN DEL USUARIO O CONSUMIDOR "CONTRA EL FABRICANTE VERDADO"

Aun cuando por regla general el producto elaborado no llega directamente al consumidor, sino a través de distribuidores o vendedores, lo cierto es que se dan casos de venta directa del fabricante al usuario. Cabe preguntarse en tal supuesto cuál es la naturaleza jurídica de la vinculación existente entre las partes y en la cual puedan fundarse las acciones que desearan intentar los damnificados.

La respuesta no ofrece mayores dificultades. La vinculación entre el fabricante vendedor y el usuario o consumidor será contractual.

Así, en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de La Plata, en octubre de 1981, donde se trató el tema relativo a la "Responsabilidad civil por los productos elaborados" y cuyas distintas Recomendaciones consideraremos en el presente trabajo se sostuvo: "El fabricante asume frente al adquirente un deber de seguridad por los daños que el producto puede causar. Esta obligación de garantía emana de los arts. 1198, 512 y 902 del Cód. Civil. En consecuencia, la responsabilidad es de orden contractual. El damnificado puede optar por la vía extracontractual en el caso en que por el art. 1107 del Cód. Civil, se abra tal vía" (punto 1°).

De este modo, tratándose de una obligación de resultado la que asume el fabricante vinculado contractualmente al adquirente, es suficiente que el damnificado acredite la relación de causalidad adecuada entre el uso o consumo del producto y el acaecimiento del daño. No se requiere por tanto la prueba de la culpa.

Por lo demás y a propósito de la acción que pudiere intentar la víctima debe ponerse de resalto, como lo indica la Recomendación transcrita, que ella encuentra su fundamento en la obligación de seguridad que se halla implícita en todo contrato de compraventa y tiene sustento legal en los referidos arts. 1198, 512 y 902 del Cód. Civil.

Se trataría en realidad de una determinada obligación de seguridad la asumida por el fabricante vendedor frente al adquirente. En tal caso, sostiene el distinguido civilista chileno Ramón Meza Barros que "el deudor se compromete determinadamente a que no ocurra ningún accidente y deberá probar su inculpabilidad". De esta manera, agrega dicho jurista, "tras el propósito de favorecer a la víctima, relevándola de la carga de la prueba, en un creciente número de contratos se ha encontrado una determinada obligación de seguridad"¹. Ello resulta perfectamente aplicable a la materia que nos ocupa desde que el fabricante se compromete a que el producto vendido no cause perjuicio al adquirente, relevando a éste de la prueba de su culpa frente al acaeci-

¹ Meza Barros, Ramón, *Responsabilidad civil*, Valparaíso (Chile), Edeval, 1980, p. 82.

miento del evento dañoso, como se ha dicho precedentemente.

Desde luego que el perjudicado estará habilitado para recurrir a la vía extracontractual para el supuesto de que el incumplimiento contractual degenerara en un delito del derecho criminal, conforme reza el art. 1107 del Cód. Civil.

En torno a la posible relación entre la responsabilidad derivada de productos elaborados con la acción por vicios redhibitorios se sostuvo en dicho certamen científico: "En el caso que el damnificado ha optado por la resolución del contrato y el elaborador conocía o debía conocer en razón de su oficio o arte los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, debe reparar los daños intrínsecos y extrínsecos que son consecuencia inmediata del defecto por aplicación del art. 2176 del Cód. Civil".

En este caso el damnificado tendrá que acreditar la existencia del vicio redhibitorio en los términos de los arts. 2164 y 2168 del Cód. Civil y naturalmente la relación de causalidad entre dicho vicio y el daño.

De paso recordamos que los vicios a tener en cuenta son los de hecho y no los de derecho, toda vez que estos últimos serán computables a los efectos de la evicción, mas no a los fines de la acción redhibitoria. Ello es así por cuanto en el aspecto que nos interesa se halla comprometida la materialidad de la cosa transmitida que ha ocasionado el perjuicio del damnificado¹.

Añádase que se ha sostenido que la demostración de que el demandado conocía el vicio, o de que tenía la posibilidad de conocerlo por su oficio o arte, exigida por el art. 2176 del Cód. Civil, para que la pretensión resarcitoria pueda hacerse valer, como accesorio de la acción redhibitoria, resultará de una presunción *hominis*, basada en la calidad de fabricante del accionado².

En esta materia resulta asimismo importante determinar cuál será el fabricante al que se asignará la responsabilidad del producto defectuoso.

¹ Andorno, Luis O., *Requisitos y efectos de los vicios redhibitorios*, en "Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario", Rosario, 1962, t. 3, p. 18.

² Ramella, Anteo E., *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Potencias, La Plata, 1981, p. 32.

3. RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE FRENTE AL DAMNIFICADO NO CONTRATANTE

Es éste quizás el punto más importante de toda la problemática relativa a la responsabilidad civil por los productos elaborados.

Parece razonable sostener que en el presente caso debe descartarse la responsabilidad contractual frente a la inexistencia de vínculo directo entre el fabricante no vendedor y el damnificado. La regla *res inter alia acta insita* en el art. 1195 del Cód. Civil, es clara al respecto: "El damnificado es en realidad en este supuesto un tercero frente al fabricante".

Debemos movernos en consecuencia dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual. La discrepancia radica aquí en lo relativo al factor de atribución de aquélla. Y como se trata de un tema de responsabilidad civil aparece como natural la oposición entre subjetivistas y objetivistas. Así en las referidas Jornadas platenses, mientras los primeros sustentaban la responsabilidad en la idea de culpa, si bien con algunas particularidades, pero siempre basándose en el art. 1109 del Cód. Civil, los segundos la fundaban en la responsabilidad objetiva, basada en lo prescripto en el art. 1113, párr. 2º, del Cód. Civil, esto es, en "daños causados por el riesgo o vicio de la cosa". Pero, como lo veremos luego, las discrepancias son más aparentes que reales.

La Recomendación aprobada por mayoría en el plenario reza así: "La responsabilidad del elaborador es extracontractual y se funda en el art. 1109 del Cód. Civil. La culpa del elaborador surge *in re ipsa*, de la existencia del vicio".

Ello coincide con la posición sustentada a su turno por el maestro Llambías para quien "cuando el daño es producido por un vicio de fábrica, ello evidencia que ha intervenido la culpa del fabricante que está cantada, *res ipsa loquerie*, nada más hay necesidad de probar. Pues ciertamente el fabricante estaba en el deber de no lanzar a la circulación un producto defectuoso, y con aptitud de dañar al prójimo. Si el daño sobrevino a causa del vicio de fábrica, ello basta para probar la culpa del fabricante, a quien se le puede reprochar que no haya previsto lo que era en sí previsible"⁴.

⁴ Llambías, Jorge J., *Daños causados por productos elaborados*, LL 1979-B-1096/1097.

En este orden de ideas sostiene Bustamante Alsina que "la cosa que causa el daño lleva en sí misma la condición determinante del perjuicio: tal el alimento portador de toxinas, o el automóvil que tiene defectos en el sistema de frenaje. Probadas estas circunstancias, deriva naturalmente de ellas, la creencia razonable de que ello ha ocurrido porque quien elaboró el producto puso u omitió poner en él, hizo o dejó de hacer aquello que lo tornó inepto para su destino de uso o consumo propio de la naturaleza de la cosa producida". De este modo "el demandado para liberarse de la responsabilidad deberá a su vez destruir la presunción de culpa que resulta de haber fabricado o elaborado el producto nocivo"³.

Coincidentemente se tiene el trabajo de Juan José Casillo donde se sostiene que el fabricante que lanza al mercado un producto que puede causar daño adopta una conducta reprochable, por lo que debe responder a tenor del art. 1109 del Cód. Civil —culpa por el hecho propio— o eventualmente en virtud de lo prescripto por el art. 1113, 1ª parte —culpa de un dependiente del empresario comitente—. Este debe responder en virtud de la obligación de garantía asumida por aquél⁴.

Cabe recordar de paso que el mencionado art. 1109 del Cód. Civil argentino, similar al art. 1382 del Cód. Napoleón y cuya fuente remota debe buscarse en el *alterum non laedere* de los romanos, es seguido por la mayoría de los códigos latinoamericanos: Colombia (art. 2341); Chile (art. 2314); Brasil (art. 159); Ecuador (art. 2241); México (art. 1910); Perú (art. 1136); Bolivia (art. 984), entre otros.

Por su parte Compagnucci de Caso, enrolado también dentro de esta corriente subjetivista, dice que el fabricante, no vendedor final, responde ante la víctima en virtud de lo dispuesto en el art. 1109 del Cód. Civil. A su entender, no se trata de una garantía legal por cesiones tácitas sucesivas, ni relaciones contractuales de hecho, ni un negocio fiduciario, ni una acción directa, ni una especie de estipulación en favor del tercero, como han sostenido algunos autores. La responsabilidad del fabricante se funda en lo dispuesto en el mencionado art. 1109, siendo simple la probanza a apor-

³ Bustamante Alsina, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Bs. As., 1979, p. 383.

⁴ Casillo, Juan J., *Responsabilidad civil por los productos elaborados*, LL, 1981-D-1192.

tar, pues la culpa debe presumirse por haber el fabricante puesto en el comercio una cosa impropia para cumplir sus propios fines, o con defectuosa o mala información sobre los riesgos de la cosa⁷.

A propósito de esto último cabe recordar que el art. 44 de la ley francesa del 27 de diciembre de 1973 reprime toda publicidad que pueda importar una información falsa en relación a los productos lanzados al mercado que pudieren inducir a error a los consumidores⁸.

De lo expuesto se infiere por tanto que el damnificado deberá demostrar la relación de causalidad entre el daño y la cosa viciosa. Ocurrido ello, el elaborador deberá resarcir los perjuicios causados a menos que se diera alguna de las causales de exoneración de responsabilidad que analizaremos luego.

Por el contrario, la otra posición fue adoptada por quienes participamos del llamado criterio objetivo en materia de responsabilidad. Ella plasmó en el siguiente despacho, que no obtuvo mayoría en el plenario: "La responsabilidad del elaborador o fabricante es de carácter extracontractual con fundamento en un factor de atribución objetivo encuadrado en el art. 1113 del Cód. Civil que consagra el deber de responder por los daños causados por el vicio de las cosas, como así también por las circunstancias de haber creado un riesgo al lanzar al mercado un producto defectuoso".

En rigor de verdad, como ya lo señalamos precedentemente, las diferencias entre la Recomendación aprobada y este despacho son más aparentes que reales. Sólo difieren en el emplazamiento legal. Mas ambas coinciden en que la responsabilidad es de carácter extracontractual. También ambas posturas coinciden en que existe un deber de responder por los daños causados por el vicio de las cosas, así como también por las circunstancias de haber creado un riesgo al lanzar al mercado un producto defectuoso. La diferencia estriba en que para la tesis subjetiva, la culpa está *in re ipso*, en la misma cosa y, en cambio, en la posición objetiva, se afirma que el fundamento es un factor de atribución objetivo encuadrado en el art. 1113 del Cód. Civil.

⁷ Compagnucci de Caso, Rubén H., *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Ponencias, La Plata, 1981, p. 121-122.

⁸ Fourgoux, J. C. - Mihailov, J. - Jeannin, J. V., *Droit de la consommation*, Paris, Delmas, 1979, c. 8.

A nuestro juicio esta última es la posición justa. La responsabilidad del fabricante encuadra en el referido art. 1113 del Cód. Civil, por cuanto el daño proviene del vicio de la cosa que tiene como presupuesto la mala calidad o defectos de ella, que es causa de producción del daño.

Quienes sostienen la inaplicabilidad de dicho art. 1113, párr. 2º, fundados en el hecho de que el fabricante no sería el dueño o guardián de la cosa, se atienen a una interpretación literal de dicha norma, ignorando el progreso que ha significado incorporar a nuestra legislación civil, el sentido de solidaridad social insito en la reforma de 1958 a dicho artículo, conforme lo hemos sostenido reiteradamente.

4. ACCIÓN CONTRA EL VENDEDOR, PROVEEDOR O IMPORTADOR

Conforme acabamos de verlo, corrientemente, el producto elaborado llega a manos del consumidor o usuario a través del vendedor, proveedor o importador.

Igualmente, en tal caso debe responder a nuestro juicio el fabricante o elaborador, en nuestro derecho vigente, a la luz del art. 1113 -responsabilidad extracontractual-, que disciplina un régimen de responsabilidad objetiva, que atrapa a quienes hubieren causado daños por los productos defectuosos lanzados al mercado.

Pero también, el consumidor o usuario, puede dirigir su acción contra el vendedor, proveedor o importador, con base en el contrato celebrado.

En efecto, como lo señala Bustamante Alsina, la acción se origina en la obligación de seguridad, que se halla implícita en el contrato de compraventa, toda vez que el vendedor o proveedor del producto que vende habitualmente mercaderías de un ramo determinado del comercio, asume una obligación de seguridad o garantía de que la cosa vendida no causará daño al comprador o a sus bienes, por causa de defectos o vicios que la tornen nociva⁸.

Todo ello sin perjuicio desde luego de la correspondiente acción recursoria que el vendedor o distribuidor o impor-

⁸ Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Bs. As., 1980, p. 377.

tador podrá intentar contra el fabricante por los desembolsos que hubiere efectuado a favor de la víctima.

En el mismo sentido Henri, Léon y Jean Mazeaud y François Chabás, recuerdan que también la jurisprudencia francesa ha admitido la existencia de una obligación de seguridad tendiente a proteger a los consumidores¹⁰.

Por su parte Vázquez Ferreyra, también en estos casos ve una obligación de seguridad asumida por el vendedor frente al consumidor¹¹.

5. HACIA UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA. PROYECTO DE UNIFICACIÓN LEGISLATIVA CIVIL Y COMERCIAL. COBERTURA DE SEGURO

De acuerdo con lo propiciado en el art. 4º de la mencionada Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas: "La víctima está obligada a probar el daño, el defecto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño". Ello significa que la víctima no se halla obligada a acreditar la culpa del causante del daño. En la Exposición de motivos de dicha Directiva se dice que "solamente la responsabilidad sin culpa del productor permite resolver de modo adecuado el problema, propio a nuestra época de tecnicidad creciente, de una atribución justa de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna"¹². Con gran satisfacción debemos poner de resalto que tal criterio resulta coincidente con lo declarado en nuestro país durante las referidas VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de La Plata en 1981, donde se sostuvo que "se recomienda la promulgación de normas específicas que establezcan la responsabilidad objetiva del fabricante en razón de los daños causados por los productos elaborados". En el mismo sentido Jorge Bustamante Alsina opinó que en el futuro debe establecerse un sistema autónomo de responsabilidad del fabricante que debe ser de pleno derecho u objetivo y fundado en el "riesgo del desarrollo", como lo expresa Tunc, toda vez que los sistemas modernos automatizados de fabri-

¹⁰ Mazeaud, H. J. y L. - Chabás, François, *Obligations: Théorie Générale*, Paris, 1985, n° 4102.

¹¹ Vázquez Ferreyra, Roberto A., *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, Rosario, 1988, p. 124.

¹² *Journal officiel des Communautés Européennes*, n° L 210/29, 7/8/86.

cación en serie no permiten establecer la culpa de quien puso el elemento nocivo, ya sea como aporte de materiales o insumos, o en el armado, o la elaboración del producto terminado¹². Por nuestra parte, reiteramos, hemos sostenido que inclusive actualmente en el derecho argentino vigente puede sustentarse la tesis de la responsabilidad objetiva con fundamento en el art. 1113 del Cód. civil¹³. Es asimismo la tesis sustentada en dicho certamen jurídico platense por Jorge Mosses Iturraspe, Delia M. Ferreira Rubio y Luis Moisset de Espanés, y Roque F. Garrido y Rosa Cordobera González de Garrido. En esta corriente objetiva cabe incluir asimismo a los juristas Atilio A. Alterini, Oscar J. Ameal, Roberto López Cabana, Isidoro Goldenberg, Gabriel A. Stiglitz y Félix A. Trigo Represas, entre otros distinguidos autores.

Ello coincide naturalmente con una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad civil en todos los países industrializados¹⁴.

Debemos recordar asimismo que también la ley federal de protección del consumidor de México del año 1976 establece un sistema de responsabilidad objetiva del productor, descartando por ende toda idea de culpa o negligencia, conforme es dable inferir de una lectura del art. 33 de dicho ordenamiento legal.

Consideramos también de interés tener presente que conforme al art. 8º de la mencionada Directiva: "1) sin perjuicio de las disposiciones del derecho nacional relativas al derecho de reembolso, la responsabilidad del productor no puede reducirse cuando el daño ha sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero; 2) la responsabilidad del productor puede ser reducida o suprimida, teniendo en cuenta todas las circunstancias, cuando el daño ha sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la culpa de la víctima o de una persona por la cual la víctima debe responder". Como se advierte, se disciplinan principios regulatorios de la exone-

¹² Bustamante Alsina, Jorge, *La responsabilidad civil por daños causados por productos elaborados*, Zeus, 24-D-41.

¹³ Garrido, Roque F. - Andorno, Luis O., *El artículo 1113 del Código civil anotado, comentado*, Bs. As., 1963, p. 438 y siguientes.

¹⁴ Lambert Feivre, Yvonne, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", n° 1, en.-mar., 1967, p. 1.

ración parcial o total de la responsabilidad que en líneas generales coinciden con lo sostenido por la doctrina autoral y jurisprudencial argentina en materia de responsabilidad civil y que tienen adecuadamente en cuenta al fenómeno actual de la producción y consumo masivo de productos elaborados y los posibles daños que pueden provocar éstos sobre bienes o personas, en razón de determinados defectos de que pueden adolecer.

Queremos puntualizar además que el Proyecto de ley de Unificación Legislativa Civil y Comercial, aprobado por la H. Cámara de Diputados de la Nación Argentina en sus sesiones ordinarias del mes de junio de 1987, propicia modificar el art. 2176 del Cód. Civil el que quedará redactado de la siguiente manera: "Si el vendedor conoce o debía conocer, por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, y no los manifestó al comprador, tendrá éste, a más de las acciones de los artículos anteriores, el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos si optare por la rescisión del contrato. Cuando se trate de productos de consumo se aplicará la imputación objetiva de responsabilidad del art. 1113, responderán concurrentemente el vendedor, el productor o fabricante, el importador, el mayorista, y quien haya puesto su marca en el producto, sin perjuicio de las acciones de regreso"¹⁶. Como se desprende de dicho texto del proyecto, actualmente a los fines de su tratamiento en el H. Senado de la Nación, se propicia también aquí implementar una imputación objetiva de responsabilidad en materia de productos de consumo, conforme a las modernas tendencias sobre el particular vigentes en los distintos países.

Corresponde recordar asimismo que dicho Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial incorpora como párr. 4º al referido art. 1113 del Cód. Civil el siguiente: "Lo previsto para los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa es aplicable a los daños causados por actividades que sean riesgosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización".

En las correspondientes notas explicativas que acompañan al Proyecto se señala: "El art. 1113 del Cód. Civil limita la atribución (o imputación) objetiva del deber de reparar, a los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa siguien-

¹⁶ H. Cámara de Diputados de la Nación, *Diario de sesiones*, orden del día 1064, año 1987, p. 4697.



do la interpretación dominante y el criterio de los Códigos más modernos, la Reforma le agrega el caso de actividades riesgosas para terceros. Conforme a la opinión generalizada, se incluye en esa atribución objetiva del deber de reparar, el daño sufrido por los consumidores, legitimando pasivamente a todos quienes intervienen en el proceso de producción o fabricación. Y en el de comercialización".

Se trata de una ampliación razonable, que recoge nuestra mejor tradición de doctrina autoral y jurisprudencial.

De este modo, se toman en consideración los efectos dañosos ocasionados por actividades riesgosas, por su naturaleza o por las circunstancias de su realización, sin ser menester la utilización de cosas —como el texto vigente—, como presupuesto de responsabilidad.

Dicho texto guarda relación con el proyectado art. 2176 del Cód. Civil, transcripto precedentemente, donde se señala expresamente que "cuando se trate de productos de consumo se aplicará la imputación objetiva de responsabilidad del art. 1113".

Ello significará poner término a las controversias suscitadas en la actualidad, toda vez que conforme lo venimos señalando desde hace varios años, únicamente un régimen de responsabilidad objetiva del productor permitirá resolver de modo adecuado el problema de la protección del consumidor usuario, propio de una época de prodigioso progreso científico y tecnológico en la producción masiva de bienes y dentro de una concepción solidarista de las normas jurídicas que defendemos vivamente. En este orden de ideas cabe recordar que en las "Primeras Jornadas sobre Responsabilidad por Productos Farmacéuticos y Medicinales - Segundo Encuentro sobre Responsabilidad Civil", organizadas en 1987 por el Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Morón, se sostuvo en el Despacho de la Comisión N° 1 que: "El nexo de causalidad adecuado entre el daño y el producto medicinal es un requisito esencial y autónomo para que opere la responsabilidad" (punto I) y que: "Incumbe a la víctima la prueba de que el producto causó el daño; corresponde al sindicado como responsable probar la rotura del nexo causal total o parcialmente. Tratándose de productos elaborados por un productor no identificado dentro de un grupo determinado, se presume el nexo de causalidad con relación a todo el grupo en la proporción en que cada uno haya participado en el mercado".

Como resulta de ver a través de lo expuesto, también en el ámbito del producto farmacéutico y medicinal, resultan de aplicación en nuestro país, los referidos postulados de la responsabilidad objetiva, en adecuada protección de las víctimas.

Ello también resultará de aplicación al caso de productos farmacéuticos y medicinales importados, cuyos efectos nocivos se produzcan respecto de personas domiciliadas o transeúntes de nuestro país.

Se sostuvo además en dicha reunión: "Asimismo al Estado le corresponde en ejercicio del poder de policía de la salud pública, una permanente fiscalización sobre los laboratorios, procesos de investigación, plantas de envasado, fraccionamiento, almacenamiento, empresas de transportes, droguerías, farmacias, etc." (Tema 2, punto 3º, del Despacho). Como proposición de *lege ferenda* se consignó: "Debe integrarse el régimen de responsabilidad del Estado y de quienes intervienen en la cadena de desarrollo, producción y comercialización de los productos farmacéuticos y medicinales, con el establecimiento de un seguro forzoso complementado con un fondo de garantía que facilite a las víctimas el cobro de las correspondientes indemnizaciones".

Respecto de esto último, es decir en torno a la cobertura de los perjuicios causados por los productos elaborados, hemos sostenido oportunamente que resultaba conveniente tender hacia un seguro obligatorio destinado a cubrir los siniestros originados en determinadas áreas críticas de la producción industrial, tal como lo propiciara Mosset Iturraspe en ponencia presentada a las mencionadas VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata de 1981.

Indudablemente una de tales áreas críticas de la producción industrial se halla constituida por la elaboración de los mencionados productos farmacéuticos y medicinales.

Otra de las áreas críticas es sin duda la vinculada a la elaboración y expendio de productos alimenticios, en cuyo ámbito hemos podido advertir en los últimos tiempos un número creciente de víctimas, como consecuencia del consumo de tales productos en condiciones francamente inadecuadas para la salud de la población.

Pensamos, por tanto, que en una primera etapa, resultará conveniente implementar en nuestro país un régimen de seguro forzoso, en dichos campos de los productos farmacéuticos y medicinales, y alimenticios, complementado con un fondo de garantía que facilite a las víctimas el cobro de

las correspondientes indemnizaciones. La misma consideración vale para los daños derivados de los accidentes de tránsito.

En la medulosa ponencia presentada por el distinguido catedrático y jurista, profesor François Chabas a la III Jornada Nacional de Derecho del Seguro y Conferencia Internacional de Rosario de 1988, titulada: "El seguro automovilístico, obligatorio y el Fondo de garantía. La experiencia francesa", pueden encontrarse valiosas conclusiones y referencias relativas a la experiencia francesa en materia de Fondos de garantía, que pueden ser tomados en consideración para eventuales reformas legislativas en nuestro país.

Debemos recordar asimismo que en el referido Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial se amplían como párrs. 5º, 6º y 7º del art. 1113 del Cód. Civil, en la siguiente forma: "En los casos de atribución objetiva del deber de reparar, la indemnización se limitará a un equivalente de dos mil pesos argentinos oro por cada damnificado directo. Pero la reparación será plena: 1) si el demandado no prueba que de su parte no hubo culpa, o que adoptó todas las medidas técnicas idóneas para evitar el daño; 2) si el daño causado es un riesgo que el demandado hubiera debido razonablemente asegurar por un monto mayor".

En las notas explicativas que acompañan al Proyecto, luego de invocarse expresamente como precedentes en torno al tope de la indemnización por responsabilidad objetiva, a los vigentes Código Aeronáutico y ley de navegación, se pone de resalto que "se quiere de este modo procurar a la víctima la efectiva reparación del daño a cargo de quien debió prevenirlo y tomar las coberturas apropiadas de su eventual responsabilidad. Puede preverse que, por aplicación de estas reglas, la reparación será plena y efectivamente percibida por la víctima en una cantidad de casos significativamente mayor de accidentes de trabajo, tránsito, y de un tipo en que la frecuencia estadística de la siniestralidad indique la necesidad de tomar un seguro como medida de seguridad social, y también de autoprotección".

Oportunamente, hemos tenido ocasión de pronunciar-nos en forma reiterada por el principio de la reparación integral en los distintos supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual. En efecto, ha sido propósito evidente de la reforma de 1988 procurar obtener que la víctima se encuentre en un estado similar al existente con anterioridad a la producción del daño. Es significativa al respecto la nue-

va redacción dada por la ley 17.711 a los arts. 521, 523, 906, 907, 1078 y 1083 del Cód. Civil¹⁷.

Por tal razón, nos ofrece algunos reparos el tope máximo de la indemnización establecido por el Proyecto de Unificación, toda vez que ello torna posible que el resarcimiento a favor de la víctima pueda no ser pleno o integral.

Como bien lo sostiene Pizarro, los argumentos que se invocan para sustentar la tarificación son insuficientes y no resisten un análisis detenido. En efecto, no es posible sostener que quien introduce en la comunidad una cosa generadora de riesgo, pueda ver limitada su obligación de resarcir los perjuicios causados a terceros, en razón de resultar su actividad beneficiosa para la sociedad, pues en la mayoría de los casos, quien introduce en la comunidad una cosa riesgosa procura obtener un beneficio personal de carácter jurídico, a través de su utilización que no necesariamente debe asumir contenido económico¹⁸. En este sentido recuerdan Garrido y Cordobera de Garrido la resolución de la Superintendencia de Seguros del 27 de marzo de 1974, n° 11.447, que estableció la responsabilidad sin límites de las empresas de seguros, referida a los supuestos de responsabilidad civil que significa en los hechos ratificar el carácter social del seguro y su función de cobertura frente al riesgo o daños de la circulación automotriz¹⁹.

Sin perjuicio de ello, debemos poner de relieve que el propósito declarado de los autores del mencionado Proyecto de Unificación al establecer la referida tarificación en los distintos supuestos de responsabilidad objetiva ha sido el de estimular la necesidad de tomar un seguro en función de dicho tope como medida de solidaridad social y de autoprotección.

6. LEGITIMACIÓN PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS. LA ACCIÓN POPULAR SANTAFESINA EN LA LEY 10.000

Los intereses relacionados con la protección jurídica de los consumidores así como en los vinculados con la necesi-

¹⁷ Garrido - Andorno, El artículo 1113 del Código Civil, p. 498.

¹⁸ Pizarro, Ramón D., Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa, B. As., 1982, p. 458.

¹⁹ Garrido, Roque - Cordobera de Garrido, Rosa, Comentarios, B. As., 1982, p. 218.

dad de la defensa de la flora y de la fauna, con la preservación del equilibrio ecológico, con la tutela del paisaje, con la necesidad de combatir por todos los medios a la polución en sus diversas formas y con la racionalización del desenvolvimiento urbanístico, entre otros aspectos, constituyen un capítulo importante de la gran categoría de los denominados "intereses difusos".

Respecto de ellos se ha dicho que no pertenecen a una persona aislada, ni a un grupo nítidamente delimitado de personas, sino a una serie indeterminada, cuyos miembros no están ligados necesariamente por vínculo jurídico definido (puede tratarse, p.ej., de los habitantes de determinada región). Además, tales intereses se refieren a un bien indivisible en el sentido de insusceptible de división (aun ideal) en "cuotas" atribuibles individualmente a cada cual de los interesados. Éstos se hallan así en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión a la entera colectividad²⁰.

Surge así contemporáneamente la necesidad de protección a nuevas situaciones subjetivas, que pertenecen coincidentemente a la referida pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías sociales (intereses supraindividuales)²¹.

De este modo, se procura superar la concepción clásica, tradicional, individualista, centrada fundamentalmente en la defensa de los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas.

La protección de los intereses difusos, entre los cuales naturalmente, ocupa un lugar destacado la defensa de los consumidores, constituye por tanto una nueva etapa en el desafío de la transformación social del derecho. En este sentido, se ha señalado que en nuestra Patria, en un primer momento, la "socialización del derecho privado", se cristalizó, por ejemplo, en la consagración de la responsabilidad por riesgo (art. 1113, Cód. Civil) y en materia contractual, imponiendo límites a la autonomía de la voluntad (arts. 954,

²⁰ Barbosa Moreira, José C., *Legitimación para la defensa de los intereses difusos*, en "XI Congreso Nacional de Derecho Procesal", La Plata, 1981, p. 1229.

²¹ Stiglitz, Gabriel A., *La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas*, Bs. As., 1966, p. 105.

1071, 1198, Cód. Civil), con una notoria acentuación de la solidaridad entre las personas. En una segunda etapa, aflora ahora el denominado matiz preventivo de la tutela, que no se aloja exclusivamente en el derecho administrativo, sino también en el campo del derecho privado evitando daños en situaciones de peligro para dichos intereses supraindividuales y admitiendo el ejercicio de un control judicial para impedir, por ejemplo, el empleo de cláusulas predisuestas abusivas, inclusive antes de su perfeccionamiento. En este sentido, la ley francesa 78-23 del 10 de enero de 1978, en su art. 35 y ss., ha introducido tal principio, estableciendo las bases de una reglamentación en torno a la "protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas"²².

Ahora bien, uno de los principales problemas que se plantean en torno a la defensa de estos intereses difusos es el relacionado con la legitimación activa a los fines de su protección. La importancia y las dificultades del tema surgen inmediatamente a poco que se examinen las conclusiones emanadas de diversos certámenes nacionales e internacionales que se ocuparon de la cuestión, así como de la lectura de los diversos trabajos doctrinarios elaborados sobre el particular. De las distintas soluciones que nos ofrece el derecho comparado, rescatamos especialmente las siguientes:

a) La solución publicista que confía la defensa de los intereses difusos a un órgano público especializado, como ocurre con el ombudsman, nacido en Suecia ya en 1809 —aunque con otras funciones— y luego difundido a diversos países (en la República Argentina, está en funciones el ombudeman en el ámbito de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, cuya eficacia ha sido públicamente destacada), el comisionado parlamentario inglés, el *Médiateur* francés, el defensor del pueblo español, previsto en la Constitución de 1978, la Consumer Protection Agency de los EE.UU., etcétera.

b) La defensa de dichos intereses difusos a través de asociaciones representativas de tales intereses.

Ello así, por cuanto en razón de la insuficiencia de los órganos gubernamentales para efectivizar la tutela jurisdiccional de estos intereses supraindividuales, diversos países

²² Morello, Augusto M. - Stiglitz, Gabriel A., *Función preventiva del derecho de daños. Sobre los intereses difusos y la reafirmación del compromiso social de la justicia*, JA, 1988-III-116; Andorno, Luis O., *La protección del consumidor en el derecho francés*, Juz. La Plata, 1984, n° 36, p. 19.

se han visto obligados a esbozar soluciones mixtas, articuladas y flexibles, consistentes en general en la complementación de la acción y del control de los órganos públicos con la iniciativa de los individuos y grupos interesados. En este sentido el art. 5° de la ley 10.000 de la provincia de Santa Fe, promulgada el 19 de diciembre de 1986, que regula el recurso contencioso-administrativo, sumario, para la protección de intereses simples o difusos de los habitantes de dicha provincia, dispone: "El recurso se interpondrá por la persona física o jurídica interesada, por sí o por apoderado, incluyendo las asociaciones específicamente constituidas con la finalidad de defensa del interés respectivo". En el caso que nos ocupa, tales asociaciones serán naturalmente las constituidas con la finalidad específica de defensa de los consumidores.

c) Legitimación concurrente (y "disyuntiva") de los titulares que estarían habilitados para actuar en juicio, en defensa del interés común, sea individualmente, o bien mediante la formación de un litisconsorcio voluntario²². También esta última posibilidad está prevista en el mencionado art. 5° de la ley santafesina n° 10.000, transcripto precedentemente, y sobre el cual volveremos en los párrafos siguientes.

Resulta asimismo de interés recordar — en el presente trabajo, que en las Bases legislativas proyectadas por Morello y Stiglitz, a los fines de un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos, se propone que serán sujetos pasivos de las acciones previstas en dicho proyecto: a) las personas privadas de existencia física o ideal que realicen en forma directa o a través de los que están bajo su dependencia, los hechos u omisiones; y quienes se sirvan o tengan a su cuidado las cosas o actividades, que generen la privación, perturbación o amenaza de los intereses colectivos; b) el Estado y las demás personas jurídicas públicas, cuando asumieren la calidad prevista en el inciso precedente, o cuando en los recaudos exigidos para la autorización de la actividad privada o en las medidas adoptadas para el control de su adecuada ejecución, obrare en ejercicio manifiestamente insuficiente o ineficaz de sus atribuciones tendientes a la preservación de los eventos dañosos para los intereses colectivos²³.

²² Barbosa Moreira, ob. cit., p. 1236.

²³ Morello, Augusto M. - Stiglitz, Gabriel A., *Bases legislativas para*

Cabe destacar que una regulación similar acerca de la legitimación pasiva es dable advertir en el art. 1º de dicha ley provincial n° 10.000, en cuanto consigna: "Procederá el recurso contencioso administrativo sumario contra cualquier decisión, acto u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas, que, violando disposiciones del orden administrativo local, lesionaren intereses simples o difusos de los habitantes de la provincia en la tutela de la salud pública, en la conservación de la fauna, de la flora y del paisaje, en la protección del medio ambiente, en la preservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, en la correcta comercialización de mercaderías a la población y, en general, en la defensa de valores similares de la comunidad". Como se sabe uno de los problemas fundamentales que se plantearon en el ámbito del derecho procesal en esta materia, es el relacionado con la posibilidad de conferir personería a los particulares para actuar por ante los órganos jurisdiccionales en defensa de los mencionados "intereses difusos". Durante algún tiempo se pensó que ello no era posible en razón de que no se estaba en presencia de una lesión que afectase de modo particularizado a los individuos como para permitir a éstos acceder ante la justicia, asumiendo una suerte de representación propia y la de otros miembros de la comunidad, sin contar con una representación expresa de estos últimos. Mas como lo hemos puesto de relieve anteriormente, con todo acierto, el art. 5º de la referida ley 10.000 de la provincia de Santa Fe, entre otros sujetos legitimados para actuar en defensa de intereses simples o difusos de los habitantes de la provincia, entre los que se mencionan expresamente a los vinculados con "la correcta comercialización de mercaderías a la población", se hace referencia concretamente a la "persona física" (art. 5º).

De este modo, tal ley instituye una acción popular de amparo destinada exclusivamente a la protección de intereses difusos, entre los que están incluidos, obviamente, como se ha dicho, los referidos a la protección jurídica de los consumidores. Además, como también lo dijimos, se consagra la legitimación activa a favor de las "personas físicas", junto con las organizaciones constituidas con el fin de

un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos, JA, 1965-IV-651.

proteger los intereses difusos respectivos, de modo tal que la legitimatio ad processum, conforme lo ponemos de relieve en ponencia conjunta que hicieramos llegar con el doctor José Luis Capella al 3^{er} Simposio Iberoamericano sobre Ambiente y Municipio, realizado en San Martín de los Andes durante los días 25 de noviembre al 3 de diciembre de 1988; sólo se requiere la acreditación de la calidad de "habitante" (radicación) y, en cuanto a la legitimatio ad causam surge por la propia naturaleza difusa del interés conculcado y que se pretenda proteger. Pese a las imperfecciones de dicha ley, pensamos que marca un hito importante en nuestro país en la adecuada defensa de los denominados intereses difusos o supraindividuales y por ende en una correcta protección jurídica de los consumidores.

7. CONCLUSIONES

A mérito de las consideraciones formuladas en los puntos precedentes caben a nuestro juicio las siguientes conclusiones:

a) La responsabilidad del fabricante vendedor frente al adquirente es en principio de orden contractual.

b) Tratándose por tanto de una obligación de resultado es suficiente que el damnificado acredite la relación de causalidad adecuada entre el uso o consumo del producto y el acaecimiento del daño.

c) La responsabilidad del elaborador o fabricante frente al damnificado no contratante es de carácter extracontractual, con fundamento en un factor de atribución objetivo, encuadra en el art. 1113 del Cód. Civil, que consagra el deber de responder por los daños causados por el vicio de las cosas, así como por la circunstancia de haber creado un riesgo al lanzar al mercado un producto defectuoso.

d) El elaborador o fabricante puede liberarse total o parcialmente de responsabilidad, acreditando el caso fortuito extraño a la empresa, la culpa de la víctima o el hecho del tercero por quien no debe responder.

e) La acción del consumidor o usuario contra el proveedor, vendedor o importador se funda en la obligación de seguridad insita en el contrato de compraventa. Todo ello, sin perjuicio de la acción recursoria contra el fabricante o elaborador por la indemnización abonada a la víctima.

f) Los intereses difusos pertenecen a una serie indeterminada de personas que no están ligadas necesariamente por vínculo jurídico alguno, encontrándose entre sí en una especie de comunión para la satisfacción de las necesidades de todos. Son derechos humanos naturales de carácter personalísimo y generan para el Estado deberes funcionales para su protección.

g) Los particulares están legitimados sustancial y procesalmente para la defensa de los intereses difusos o supraindividuales, tanto en forma individual como a través de organizaciones creadas para la defensa del interés respectivo.

h) La provincia de Santa Fe, para la defensa de los intereses difusos, instituyó la acción popular contenida en la ley n° 10.000, vigente a partir del 1° de enero de 1987. Entre los intereses difusos que protege se destacan los relativos a la salud, el medio ambiente, a la flora y la fauna, al paisaje, al patrimonio histórico, cultural y artístico, a la correcta comercialización de las mercaderías a la población y, en general, los demás valores similares de la comunidad.

i) La acción popular en la provincia de Santa Fe disciplinada por dicha ley 10.000 se concede a cualquier "habitante" (nacional o extranjero) y a las organizaciones creadas con el fin de proteger el interés respectivo, siendo únicamente sujetos pasivos de dicha acción las autoridades públicas de la Administración Pública provincial, municipal o comunal, o las entidades o personas privadas que cumplan funciones públicas.

**PARA UNA HISTORIA DEL CONTROL PENAL
DE LA INFANCIA. LA INFORMALIDAD
DE LOS MECANISMOS FORMALES
DE CONTROL SOCIAL**

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ*

1. LOS MARCOS DEL PROBLEMA

Independientemente de su valoración, el contenido de la distinción entre mecanismos formales e informales de control social, pertenece a un área aparentemente no conflictiva de la sociología criminal. Paradójicamente, la condición que garantiza la ausencia de conflictos está dada por un tratamiento superficial del tema.

La distinción entre mecanismos formales o informales de control social pertenece al campo de aquellos conceptos cuyo contenido se da por descontado. De este modo, las distintas instancias del sistema penal, policía, jueces, cárcel, forman parte claramente de los primeros, mientras la familia, la escuela y la religión constituyen un ejemplo claro de los segundos. Esta distinción hace referencia explícita a un doble orden de cosas: intencionalidad y grado de institucionalización. La institucionalización remite a su vez, aunque en forma mucho menos explícita, a una valoración positiva de las garantías reales y potenciales que ofrecen los mecanismos formales de control social.

La valoración positiva de los mecanismos formales de control social se apoya en la ideología y praxis del iluminismo penal. Desde esta perspectiva, la materialización políti-

N. del A.: Quiero agradecer a la Sra. Marta Barkunsky. Su ayuda en la corrección de este trabajo fue de una importancia decisiva.

ca de las ideas de Beccaria (para citar el autor más importante) en el contexto de la Revolución Francesa, permite considerar a la ley y al sistema penal como defensas del ciudadano (sociedad civil) y límite negativo a las arbitrariedades del poder punitivo del Estado (L. Ferrajoli, 1985). Un análisis histórico más concreto conduce a una conclusión bastante diferente. Si se toma en cuenta que aun en el propio contexto iluminista, es el delito de lesa majestatis el primero y más severamente sancionado, entonces la formalización de las facultades punitivas del Estado, puede ser vista como la consolidación de un límite negativo para la sociedad civil (H. Hess, 1985). Dicho de otro modo, el delito de lesa majestatis parece ocupar a nivel de los mecanismos formales de control social, una posición análoga al proceso de acumulación originaria respecto de la formación del capital. Las similitudes de estas posiciones contradictorias, con las distintas valoraciones del nacimiento del Estado de derecho que, basándose en la exclusión de los no propietarios, las mujeres, etc., a la par que asegura garantías, establece férreos límites negativos, parecen más que evidentes. El problema no es simple y no puede agotarse en la mera crítica negativa (M. Horkheimer, T. Adorno, 1986), aunque responda a la "verdad" histórica.

Desde un punto de vista crítico y que pone el acento en la dimensión política de una determinada coyuntura, la defensa de la existencia de los mecanismos formales de control social se apoya hoy en tres puntos fundamentales: a) la necesidad de dar relevancia y hacer transparentes determinados conflictos sociales, los que de otro modo asumen la categoría de inevitables porque "forman parte de una cultura específica", piénsese en los casos de violencia sexual o doméstica para dar sólo un ejemplo (T. Pitch, 1983); b) la necesidad de impedir o reducir la venganza privada provocada por la no intervención del sistema penal. Principio éste, que por oposición marca al mismo tiempo un límite negativo a la intervención penal (L. Ferrajoli, 1985); c) por último y haciendo referencia explícita a la dimensión política del problema, la existencia de principios y garantías formales de las libertades, ofrece la posibilidad de tomarlos seriamente, activándolos en defensa de los sectores estructuralmente más débiles de la sociedad. (Estos tres puntos no significan olvidar el carácter más simbólico que real del sistema de justicia penal, el que resulta del hecho de que sólo una infima proporción de los hechos criminalizables adquieren realmente el status de "criminal".)

En el marco de estas consideraciones es posible retomar con mayores elementos de juicio el tema de la distinción entre mecanismos formales e informales de control social. El relevamiento de la literatura específica existente permite afirmar que la dificultad en definir con una cierta precisión la formalidad o informalidad de los mecanismos de control social constituye una constante en los escritos de todos aquellos que se han ocupado del problema. Utilizar el argumento de la institucionalización de un cierto mecanismo de control, para denominarlo como formal, no resiste la crítica de cualquier análisis comparado, que permite demostrar que en determinados contextos o coyunturas un mecanismo catalogado como informal posea un nivel mucho más alto de organización y sofisticación que muchos de los considerados mecanismos formales de control (basta pensar en la administración de justicia y la función concreta de la religión y sus estructuras en muchos países latinoamericanos).

En cuanto al argumento de la intencionalidad del control, el análisis crítico ha puesto de manifiesto reiteradas veces toda su debilidad e inconsistencia; piénsese en las funciones reales ejercidas por la escuela como mecanismo efectivo de control social (G. Cerqueira F.; G. Neder, 1987). En definitiva, es la falta de correspondencia con la realidad, lo que se encuentra en el origen de las dificultades arriba mencionadas y lo que ha conducido a un replanteamiento de la cuestión. De este modo la distinción entre control social activo y pasivo, sin resolver definitivamente el problema, se presenta como una herramienta conceptual mucho más eficaz para aprehender la complejidad de estos fenómenos. El control social de tipo pasivo hace referencia a la conformidad respecto de distintos tipos de normas y situaciones, mientras el control social activo, denota la implementación y logro de ciertos objetivos y valores. En otras palabras, la distancia que media entre el mero mantenimiento del orden y un proceso específico de integración social, puede dar cuenta de las diferencias arriba señaladas.

Pese a todos los inconvenientes puestos en evidencia, la distinción entre mecanismos formales e informales de control social no ha perdido su vigencia. Las razones, independientemente de la posición que se adopte, son predominantemente de tipo ideológico antes que real. Esta distinción nace mucho más como producto del voluntarismo romántico de los años 60 y comienzos del 70, que veía en la flexibilidad de los mecanismos informales una "humanidad" que constituía la otra cara de la rigidez represiva del sistema de

justicia penal (M. Findlay; U. Zvekie, 1987). Un análisis crítico y descarnado de la década de los 80 (S. Cohen, 1985), da por tierra con el voluntarismo anterior; aunque muchas de sus aspiraciones permanezcan válidas. Un análisis que demuestra que la acción de los mecanismos informales, lejos de reemplazar la función de los mecanismos formales, ha constituido una extensión complementaria de estos últimos, en los que la tendencia al abandono de las garantías formales constituye un elemento de no poca importancia (piénsese en muchas de las disposiciones de las modernas legislaciones especiales en tema de drogas)¹.

A partir de los años 60, tanto en el contexto europeo como en el latinoamericano, aunque por motivos diversos, se asiste a una recuperación del proceso democrático que se traduce en una revalorización de la cultura garantista por parte del pensamiento crítico.

Sin olvidar la diferencia de matices que encierra la cultura garantista² y mucho menos los riesgos del vaciamiento de contenidos y el reduccionismo a que conduce "la legitimación a través del (mero) procedimiento", dicho movimiento comienza a ser percibido como un paso positivo en el proceso de ampliación de espacios de libertad en el seno de la sociedad civil. La revalorización de las garantías jurídicas, lo que no excluye la lucha simultánea por una reducción del área de la vida social regulada por el derecho penal, en un marco de respeto de la víctima en particular y en general de los sectores más débiles de la población, ha conducido a una visión menos ideológica de los mecanismos formales de control social.

... Sin olvidar la selectividad del funcionamiento concreto de los sistemas penales existe hoy, sobre todo a nivel de la sociedad civil, una mayor conciencia sobre las posibilidades de tomar seriamente el discurso jurídico dominante. Sin

¹ En una reciente investigación comparada sobre las actuales legislaciones en materia de drogas, se arriba a la conclusión de que se asiste claramente a una tendencia en el contexto internacional, a que las disposiciones normativas pertinentes se aparten de los principios generales del derecho (UNSDRI, 1987). La política del tratamiento de la adicción a las drogas, en los marcos del derecho penal, constituye, quizás, uno de los mejores ejemplos.

² La palabra "garantista", de dudosa existencia en la lengua castellana, remite claramente a una vertiente importante de la cultura jurídica italiana. Se designa con ella, al respeto consecuente de los principios fundamentales del derecho (penal) liberal moderno.

embargo y contrariamente a lo que una aparente prudencia pudiera aconsejar, la condición de un "uso" positivo de las garantías jurídicas formales que ofrece el sistema democrático, aparece representado hoy por una crítica descarnada y profunda de la praxis y sobre todo del discurso de algunos sectores específicos del sistema de la justicia penal.

La legislación penal de menores constituye un campo rico e inexplorado en ese sentido. En el contexto de recuperación de la cultura garantista, que implica de hecho una revalorización crítica de la función de los mecanismos formales de control social, la oportunidad y urgencia en analizar el sistema penal de menores, aparece evidente. En otras palabras, resulta importante comprobar en qué medida una estructura formal de control social, en los marcos de un sistema democrático y que por ello justamente posee una importante cuota de legitimación *a priori*, ofrece por lo menos a nivel del discurso, aquellos límites negativos a la facultad punitiva del Estado, que una coyuntura política favorable permite potencialmente activar. Si se comprueba que un mecanismo formal de control social, participa, además de su funcionamiento selectivo, de todas las características negativas de los mecanismos informales de control social, la ya débil e inexistente distinción entre mecanismos formales e informales, debería asumir en este caso el carácter de una crisis profunda e irreversible que sólo un replanteamiento radical de sus premisas básicas podría contribuir a resolver.

En el marco concreto que hemos expuesto hasta aquí nos interesa sentar las bases para rediscutir la génesis histórica y los motivos que explican el control penal de la infancia como categoría específica, no sólo, pero con especial referencia al contexto latinoamericano.

2. EL NIÑO. DE LA LITERATURA TRADICIONAL AL ENFOQUE HISTÓRICO

En lo que en un sentido muy amplio puede ser denominado campo socio-jurídico-penal, la literatura relativa a los jóvenes es de una abundancia considerable. Que no pueda afirmarse lo mismo acerca del tema "niños-sistema de la justicia penal", constituye una mera apariencia. Más allá de las dificultades para encontrar parámetros objetivos dedicados a establecer una clara diferencia entre ambas cate-

gorías (niños-jóvenes), puede afirmarse que la "escasez" de trabajos sobre el tema "niños-sistema de justicia penal", se explica en buena parte por el uso eufemístico del término joven o menor, el que salvo indicación en contrario, cubre ampliamente la intervención de la justicia penal sobre los niños².

La abundancia de la literatura antes señalada no se traduce, sin embargo, en un mayor conocimiento de las dimensiones reales del fenómeno. Más aún, puede afirmarse que la abrumadora mayoría de la literatura específica, ha contribuido decididamente a aumentar la confusión mistificando ulteriormente el problema. Una literatura que no sólo no ha resuelto el nudo de la contradicción protección-control penal-derechos y garantías, sino que ni siquiera ha planteado la cuestión.

El contenido esencial del mensaje de la literatura tradicional sobre el tema "menores-control social formal" admite ser resumido de la siguiente manera: los instrumentos jurídicos (penales) aplicados a la niñez, entendida esta última como un dato ontológico-biológico, han recorrido un proceso permanente de evolución positiva realizado en el interés de los menores. No resulta difícil entender las enormes dificultades y resistencias que ha encontrado y encuentra todo intento de corroboración empírica, de las intenciones del discurso dominante con los resultados concretos obtenidos. El tema de los menores con conducta "desviada" ha sido patrimonio casi exclusivo de una actitud dogmáticamente moralista, que ha impedido durante mucho tiempo cualquier confrontación seria, basada en argumentos racionales.

En este contexto no resulta extraño que, aun desde perspectivas divergentes, el enfoque histórico constituya el elemento común de casi todos aquellos intentos de carácter desmistificadorio.

Si ha sido la perspectiva histórica la que ha permitido poner en evidencia la relatividad, arbitrariedad y contingencia de los sistemas penales, puede afirmarse sin dudas que la función de esta perspectiva en los estudios sobre la niñez

² Resulta interesante observar la confusión casi sistemática en el uso de los términos "niño"-joven". La protección es casi siempre del niño, la delincuencia es casi siempre juvenil. Ello aunque los sancionados penalmente sean de menor edad que los "protegidos".

ha producido resultados análogos⁴. Refutando las tesis de la psicología positivista que vinculan la categoría niñez a determinadas características de la evolución biológica, el enfoque histórico la presenta como el resultado de una compleja construcción social que responde, tanto a condicionantes de carácter estructural cuanto a sucesivas revoluciones en el plano de los sentimientos.

En uno de los estudios históricos más profundos y completos sobre la niñez, Ph. Ariès (1985), presenta su tesis central afirmando que en la sociedad tradicional, y hasta bien entrado el siglo xvi, la niñez tal como ella es entendida hoy no existe. Existe en cambio un período de estricta dependencia física, luego del cual se entra, sin más, al mundo de los adultos (p. 45). Un ejemplo y prueba de ello es que el desconocimiento del niño por parte del arte del Medioevo no puede ser reducido a un mero error o distracción de los artistas (p. 92-93). Utilizando la pintura de la época como documento cuya importancia no puede despreciarse, el siglo xvii muestra una inversión de tendencia representada por el retrato de la familia que se organiza ya en torno al niño (p. 107). En este proceso de descubrimiento-inventiva de la niñez, la vergüenza y el orden constituyen dos sentimientos de carácter contrapuestos que ayudan a modelar un sujeto a quien la escuela dará forma definitiva. La escuela, organizada bajo tres principios fundamentales: vigilancia permanente, obligación de denunciar e imposición de penas corporales, cumplirá juntamente con la familia, la doble tarea de prolongar el período de la niñez, arrancándola del mundo de los adultos. Es el nacimiento de una nueva categoría.

Junto a las representaciones de carácter artístico, la percepción del tratamiento del infanticidio constituye otro elemento de central importancia en la tarea de reconstrucción histórica.

En la antigua Roma, el vínculo de sangre contaba menos que el vínculo de elección. Durante el tiempo de Augusto, los recién nacidos eran expuestos en las puertas del palacio imperial, matándose a los que no resultaban elegidos; una práctica que cumplía las funciones actuales del aborto. Hasta bien avanzado el Medioevo, durante el cual

⁴ Para un panorama general de la perspectiva histórico-crítica puede consultarse el trabajo de B. Krisberg, J. Austin (1978).

los profundos cambios ocurridos no logran modificar el hecho de que el matrimonio y en consecuencia la familia constituyan un ámbito exclusivo de la vida privada, el infanticidio continúa teniendo una influencia cuantitativa de no poca importancia. Resulta interesante observar que si bien recién a partir del siglo iv, el infanticidio empieza a ser jurídicamente considerado como un delito, habrá que esperar hasta el siglo xvi, para que comience a obtener un cierto rechazo social por parte de las clases populares. Rechazo que coincide, por otra parte, con la necesidad estructural de poseer una familia numerosa. Para decirlo con Aries (1985, p. 439), tres son las etapas más importantes de la muerte infantil hasta hoy. La muerte como un hecho: a) provocado; b) aceptado, y c) por último absolutamente intolerable.

De las múltiples conclusiones de la investigación de Aries (1985)⁵, merecen destacarse los siguientes puntos: a) el interés por los niños que nace en el Medioevo, constituye más una tarea de moralistas que de humanistas; b) más allá del breve período de dependencia física, el Medioevo percibía como pequeños hombres a una categoría designada claramente hoy como niños; c) la consolidación del descubrimiento del niño en los siglos xvi y xvii, se produce juntamente con el desarrollo de los sentimientos de orden y vergüenza. En el siglo xvii podía hablarse ya abiertamente de niños corrompidos, un concepto absolutamente impensable dos siglos antes.

Compartiendo la necesidad del enfoque histórico, existe otra investigación cuya importancia difícilmente pueda ser ignorada. Es la obra colectiva dirigida por Lloyd de Mause (1978), dedicada a la historia de la niñez. Las profundas diferencias con las tesis de Aries responden, entre otros motivos, al hecho de que se parta de un enfoque psichistórico del tema.

Resulta interesante observar, sin embargo, que las profundas y explícitas críticas a las tesis de Aries, por parte de Mause (p. 18), responden más a una diferencia de programa de acción (ausente por otra parte en la obra predominantemente descriptiva de Aries), que a una diversa constatación de hechos históricos. Así, por ejemplo, la "inexistencia" del niño en el período anterior al siglo xvi, es explicada no por la falta de amor de los padres sino por la falta de madurez

⁵ Se sigue en este punto los resultados de las investigaciones históricas de Ph. Aries (1979) y (1985).

emocional para tratar al niño como una persona autónoma (de Mause, 1978, p. 35). En modo similar a la clasificación realizada por Aries, de Mause establece también una tipología de las etapas de la infancia, pero desde la perspectiva de los diversos momentos de las relaciones entre padres e hijos (de Mause, 1978, p. 82-83). En el caso del infanticidio, por ejemplo, las afirmaciones de de Mause, confirman y refuerzan lo expuesto por Aries, sosteniendo que dicha práctica fue considerada como normal hasta el siglo XIX (p. 51-52). Pero las profundas divergencias entre ambos enfoques pueden resumirse en la acusación de de Mause, acerca de la tendencia de las investigaciones sociohistóricas a justificar —describiendo sin indignación moral— las crueldades del pasado. Más allá de la polémica, la investigación de de Mause está destinada a mostrar la evolución de la niñez, también como un largo proceso, pero en el cual la lucha por la disminución del sufrimiento moral y físico ocupa un lugar de central importancia. Creada la niñez y abriéndose plenamente la posibilidad de su corrupción (el niño corrupto como sujeto activo o pasivo) se sientan las bases que permiten ocuparse de la niñez "abandonada-delincente" como categoría específica.

3. EL NIÑO "ABANDONADO-DELINCENTE"

La historia del control social formal de la niñez como estrategia específica constituye un ejemplo paradigmático de construcción de una categoría de sujetos débiles para quienes la protección, mucho más que constituir un derecho, resulta una imposición.

Por ello, no es casual que una de las obras pioneras en este campo haya sido denominada *The child savers. The invention of delinquency - Los salvadores de los niños. La invención de la delincuencia* (A. Platt, 1969).

Pocas son las negaciones de las libertades jurídicas, no justificadas por el moralismo de los protagonistas de este movimiento. Una situación que facilita la tarea de reconstrucción histórico-crítica en la medida en que no exige una sofisticada labor de interpretación del material de que se dispone sino más bien una adecuada exposición de éste.

En las escasas recolecciones de documentos históricos dedicados al tema del control penal de los menores (W. Sanders, 1970), puede advertirse, objetivamente, una cierta co-

responsendencia con las tesis de Ph. Aries, lo que se refleja en un tratamiento penal predominantemente indiscriminado de los niños respecto de los adultos, por lo menos hasta fines del siglo XIX. Ello tanto a nivel normativo cuanto en el momento de ejecución de las penas⁴.

Si el siglo XVIII "descubre" la escuela como el lugar de producción de orden y homogeneización de la categoría niño, el siglo XIX se abocará a la tarea de concebir y poner en práctica aquellos mecanismos que recojan y "protejan" a quienes han sido expulsados o no han tenido acceso al sistema escolar.

Si como se verá más adelante, 1899 constituye una fecha que marca un cambio fundamental en la historia del control penal de la niñez, existen algunos antecedentes previos cuya mención resulta imposible pasar por alto, en la medida

⁴ Para el período anterior a la mitad del siglo XIX, las disposiciones jurídicas que toman en consideración la edad, a los efectos de imposición de sanciones penales, pueden ser consideradas como la "prehistoria" del derecho penal de menores. Muy poco es lo que se sabe de esta "prehistoria", ya que no existen investigaciones específicas. Sin que ello signifique alterar en lo más mínimo la afirmación anterior, se transcribe aquí un viejo texto del jurista inglés William Blackstone (*On the criminal responsibility of children under the common law, 1789*), que proporciona una idea aproximada del pensamiento imperante antes del movimiento de reformas que comienza en 1899: los niños (*infants*), que no han llegado a la edad de la razón, no deberían ser pasibles de persecución criminal alguna. Cuál es la edad de la razón, es una cuestión que varía en los diferentes países. La ley civil clasificaba los menores de edad, o sea aquellos por debajo de los 25 años, en tres etapas: *infantia*, desde el nacimiento a la edad de 7 años; *pueritia*, de 7 a 14 años; y *pubertas*, de 14 años en adelante. La etapa de *pueritia* o *niñez*, resulta a su vez subdividida en dos partes iguales: de siete a diez y medio, es la *actus infantina proxima*; de diez y medio a catorce, la *actus pubertatis proxima*. Durante la primera etapa de la infancia y la siguiente media etapa de la niñez, *infantia proxima*, no eran punibles por ningún tipo de crimen. Durante la otra media etapa de la niñez, acercándose a la pubertad, de diez y medio a catorce, eran en efecto punibles en caso de ser declarados *docti capaces*, o sea capaces de hacer el mal; pero con diversos atenuantes y sin aplicar el máximo rigor de la ley. Durante la última etapa (de la edad de la pubertad y en adelante), los menores eran punibles ya sea con la pena capital, que con los otros tipos de penas.

La ley, en Inglaterra, en algunos casos privilegiaba al *infant*, por debajo de los 21 años, con respecto a delitos menores para evitar multas, cárcel y similares; y en particular en casos de omisión tales como no reparar un puente o una calle u otros delitos similares; ello por no tener acceso a su patrimonio hasta los 21 años. Pero en los casos de una notable perturbación del orden público, amotinamientos, agresiones o similares (que los niños en edad adulta son por lo menos tan propensos a cometer como los adultos), los niños de más de 14 años de edad, son pasibles de recibir todas las sanciones que les corresponderían a los mayores de 21 años.

que ayuda a entender la dirección y lógica de los acontecimientos posteriores.

Los primeros antecedentes modernos del tratamiento diferencial en el caso de menores "delincuentes", pueden encontrarse en disposiciones relativas a limitar la publicidad de los hechos de naturaleza penal supuestamente cometidos por menores. En ese sentido existe una ordenanza suiza de 1862, transformada luego en ley especial de 1872, con disposiciones que incluían además la inimputabilidad penal de los menores de 14 años (medidas similares pueden encontrarse en el Código Penal alemán de 1871). Pero en materia de antecedentes directos, parecen existir pocas dudas acerca de que la *Norway's Child Welfare Act* de 1896, redactada en 1892, aprobada en 1896 y puesta en vigor en el 1900, constituye el documento jurídico más importante.

En relación a los crímenes (felonies), la ley es aún más casuística y estricta, haciendo diferencia entre los varios niveles de edad y discreción. De acuerdo con el antiguo derecho sajón, se establecían los 12 años como la posible edad de la razón... de allí en adelante hasta los 14 años, se entra en la zona pubertatis proxima, en la cual podía o no ser considerado culpable de un delito, de acuerdo con su capacidad o incapacidad personal. Esta última constituía la etapa en que se dudaba acerca de si habían llegado o no a la edad de la razón; pero por debajo de los 12 años se entendía que no podía ser considerado en posesión de una voluntad culpable. Por otra parte, luego de los 14 años, la inocencia no podía ser supuesta sin más en los casos de haber cometido un crimen punible con la pena capital. Pero de acuerdo con la ley vigente, que existe por lo menos desde la época de Eduardo III, la capacidad de discernir acerca de la maldad de un acto y de asumir la culpa, no resulta tanto medida por su edad en años y días, sino por la capacidad de discernimiento del delincuente. Un niño de 11 años puede poseer tanta o más malicia que uno de 14, y en estos casos la máxima es que *malitia supplet aetatem* (la malicia reemplaza la edad). Por debajo de los 7 años, en realidad, un niño no puede ser reo de un crimen, ya que la discrecionalidad criminal es casi una imposibilidad natural, pero a los 8 años de edad puede, sin embargo, ser reo de un crimen. También por debajo de los 14 años, aunque un niño constituye *prima facie*, un sujeto *doli incapax*, si a juicio de la corte y el jurado es considerado *doli capax* y en condiciones de discernir entre el bien y el mal, puede ser sentenciado y condenado a muerte. De este modo una niña de 13 años ha sido quemada en la hoguera, por el homicidio de su ama y un niño de 10 y otro de 9 años de edad, que habían matado a sus compañeros, fueron sentenciados a muerte y el primero fue efectivamente ahorcado, ya que resulta del proceso el hecho de que uno de los homicidas se dio a la fuga, mientras el otro ocultó el cuerpo de la víctima, hechos que demuestran claramente la conciencia de la culpa y la capacidad para discernir entre el bien y el mal.

Hubo un caso en el siglo pasado en el que un niño de 8 años fue juzgado en Abingdon por incendiar dos graneros y demostrándose que actuó con malicia, venganza y astucia, fue considerado culpable y condenado a morir en la horca (W. Sanders, 1979, 60-62).

Ella posee ya todas las características del actual derecho de menores (T. S. Dahl, 1985, p. 8). En este sentido, resulta importante dejar en claro aquí, que todas las disposiciones jurídicas de carácter sociopenal (ambos términos nacen y se desarrollan en un proceso de permanente confusión) contenidas en la política de reformas se refieren invariablemente a dos aspectos fundamentales: a) aumento de la edad de la responsabilidad penal, para sustraer a los niños completamente del sistema penal de los adultos, y b) imposición de sanciones específicas para los niños "delinquentes".

La evolución y las características de los instrumentos jurídicos destinados al control de los menores, deben necesariamente interpretarse a la luz de la conciencia social imperante durante las distintas épocas. Las diversas políticas de segregación de los menores que comienzan a adquirir carácter sistemático a partir del siglo XIX, resultan legitimadas en el contexto "científico" del positivismo criminológico y las consecuentes teorías de la defensa social que de esta corriente se derivan.

Como la esencia de muchos documentos de la época lo demuestran, la salvaguarda de la integridad de los niños resulta subordinada al objetivo de protección de la sociedad frente a futuros "delinquentes" (S. J. Pfohl, 1977, p. 311). A la confusión ya señalada, se suma la consideración indiscriminada de los conceptos de delincuencia, pobreza y abuso. Habrá que esperar a nuestros días para asistir a una verdadera organización de la conciencia y reacción social que reconozca el abuso y maltrato de los niños como un problema grave, pero sobre todo que forma parte de la esfera pública. Ello no debe extrañar si se toma en cuenta que el castigo de los niños ha sido legitimado por siglos por razones de obediencia, disciplina, educación y religión. Incluso muchos años después que el infanticidio, como acto explícitamente intencional, haya encontrado una fuerte reprobación jurídica y social, los castigos corporales que excluyeran la muerte eran considerados, sobre todo si realizados por familiares de la víctima, como un hecho normal. La primera intervención del Estado en el caso de una niña a la que sus padres habían hecho objeto de abusos y maltratos, es no sólo tardía sino además irónicamente premonitoria. En 1875, en un caso que encontró gran eco en la prensa y la opinión pública, la niña Mary Ellen de 9 años de edad fue sustraída a sus padres por las autoridades judiciales. La institución que activó el caso fue la "Sociedad para la Protección de los Animales" de Nueva York. Este hecho coincide con la creación

de la *New York Society for the Prevention of Cruelty to Children* (S. J. Pfohl, 1977, p. 312).

También la reacción frente al maltrato de los niños, inexistente para la conciencia social durante siglos, ha sido entendida como el resultado de una coalición de intereses que no puede ser atribuida al mero incremento de dichos hechos. Una interpretación digna de tomarse en cuenta, afirma que la lucha por el poder en el seno de la comunidad médica—en este caso referido a los Estados Unidos— a través de la cual los especialistas en radiología intentan superar la función de subordinación a la que otras especializaciones los habían confinado, resulta una "causa" decisiva en la percepción negativa del maltrato como problema de dominio público (p. 317 y siguientes).

En este clima político-cultural, se arriba al momento que marca un hito fundamental en las prácticas socio-penales de "protección-segregación" de la infancia. En 1899, por medio de la *Juvenile Court Act* de Illinois, se crea el primer tribunal de menores.

En las páginas que siguen se intentará mostrar brevemente las características más relevantes de dichos tribunales, la dirección que imprimen a la política de control de los menores, así como su extensión e implantación en el contexto latinoamericano.

4. NACIMIENTO DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

Inexistentes en el siglo XIX, con la sola excepción de Illinois, en 1930 los tribunales de menores constituyen una realidad en un número considerable de países. Así y para dar sólo unos pocos ejemplos, los tribunales de menores fueron creados en 1905 en Inglaterra, 1908 en Alemania, 1911 en Portugal, 1911 en Hungría, 1912 en Francia, 1922 en Japón, 1924 en España. En América latina, por su parte, fueron creados en 1921 en Argentina, 1923 en Brasil, 1927 en México y 1928 en Chile.

Como ya se ha dicho, la literatura descriptiva-apologética en tema de menores "delincuentes-abandonados", es de una dimensión cuantitativa enorme. Por esta razón resulta imprescindible concentrarse en aquellos momentos de creación y difusión de ideas dominantes constituidos por los encuentros de carácter internacional. En lo que hace a los tribunales de menores, no existen dudas acerca de que

el "Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores" realizado en París, entre el 29 de junio y el 1 de julio de 1911, constituye un documento clave en la tarea de reconstrucción histórica propuesta¹. Dificilmente pueda imaginarse una concurrencia más nutrida que la que participó en el Congreso, en el que se encontraban presentes las máximas autoridades francesas en la materia así como delegados oficiales y de instituciones privadas de casi la totalidad de los países europeos y los Estados Unidos. Tres son las presencias latinoamericanas: Cuba, El Salvador y Uruguay, sin que exista ningún elemento que permita suponer que se trató de una participación meramente formal y marginal.

Los temas del Congreso resultan altamente representativos del debate de la época, pudiendo resumirse en los siguientes tres puntos:

a) ¿Debe existir una jurisdicción especial de menores? ¿sobre qué principios y directivas deberán apoyarse dichos tribunales para obtener un máximo de eficacia en la lucha contra la criminalidad juvenil?

b) ¿Cuál debe ser la función de las instituciones de caridad, frente a los tribunales y frente al Estado?

c) El problema de la libertad vigilada o probation. Funciones de los tribunales después de la sentencia.

El propio temario del Congreso, que abría el camino para la aprobación unánime de la creación de los tribunales de menores franceses un año después, ofrece algunas indicaciones de considerable importancia. La segunda parte de la primera pregunta pone en evidencia el carácter meramente retórico acerca de si debe existir una jurisdicción especial de menores. El detalle tiene su importancia ya que el fuerte moralismo que impregna todos estos temas determina la existencia de un altísimo nivel de consenso. Salvo pequeñas excepciones, las contradicciones en este campo de lo jurídico se caracterizan por la marginalidad y banalidad de los argumentos. Tampoco puede pasarse por alto el hecho de que la segunda parte de la primera pregunta ofre-

¹ Toda la información relativa a este Congreso, ha sido obtenida directamente de sus Actas, publicadas en 1912, bajo el título, *Tribunaux pour enfants, I^{er} Congrès international. Travaux préparatoires. Comptes rendus analytiques et éténographiques publiés au nom du Comité d'organisation par M. Marcel Kleine (Secrétaire General del Congreso)*. En lo sucesivo esta publicación será citada como "Actas", con el nombre del relator en los casos en que ello corresponda.

ce las bases que permitirán subordinar la tarea de salvaguarda de los niños a las exigencias de la defensa social. El segundo tema, por su parte, legítima dando por descontado, la participación de instituciones de carácter privado en la delicada tarea del control de los menores.

El tercer tema, constituye uno de los puntos más espinosos del derecho de menores, un aspecto que conserva toda su vigencia y que se refiere fundamentalmente a la imposición de condenas de carácter indeterminado, así como a la intervención de la justicia penal respecto de comportamientos no criminales de los menores.

Pero la verdadera importancia del Congreso de París no proviene, ni de la enorme adhesión que recoge, ni de su representatividad en el mundo político-judicial. Su carácter de momento decisivo en la historia del control sociopenal de los niños, deriva sobre todo del hecho de que por primera vez se exponen en forma sistemática todos aquellos temas que con pequeñas variaciones constituyen hasta hoy una constante recurrente en la abrumadora mayoría de los discursos oficiales sobre el menor "abandonado-delincente".

Dos son los motivos más importantes, declarados por el Congreso, que sirven para legitimar las reformas de la justicia de menores: las espantosas condiciones de vida en las cárceles, en las que los niños eran alojados en forma indiscriminada con los adultos y la formalidad e inflexibilidad de la ley penal, que obligando a respetar, entre otros, los principios de legalidad y de determinación de la condena, impedían la tarea de represión-protección, propia del derecho de menores.

La atribución de un carácter revolucionario a estas reformas por parte de sus receptores —el contexto latinoamericano resulta un buen ejemplo de ello— constituye una interpretación subjetiva y absolutamente errónea.

En el discurso de apertura del Congreso, Paul Deschanel, diputado y miembro de la Academia Francesa, se encargó de afirmar lo contrario en forma clara y explícita: "Estas conferencias son necesarias para demostrar que las reformas que queremos no tienen nada de revolucionario y que pueden ser realizadas sin alterar sustancialmente los códigos existentes, con una simple adaptación de las viejas leyes a las necesidades modernas" (*Actas*, 1912, p. 48).

Pero la protección y preservación de los jóvenes en peligro moral no constituye el único motivo declarado de la legitimación de estos tribunales. En el final de su discurso

de apertura del Congreso, Deschanel expone otros motivos que ayudan a comprender la real dimensión de los problemas planteados: "Yo me siento muy feliz de poder transmitir una fe profunda en el futuro de los tribunales para niños. Tengo la certeza de que en algunos años todos los países civilizados los habrán completamente organizado. Estos tribunales se transformarán en todas partes, en centros de acción para la lucha contra la criminalidad juvenil. No sólo ayudándonos a recuperar la infancia caída, sino también a preservar la infancia en peligro moral. Estos tribunales podrán transformarse, además, en auxiliares de la aplicación de las leyes escolares y las leyes del trabajo. Alrededor de ellos se agruparán las obras admirables de la iniciativa privada, sin las cuales la acción de los poderes públicos no podría ser eficaz. Al mismo tiempo que mantienen la represión indispensable suministrarán una justicia iluminada, apropiada a quienes deben ser juzgados. Serán al mismo tiempo la mejor protección de la infancia abandonada y culpable y la salvaguarda más eficaz de la sociedad" (Actas, 1912, p. 43).

De la lectura completa de las discusiones y propuestas de las Actas del Congreso y su comparación con las resoluciones conclusivas (Actas, 1912, p. 883-885), puede apreciarse con facilidad la influencia concreta del delegado americano. La enorme legitimación *a priori* de su presencia se debía al hecho de representar al país, no sólo pionero en la materia, sino en el cual la política sociopenal de menores alcanza el punto más alto de realizaciones administrativas concretas. Por ello no puede pasarse por alto el hecho de que los juristas europeos de la época en que se ocupan del tema menores, alaben permanentemente el pragmatismo y la flexibilidad de los americanos que se refleja en el desapego absoluto de las formas dogmático-jurídicas. Razón de más tiene A. Platt (1969, p. 46), en afirmar que si los europeos se caracterizan por su contribución al desarrollo de la teoría penal, los americanos que se ocupan del problema representan una posición dominante en materia de administración de la cuestión penal. La contribución del delegado americano al Congreso de París, cuyos puntos más importantes conviene recordar aquí, confirma plenamente las afirmaciones de Platt.

La claridad de la intervención del delegado americano, C. R. Henderson, exime las más de las veces de realizar interpretaciones o comentarios adicionales, los que por este motivo pueden ser reducidos al mínimo indispensable. Puede decirse en todo caso que el enfoque de Henderson, parte

de la eliminación total de cualquier tipo de relativismo fijando categorías absolutas y universales amparadas en el marco "científico" del positivismo.

De este modo afirma: "En primer lugar la psicología ha demostrado la existencia de diferencias radicales entre los niños y los adultos, poniendo de relieve los rasgos característicos de la adolescencia.

El niño no es más un adulto en miniatura, ni en cuerpo, ni en espíritu: es un niño. Posee una anatomía, una fisiología y una psicología particulares. Su universo no es más el del adulto. No es un ángel ni un demonio: es un niño. El estudio de la infancia se ha convertido en una rama de una ciencia especial. La difusión del resultado de estas investigaciones ha producido una revolución en los métodos educativos... Los principios de las investigaciones, han dejado de ser teorías abstractas y especulativas; para transformarse en generalizaciones producto de hechos y experiencias empíricas. Las escuelas-reformatorios, se han convertido en verdaderos laboratorios de ciencias pedagógicas. En todos los países civilizados, asociaciones de carácter filantrópico han puesto en pie iniciativas en favor de los niños abandonados. Sus integrantes han descubierto simultáneamente, las necesidades del niño y los errores de los procedimientos legales. Muchas de estas personas son juristas de profesión" (Actas, 1912, p. 56).

Si el siglo xviii fija la categoría social del niño tomando como punto de referencia la escuela, al inicio del siglo xx, se asiste a la fijación de la categoría sociopenal del niño que tiene como puntos de referencia la "ciencia" psicológica, y una estructura diferenciada de control penal.

Que no toda la política de reformas responda a meras razones humanitarias, consecuencia de un cambio en la conciencia social que descubre la "incapacidad y debilidad" de la categoría niños parece fuera de discusión, sobre todo si se tiene en cuenta lo expresado por Henderson en el sentido de que: "El movimiento democrático de este siglo ha provocado un acercamiento de las clases sociales anteriormente desconocido. En consecuencia, son numerosas las personas que comprenden los peligros de las familias obreras y pobres. He aquí, otra influencia que favorece una modificación del derecho penal y procesal" (Actas, 1912, p. 57).

Que los impulsores de las reformas se encarguen de repetir y subrayar el carácter no revolucionario de ellas se explica por el hecho de que se trata más bien de introducir

aquellos cambios de tipo procesal que permitan la discrecionalidad absoluta de las medidas a adoptar, evitando el conflicto con las teorías penales dominantes. Para que el Estado pueda ejercer las funciones de "protección y control" (resulta imposible separar ambos términos), es necesario modificar radicalmente los principios procesales propios del derecho iluminista. Ello se logra, en primer lugar, anulando la distinción entre menores delincuentes, abandonados y maltratados, una propuesta que había encontrado un eco concreto en la Resolución III del VIII Congreso Penitenciario realizado en Washington en 1910.

Pero la piedra angular de las reformas se basa en alterar sustancialmente las funciones del juez. El delegado belga al Congreso de París, el famoso profesor de derecho penal M. Prins, afirma que la jurisdicción de menores debe poseer un carácter familiar y que el juez de menores debe ser un padre y un juez de vigilancia (Actas, 1912, p. 61). Con tonos diversos, todos los delegados coinciden en el principio anterior, cuyo requisito de plena realización pasa por la anulación de la figura de la defensa. En este sentido resultan claras las palabras del delegado italiano, que citando a Garofalo, afirma: "la intervención del defensor no parece necesaria, porque a menudo, en nuestro país, la defensa no se limita —escribe Garofalo— a ofrecer excusas por los peores actos delictivos, sino además a hacer su apología" (Actas, 1912, p. 250-251).

Con pequeñísimas variaciones, los asistentes al Congreso coinciden en la necesidad de las sentencias de carácter indeterminado. Si la condición indispensable para la protección es la sentencia, sólo una sentencia de carácter indeterminado podrá convertir a la protección en un hecho permanente. La delegada belga por la Comisión Real de Patronatos, madame Henry Carton de Wiart, lo expone con estas palabras: "La medida de la puesta en libertad vigilada debe revestir las características de una sentencia indeterminada. Un término fijo constituye una protección temporal. Una sentencia indeterminada convierte a la protección en permanente" (Actas, 1912, p. 545).

Con la clausura del Congreso, se abre una nueva etapa en la política de "control-protección", de toda una categoría de sujetos cuya "debilidad e incapacidad" debía ser sancionada jurídica y culturalmente. Pese a las funciones centrales que otorga a las instituciones privadas, el Estado se reserva en la práctica la organización y supervisión de una asistencia sociopenal, no disturbada por exigencias de segu-

ridad o garantías jurídicas. Se sientan de este modo las bases de una cultura estatal de la asistencia, que no puede proteger sin una previa clasificación de naturaleza patológica. Una protección que sólo se concibe en los marcos de las distintas variantes de la segregación y que por otra parte reconoce al niño, en el mejor de los casos, como objeto de la compasión pero de ningún modo como sujeto de derechos.

Sin pretender que el punto anterior constituya una descripción y análisis exhaustivo de la nueva política del control de los menores, él proporciona el marco imprescindible de referencia para entender la dirección que asume la política de menores en el contexto latinoamericano. De modo similar que en otros campos del derecho, los juristas latinoamericanos redescubrirán el problema del control "socio-penal" de los menores, en un marco conceptual previamente formulado. Una mayor influencia de las corrientes antropológicas en criminología, más los problemas derivados del proceso masivo de inmigración, en muchos países de la región, constituirán los rasgos diferenciales de un problema, del que por diversas razones, sólo se sentarán aquí algunas bases para la discusión.

5. EL CONTROL SOCIO-PENAL DE LOS NIÑOS EN AMÉRICA LATINA

Faltan en América latina investigaciones que en el campo de la historia social den cuenta de la especificidad del proceso que crea y fija la categoría de la niñez.

Los escasos datos disponibles para el periodo anterior y posterior a la conquista, carecen de la sistematicidad mínima que permita su utilización a los fines concretos de comprender los rasgos característicos del control socio-penal de la infancia durante dicho período.

Resulta claro, sin embargo, que el descubrimiento del niño "delincuente-abandonado" como problema específico en el campo del control social, remite a los comienzos del siglo xx.

Hasta bien entrado el siglo xix, el retribucionismo contractualista de los (incipientes) Códigos Penales imperantes, acostumbraba a distinguir con una cierta claridad entre menores delincuentes infractores de la ley y menores abandonados o en estado de peligro moral. En términos generales se fijaba la edad de 9 años como límite de la inimputabili-

dad absoluta, adoptándose para los mayores de dicha edad los confusos criterios del discernimiento, para decidir, por parte de los jueces penales ordinarios, la posibilidad de aplicar las sanciones correspondientes*.

Es obvio que el movimiento que se estaba gestando en Europa y que sucintamente fue descrito en el punto anterior, no podía pasar inadvertido en América latina.

El positivismo "científico" criminológico, importado en su versión antropológica más ortodoxa, aunque como podrá apreciarse bajo un manto psicologista, encontró en el "problema de los menores", un campo ideal para extender y consolidar su poder frente a los representantes del dogmatismo jurídico.

Bajo el telón de fondo de los agudos conflictos sociales, que generaba una reubicación subordinada en el mercado internacional en las primeras décadas del siglo xx, la creación de los tribunales de menores aparecía como la respuesta más adecuada, aunque como se verá insuficiente, para el control de potenciales infractores del orden.

Contemporáneamente e incluso antes que en algunos países europeos, los tribunales de menores, como ya se señaló, fueron creados en 1921 en Argentina, 1923 en Brasil, 1927 en México y 1928 en Chile, sólo para dar algunos ejemplos.

Si se toma la Argentina como ejemplo paradigmático*, puede percibirse que las metáforas utilizadas para legitimar esta nueva estructura jurídica, responden a los contenidos de una clase dirigente agrícola-ganadera. En las palabras del director de la Sección Menores de la Policía de Buenos Aires, los tribunales de menores se creaban: "Por la salud física de la raza, por su salud moral, por el porvenir de las nuevas

* Se sigue, en este punto, la información obtenida de las Actas, no publicadas hasta ahora, del seminario de investigación de San José de Costa Rica, sobre "Sistemas Penales y Derechos Humanos" (Actas, 1965, p. 380).

* Por complejas razones, que no es del caso tratar aquí, puede afirmarse que las teorías (y prácticas) criminológicas en el contexto latinoamericano, durante fines del siglo xix y comienzos del siglo xx alcanzan su punto más alto de desarrollo en la Argentina. Por este motivo, determinar la dirección asumida por la política sociopenal hacia los menores en ese país, permite trazar un cuadro bastante aproximado de la situación -por lo menos de sus tendencias- en el resto de los países latinoamericanos. Existe un excelente trabajo (inédito), de reconstrucción histórica del desarrollo de la criminología en la Argentina, realizado por R. del Olmo (sr), sobre el que específicamente me apoyo para realizar estas afirmaciones.

generaciones, por la grandeza de la patria; es indispensable cuidar la cosecha humana y prestar a la infancia la atención que se merece... El gobierno y la sociedad argentina han dado repetidas pruebas de lo que les preocupa la solución de este problema con la promulgación de la ley 10.903; creando los tribunales de menores, la habilitación de la Alcaldía de menores como casa de observación y clasificación médico-psicológica de la infancia abandonada y delincuente" (C. De Arenza, 1927, p. 36).

Pero la nueva ley abre nuevos problemas. Uno de los más importantes se refiere a la intervención judicial frente a los casos de abandono material o moral de la infancia (es decir frente a aquellos comportamientos no "delinquentes"). Pese a que difícilmente pudiera concebirse una interpretación más amplia del abandono material o moral, que la contenida en el art. 21 de la ley 10.903 (denominada ley Agote, la que incluye, "la venta de periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos"), el hecho que los jueces de menores sólo puedan intervenir en los casos en que los menores comparezcan como autores o víctimas de un delito, plantea un problema de central importancia para una cultura político-social, que sólo concibe la protección como una forma de control preventivo.

El empeño por borrar todo tipo de distinción entre menores delinquentes y abandonados, se convierte en la profesión que se autorrealiza. C. De Arenza, lo expresa con estas palabras: "se da el caso de ser necesario en determinados casos, simular o acusar al niño de una contravención, para que la acción protectora del Estado pueda realizarse en su beneficio" (p. 38).

La cuestión de los menores "abandonados-delinquentes", es puesta en sus orígenes en términos tales, que sólo la eliminación de todo tipo de formalidades jurídicas constituye la única garantía eficaz de las tareas de "protección-represión".

Dicho con palabras de E. Zaffaroni (1984), es la minimización formal del control para lograr el máximo de represión material. Por ello es que en términos generales, la política de reformas no se agota en la creación de una jurisdicción separada de la de los adultos. Se trata, además, de elevar en la medida de lo posible la edad mínima de la inimputabilidad, para aumentar cuantitativamente la franja de la población, en el mejor de los casos objeto de la protección,

pero despojada de todas las garantías formales del proceso penal.

Un jurista brasileño de la época, ofrece una síntesis de estas ideas con una claridad que exime de todo comentario: "El carácter principal de esos tribunales (de menores) es la simplicidad. Simplicidad en la organización. Simplicidad en las prácticas de juzgamiento. Simplicidad en la aplicación de las medidas de carácter coercitivo... (un) tribunal numeroso equivaldría a la muerte de esta luminosa creación. Basta un juez para juzgar. Pero ese juez debe ser exclusivamente un juez para menores; no debe, no puede, ejercer otra función".

Si en las grandes ciudades, o en las regiones donde el coeficiente de la criminalidad es más elevado, resulta necesaria la creación de diversas especializaciones del crimen, también es imperioso que se designen jueces especiales para el juzgamiento de los menores. Tales jueces tienen la función espinosa y difícilísima de familiarizarse con ese mundo misterioso y quizás impenetrable que es el alma infantil. Cada uno de ellos será un juez calmo y amoroso, dedicado a su sacerdocio, juez-padre, es la expresión que mejor debería caracterizarlo. Nada de formalidades perjudiciales. Nada de requisiciones públicas. Nada de acusación y de defensa.

El criterio adoptado es éste: segregar al acusado del público, principalmente de otros menores. No admitir, sino en casos particulares, la acusación, que busca siempre ensombrecer el cuadro, argumentando la culpa del acusado, ni de la defensa que, intentando atenuar la culpa, podrá conducir al cerebro del menor a la convicción de que el hecho delictuoso de que es hecho reo, es una banalidad, una acción trivial, perdonable, que podrá repetir a voluntad entregándose a sus pasiones, sin riesgo de punición.

El juez actúa como padre. Es lo que afirma el juez tutelar de Chicago. Eminente juzgador de centenares de menores acusados de faltas más o menos graves (L. Britto, 1924, t. I, p. 79-80).

La confianza ciega en la "cientificidad" de los instrumentos de la medicina, biología y sobre todo de la psicología criminal, utilizados desde la óptica del positivismo, determina objetivamente la destrucción del principio de legalidad. El delincuente —sobre todo el niño— no es más el infractor comprobado de la ley, sino toda una categoría de sujetos débiles a quienes los instrumentos científicos permiten

exactamente detectar como potenciales delincuentes. La labor del laboratorio de biología infantil de Río de Janeiro inaugurado en 1936, copia del Centro Médico Pedagógico de Observación de Roma de 1934, constituye un buen ejemplo de las tendencias enunciadas anteriormente. Para decirlo con palabras de su director: "Estos centros de investigaciones biológicas de la infancia y de la adolescencia deben ser... dotados de todos los medios indispensables, tanto en material como en personal, para admitir, en cuanto fuera posible, reunir la información que facilite el conocimiento de la vida de los menores delincuentes o abandonados antes de la práctica del delito" (L. Ribeiro, 1938, p. 226).

La obsesión por clasificar, ordenar y estudiar el desarrollo de los menores "delincuentes-abandonados", permitiría suponer que estas investigaciones ofrecen un cuadro cuantitativo bastante aproximado del panorama general de esta categoría de sujetos débiles. Nada más lejos de la verdad. La descomunal vaguedad e imprecisión de las definiciones normativas y "científicas", determinan que los únicos datos disponibles se refieran al estrecho mundo de la "anormalidad segregada". Las características del niño "delincuente-abandonado", resultan de los rasgos de aquellos capturados en algunas de las múltiples instituciones totales de la "protección-represión".

En relación al carácter determinado de la sentencia, de más está decir que salvo escasas excepciones, el consenso al respecto resulta unánime.

La posición del educador y jurista mexicano, M. Velázquez Andrade (1932), constituye una de las pocas excepciones a la corriente dominante de la época. Es obvio, sin embargo, que su posición no se origina en una preocupación por la ruptura del principio de legalidad, ni mucho menos por el temor a la violación de ciertas garantías jurídicas. Su posición responde a exigencias de eficacia en la tarea de represión de la "delincuencia" juvenil desde la óptica de la defensa social.

Pero la posición de Velázquez Andrade resulta más curiosa aún, si se toma en cuenta su firme determinismo biológico en la percepción de la delincuencia: "Al anormal debe considerárselo siempre como un delincuente en germen y tratárselo con una profilaxis educativa y social adecuada" (M. Velázquez Andrade, 1932, p. 49).

En todo caso es claro el contraste de su opinión con las ideas de su tiempo:

"Conocemos muchos casos de delitos juveniles cuya causa es la incertidumbre de la duración de la reclusión que siempre se considera injusta. La resolución de un juez que sentencia reclusión ilimitada para un adolescente o joven, sin más término que el que se requiere para su educación o preparación para el trabajo, es contraproducente para el mismo interesado... Cuando el joven delincuente no conoce el tiempo que durará extinguiendo su pena lo vemos entregarse a un desfallecimiento moral constante, a una abulia difícil de vencer, a una repugnancia por todo esfuerzo aun en su propio beneficio; ...La conducta mala de estos jóvenes parece irreducible a términos deseables; no así la de aquellos que sentenciados a x tiempo es del todo distinta. Tienen una fecha siempre en espera de alcanzar; se observa en ellos un anhelo en no retardarla o alargarla con nuevos delitos o reincidencias; se esfuerzan por aparecer, si realmente no lo están, arrepentidos e influenciados por el tratamiento educativo, por el trabajo o por el ambiente higiénico de que están rodeados" (M. Velázquez Andrade, p. 85-86).

Citar la posición de Velázquez Andrade (haciendo abstracción de su estilo crítico) posee el doble sentido de, por una parte, mostrar los argumentos de una voz disonante respecto del delicado problema de la determinación-indeterminación de las sentencias y por la otra, comprender que dichas contradicciones no afectan la esencia de la cultura dominante en este plano de lo jurídico. Más aún, que la protección de los menores, resulta subordinada a las exigencias de represión y control parece ser un punto fuera de discusión en el discurso de Velázquez Andrade. Los motivos de carácter político-estructural señalados en términos generales al comienzo de este punto, resultan transparentes. Más allá de consideraciones de carácter racista, por lo demás bastante común en la época, las propuestas de Velázquez Andrade no hacen abstracción de la conflictividad social imperante. Su experiencia proveniente de la "Casa de Orientación para Varones", eufemismo para designar un instituto cerrado de detención de menores, fundado en 1921 en Tlapan, México, lo conduce a afirmar: "Organizada y administrada la Casa de Orientación para Varones, tal como está funcionando dentro de una tradición no exenta del carácter de prisión y tomando en cuenta la condición social de donde provienen los menores delincuentes, la disciplina cívico-militar es la más apropiada" (p. 59).

Sin pretender en lo más mínimo reducir la enorme influencia de los desarrollos americanos y europeos en la po-

lítica de menores latinoamericana, un balance provisorio de lo dicho hasta aquí podría conducir a la conclusión errónea, de pensar que los proyectos y realizaciones en este campo en América latina, constituyen un mero reflejo de los acontecimientos en los países desarrollados. Existen, sin embargo, algunas indicaciones en contrario.

Para mediados de los años 30 se asiste en el campo de la teoría criminológica a un movimiento que teniendo como epicentro la Argentina se extiende a todo el continente. En los límites de la antropología criminal, se desarrollan cada vez con mayor fuerza, corrientes psicologistas y pedagógicas que ponen en duda los fundamentos mismos de los mecanismos punitivos: la ley, el juez y la pena aparecen como los mayores imputados.

El desarrollo de estas tendencias no permanece en los límites estrechos de los gabinetes médicos o incluso de las universidades (cuya importancia en la época no debe subestimarse). Entre 1884 y 1937, cuatro proyectos de organización de instituciones para menores fueron presentados al Parlamento argentino (1884, 1919, 1923, 1937, como puede apreciarse dos de ellos son anteriores incluso a la creación de los tribunales de menores). Conviene transcribir aquí un breve extracto de los fundamentos del proyecto de 1923, ya que resulta altamente representativo de las ideas dominantes: "Aislar al menor —dice— estudiarlo a la luz de la observación cotidiana, por el hombre de ciencia, significa poner de relieve la enfermedad; presentar el diagnóstico y ensayar el régimen de curación adecuado" (Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación, 15 de agosto de 1923).

Los términos del conflicto dominante en la época hacen referencia al contraste de un enfoque jurídico y un enfoque médico-psicológico de la "criminalidad". El problema de la inimputabilidad, aparece explícita o implícitamente al centro del debate. De más está decir, que las corrientes médico-psicológicas se batan por un aumento de la edad de la inimputabilidad en términos de las leyes penales. La asunción consecuente de estas posiciones conduce paradójicamente a exigir la abolición de los tribunales de menores. En los términos en que la cultura dominante concibe la protección de sus sujetos más débiles, las únicas formalidades admitidas son las de carácter puramente disciplinario.

Difícilmente pueda encontrarse un ejemplo más claro de medicalización de los problemas sociales, del que a continuación se transcribe:

"No habiendo castigo para los niños delincuentes, sino acción protectora del Estado, ¿qué significación tendrían los tribunales para menores? Serían absolutamente inútiles.

Si las cortes juveniles constituyen un perfeccionamiento de las instituciones jurídicas de los Estados Unidos y de Europa, nosotros podremos resolver nuestro problema con un criterio más moderno y dar un paso más decisivo aún en el sentido del progreso.

Todo niño que hubiese cometido un acto antisocial sería llevado directamente al Instituto de Observación y Clasificación del Departamento Nacional del Niño, y de ahí, después de un prolijo estudio médico-psicológico, al establecimiento más adecuado para su tratamiento médico-pedagógico. Para un criterio estrictamente científico, el propósito es proteger y no castigar. El tribunal por lo tanto es innecesario" (A. Foradori, 1938, p. 343).

Independientemente de las intenciones declaradas, las corrientes psicológicas de la antropología criminal cumplen la obra más gigantesca de negación y mistificación de los profundos conflictos estructurales que atraviesan a las sociedades latinoamericanas. Una vez más las interpretaciones resultan superfluas e innecesarias, frente a la claridad de los protagonistas de la época: "Insistiremos en el punto de vista clínico-psicopedagógico... Aquellos que hablan de la niñez abandonada y delincuente como problema social, sólo quieren ver las consecuencias de un proceso y no su génesis y evolución" (A. Foradori, 1938, p. 343).

En las décadas del 40 y 50 comienza un lento y contradictorio proceso de delegitimación cultural de las distintas corrientes bio-psico-antropológicas que fundamentan el derecho de menores. Ello no significa, sin embargo, en los hechos, una alteración radical de los rangos esenciales de la política anterior. La indeterminación de las penas, la confusión entre menores delincuentes y abandonados, la lucha permanente por el aumento o disminución de la edad de la imputabilidad penal, pero por sobre todo el ejercicio de la "protección" a través de las múltiples variantes de la segregación, permanecen como temas (y hechos) centrales en el discurso y la práctica oficiales.

El rasgo más característico, a partir de la década del 40, aparece representado por la internacionalización¹⁰ y la "so-

¹⁰ Sobre el tema de la "internacionalización" del conocimiento criminológico en América latina, ver el trabajo de R. de Olmo (1961).

ciologización" del tema menores. El primer elemento no es nuevo. Ya en 1928, los tribunales de menores habían sido un tema central del III Congreso Latinoamericano de Criminología celebrado en Buenos Aires. A propósito de este último Congreso resulta interesante poner de relieve que en sus resoluciones aparece, objetivamente, expuesta una contradicción que la política de "protección-represión" no ha podido resolver hasta hoy. En el mismo proyecto de declaración se establece, "que la distinción entre menores delincuentes y menores abandonados es ineficaz para el mejor tratamiento de los mismos"; y unas líneas más adelante, "que el principio de la estricta legalidad de los delitos y de las sanciones debe mantenerse en el derecho positivo como garantía de las libertades individuales, que consagran todos los regímenes democráticos de América".

De todos modos será recién con la introducción de las corrientes sociológicas norteamericanas sobre el tema menores, que la internacionalización del discurso comienza a adquirir mayor peso.

El "problema" de los menores, es tema del I Congreso Panamericano del Criminalista, Santiago de Chile, 1944, del I Congreso Panamericano de Medicina, Odontología Legal y Criminología, La Habana, 1946, de la I Conferencia Panamericana de Criminología, Río-San Pablo, 1947, del Seminario Latinoamericano sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Río de Janeiro, 1953 y del II Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino, San Pablo, 1955 (para citar sólo los más importantes).

Pero la internacionalización del discurso sobre el menor, que alcanza su punto más alto en la década del 60, no puede reducirse a un mero intercambio de enfoques, originados en distintos contextos nacionales. La hegemonía de las teorías criminológicas norteamericanas, durante dicho período en el contexto latinoamericano, difícilmente se expresa en otra área con más fuerza y claridad que en el campo de la *Juvenile Delinquency*¹¹.

Vagas referencias de carácter contractual, desajustes emocionales, fallas en la personalidad y padres divorciados, sustituyen a la anormalidad física, la decadencia de la raza y

¹¹ Sobre la influencia general de las corrientes sociológicas americanas en el campo de la criminología, ver el trabajo de A. Baratta (1966). Un balance de la extensión y grado de influencia real de la sociología americana sobre la criminología latinoamericana, espera todavía a su autor.

la amoralidad de los inmigrantes, en la legitimación de las recurrentes prácticas de clasificación, segregación y privación de todo tipo de derechos y garantías. En nombre de la reeducación, las medidas tutelares se constituyen en el eufemismo que designa y legitima las nuevas formas de segregación. Una indicación interesante de este desarrollo es el uso esquizofrénico del término menor delincuente. Pero la mala conciencia, no se traduce, curiosamente, en lo más mínimo en un replanteo profundo o radical de los términos del problema. Por el contrario, la capilaridad del control social activo hasta que el menor comienza a percibirse como sujeto activo de derechos de los países desarrollados se refuerza como aspiración explícita y objetivo a lograr. En efecto, se afirma, no puede medirse con la misma vara la situación en Chile y en los Estados Unidos. Mientras en nuestro país se considera —aunque impropia— delincente al menor que comete un acto que, de haber sido cometido por un adulto, constituiría delito, en Estados Unidos, el término "delincuencia" comprende una gran variedad de actos o de formas de conducta que, en su mayoría, no son perseguibles cuando su autor es un adulto: por ejemplo, en la descripción jurídica de delincuencia entran las situaciones siguientes: faltar habitualmente a la escuela; ser incorregible; eludir la autoridad del padre o tutor; comportarse de manera inmoral o indecente; vagar de noche por las calles, sin justificación; dedicarse a ocupaciones ilegales, etc. (J. Pena Núñez, 1960, p. 9).

El principio de legalidad resulta así un "lujo" para sujetos fuertes, que en el caso de la "delincuencia habitual", los mecanismos de criminalización secundaria se ocuparán de dar contenido concreto. Para los menores, el tratamiento reservado es otro, "aunque el juez llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que al menor no le ha cabido participación en él, podrá aplicar las medidas de protección que establece la ley, si dicho menor se encontrare en peligro moral o material" (J. Pena Núñez, 1960, p. 18)¹².

¹² Esta posición, que en términos generales, no ha sufrido modificaciones sustanciales hasta hoy, ignora absolutamente los importantes cambios ocurridos en algunos países desarrollados, por lo menos en términos socioculturales. La profunda negatividad de los "beneficios" coercitivos, por una parte, y el respeto riguroso de los derechos del menor, por la otra, han logrado imponerse como tema en el contexto internacional última-

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las tendencias que emergen en el período de los 60, tienden a consolidarse en la década del 70. Pero mientras buena parte de las instancias oficiales legitimaban viejas políticas, con la creación de discursos abiertos y espacios cerrados, la incipiente criminología crítica latinoamericana se desentendía de ciertos problemas catalogados como meros reflejos de condicionantes estructurales. Transformaciones de carácter general, ofrecerían en su momento, las soluciones adecuadas. En todo caso, el desafío actual no es simple. Tampoco se trata de un giro de ciento ochenta grados en nombre de un realismo que pone entre paréntesis "hasta nuevo aviso" la crítica profunda.

La política jurídica y social en el campo de la minoridad constituye la cara opuesta de un problema banal. El abandono de la lucha por un respeto de los derechos y garantías jurídicas y sociales de la infancia, encierra el riesgo potencial de que todo el derecho penal, se transforme en un "derecho penal de menores".

La informalidad de los mecanismos formales de control socio-penal de los menores debe ser puesta en evidencia para sacar las conclusiones que permitan la elaboración de una política social basada en el respeto a ultranza de los derechos humanos.

Hemos deliberadamente excluido, de este trabajo, el estudio de la casuística normativa de los últimos años, pero no porque nos parezca poco importante o porque creamos que el tema es patrimonio exclusivo de los penalistas. Por el contrario, el derecho de menores, así como todas las prácticas de intervención socio-penal, nos parecen de una importancia tal, que requieren la estrecha colaboración de otras disciplinas (piénsese, p.ej., en las carencias en el campo de la historia social señaladas al comienzo).

Se trata, en definitiva, de un cambio en los patrones culturales que demuestre la absurdidad de pensar la protección de los sectores débiles de nuestra sociedad, sólo en los estrechos marcos de declarar su incapacidad y condenarlos a la segregación.

mente. Para un excelente ejemplo de esta posición, ver el trabajo de O. W. Ketcham (1979).

BIBLIOGRAFÍA

- Las fechas de publicación de la bibliografía citada, corresponden a aquellas efectivamente consultadas. En los casos en que ello ha sido posible, se transcribe además, entre paréntesis, la fecha de la primera edición.
- Actas (1912), *Tribunauz pour Enfants*, 1^o Congrès International, edición a cargo de Mikleine, Paris, Imprimerie Typographique A. Davy.
- Actas (1985), *Seminario sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos de San José de Costa Rica*, multigráfico, Buenos Aires.
- De Arenas, Carlos (1937), *Los menores abandonados*, en "Philippine Prisons Review", marzo, p. 38-41.
- Aries, Philippe (1985), *Geschichte der Kindheit*, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1960.
- Aries, Philippe (1979), *voz Infancia* en "Enciclopedia Einaudi", vol. VII, p. 431-442, Torino, Giulio Einaudi Editore.
- Baratta, Alessandro (1986), *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI (1^a ed. 1982).
- Brito Lemos (1934), *Os sistemas penitenciarias do Brazil*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional (3 tomos).
- Corqueira Filho - Gisalio - Neder Gialene (1987), *Conciliação e violencia no Brasil*, en "Brasil violencia y conciliação no dia a dia", Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris editor.
- Cohen, Stanley (1985), *Visions of social control*, Cambridge, Polity Press.
- Dahl Tove, S. (1985), *Child welfare and social defence*, Oslo, Norwegian University Press (1^a ed. 1978).
- Del Olmo, Rosa (1981), *América latina y su criminología*, México, Siglo XXI.
- Del Olmo, Rosa (s/f), *Apuntes para la reconstrucción histórica de la criminología argentina*, multigráfico.
- Ferrajoli, Luigi (1985), *Il diritto penale minimo*, en "Dei delitti e delle pene", III, 3, p. 493-524.
- Findlay, Mark - Zuekic, Ugljesa (1987), *Analyzing informal mechanisms of crime control*, Roma, UNSDRI (en prensa).
- Foradori, Americo (1938), *El psicólogo en las cárceles y en las colonias para menores delincuentes*, en "Archivos de criminología, neuropsiquiatría y disciplinas conexas", II, 4, oct.-dic., p. 340-359.
- Hess, Hener (1986), *Criminalità come mito quotidiano. Una difesa della criminologia come critica dell'ideologia*, en "Dei delitti e delle pene", IV, 2, p. 187-213.
- Horkheimer, Max - Adorno, Theodor W. (1986), *Dialektik der Aufklärung*, Frankfurt am Main, S. Fischer (1^a ed. 1947).
- Ketcham, Orm W. (1979), *Children's rights: The problem of non criminal misbehavior*, documento no oficial del UNICEF, Año Internacional del niño.
- Krisberg, Barry - Austin, James (1978), *The children of ishmael. Critical perspectives on juvenile justice*, California, Mayfield Publishing Company.

- Mause, Lloyd de (1978). *Evolución der Kindheit*, en "Hoert ihr die Kinder weinen. Eine psychogenetische Geschichte der Kindheit", edición a cargo de Lloyd de Mause, Surkamp, Frankfurt am Main (1ª ed., 1974).
- Pfohl, Stephen (1977). *The discovery of child abuse*, en "Social problems", 24, 2, feb., p. 310-323.
- Pena Nández, Julio (1993). *Asistencia al menor delincuente*, en "Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y Derecho Penal", X, 4, p. 5-22.
- Pitch, Tamar (1983). *Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale*, en AAVV, "Innovazioni politiche e trasformazioni sociali degli anni 70. La riforma istituzionale", Milano, Franco Angeli.
- Platt, Anthony (1969). *The child Saverz. The invention of delinquency*, Chicago-London, The University of Chicago Press.
- Ribeiro, Leonidio (1938). *Delincuencia infantil y medicina*, en "Archivos de criminología, neuropsiquiatría y disciplinas conexas", II, 3, jul.-set., p. 224-228.
- Sanders Wiley, B. (1970). *Juvenile offenders for a thousand years*, edición a cargo de Wiley Sanders, The University of North Carolina Press.
- UNSDRI (1987). *Progress report of an international survey on drug related penal measures*, Roma, UNSDRI.
- Velázquez Andrade, Manuel (1932). *La delincuencia juvenil*, México, Editorial Cultura.
- Zaffaroni, Raúl (1984). *Sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represión material*, en AAVV, *Criminología Crítica*, 1º Seminario, Universidad de Medellín.

LOS PRIMEROS OCHENTA AÑOS DE LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA ARGENTINA

ALBERTO DAVID LEIVA*

Buscando para esta lección una delimitación temporal lo menos arbitraria posible, caímos en la cuenta de que un período de ciento doce años, como ya lleva cumplidos nuestra disciplina es, indiscutiblemente, mucho tiempo. Tanto tiempo es, que la historiografía jurídica entre nosotros tiene también su propia historia.

Ochenta años, en cambio, sin ser ciertamente poco para una vida humana, es lapso muy apropiado para evaluar la trascendencia de una disciplina científica. Por eso, parafraseando a un conocido escritor, hemos preferido hablar de nuestros primeros ochenta años; recordando además que en nuestra patria la historia del derecho como disciplina nació a la vida universitaria junto con ésta, nuestra Facultad de Derecho.

Evocar esa primera época supone recordar la supresión del antiguo Departamento de Jurisprudencia, en 1874, y la creación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, que en un primer reglamento de junio de 1875 disponía la creación de un curso anual preparatorio en que la historia, la filosofía y la literatura ponían al estudiante en condiciones de cursar la carrera durante cinco años.

Cumplida esta etapa, y ya ingresando a primer año, la Introducción General al Estudio del Derecho, o Enciclopedia Jurídica, comprendía dos partes bien definidas: la exposición de los principios constitutivos de la ciencia del derecho, y otra somera exposición histórica de la evolución jurídica.

* Profesor adjunto regular de Historia del Derecho Argentino.

Se encomendó la dirección de la cátedra al doctor Juan José Montes de Oca, ya por entonces destacado jurista, al que alguna vez se ha recordado con justicia como uno de los mejores maestros de la generación del 80. Imbuído originariamente de la filosofía de Víctor Cousin, encontraba natural recurrir a la filosofía y a la historia para mejor conocer y aplicar el derecho.

Manifestó sin embargo de inmediato Montes de Oca (que así firmaba sus primeros trabajos; sólo con su apellido) su vocación por la síntesis de disciplinas jurídicas, que se enseñaba en Alemania, Bélgica y Holanda como Enciclopedia Jurídica; en España como Prolegómenos del Derecho, y en Francia como Introducción General al Estudio del Derecho.

Así fue como, al tiempo de formular su programa, en 1876, lo dividió en dos partes, correspondiendo la segunda al estudio de las fuentes y orígenes de nuestro derecho positivo. A lo largo de tres bolillas se extendía el tratamiento del derecho romano, del derecho español, y del derecho patrio. Respetuoso como nadie de la "majestad de la ley", el primer Montes de Oca no pudo comprender la necesidad de considerar otras fuentes del derecho. Omitió en consecuencia toda referencia a la doctrina de la glosa, al derecho musulmán, a la legislación foral, y dedicó un solo punto a la historia del derecho indiano. Con todo, ha dicho Levene, su programa significó un valioso aporte y una reforma acertada en la enseñanza nacional. Concebido bajo la forma de preguntas, respondía a la mejor pedagogía de la época¹.

Al año siguiente, en 1877, publicó su *Introducción general al estudio del derecho*, obra de alto valor didáctico que se usó durante muchos años. Sin ser un investigador, Juan José Montes de Oca usó, en las dos ediciones de su libro, las obras por entonces más leídas. Cita así mucho a Martínez Marina en su *Ensayo histórico crítico*, a Bartolomé Mitre en su *Historia de Belgrano*, y a la colección de documentos de Pedro de Angelis.

Recibió los primeros exámenes en 1877, constituido en tribunal junto a Antonio Malaver y bajo la presidencia de Manuel Obarrio. Después, a lo largo de más de quince años, Juan José Montes de Oca contó con la colaboración,

¹ Levene, Ricardo, *Juan José Montes de Oca fundador de la cátedra de Introducción al Derecho*, Bs. As., 1941, p. 19.

como sustitutos, de los profesores Alberto Navarro Viola y Manuel Arana, graduados en 1879 y 1878, respectivamente.

El 10 de octubre de 1888 se sustanció en la facultad el concurso para proveer un cargo de profesor suplente de Introducción al Derecho. Quiso el destino que —aprovechando la ausencia de su padre en Europa— presentase entonces su memoria escrita un joven de escasos 21 años, que quedó enseguida incorporado a la cátedra.

Siendo mucho menor que sus alumnos, debió buscar primero signos exteriores —ha dicho Héctor P. Lanfranco— para aparentar físicamente una autoridad que podía ejercer naturalmente por su talento. Así fue como comenzó a usar barba Manuel Augusto Montes de Oca, que tal era el nombre del joven profesor².

Éste alcanzó la titularidad en 1892, permaneciendo en ella hasta 1896, fecha en que se hizo cargo de la materia Derecho Constitucional, a raíz de la muerte de Aristóbulo del Valle.

En el programa que preparó para el curso de 1893, figuran sólo dos bolillas de contenido histórico, una de derecho romano y otra de derecho español. Incluyó dentro de esta última el estudio de la Recopilación de 1680, de la Real Ordenanza de Intendentes, de las Ordenanzas de la Audiencia y otros temas de derecho indiano que aparentemente no deseaba enseñar de manera separada. El derecho patrio, tampoco es considerado especialmente, sino a través de sus manifestaciones más notorias en materia constitucional, y en mucho menor medida en cuanto a los derechos comercial y de minería.

Pero la parte histórica llegó a gozar en poco tiempo de todas sus preferencias, y en el corto período que duró su magisterio fue ampliada de dos a nueve bolillas, de modo que en 1895, sobre diecisiete bolillas, dedicaba cinco al análisis de la Recopilación de leyes indianas de 1680, una a nuestra organización virreinal, y otra a las fuentes legislativas constitucionales.

De sus clases nos quedan los resúmenes tomados por dos alumnos, Adolfo Casabal y Francisco Sagasti. Corregidos por Montes de Oca, fueron publicados en 1895.

² Lanfranco, Héctor P., *El doctor Manuel Augusto Montes de Oca, maestro de derecho*, en "Homenaje a la memoria de Manuel Augusto Montes de Oca", Bs. As., 1963, p. 55.

Junto con la bibliografía histórico-jurídica española (léase Pacheco, Martínez Marina o Gregorio López) los apuntes tomados al segundo Montes de Oca proponen para el tema del derecho indiano, la lectura de varias obras rioplatenses, como el *Estudio sobre las leyes de Indias* de Luis Domínguez, los *Apuntamientos para la historia colonial del Río de la Plata* de García, la *Historia de los gobernantes del Paraguay*, de Antonio Zinny y las *Lecciones de historia argentina* de José Manuel Estrada. Igualmente resulta interesante comprobar la presencia en esta lista de la *Política indiana* de Juan de Solórzano Pereira.

Durante ese año 1895, por decreto del 15 de noviembre, se creaba en la Universidad de Córdoba la cátedra de Historia del Derecho. La materia comenzó a funcionar en primer año, a cargo del doctor Ponciano Vivanco, bajo el nombre de *Revista de la Historia*. Su contenido, similar al de la asignatura que se dictaba en el ingreso a la carrera de derecho en Buenos Aires, se apartó de la *Historia de la Cultura* en 1907, con la inclusión del antiguo derecho español en el programa. Pasaba así a asemejarse a la parte histórica de *Introducción al Derecho*.

Desde que se hizo cargo de la cátedra en 1893 y hasta 1895, Manuel Augusto Montes de Oca contó con la colaboración del profesor suplente Juan Agustín García, y desde ese año hasta 1896 con la de Federico Ibarguren.

Sin ser historiadores, ambos tenían una marcada predilección por los temas histórico-jurídicos, y mantuvieron siempre estrecho contacto con la historia a lo largo de sus respectivas carreras científicas. No fueron, sin embargo, en esto una excepción en la facultad, ya que prácticamente no hubo por entonces rama del derecho que no intentase aprovechar los datos del pasado. Comprometidos en perfeccionar el derecho argentino por la vía de la reforma legislativa, muchos de nuestros juristas finiseculares reconocían la necesidad de estudiar a fondo la sociedad argentina a partir de sus orígenes. La historia por entonces suscitaba el mayor interés.

A ello había contribuido en gran medida la figura de Juan Agustín García. Hombre de pluma fácil y palabra estimulante, dotado de gran talento expresivo, García supo concitar buenamente la atención de los intelectuales hacia la disciplina.

Comenzó este éxito de atención en 1896 cuando, ya sucesor de Montes de Oca, publicó su *Introducción al estudio*

del derecho argentino. Dos años después, en el prólogo de otra de sus obras, *El régimen colonial*, fechado en febrero de 1898 decía: "nada explica tan bien el desarrollo del derecho como el análisis y notación de los sentimientos que en las diversas épocas contribuyeron a formar las instituciones y las costumbres. Para comprender los orígenes del derecho argentino he investigado los sentimientos que predominaron en Buenos Aires desde 1600 hasta mediados del siglo xviii, buscándolos en las fuentes originales, documentos públicos y privados, crónicas coetáneas, etcétera"³.

Al año siguiente publicó García uno de sus trabajos más celebrados: *Introducción a las ciencias sociales argentinas*, pero su obra más famosa ha sido, sin duda, *La ciudad indiana*, nacida con el siglo.

Para encabezar la primera página eligió el siguiente epígrafe, tomado de las lecciones de José Manuel Estrada: "si conociéramos a fondo todos los fenómenos de la sociedad colonial, habríamos resuelto las tres cuartas partes de los problemas que nos agobian".

Se ha destacado siempre el parentesco intelectual de *La ciudad indiana* con *La ciudad antigua* de Fustel de Coulanges. Seguramente durante los dos años que vivió en París entre 1886 y 1888, García conoció alguna de las dos ediciones francesas que circulaban (1864 y 1875). Pero su propia obra, *La ciudad indiana*, precedió en veinte años a la primera edición castellana del libro de Fustel de Coulanges, contribuyendo en buena medida a cimentar entre nosotros el prestigio del francés. Conviene destacar que García usó como fuentes las obras de Solórzano Pereira y Castillo de Bovadilla, utilizando además hábilmente los acuerdos del Cabildo de Buenos Aires, lo que de por sí ya era una novedad en su época. Un prologuista admirado escribía todavía en 1923: "no se nombra a ningún general, no se describe ninguna batalla"⁴.

Al éxito de *La ciudad indiana* siguió, en 1902, la dirección de la nueva publicación "Anales de la Facultad de Derecho", que García retuvo hasta su muerte, en que fue reemplazado por el jurista rosarino Estanislao Severo Zavallos, quien contaba entre otros méritos con la gran experiencia

³ García (h.), Juan A., *El régimen colonial*, Bs. As., 1898, p. IX.

⁴ Binayán, Narciso, *Noticia preliminar a la ciudad indiana*, Bs. As., 1923, p. 6.

de haber publicado desde 1898 la "Revista de Derecho, Historia y Letras".

Se observa, como un balance general de la tarea de García, que cuando reconstruye el pasado no busca distinguir, sino hacer grandes categorías conceptuales. Pone todo en el mismo plano cronológico. Así, por ejemplo, a las Siete Partidas y a las Instituciones de derecho real de España de José María Álvarez. Tampoco distingue las peculiaridades regionales. Equipara la situación de la familia en México y en el Río de la Plata. Rechaza la idea del derecho natural, pero reconoce la existencia de lo que denomina "instinto social". García buscaba, en suma, ha dicho Mariluz Urquijo, conocer el derecho pretérito para comprender mejor a una sociedad en el pasado, en este caso la nuestra; sin pensar en servirse de esos datos para conocer mejor la evolución de la vida jurídica.

Esta preocupación, preponderantemente sociológica, se refleja en la importancia concedida a la información histórica en su programa de 1896: destina dos bolillas para el tratamiento de los principios generales, seguidas de ocho de antecedentes históricos legislativos.

El magnetismo personal de García, unido por supuesto a las cualidades de cada graduado, podría servir para explicar la gran cantidad de tesis histórico-jurídicas que se presentaron en Buenos Aires a partir de 1897. Justamente ese año, Carlos Octavio Bunge escribe un libro de cuatrocientas páginas sobre el federalismo. Un tema y un volumen inusuales en las tesis de la época; y Vicente C. Gallo, también el mismo año, presenta un estudio histórico y constitucional sobre el juicio político, que le vale ser galardonado con medalla de oro.

En 1901, Guillermo Fernández Díaz escribe sobre los antecedentes históricos del derecho constitucional argentino. En 1902, Tomás Jofré presenta su tesis sobre los antecedentes del Código de Comercio de la Provincia; mientras que Juan Bautista Terán escribe sobre la escuela histórica del derecho y Carlos Avellaneda sobre el sistema federal y la tradición histórica argentina.

García tuvo como profesores suplentes a Julio A. Roca entre 1897 y 1899, a Antonio Robirosa entre 1899 y 1903 y a Carlos Octavio Bunge desde 1903 a 1905.

Fue ése un año de sucesos políticos importantes, a raíz de los cuales García renunció; y cuando volvió a la facultad lo hizo para ocupar la cátedra de sociología.

En Introducción al Derecho lo sucedió Carlos Octavio Bunge, que llegaba a la titularidad a los 30 años, y que encabezó la cátedra durante doce años. Murió tempranamente a los 43 años de edad, en 1919.

Dotado de una enorme capacidad de trabajo, Bunge fue funcionario judicial, filósofo, pedagogo, psicólogo, catedrático en la Universidad de La Plata y en Buenos Aires en Filosofía y en Derecho, integrando la Academia que dirigía cada una de estas dos facultades.

Personalmente fue su magisterio tan estimulante como el de García. Más que los cariñosos recuerdos de sus ex alumnos —Bielsa por ejemplo—, resulta ilustrativo recordar que su palabra se multiplicó hasta 1919 en unas cuarenta y cinco tesis doctorales sobre temas histórico-jurídicos.

Los primeros de estos trabajos reproducen posiblemente el interés de Bunge por el federalismo. Así, en 1905 Abel Brunel escribe sobre la república unitaria; José A. Leiva sobre el origen del federalismo argentino, y Adolfo P. Carranza, en 1908, sobre nuestro federalismo.

Al año siguiente, el entrerriano Juan Antonio González Calderón obtiene medalla de oro y diploma por su trabajo sobre el Poder Legislativo en los estatutos, reglamentos y constituciones de la Nación y de las provincias.

En 1911, José María Sáenz Valiente escribe su estudio histórico-jurídico sobre el régimen municipal de la ciudad de Buenos Aires desde 1852 a 1882. Un año después, ya publicada la Historia de Bunge, Juan Pedro Ramos escribe sobre el Poder Ejecutivo en los estatutos, reglamentos y constituciones de las provincias entre 1810 y 1853; y en 1913 Agustín Pestalardo presenta su valiosa tesis sobre la historia de la enseñanza de las ciencias sociales, por la que obtiene el premio Alberto Gallo, y ese mismo año 1913, Carlos Alberto Acevedo, nieto del ilustre codificador uruguayo, recibe el premio Facultad por su ensayo histórico sobre la legislación comercial argentina.

En 1914 Santiago Bacqué obtiene también el premio Facultad para su trabajo sobre la influencia de Juan Bautista Alberdi en la organización política del Estado argentino. Al año siguiente, dos tesis, las de Julio Noé y Rubén C. Mayer, se ocupan de la religión, la familia y la propiedad en la sociedad argentina de fines del siglo XVIII.

En 1916 se conoce el premio *La Nación* al trabajo de Miguel Ángel Cárcano sobre la evolución histórica de la tierra pública. En 1917 Belisario Otamendi escribe sobre el Con-

greso de Tucumán, y en 1919, ya cerrando lo que podríamos llamar el ciclo de Bunge, Jorge Cabral Texo presenta su tesis sobre las fuentes nacionales del Código Civil argentino.

Sin ser prolija la enumeración, resulta, sin embargo, sorprendente el número de trabajos histórico-jurídicos de la época de Bunge. Pero es que en este verdadero desborde de literatura histórico-jurídica hubo —a nuestro modo de ver— una serie de circunstancias que se conjugaron con su obra y su personalidad.

Influyó mucho, a partir de 1909 en Bunge y en sus discípulos, la opinión de un ilustre visitante: Rafael Altamira y Crevea, profesor de Historia del Derecho de la Universidad de Oviedo, que venía bregando en su patria por la enseñanza del derecho indiano.

Próximo al centenario, 1909 fue un año de visitas. Llegaron también por entonces Vicente Blasco Ibáñez, Anatole France, Eugenio D'Ors, Manuel García Morente, José Ortega y Gasset, y en el campo del derecho el célebre Enrique Ferrí. Todos fueron admirados. Llegaban precedidos por su fama y confirmaron en gran medida las expectativas de los argentinos. Pero la visita de Altamira fue especialmente celebrada. Llegaba cumpliendo un intercambio de la Universidad de Oviedo para dictar un curso sobre Metodología de la historia en la Universidad de La Plata, y fue invitado también por la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires. En la Facultad de Derecho dio diez conferencias sobre organización de los estudios jurídicos e historia general del derecho español. La primera el 1° de junio de 1909.

Explicó entonces su interés por inducir a sus discípulos a estudiar la historia colonial. Trataba de cumplir la recomendación del Congreso Hispanoamericano de 1900, en el sentido de crear cátedras de historia americana en España y cátedras de historia jurídica americana, estimulando la consideración del derecho consuetudinario y el trabajo en los archivos.

Tuvo Altamira un gran éxito de atención y de consecuencias. Después del éxito obtenido por el español, otro jurista, el francés León Duguit, profesor de Derecho en la Universidad de Burdeos, que nos visitó en 1911, coincidió en la necesidad de atender por igual a las señales de la sociedad y de la historia para comprender la vida del derecho.

Se trataba por entonces de combinar la escuela histórica y el positivismo sociológico, con el creciente nacionalismo jurídico. Por un motivo o por otro, se aceptaba en la Re-

pública la necesidad de estudiar a fondo el pasado argentino, y que ese pasado no comenzaba en 1810, sino con la colonización, con el pasado aborigen, o con la Europa medieval.

Participando de estas concepciones, y como una respuesta a las incitaciones de Altamira, la Facultad de Derecho dispuso, por ordenanza del 11 de octubre de 1911, publicar la colección de estudios que confió a la dirección de Juan Agustín García.

Comenzó la colección con la *Historia del derecho argentino*, de Carlos Octavio Bunge, publicada por primera vez entre 1912 y 1913. Como se sabe, alcanzó a publicar únicamente los tomos referidos al derecho español y al derecho indígena.

Gran frecuentador de la mejor y más actual bibliografía, Bunge declaró no haberse basado en investigaciones personales para escribir el volumen hispánico. En un momento en que todas las disciplinas volvían sus ojos a la novedad de los tratados, superando los esquemas de la dogmática jurídica, debió realizar un enorme trabajo de síntesis sobre obras que, como la de Hinojosa, por ejemplo, se venían leyendo desde veinticinco años antes.

Volcó generosamente en su obra los trabajos que ya habían publicado alumnos suyos basándose en las clases. Así fue como, para la legislación visigótica, legislación foral y Fuero Juzgo, utilizó lo hecho por Carlos Alberto Pueyrredón. Para las Siete Partidas usó un trabajo de Luis Méndez Calzada. Para el análisis en conjunto del origen, objeto y caracteres de la legislación colonial utilizó los trabajos de Nicolás Bergalli, César Basaldúa y Ricardo Dios. Para las instituciones coloniales se sirvió del trabajo de Héctor Meneghini, y para el tratamiento de las leyes de Indias, usó los de José María Sáenz Valiente.

Antes que insistir en las características de la labor historiográfica de Bunge, ya muy estudiada, hemos preferido mencionar a sus alumnos y colaboradores; pensando que aquéllos son parte de los frutos que permiten conocer la trascendencia de los maestros, entre los que él se contaba.

Bajo la dirección de García, la colección de "Estudios" se siguió publicando, en 1913 con las *Causas instruidas en Buenos Aires durante los siglos xvii y xviii*, del procesalista Tomás Jofré, y entre 1914 y 1916 los tres tomos de *El Derecho público de las provincias argentinas*, con el texto de las constituciones sancionadas entre 1819 y 1913, obra de Juan Pedro Ramos.

En 1915 la facultad publicó los documentos del Archivo de Indias, recopilados por Roberto Levillier. En 1916 *La magistratura indiana*, por Enrique Ruiz Guisasa, y en 1920 el *Ensayo histórico sobre la Revolución de Mayo* y Mariano Moreno, de Ricardo Levene.

A la acción de Bunge, apoyado por la presencia de Altamira, y a la serie de "Estudios de la Facultad de Derecho", dirigida por García, podríamos sumar, entre aquellos factores estimulantes a que antes nos referimos, el paso de José Juan Biedma por la dirección del Archivo General de la Nación. Biedma se desempeñó por espacio de diecinueve años, de 1904 a 1921; y en 1907 comenzó a publicar los "Acuerdos del extinguido Cabildo de Buenos Aires", que llegaron a completar oportunamente seis series de cuarenta y siete tomos. Esta tarea fue seguida con las actas provinciales por la Junta de Historia y Numismática Americana, después Academia Nacional de la Historia. En 1911, el Archivo comenzó a editar también las "Reales órdenes y leyes relativas al Río de la Plata".

Paralelamente, en 1910 y en ocasión del centenario de la Revolución de Mayo, la Facultad de Filosofía y Letras comenzaba a publicar una valiosa colección de "Documentos para la historia argentina", seguida entre 1912 y 1913 por la de "Documentos para la historia del Virreinato del Río de la Plata".

Finalmente, la Biblioteca del Congreso de la Nación, merced a los trabajos de Roberto Levillier, comenzó a imprimir desde 1915 las series de correspondencia de los oficiales de Hacienda del Río de la Plata con los reyes de España, de la ciudad de Buenos Aires con los reyes, de los presidentes y oidores de la Audiencia de Charcas, de los Cabildos del Tucumán en el siglo XVIII y los papeles eclesiásticos del Tucumán.

Todo esto estaba en marcha al morir Bunge.

Quien habría de sucederle, Ricardo Levene, había ingresado como profesor suplente, junto con Aurelio S. Acuña, en 1912. Antes que ellos, entre 1907 y 1912, se habían desempeñado con Bunge, Pedro A. Fox y Enrique Ruiz Guisasa.

Era Levene muy joven cuando se incorporó a la docencia. Impulsado por una muy temprana y unilateral vocación de investigador, había dedicado al derecho indiano su conferencia inaugural en 1916, tras lo cual publicó en 1918 sus *Notas para el estudio del derecho indiano*.

Al morir Bunge la cátedra quedó vacante casi un año, hasta que el presidente Yrigoyen designó a Levene, por decreto del 15 de marzo de 1919. Iniciaba así éste una larga carrera de cuarenta y seis años de alto magisterio, signados por el trabajo metódico y constante. No vamos a extendernos sobre la consideración de sus obras, por cuanto son ampliamente conocidas¹. Sólo diremos que en 1924, ya titular, Levene publica su *Introducción a la historia del derecho indiano*, exposición sistemática, entonces por entero novedosa, que aún hoy se estudia con provecho.

Levene no estaba solo en las tareas históricas vinculadas al derecho. En 1926, Donato Latella Frías, profesor de la Universidad de Córdoba, editaba su estudio sobre las *Leyes de Indias* con un capítulo final acerca de la influencia de este cuerpo legal sobre la legislación civil argentina; y en 1927 Emilio Ravignani publicaba su *Historia Constitucional de la República Argentina*.

Mientras editaba Levene, desde la dirección del Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, los tres volúmenes del *Cedulario de la Real Audiencia*, comenzaban a aparecer los trabajos de Jorge Núñez en la "Revista de la Universidad de Córdoba".

Desde sus primeros estudios, coincidiendo con Altamira, Levene declaró que el derecho indiano no podía ser cabalmente conocido, sino por la colaboración de todos los hispanoamericanos. Lo mismo pensaba respecto del derecho patrio; y considerando, en 1936, que su idea estaba madura y que el ambiente era propicio, elevó una nota (el 16 de julio de 1936) al decano Agustín Matienzo, por la que proponía la creación de un instituto para editar el *Anuario de historia del derecho argentino* y una serie de *Documentos para la historia argentina*.

El Consejo Directivo de la Facultad dictó entonces la ordenanza n° 198, del 4 de noviembre de 1936, creando el Instituto de Historia del Derecho Argentino, con la finalidad de realizar publicaciones, investigaciones, reunir a alumnos y ex alumnos, y vincularlos a la cátedra.

El Instituto comenzó a trabajar el 1 de enero de 1937 en una galería de la biblioteca, en el edificio gótico de la aveni-

¹ Academia Nacional de la Historia, *Obras de Ricardo Levene*, publicadas con el auspicio de la Comisión Nacional Ejecutiva del 150 aniversario de la Revolución de Mayo, Bs. As., 1961 en adelante.

da Las Heras. Su primer trabajo fue un índice de revistas antiguas argentinas.

Ese año 1937 fue sin duda de gran importancia para nuestra disciplina. Durante su transcurso aparecía la *Historia de Vélez Sársfield*, de Abel Cháneton; y Emilio Ravignani comenzaba la publicación de su monumental compilación de las *Asambleas Constituyentes argentinas*.

Procuró Levene estimular los estudios, por cierto ya existentes, en los distintos centros de cultura del país. Se vincularon así al Instituto desde su primera época el citado historiador de Córdoba, Jorge A. Núñez, su coprovinciano Ricardo Smith, los cuyanos Guillermo J. Cano en Mendoza, y Fernando Mo en San Juan, y posteriormente el salteño Atilio Cornejo y el tucumano Manuel Lizondo Borda. En Perú colaboraba Jorge Basadre, en Colombia, José María Ots Capdequí; Lucio Mendieta Núñez en México, y Alamiro de Avila Martel en Chile.

No pudo en cambio conseguir de inmediato la creación de institutos de la disciplina. En Córdoba, se creó mucho después, el 6 de octubre de 1951, un instituto, y otro en la Universidad del Litoral, en Rosario, el 15 de abril de 1957.

Considerando de gran utilidad la nueva creación, la Facultad de Derecho, por resolución n° 220 creó en 1937 otros once institutos a imitación del de Historia del Derecho.

A fines de 1939, el Instituto comenzó sus ediciones con los primeros números de la colección de "Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino". Luego aparecieron las series de "Conferencias y Comunicaciones", el "Derecho Patrio de las Provincias"; desde 1949 la "Revista", y bajo la dirección de Ricardo Zorraquín Becú, ya en los últimos años, la serie de "Lecciones".

La obra creada por Levene subsistió cuarenta y siete años en el ámbito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, y publicó más de cien títulos. Las estadísticas nos informan que se publicó un libro cada seis meses.

Mientras tanto, el mismo Levene en 1942 dio a imprenta su *Introducción al estudio del derecho patrio*, y entre 1945 y 1958 los once volúmenes de su *Historia del derecho argentino*, por citar sólo alguna de sus obras.

Colaboraban entre otros con Levene en aquellos primeros años, en calidad de profesores adjuntos, Aurelio S. Acuña, Luis Güemes, Jorge Mayer, Jorge Cabral Texo y Ricardo Pividal.

En 1959, sobrepasando en dos años el período de 80 que nos habíamos fijado, murió Levene. Al profesor emérito de esta casa, Ricardo Zorraquín Becú, también colaborador de Levene, le cupo inaugurar años después la enseñanza autónoma de la Historia del Derecho en la Universidad de Buenos Aires.

CASTIGAR (¿A CUÁNTOS?) VIOLADORES DE DERECHOS HUMANOS. EL DILEMA DE LOS GOBIERNOS POSDICTATORIALES

CLAUDIO MARCELLO TAMBURRINI*

1. INTRODUCCIÓN

A continuación de gobiernos dictatoriales de *facto*, castigar a los oficiales de las fuerzas armadas responsables de violaciones a los derechos humanos puede ser considerado como un paso efectivo hacia la reafirmación de los derechos humanos y la consolidación de la democracia. Además, incriminar y, eventualmente, castigar a actuales violadores de derechos humanos disuade a potenciales violadores y restaura la dignidad de las víctimas de crímenes pasados.

Ahora bien, ¿debería el Estado democrático castigar a todos los violadores de derechos humanos? Un tal enfoque sería apenas defendible: todos los sistemas criminales actualmente existentes dejan espacio para la no incriminación de ciertos transgresores o, cuando enjuiciados y sentenciados, para el perdón judicial. Rechazando, como hacemos, un enfoque deontológico, retributivista puro referente a la cuestión del castigo, no creemos que dejar de castigar a todos los violadores de derechos humanos implique transgredir algún deber moral. Consistiendo básicamente en la inflicción de daño (o la privación de un bien) sobre una persona, consideramos que el castigo sólo puede ser justificado sobre la base de algún estado de cosas ulterior valorado por el cuerpo social, y estrictamente en el grado en que el castigo sea necesario para alcanzar tal fin. Un enfoque al estilo

* Investigador en Filosofía Práctica, Universidad de Estocolmo, Suecia.

"castigar aunque el cielo caiga", obviamente, trivializaría la cuestión.

En cambio, nos queremos concentrar en dos aspectos importantes del castigo: a) su efecto moral educador, y b) su carácter disuasor. Mediante la acción combinada de estos dos efectos de las sanciones penales, se podría esperar prevenir futuras violaciones a los derechos humanos. Por lo tanto, la cuestión que trataremos de responder en este artículo es si castigar solamente a unos pocos oficiales de las FF.AA. podría ser un medio efectivo para tal fin.

Como se comprenderá, una cuestión subyacente estará presente durante el curso de nuestra discusión: la relacionada con la consolidación del nuevo orden democrático. Dependiendo directamente de la capacidad del Estado democrático para confirmar su legitimidad, la cuestión de resfirmar los derechos humanos tiene una influencia directa sobre la cuestión del reforzamiento de las instituciones democráticas. Pasemos ahora a los argumentos.

2. EL ARGUMENTO DEL EFECTO EDUCADOR MORAL

Concentrémonos primeramente en los efectos morales educativos de las incriminaciones judiciales y el subsiguiente castigo a los violadores de derechos humanos. ¿Sería posible inculcar en la opinión pública el respeto por los derechos humanos si las autoridades del Estado sólo castigarán un pequeño número de violadores de derechos humanos?

Si pensamos en la opinión pública, creemos que la respuesta debiera ser negativa. Como Ronald Dworkin afirmara, "permitir que conocidos torturadores retengan posiciones de autoridad sin ser cuestionados por sus crímenes no puede sino debilitar el sentido de repulsa moral de la gente por tales crímenes"¹. Un efecto casi inevitable de esa política sería, entonces, pérdida de legitimidad para la democracia.

Si nos concentráramos en la reafirmación de la validez de los derechos humanos dentro de la institución militar, las cosas no están mejor tampoco. ¿Por qué deberíamos

¹ Report from hell, en la "New York Review of Books", 1986, vol. XXXIII, n° 12, p. 11 y siguientes.

esperar que fueran receptivos a la crítica contenida en unas pocas incriminaciones y castigos?

Se ha argumentado que castigar sólo a aquellos que emitieron las órdenes podría individualizar los casos más serios de violaciones a los derechos humanos y, por lo tanto, facilitar la reinserción de otros oficiales (supuestamente más proclives a ser movidos por los derechos humanos) en el nuevo arreglo político.

No estamos de acuerdo con este argumento. En su presente formulación, simplemente deja de tomar en consideración la naturaleza misma de la institución militar. Es un hecho innegable que las FF.AA. están animadas por un fuerte espíritu de cuerpo. Castigar sólo a unos pocos de los violadores de derechos humanos en su seno podría ser interpretado por la institución militar (y por la opinión pública también) como un signo de que prácticas claramente ilegales son toleradas por el gobierno democrático o, en el mejor de los casos, de que la impunidad es ganada a través de la fuerza de las armas. Pérdida de prestigio y respeto por la democracia serían las consecuencias naturales de esto².

Nuestra conclusión en lo referente al argumento sobre los efectos educativos morales del castigo es que dejar de incriminar y castigar a un número importante de violadores de derechos humanos probablemente debilitaría la creencia en la vigencia de los derechos humanos, tanto en la opinión pública como en el seno de la institución militar.

Este argumento, de todas maneras, no ofrece demasiado para el tema de este artículo. Si el fin de las incriminaciones y el castigo a violadores de derechos humanos es la educación moral de la sociedad toda, este argumento solamente justificaría la articulación por parte del Estado democrático de una condena moral pública de tales violaciones. El castigo, sin embargo, contiene tanto un elemento de reprobación, como un aspecto que podría llamarse de "tratamiento duro" de los criminales. Por lo tanto, todavía estamos a mitad de camino en nuestra empresa justificatoria.

² En este contexto, vale la pena notar que una condición importante para poder reducir marcadamente el número de oficiales militares enjuiciados sería una declaración pública hecha por la institución militar misma condenando las violaciones de derechos humanos.

3. EL ARGUMENTO DE LA DISUASIÓN

Castigar a violadores de derechos humanos, se podría decir, no es exclusivamente un asunto referente a la educación de la sociedad (tanto civil como militar) en la vigencia de los derechos humanos por parte del Estado. Cuando los argumentos morales parecen no hacer efecto, entonces las transgresiones a la ley tal vez pudieran ser prevenidas a través del miedo a las sanciones penales. Por lo tanto, pase-mos a discutir la disuasión. ¿Sería realista esperar poder prevenir futuras violaciones a los derechos humanos si solamente incrimináramos y castigáramos a un número limitado de transgresores? En el caso concreto discutido aquí, ¿podría el Estado democrático hacer que los oficiales militares respetaran los derechos humanos a través del castigo de una cantidad importante de transgresores?

Un argumento en contrario podría ser formulado en los siguientes términos: la disuasión dirigida a las FF.AA. no sería efectiva para prevenir violaciones a los derechos humanos. La aprobación inmediata y cierta de los camaradas de armas supera generalmente las razones que pudieran existir para cumplir con las disposiciones legales, aun las amenazas de castigo relacionadas con su violación. Por lo tanto, el espíritu de cuerpo vuelve, por comparación, casi negligentes las reglas de un círculo de referencia más remoto (la sociedad).

El problema con este argumento es que parece justificar sanciones más severas y más amplias, en vez de limitar el número de oficiales militares incriminados y sancionados. Aun concediendo que, debido al espíritu de cuerpo, las reglas de la sociedad se vuelven casi ininteligibles para los oficiales militares, se podría todavía argumentar que, sometiendo a un número mayor de ellos a penas aun más severas podría ser la manera, de una vez y para siempre, de hacerlos prestar atención a los valores de la sociedad. ¡Al fin y al cabo, es un hecho innegable de la psicología humana que no podemos dejar de tomar en cuenta lo que nos está lastimando!

Contra esto se podría decir que aumentar la severidad del castigo pronto empezaría a tener un efecto disuasor decreciente sobre los transgresores potenciales. Este argumento, de todas maneras, justificaría introducir ciertos límites superiores en la severidad del castigo. Pero no podría

de ninguna manera dar fundamento a la propuesta de limitar el número de transgresores sometidos a juicio y castigados. Nos parece obvio que reducir el número de, digamos, asesinos sometidos a la acción de la justicia aumentaría seguramente la probabilidad subjetiva de los asesinos potenciales de poder cometer sus crímenes y eludir el castigo. Y, a pesar de todas las dudas que puedan existir sobre la disuasión, una tal situación no podría tener otro efecto que elevar la tasa de asesinatos.

Por lo tanto, la disuasión juega de hecho un rol, y un rol importante, en la prevención de violaciones a los derechos humanos: castigando a un gran número de transgresores actuales, el Estado democrático podría disuadir a potenciales violadores de derechos humanos.

4. EL ARGUMENTO DE LA RECONCILIACIÓN NACIONAL

No pocos teóricos legales, aun seguramente de acuerdo con nuestros argumentos anteriores, podrían todavía insistir sobre la necesidad de alcanzar la reconciliación nacional, a través del perdón a la mayoría de los violadores de derechos humanos. Por lo tanto, ellos dirían que, aunque el castigo de tales transgresores indudablemente educa a la sociedad en el respeto a los derechos humanos y disuade a los criminales potenciales, ha llegado, sin embargo, la hora de sacrificar alguno de estos efectos positivos por la causa de la reconciliación nacional, entendida en términos de: a) superación de la división histórica entre civiles y militares; b) reinserción de las FF.AA. en el orden democrático, y c) aseguramiento de la estabilidad democrática. No siendo rigoristas en cuestiones morales, simpatizamos con la propuesta de sacrificar algunos valores socialmente útiles con el objeto de asegurar otros más importantes. Por lo tanto, discutamos el argumento.

Comencemos por las víctimas de las violaciones a los derechos humanos. Lo que actualmente presencian es que sus torturadores son, no sólo librados de toda incriminación judicial, sino también promovidos a puestos claves en las FF.AA.³ Aun cuando fuera dicho que esto es necesario

³ Particularmente, si no se toman medidas administrativas (como, p.ej., el retiro forzoso) contra los violadores de derechos humanos no procesados judicialmente.

para la reconciliación nacional, las víctimas de violaciones a los derechos humanos sentirían, y justificadamente, que sus intereses, consistentes en ver a sus victimarios incriminados judicialmente y sancionados, están siendo sacrificados para la consecución de un fin social general. Dejar de enjuiciar y castigar sería razonablemente interpretado como reticencia por parte del gobierno a restaurar la vigencia de los derechos violados de las víctimas. En ese sentido, se sentirían seguramente usados como medios para la obtención de la reconciliación nacional y el afianzamiento democrático.

¿Qué se podría decir sobre los militares sentenciados por violaciones de derechos humanos? Habiendo sido individualizados entre el número total de camaradas involucrados en similares violaciones, se sentirían seguramente también usados como medios para la reafirmación de la unión nacional. Una política penal selectiva viola el principio de igualdad ante la ley. Por lo tanto, no nos deberíamos sorprender si aquellos oficiales de hecho seleccionados para ser incriminados y castigados se vieran a sí mismos como siendo inmolados para la consecución de un bien social general. Sus condenas les parecerían, tanto a ellos como a sus camaradas de armas, el precio a ser pagado por la reconciliación nacional.

Los frustrados sentimientos de justicia de las víctimas, es fácil entender, pueden contribuir poco a reafirmar los valores democráticos y la reconciliación nacional en un período transicional. Esta situación podría aun ser utilizada por grupos socialmente disgregadores que, aprovechando el descontento social, pudieran obtener una nueva base para reclutar miembros para sus acciones.

Los sentimientos de los oficiales de las FF.AA. sancionados, en lo referente a ser arbitrariamente elegidos para ser castigados, podrían también conducir a reacciones socialmente disgregadoras. Dado el espíritu de cuerpo, intentos periódicos de la institución militar para reivindicar a sus anteriores jefes serían de esperar.

Por lo tanto, en relación al objetivo de reducir la división entre civiles y militares a los efectos de reinsertar a estos últimos en el sistema democrático, castigar solamente a unos pocos violadores de derechos humanos podría tornarse en una política autofrustrante. En ese sentido, la única política viable para reinsertar a la institución militar en el nuevo orden democrático sería una amnistía irrestricta. Esto,

de todas maneras, dejando de lado aun de manera más flagrante los intereses de las víctimas, sería obviamente una estrategia infeliz para alcanzar la reconciliación nacional.

Mi conclusión, entonces, es que una tal política conduciría a reacciones sociales incompatibles con la reconciliación nacional y la consolidación del Estado democrático.

5. CONCLUSIONES FINALES

En una manera sumaria, nuestras conclusiones finales podrían ser presentadas como sigue:

a) Castigar solamente a unos pocos violadores de derechos humanos no concretaría los efectos educadores morales del castigo, ni en la sociedad civil ni en la institución militar.

b) Castigar solamente a unos pocos violadores de derechos humanos no disuadiría a los transgresores potenciales.

c) Castigar solamente a unos pocos violadores de derechos humanos no sólo no concretaría la reconciliación nacional, sino que también pondría en peligro el orden democrático a través de la amenaza de disgregación social.

Finalmente, dos observaciones, una teórica y la otra fáctica.

Los argumentos presentados para fundamentar nuestra posición son eminentemente consecuencialistas. De todas maneras, el resultado final obtenido no difiere en demasía del que podría ser defendido por un retributivista sofisticado. De hecho, una versión modificada, no rigorista, del ideal retributivo podría también recomendar incriminar a la mayoría de los violadores de derechos humanos, sin excluir la posibilidad de, por razones de eficiencia social, o bien dejar de enjuiciar a algunos de ellos, o bien otorgarles un perdón judicial una vez condenados. En otras palabras, partir de distintos enfoques teóricos no implica necesariamente que debamos arribar a políticas concretas divergentes.

La observación fáctica. Así como usualmente distinguimos entre lo que es justo y lo que es útil, así debemos también distinguir entre lo que es útil y lo que es viable. Después de todo, como los filósofos morales dicen, "deber implica poder". Decir que el Estado democrático debería castigar a un gran número de violadores de derechos humanos presupone que el Estado democrático tiene la capaci-

dad de hacerlo. Y estando directamente relacionada a la cuestión del poder, tales condiciones podrían muy bien no darse. Obviamente, juzgar esto no está dentro del alcance de este artículo. Por lo tanto, este enfoque teórico no intenta juzgar las políticas actuales o, aun menos, las intenciones de los hombres.

El único punto que este artículo intenta hacer ver es que, cuando estamos en la posición de tomar decisiones en la situación supuesta en este artículo, debemos elegir entre castigar solamente a unos pocos violadores de derechos humanos, o asegurar las instituciones democráticas. Y que, al elegir lo primero, estamos apostando a lo segundo. En ese sentido, no podemos "comernos la torta y seguirla conservando".

En una tal situación, sólo resta esperar que la apuesta sea la ganadora.

ENSAYOS

1. Lecciones y Ensayos

DERECHO INFORMÁTICO: LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y EL SIDA

MARCELA BEATRIZ CASAL

A lo largo de los siglos, un interrogante golpea una y otra vez la conciencia del hombre: si el fin no justifica sencillamente los medios, ¿cuál es el límite o la proporción en que ciertos fines han de conducirnos a aceptar ciertos medios? La guerra, la resistencia a la opresión, el terrorismo (revolucionario o de Estado), la censura y hasta la propia tortura han sido alguna vez aprobados y alguna otra vez execrados como medios para lograr la felicidad de los hombres, el orden de las sociedades, la liberación de los pueblos, el desarrollo económico o la salvación de las almas. Hoy la informática se constituye en una poderosa herramienta para servir al hombre, para abarcarlo o (aunque suene a paradoja) para ambas cosas a la vez. ¿Qué límite le pondremos? ¿Podremos ponérselo? Marcela Casal se introduce de lleno en este grave problema mediante el análisis de un interesante caso ocurrido en Francia, pero representativo de un conflicto universal. Desde una juventud irreductible, toma partido sin dudarlo por la libertad individual y asume sus riesgos. Otro sería el mundo si una actitud semejante pudiera generalizarse. (RICARDO A. GUIBOURG)

1. INTRODUCCIÓN

Es por todos conocido el impacto que la informática ha causado en la sociedad en general y en la nuestra en particular, no hace demasiado tiempo, tanto en los sectores públicos como privados. Se trata de una nueva realidad, pujante, avasalladora, que se impone por su sola fuerza en la vida cotidiana de cada uno de nosotros.

Por ello es que el derecho, concebido desde un punto de vista dinámico, ha de evolucionar y desarrollarse conforme lo requiera esa realidad concreta a la cual está llamado a regular. Es que el "fenómeno informático" —por llamarlo de algún modo— ha producido una profunda transformación

en las instituciones más elementales de nuestra sociedad, a la cual el derecho debe adaptarse para poder a su vez, prever u otorgar soluciones a los problemas concretos que se presenten, y que por su novedad requieren una regulación específica y particularizada.

Precisamente, una de las incógnitas a resolver se encuentra directamente relacionada con el avance de las nuevas tecnologías informáticas sobre el derecho a la vida privada de los ciudadanos, proclamado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), y receptado por nuestra Constitución Nacional en sus arts. 18 y 19, como también por nuestro Código Civil en su art. 1071 bis.

Tal como lo ha sostenido la Subsecretaría de Informática y Desarrollo (SID), "no existe en nuestro país hasta la fecha ninguna legislación orgánica que contemple los problemas que se presentan con la aplicación de técnicas informáticas a los datos personales. La interconexión de ficheros permite configurar el perfil o identikit de una persona. Mediante el uso de la informática, datos aparentemente inocentes se conjugan formando la historia personal de un individuo, con el consiguiente peligro de invasión de su esfera privada...

Los riesgos de violación de derechos y libertades individuales mediante el uso de las nuevas tecnologías se agudizan en el caso de las llamadas informaciones sensibles (datos sobre creencias religiosas, opiniones políticas, origen racial, pertenencia a sindicatos o partidos políticos), que pueden dar lugar a conductas discriminatorias por parte de quienes poseen la información". (Exposición de motivos del proyecto de ley de datos personales, noviembre 1986.)

2. ANTECEDENTES ARGENTINOS

Lo expresado en los párrafos precedentes no es más que un enfoque parcial del problema planteado, que ha llevado a la SID a elevar un proyecto de ley de datos personales al Poder Ejecutivo Nacional (noviembre de 1986). Tal como surge de su Exposición de motivos, dicho proyecto procura "lograr un equilibrio entre la información que necesita la sociedad para un funcionamiento democrático, y el derecho del individuo a la protección de los datos que le conciernen".

Según la citada Secretaría, este objetivo sólo habrá de alcanzarse "mediante la transparencia de la acción, tanto

pública como privada, en lo que se relaciona con el procesamiento de datos personales, y por medio del control de esta actividad en el nivel institucional a través de un órgano creado al efecto, y en el individual, mediante el derecho de acceso que se concede al individuo".

El control a nivel institucional se encuentra consagrado en su art. 12, el cual, a fin de garantizar la eficacia del sistema de protección, dispone la creación de la Comisión Nacional de Datos Personales (CNDP), como organismo autónomo con funciones de supervisión y poderes de regulación para la adaptación de las disposiciones de la ley a casos concretos. Ante la existencia de múltiples situaciones particulares de conflictos de intereses que se pueden presentar, y que son imposibles de prever en una ley de carácter general, se conceden a la Comisión facultades para resolver estos supuestos.

En cuanto al derecho de acceso, o lo que es lo mismo, el control a nivel individual, el art. 6º establece que "toda persona que acreditare su identidad tiene derecho, frente al titular de un registro de datos personales, a:

- a) Conocer los fines del registro.
- b) Ser informado en tiempo prudencial y de manera inteligible acerca de cualquier dato que le concierna.
- c) Oponerse al registro de cualquier dato relativo a su persona y obtener su rectificación o supresión si fuera procedente.
- d) Obtener respuesta escrita y oportuna a las peticiones relativas a los incisos precedentes".

El contenido del artículo transcrito evidencia la transformación que la concepción del derecho a la vida privada ha sufrido en los últimos tiempos. En la actualidad, éste ha dejado de concebirse como la libertad negativa de rechazar u oponerse al uso de información sobre sí mismo, para pasar a ser la libertad positiva de supervisar el uso de dicha información.

3. DERECHO COMPARADO. LA EXPERIENCIA FRANCESA Y EL SIDA

La protección de datos personales es reconocida como un derecho fundamental en las constituciones y legislaciones de varios países, en su mayoría europeos, excepción hecha de Estados Unidos y Canadá.

Dos han sido las técnicas básicas usadas por los legisladores. Por un lado, las leyes "ómnibus" de carácter global, características de los países de Europa Occidental (un ejemplo típico es la ley francesa), y por el otro, leyes centradas exclusivamente en conflictos específicos, cuyo caso más característico es el de los países norteamericanos mencionados en el párrafo anterior. Entre estos dos extremos se dan una serie de variables.

Francia es una de las naciones que mayor experiencia ha recogido en este campo. La ley relativa a la informática, los ficheros y las libertades fue sancionada el 6 de enero de 1978.

Uno de los siete capítulos que la conforman se encuentra íntegramente dedicado a la Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL), organismo de aplicación de la ley, que tiene potestad reglamentaria y funciones de supervisión e información al público, y que constituye precisamente el modelo principal en el que se han inspirado los autores del proyecto argentino, al crear la CNDP.

Con el fin de demostrar la actualidad y vigencia del tema, creemos que sería interesante narrar uno de los innumerables casos que a diario se le presentan a dicha entidad.

En marzo de 1988 se sometió a consideración de la CNIL un proyecto de creación de un observatorio nacional del SIDA, sobre cuya adecuación legal ésta debía pronunciarse. El proyecto en cuestión, que había sido elaborado en forma conjunta por diversos organismos oficiales especializados en el tema salud pública, consistía en la creación de un sistema nacional automatizado de recolección de datos epidémicos y clínicos concernientes al Síndrome de inmunodeficiencia adquirida, más conocido como SIDA.

Su puesta en funcionamiento implicaba la centralización de toda la información existente acerca de las personas portadoras del virus que hubieran sido atendidas en alguno de los dieciocho centros de información y tratamiento de la inmunodeficiencia que hasta el momento existen en Francia.

El objetivo era claro: controlar la progresión de la epidemia, conocer mejor el tiempo de incubación del virus, entre el resultado seropositivo y la aparición de la enfermedad, así como los resultados de los tratamientos terapéuticos realizados con los pacientes. En síntesis, recabar toda aquella información que pudiera ser útil en la lucha contra la propagación de la epidemia.

Sin embargo, los medios para acceder a dicha información no lo eran tanto. Como era de prever, la propuesta desató nuevamente la polémica que tiempo atrás había surgido respecto de otras enfermedades, tales como las cardiovasculares o el cáncer, y que podría sintetizarse en la siguiente fórmula: salud pública vs. derecho a la privacidad, consagrado este último en el secreto médico.

Conforme al proyecto, la centralización automatizada de este tipo de información estaría prevista de manera tal que el anonimato y la confidencialidad de las historias clínicas de los pacientes se encontrarían absolutamente garantizados.

Esta garantía estaría dada por el establecimiento de historias clínicas *standard* para cada enfermo, en las que se registrarían todos los datos relativos a la identificación de la persona (nombre y apellido, lugar de origen, profesión, etc.), el modo de transmisión supuesto de la infección (relaciones homosexuales, bisexuales o heterosexuales, transfusión sanguínea, toxicomanía, etc.), así como los datos concernientes a los partners sexuales. Paralelamente existiría una carpeta complementaria, en la que se seguiría de cerca el caso particular y específico del paciente.

Por otra parte, no se trataría de un verdadero registro nacional y exhaustivo de datos acerca de los sujetos afectados por la enfermedad, ya que en principio, sólo se recogerían aquellos que fueran suministrados por los ya mencionados centros de información y tratamiento del SIDA, respecto de los casos que allí se presentasen, ya fuera en forma directa o indirecta.

Finalmente la CNIL hubo de pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto. El dictamen fue adverso a su implementación, seguramente haciéndose eco de las inquietudes que éste había despertado en el seno de la sociedad francesa. A pesar de la buena voluntad demostrada, y la loabilidad del experimento propuesto, no se consideraron suficientes los recaudos previstos para garantizar debidamente el anonimato de la información a utilizarse, como único medio de proteger su confidencialidad.

Precisamente y a raíz de lo anterior, se estimó que el proyecto no fijaba pautas adecuadas para prever el peligro que representa una eventual fuga de datos, por ejemplo hacia un empleador, y cuyas consecuencias discriminatorias por padecerse éste u otros tipos de afección no constituyen una sorpresa para nadie, a pesar de la legislación vigente sobre el tema.

4. ANÁLISIS DEL CASO

Creemos que la decisión adoptada por la CNIL fue la correcta, ya que el proyecto analizado, a pesar de asegurar la difusión anónima de los datos, planteaba al mismo tiempo su recolección previa en forma nominativa.

Si en principio la divulgación sin determinación de personas tiene por finalidad garantizar la confidencialidad de los datos recogidos (por lo que no es necesario recabar autorización alguna por parte de su titular), la recolección personalizada de éstos viene a quebrar la armonía del sistema.

Es más, aun cuando se sostuviera que la indebida difusión de datos obtenidos de esta manera, es decir, con perfecta individualización de su titular y sin su consentimiento, quedaría sujeta a las disposiciones legales pertinentes, esto sólo ocurriría respecto del régimen de responsabilidad emergente por el daño eventualmente ocasionado, y no con relación al derecho de oponerse a que sus datos sean transmitidos a una determinada entidad, que todo sujeto tiene respecto de la información que le concierne.

En lo que atañe a este último derecho, nos enfrentamos ante una peculiar paradoja: tratándose de información cuya utilización trascendiera la esfera personal del sujeto, y cuya divulgación en forma innominada en principio se garantizara (independientemente de que a posteriori se le diera un destino distinto del estipulado), por un lado se podría sostener que precisamente para evitar esto último y por aplicación de la regla general, debería contarse en cada caso con el consentimiento de su titular.

Este argumento, además de inconsistente en su primera parte (ya que la eventual autorización no impediría el uso indebido de la información, sin perjuicio de la consiguiente responsabilidad), resulta ser demasiado estricto, por cuanto en la práctica significa, si no imposibilitar, al menos obstaculizar en grado sumo la labor científica.

Por otro lado, el permitir que los datos sean recogidos en forma nominativa sin autorización previa por parte de su titular, aun cuando su indeterminabilidad se encontrara suficientemente garantizada en el momento de su difusión, constituiría lisa y llanamente la negación del derecho de oposición al que anteriormente se hiciera referencia, y que implicaría la consagración de una excepción sin fundamento alguno.

A mayor abundamiento, no se explica en el supuesto planteado qué objeto tendría recabar datos personales en forma individualizada, atenta la finalidad de su utilización.

La solución que a nuestro juicio resuelve esta falsa paradoja, consiste sencillamente en que tanto la recolección como la difusión de datos personales para fines de investigación científica, o estadísticos se realicen de forma tal que no haya posibilidad de identificar al sujeto sobre el cual versa la información. Precisamente, esta extensión del anonimato a la etapa previa de obtención de los datos es la que permite hacerlo sin necesidad de que el titular preste su conformidad para ello.

De esta manera, se evita que un esencial elemento de trabajo de las ciencias quede desvirtuado y a la vez se asegura que la confidencialidad de la información a utilizar quede debidamente resguardada.

En el caso concreto en estudio, la puesta en práctica de esta solución consistiría, por ejemplo, en reemplazar las señas particulares de un sujeto por un código o clave. En su momento hubo quienes propusieron este sistema, pero por razones que desconocemos, no fue tenido en cuenta por los creadores del proyecto.

Se aduce que con este método se corre el riesgo de ingresar más de una vez datos pertenecientes a una misma persona. Aun así creemos que es el más acertado, ya que la implementación de un adecuado mecanismo de previsión y control por parte de las fuentes de información (cuya confiabilidad se presupone) reduciría al máximo el riesgo mencionado. De más está decir que dicho mecanismo debería establecer como prioridad básica el que la garantía de anonimato no sufriera por su causa menoscabo alguno.

5. CONCLUSIÓN

Quizás algunos puedan juzgar excesivo el celo demostrado para preservar la confidencialidad de los datos personales. O sostener que en definitiva no se trata más que de un obstáculo para el desarrollo de las ciencias. Tal vez estén en lo cierto.

Pero no olvidemos que todo adelanto científico constituye un medio puesto al servicio del hombre para mejorar su condición de tal, y no un fin en sí mismo. Que el afán de progresar no nos lleve a destruir aquello que precisamente

estamos tratando de preservar: nuestra dignidad como seres humanos.

Cabe realizar una última reflexión: la situación anteriormente descripta no es más que uno de entre los cientos de casos con que la realidad nos pone diariamente en contacto. Que la experiencia relatada pertenezca a un país extranjero no implica que el nuestro sea ajeno a este tipo de problemas. Nada más lejos de la realidad: hace tiempo que en la Argentina la información como tal se ha convertido en un bien de consumo de gran demanda y en vías de una rápida expansión.

Es de esperar, entonces, que nuestra legislación se adecue a través de la sanción de una ley de protección de datos personales a esta realidad dinámica que se impone por sí misma, y que al mismo tiempo se cree en la gente la conciencia de que, como ciudadanos y como personas, tenemos derechos que debemos hacer respetar.

LA ESTRATEGIA DE NUESTRA ARAÑA

Una visión crítica del derecho y del rol del abogado desde perspectivas contemporáneas

CHRISTIAN COURTIS

I

Convenimos en principio la consideración del Derecho en su dimensión histórica actual desde un prisma que comprende tres aspectos: su carácter de concreta práctica social, su condición de saber, y su vehiculización como discurso. El primer aspecto es identificable como efectivo ejercicio de poder en el marco social, considerado fácticamente (tiempo y espacio); el segundo se refiere fundamentalmente a su ubicación indudable en el universo teórico cultural de la sociedad y el tercero marca su carácter relativamente autónomo y específico como herramienta relacional en ámbitos determinados.

Por supuesto que esta categorización es esquemática y arbitraria; asumimos sus límites pero queremos dejarla establecida como marco teórico que nos permita identificar y abordar críticamente facetas de la dialéctica derecho-sociedad. Dejamos en claro también que no entraremos en la determinación de qué elemento antecede o genera al resto¹, sin perjuicio de utilizar tangencialmente concepciones que surgen de las distintas posturas al respecto.

¹ Por ejemplo Foucault, M., *Histoire de la sexualité*, Paris, 1976; *La arqueología del saber*, México, 1970; *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1982; Habermas, J., *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, 1981; Luhman, N., *Sociología del derecho*, Bari, 1971.

Sentados estos tres aspectos, marcamos aquí también su interdependencia estructural y su interrelación problemática; queda claro que el ejercicio de poder institucionalizado tiene directa relación con el carácter social del saber derecho, o de su paradigmática cristalización en la ley, y que funda su aplicación en su justificación discursiva formalizada (la ley); inversamente, el saber derecho mantiene su autoridad teórica en la práctica social coactiva y en su digitalización discursiva tecnificada; y más evidentemente, la utilidad directa del discurso ley se asienta por un lado en su concreta función de racionalización lingüística de poder, y por otro en su derivación del prestigio de un saber fundado y autónomo.

Insistiremos en la identificación de cada aspecto, so riesgo de ser reiterativos: la condición de práctica social del derecho abre vinculaciones a otras formas de ejercicio del poder y, más abstractamente, al marco de la teoría del poder: el poder del derecho (puntualmente, el poder de criminalizar a un individuo frente a determinada conducta, el de desalojar a ocupantes de un predio ajeno, el de exigir compensaciones pecuniaras frente a ciertos hechos, y en forma más genérica, el poder de predeterminar conductas y su anverso, el poder configurador) mantendrá continuidades y rupturas con otras formas de poder (económico, político, poder inductivo de los medios masivos de comunicación, poder religioso, etc.), se adherirá, superpondrá, potenciará o contradirá con ellos.

La condición de saber del derecho nos situará en el plano de los saberes sociales, y por ello nos hemos cuidado de no catalogarlo como ciencia dado el carácter altamente problemático de esta conceptualización. Dentro del universo de saberes autónomos legitimados, deslegitimados o en vías de legitimación podemos pensar en ciertos hilos comunes, ciertos criterios que funden la uniformación de determinados conceptos vinculados de una u otra manera en una categoría vertebrada.

No cabe duda que la ciencia o las distintas ciencias comparten esa categoría (sin decir con ello que exista una relación pacífica entre ellas), pudiendo verificarse en forma clara oposiciones, conflictos, luchas de espacio, gradaciones en cuanto a la legitimidad de cada ciencia, apelaciones a fundamentos de otras ciencias, o remisiones a principios de coherencia interna o a la autoridad funcional de los resultados. Tenemos entonces ciencias duras y ciencias blandas, ciencias empíricas y ciencias especulativas, ciencias natura-

les y ciencias sociales, aun en el campo de las ciencias sociales, ciencias de mayor legitimación y ciencias que bregan por su propio espacio, ciencias autosuficientes y técnicas subsidiarias, ciencias morales y ciencias prácticas. El derecho también participa en la búsqueda de imposición de su propio lugar en esta dinámica contienda², pero sin entrar en la discusión podemos convenir el hecho de su autonomía y prestigio teórico, verificable en la existencia de su propio espacio académico, su propia agencia de reproducción ideológica (la facultad), su propia autosuficiencia bibliográfica, etcétera. Sin embargo, sin considerar las razones de este prestigio o categorización, que coloca a las ciencias y al derecho en un plano teórico privilegiado, no podemos negar la existencia de otros saberes sociales subvaluados, como la técnica, la teología, la magia, la astrología, la parapsicología. La historia de las ciencias nos cuenta de la relatividad de estas posiciones; entre los innumerables ejemplos podemos citar el ascenso de la química desde su origen mágico en la alquimia, o el descenso de la escritura, desde categoría científica privilegiada (personificada en el prestigio del escriba) a técnica común y generalizada. Otro caso en disputa actual es el del carácter del psicoanálisis, y más genéricamente de la psicología, a la que con cierta prudencia podemos calificar de disciplina científica en-ascenso. Este abstruso panorama nos muestra el carácter problemático de la categorización del conocimiento, del cual indudablemente participa el derecho y que abre puertas a elementos de juicio disímiles, desde la historia de su ubicación relativa en el mundo de los saberes, hasta la contrastación de su estructura teórica con marcos lógicos y epistemológicos, pasando por la lectura concreta de los factores de poder que prestigian la disciplina, o el seguimiento de la historia de la construcción de su autonomía³.

Todo esto nos remitiría a tendencias actuales de filosofía que estudian la historia de la verdad, la estructura del conocimiento, la evolución y actualidad de los conceptos de ciencia y saber, etcétera⁴.

² Es particularmente útil para ello consultar Zuleta Puceiro, E., *Teoría del derecho. Una introducción crítica*, Bs. As., 1987, capítulos I y II.

³ Zuleta Puceiro, *Teoría del derecho*, cap. II.

⁴ Por ejemplo, los clásicos Kuhn, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, 1982; Feyerabend, P., *Contra el método*, Barcelona, 1974; Vernant, J. P., *Los orígenes del pensamiento griego*, Bs. As., 1980.

Pero bajando al plano en el que nos pusimos de acuerdo, en una Facultad de Derecho se estudia, o un jurista, juez o abogado sabe algo que otras ramas del conocimiento no proporcionan. La tercera condición que señalamos es la discursiva. Ella abre planos de estudio que ligan al derecho al conocimiento de qué es un discurso en principio, y a sus relaciones con otras formas de discurso como el discurso sociológico, matemático, filosófico, el discurso poético, el discurso mágico, el discurso prescriptivo militar, el discurso de los medios masivos de comunicación. Para ello son necesarios enfoques de filosofía analítica, de lógica, de lingüística y de semiología; entre otros problemas nos enfrentaremos a determinar en qué consiste el discurso jurídico, cuáles son sus reglas genéricas, cómo se establece el sentido del discurso jurídico, cómo se plantean los alcances de sus enunciados, si sus afirmaciones poseen facticidad, cuáles son las funciones de ese discurso, cuál es su significado social, etcétera.

Señalaremos sumariamente dos facetas del discurso jurídico. La primera, que podríamos denominar discurso jurídico teórico, es aquella que estructura y expresa el conocimiento jurídico en su tarea de justificación doctrinaria del derecho. Sencillamente se trataría de aquel discurso que nos permite advertir leyendo cualquier párrafo si estamos frente a un texto de derecho o no. Este discurso no se agota en el comentario de la ley; incluye también todo el aparato teórico de fundamentación de derecho, la teorización acerca de los principios de derecho, la autonomización de las distintas ramas del derecho, las categorizaciones de bien jurídico, bien común, valor justicia, equidad, buena fe, proceso contradictorio, jerarquía normativa, subordinación laboral, normas de *ius cogens*, delito doloso, antijuridicidad, normas exorbitantes de derecho administrativo, etcétera.

La segunda faceta, que denominaremos discurso jurídico práctico, se refiere a las técnicas de formulación discursiva de la ley, y a los canales discursivos que vinculan a los jueces, abogados y demás funcionarios de la tarea institucionalizada de administración de justicia. Así, constituirían esta faceta la ley en sentido amplísimo, las demandas, reconvencciones, peticiones, recursos, audiencias, proveídos, dictámenes, cédulas, denegaciones, oficios, acusaciones, sentencias. Digamos que si bien estas facetas son diferenciables, están vinculadas indudablemente de modo que en innumerables ocasiones sus contenidos se remiten mutuamente como forma de validación. Agreguemos que todo

lo dicho no se refiere exclusivamente al discurso escrito, sino que comprende a cualquier otra forma de expresión del derecho (oral, lumínica, gestual, física, etcétera).

Recapitulando lo dicho hasta ahora, la consideración de estos tres aspectos del derecho (poder, saber, discurso), vinculada en cierta medida a los estudios de la teoría de la sociedad desde ejes pragmáticos, semánticos y sintácticos, respectivamente, definirá cierto marco teórico que estimamos particularmente fértil en el estudio de las consecuencias reales del fenómeno jurídico. Sugeriremos aquí que la tensión dialéctica entre estos elementos determinará en gran medida la alineación del derecho con la estructura económica y sociopolítica de una sociedad.

II

Recogiendo una de las líneas de búsqueda planteadas, enfoquemos nuestra atención al derecho como saber. Sin pretender exhaustividad en el análisis, queremos marcar pautas que definan los vínculos tendidos por el derecho con otros saberes y establecer algunos matices diferenciales que funden su pretensión de autosuficiencia teórica.

En principio, la historia de las relaciones del derecho con otros saberes nos llama la atención en un sentido bien definido. En el cuadro de pugna de saberes que hemos descrito anteriormente, el derecho se ha caracterizado especialmente por trabar contacto en cada contexto histórico con los respectivos saberes legitimados, fagocitando elementos discursivos provenientes de ellos e instalándolos dentro de su propio discurso. Este proceso no puede ser calificado como de síntesis, ya que se produce en términos de asimetría, manifestándose esta discontinuidad habitualmente en la satisfacción del jurista por la codificación de un nuevo objeto o la creación de una nueva rama del derecho, y la insatisfacción de los representantes del saber invadido, bajo argumentos de parcialización, simplificación y transcodificación de sus enunciados. Gráficamente, podríamos decir que el derecho pegatina o embadurna términos novedosos o espectaculares provenientes de otros saberes para abrir nuevos espacios en su propio ámbito. Lo dicho se ha verificado con la teología, la lógica, la filosofía, la ciencia antropológica, la geología, la ciencia económica, el urbanismo, la psiquiatría, la comunicación masiva, y en la actuali-

dad observamos la toma de nuevos campos como la ingeniería genética, la tecnología aeroespacial y la informática. Destaquemos que este comportamiento de pulpo no es estático: el derecho succiona superficialmente los logros de otros saberes en su momento de auge, pero los abandona cuando sobreviene la deslegitimación teórica de esos saberes, en busca del nuevo saber legitimado. Podemos citar el ejemplo clásico de la antropología positivista etnocéntrica, que dio fundamento al derecho penal peligrosista, pero que cayó en desgracia teórica fue rápidamente olvidada, por lo menos en el discurso oficial, en la búsqueda del paradigma de la autodeterminación representado por las tendencias existencialistas, fenomenológicas y neor aristotélicas de la segunda posguerra⁵.

Frente a estas observaciones, creemos necesario reconstruir cuidadosamente el mito del derecho como saber inmóvil o inmovilizado, anclado a su origen en el derecho romano y a su idilio con la teología medieval, almidonado con una cáscara apenas inercial. A esta imagen oponemos nuestra descripción voyeurística del vampirismo del derecho, que se relegitima mediante el alimento que le proporcionan los saberes en su esplendor y la búsqueda constante de estas presas, abandonando en el camino los despojos de las disciplinas que ya no sirven. Desde esta perspectiva, podemos hablar del carácter parasitario del derecho como saber respecto de los otros saberes legitimados, y sugerir el reemplazo de la metáfora hidrológica de las fuentes del derecho, en las que origen e impulso lo anteceden y le dan vigencia intemporal, por la de bocas de alimentación del derecho, que necesariamente lo suceden y lo obligan a buscar sustento proyectualmente, dependiendo entonces de la alineación de saberes parciales de un contexto histórico cultural determinado. Ello nos ayuda a explicar la voracidad actual del derecho en la búsqueda de nuevos campos de invasión: cuando el paradigma cultural de una etapa histórica estuvo casi omnímodamente dominado por un único tipo de saber —v.gr., la teología—, el derecho no precisó mayor esfuerzo para montarse sobre el fundamento de verdad en auge, transvasando contenidos y basamentos⁶. Por el con-

⁵ Proceso claramente explicado por Zaffaroni, E. R., *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., 1989.

⁶ Esta imagen, aunque no constituye la tesis central de esas obras, surge de las descripciones clásicas de Mondolfo, R., *Historia de la Univer-*

trario, el quiebre de criterios de verdad únicos, la laicización y ascendente criticidad del conocimiento obligan al derecho a multiplicarse en su afán de relegitimación y conservación de su espacio autónomo. Frente a la actual ruptura de un concepto unívoco de verdad en favor de una multiplicidad de verdades localizadas, la estructura porosa del derecho como saber extiende sus límites de manera de abarcar la mayor cantidad posible de disciplinas de las cuales extraer materia para su propia reafirmación. Sorprende comprobar el parecido de ese carácter de saber lábil, vacío casi de un espacio absolutamente propio fuera de la formulación de la ley, bien que constantemente construyendo su propio espacio mediante agregaciones y abandonos, cohabitaciones y desestimaciones, con el modelo de pensamiento propuesto por pensadores contemporáneos ante el desechamiento de las grandes síntesis de la modernidad. Marquemos como paradoja el indistinto abordaje de saberes originados en paradigmas contradictorios (autonomía de la voluntad, reflejo de la economía política clásica-fijación de mínimos inderogables, provenientes del discurso crítico; retribucionismo penal-utilitarismo preventivo especial-utilitarismo preventivo general-utilitarismo sistémico) sin siquiera causar mella en su estructura y coherencia teórica. No podemos hablar entonces de síntesis dialéctica, sino de reversibilidad de los opuestos dentro de una amalgama conjunta, gelatinosa: nos hallamos en un terreno convergente a la teoría del simulacro, a la incapacidad de deslindar entre modelo y reproducción⁷.

III

Llegado a este punto, estableceremos una sumaria y provisional evaluación de lo dicho. Sentada la continuidad temporal de los procesos mencionados y el carácter dinámico de la interrelación de saberes, nos parece conveniente abordar el análisis del panorama consignado desde el plano estratégico. Con este enfoque, volvemos a sorprendernos

idad de Bologna", apéndice de "Problemas de cultura y educación". Bs. As., 1952; y Durkheim, E., *Historia de la educación y de la pedagogía*, Madrid, s/f.

⁷ Deleuze, G., *Lógica y sentido*, Madrid, 1982; Rinow, Puebla, 1983; Derrida, J., *De la gramatología*, Bs. As., 1971; Vattimo, *El fin de la modernidad*, Barcelona, 1986.

al descubrir que la estrategia del saber derecho es esencialmente similar a la estrategia del poder: se trata continuamente de evitar la confrontación, de alisarse a los triunfadores de turno, de incorporar cualquier tipo de manifestación novedosa que pueda poner en peligro o siquiera ensombrecer su existencia, de desdibujar la actitud contestataria mediante la oficialización, la trivialización, la banalización, de sofisticar lo marginal, lo *underground*, de tentar la radicalización con la moda, con el reconocimiento por parte del *establishment*, de dar cabida a toda actitud distinta, todo ello a cambio del sacrificio de la potencialidad cuestionadora. Tender su tela de araña, insinuar, aceptar, desdinamizar para autoafirmarse. Convengamos que elementos de seducción no le faltan: veinticinco siglos de historia, prestigio y distinción, incesante flirteo con el poder, un cierto clasicismo, supervivencia a cuanto cambio revolucionario se haya producido, tratarse de ruptura de formas de gobierno, de modo de producción, de fundamento político o de cualquier otra contingencia, hacen del derecho una presa por demás deseable. Relevemos entonces esta coincidencia: la estrategia del poder en el campo de la política y la del derecho en el campo del saber son paralelas. Pero si entre derecho y poder existe continuidad en el plano estratégico, no sucede lo mismo con respecto a los demás saberes. La estrategia de los otros saberes, en especial de las distintas ciencias, se ha caracterizado por delimitar obsesivamente su objeto, encerrarse, reafirmar su campo especificándolo, superespecializarse, crecer intensivamente y, como forma básica de relación con los otros saberes, confrontar sus resultados, sus enunciados, sus modelos explicativos, sus predicciones. El crecimiento de unas disciplinas en desmedro de otras, o su hundimiento y desaparición, se han debido al resultado de estas confrontaciones, a la evidencia del producto de unas frente a la debilidad del de las otras en el marco de la estrategia de matar o morir. Teología vs. paganismo, método científico vs. dogmatismo religioso, ciencias positivas vs. metafísica, ciencias naturales vs. ciencias sociales, dan cuenta de este fenómeno. Por el contrario, la estrategia del derecho ha consistido en la apertura de su objeto, en la constante búsqueda e invasión de nuevos campos, en la concreción de nuevos segmentos de contacto, en el crecimiento extensivo, en la reafirmación de su espacio, agrandándolo y, en su faz relacional, en la concertación constante, en la ausencia de confrontaciones. Creemos que a ello se debe su sorprendente vigencia, su prolongada vitalidad.

IV

Retomando lo expuesto acerca de la tensión dialéctica entre las facetas del derecho, creemos que esta noción está fundamentalmente ligada a la mencionada estrategia del derecho como saber. El éxito de esta estrategia tiene profunda relación con los mecanismos discursivos que el derecho implementa para fundar su existencia y jerarquía teórica. Creemos que no sería concebible la increíble persistencia descripta, relativamente indemne de deterioro y deslegitimación, sin un sistema discursivo autónomo lo suficientemente cerrado y selectivo como para distorsionar en forma efectiva los datos de realidad que le toque recibir y crear de ese modo un reflejo troquelado, una maqueta parareal de carácter "jurídico". Que es como veremos lo que sucede con el derecho como discurso.

Distinguimos con anterioridad un discurso jurídico teórico y uno práctico. Sobre el primero, el acopio de trabajos críticos es considerable, sustentándose el ataque desde una gran variedad de perspectivas, entre ellas la analítica, la sociológica, la acusación de reflejo superestructural, la crítica epistemológica, la psicoanalítica, etcétera. Así, se ha dicho que el discurso jurídico teórico carece de objeto consistente, pues se trata únicamente de la apología o el rechazo ideológico de los términos de la ley y de construcciones racionalizadoras que completan esa posición. Por ejemplo, la teoría de las obligaciones o la teoría general de los derechos reales pasarían a ser abstracciones absurdas si desaparecieran las normas que les dan sustento. Su objeto no tendría existencia real, ya que su carácter es sólo convencional, y la teoría jurídica consistiría en una convención sobre otra convención, lo que desvirtuaría su carácter científico. Lo mismo puede decirse de la crítica que deslegitima al derecho penal y al discurso jurídico penal. En última instancia, el discurso jurídico consistiría en la racionalización teórica de un argumento de autoridad.

Desde otro punto de vista, se ha criticado duramente al derecho en su aspecto de discurso jurídico teórico por su persistente tendencia a negar términos definidos socialmente mediante la creación de conceptos "jurídico," que desnaturalizan su uso corriente. Las distintas ramas del derecho muestran una desbordante inflación de este tipo de conceptos: existen definiciones "jurídicas" de persona, conducta,

culpabilidad, locura, discernimiento, voluntad, trabajo, etcétera. Estas construcciones provocan graves dificultades en la interpretación de la ley, que asume muchas veces un sentido críptico indescribible para el lego.

Estos breves ejemplos se completan con el amplio panorama de crítica al derecho. Para no incurrir en reiteraciones, consignamos bibliografía al respecto, a la cual remitimos².

Pero no es éste el aspecto que más nos interesa en este trabajo. Nuestra atención se dirigirá especialmente hacia el que denominamos discurso jurídico práctico, sobre el cual la cantidad de trabajos de investigación es menor. Concretamente comenzaremos analizando la actividad motora de la administración de justicia, es decir, el proceso.

No es difícil imaginar el proceso judicial como un diálogo. Pero asumida esta metáfora, cabe cuestionarse acerca de los sujetos del diálogo, su objeto, el lenguaje utilizado, el contexto en el que se produce, las reglas que lo rigen, la situación de jerarquía entre los sujetos. Abordaremos en principio el análisis de un proceso contradictorio, no inquisitivo, para después poner ejemplos de otros casos. En este marco, diremos en primer término que hay un problema que contrapone a dos partes. Frente a este hecho se incorpora un tercero que decidirá el conflicto. El tercero, denominado juez, se interpone entre las partes de modo que la comunicación entre los actores originales del problema pasa necesariamente por el juez y que ellos no pueden escucharse directamente. Agreguemos ahora otro nivel de análisis. Ya no se trata de partes que de algún modo participaron del problema y que hablan directamente con el juez e indirectamente entre sí, sino de sujetos originarios del problema, acontecido en el plano social, que a su vez transmiten información a sus respectivos abogados, encargados finalmente de dirigirse al juez. Dibujemos planos de continuidad: la dupla sujeto originario-abogado corresponde al mismo bando, su posición será fluida, continua; por otro lado los sujetos originarios comparten el contexto en el cual se

² Zuleta Puceiro, op. cit., cap. III; Novoa Monreal, E., *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, 1981; *Elementos para una crítica y desmitificación de derecho*, Bs. As., 1985; Pettoello Mantovani, L., *Il solere problematico della scienza penalistica*, Milano, 1963; *Contro dogmi ed empirismi*, Milano, 1983; Fernando Coelho, L., *Teoria crítica do direito*, Curitiba, 1987; Warat, L. A., *A pureza do poder. Uma análise crítica de teoria jurídica*, Florianópolis, 1983; AAVV, *El discurso jurídico*, Bs. As., 1982.

produjo el problema, y abogados y juez comparten el contexto en el cual se comunican. Afinando más esta idea, los sujetos originarios suscitan una controversia en un ámbito informal de comunicación: lo que les sucede (un choque, la falta de pago, el daño a un bien, un despido, la publicación de una nota que divulga intimididades, etc.) acontece en la vida social, es verificable fácticamente, y no se produce en forma lagunaria o aislada, sino que se da dentro de un entramado de estrecha interconexión de conductas, omisiones, sobreentendidos, gestos simbólicos, fallas de comunicación, contraposiciones, etcétera. El choque o la falta de pago no pueden ser separados del contexto en el cual se produjeron, no existen cualidades extraordinarias que los relevan entre los demás hechos que los anteceden o suceden. Es cierto que existen algunos actos programados específicamente como actos formalizados (los llamados actos jurídicos: un contrato, la firma de un pagaré), pero la pertinencia de estos actos a un código específico no les quita su significado informal, es decir, por más que demos a ciertos actos un carácter formal, ellos no dejan de ser hechos sociales enlazados por un ámbito comunicativo informal. Por supuesto que estos dos sujetos originarios están capacitados para discutir sobre el problema suscitado, dando cada uno su parecer y fundándolo en razones de la más diversa índole, pero no nos interesa aquí el potencial contenido de su diálogo, sino el hecho de compartir un canal común, el lenguaje cotidiano.

Por otro lado, el canal que comparten ambos abogados y el juez es el que denominamos discurso jurídico práctico. Se trata de un conjunto de reglas coordinadas que constituye un código, o si se prefiere un metacódigo formalizado; digamos que en la capacidad de hablarlo y en la habilitación para hacerlo reside el saber del juez y de los abogados. De algún modo, sea de forma mediata o inmediata, este metacódigo también habla de hechos de la realidad social, de hechos estructurados informalmente. Sin embargo, la forma en la que este metacódigo recibe estos hechos es bastante particular: este discurso selecciona hechos sociales que le parecen relevantes, descontextualizándolos, y los incorpora como disparadores de sus mecanismos dialógicos. La norma aísla un hecho del contexto en el que se produce, olvidando la red de vínculos, la trama en la cual aquí se desenlaza. Tenemos entonces por un lado una realidad social compleja, contradictoria, integrada por múltiples subsistemas, por infinidad de relaciones entre los hechos; y por otro

lado, un esquema muy simple que reproduce fragmentariamente algunos hechos, pero que omite las relaciones que dan contexto a los hechos seleccionados. Para operar en el segundo plano hay que ingresar con los hechos que servirán de llave, para reproducir así maquetariamente el problema suscitado en el primer plano. Se trata entonces de una realidad frente a un simulacro o imitación simplificada de la realidad. Los operadores autorizados a hablar en el segundo sistema mediante el conjunto de reglas sintácticas definidas para darle coherencia serán los abogados y el juez, pero el material proveniente del primer sistema es aportado por los sujetos originarios. Es decir que el abogado actúa como traductor de un relato que se suscita en el primer ámbito, seleccionando los términos traducibles al segundo esquema y desechando todo el resto. Sólo los hechos que recoge el segundo sistema subsisten; el resto no es traducible porque no tiene correlato en él. Evidentemente con el abandono de la mayor parte de los hechos relatados por los sujetos originarios, los errores de traducción son considerables. La simplicidad del segundo esquema obliga a reacomodar y recontextualizar los pocos datos que se filtran; en él estos datos toman un nuevo significado, se resemantizan. Podemos comparar este diagrama con el sugerido por Paul Watzlawick, Janet H. Beavin y Don Jackson en su *Teoría de la comunicación humana*⁹, acerca de las relaciones entre comunicación analógica y digital. Estos autores describen diferentes modos de comunicación entre los seres humanos: la analógica, referida a toda forma no lingüística de informar algo, caracterizada por cierta semejanza autoexplicativa del significante utilizado con respecto a su significado, y representada por los movimientos corporales, la postura, los gestos, la inflexión de la voz, el dibujo, la comunicación indicial, etc.; y la digital, en la cual se utiliza la palabra como símbolo exclusivo, y que se caracteriza por la arbitrariedad del significante con respecto al significado. Como dijimos, este modo de información está representado por la comunicación lingüística, tanto en su faceta oral como en la escrita. Tomando un ejemplo de esta obra: si escuchamos un programa radial en un idioma que no conocemos, es

⁹ P. Watzlawick, P. - Beavin J. H. - Jackson, D. D., *Teoría de la comunicación humana*, Bs. As., 1971; Bateson, G. - Jackson, D. D., *Some varieties of pathogenic organization*, en "Disorders of mental communication", Palo Alto, 1964.

difícil que entendamos algo; por el contrario, si un hablante de otra lengua intenta expresar gestualmente o por medio de un dibujo un mensaje determinado, es más probable que descubramos qué nos quiere decir. Después de analizar las cualidades de los dos modos descriptos, estos autores se dedican a estudiar los errores de traducción entre material analógico y digital. Dada la naturaleza sustancialmente distinta de este material, debida a los diferentes grados de complejidad de los sistemas y a las marcadas diferencias de morfología y sintaxis verificables en ambos, se producen traspolaciones antitéticas en el paso de la información expresada por un sistema a otro sistema. Por ejemplo, la sonrisa puede ser interpretada como aprobación o como señal de sarcasmo, un regalo como demostración de afecto o como reconocimiento de culpas, la reticencia como muestra de discreción para no dejar pasar una oportunidad o como indiferencia. Estos errores de traducción hacen que un mensaje transmitido de acuerdo con uno de los sistemas sea distorsionado o aun interpretado en forma opuesta al pasar al otro sistema.

Análogamente, cuando el derecho "digitaliza" material proveniente de la realidad social, de hecho está reclasificando material que se origina en un contexto ajeno al legalmente codificado. Su significado en el ámbito formalizado de la ley es codificado, apostillado, contrariado, minimizado o sobrestimado, en suma, es alienado de su contenido original, por lo cual el problema definido en términos jurídicos tiene poco que ver con el problema real. Desde esta perspectiva, el rol de traductor del abogado de material producido en ámbitos de comunicación informal a material codificado según la formalización jurídica está casi siempre condenado al fracaso, y podríamos decir que su único fundamento es el aseguramiento efectivo de que existan problemas "específicamente jurídicos", cosa que asegurará la subsistencia y autodeterminación del derecho. Por ello el abogado es más un técnico que un científico; su labor tiene relación más estrecha con la de un traductor o un contador que con la de un sociólogo o un antropólogo. Quede claro que la referencia a los modos de comunicación digital y analógico la hacemos sólo a tenor de comparación; no estamos diciendo que la realidad social se expresa por canales analógicos o que el derecho lo haga en forma digital.

En el marco de esta comparación, toman sentido muchos datos que acostumbran a considerarse "desviados" o productos de "disfunciones" del modelo jurídico. La sola

noción de discusión de dos polos, en los que cada abogado sostiene afirmaciones contradictorias con las del oponente, hacen abandonar cualquier ilusión de justicia, según el modelo racionalista, ya que por lo menos uno de ellos no defiende la verdad. Sumemos a esto el esquema que describimos: selección de datos reales descontextualizados, discusión del problema entre el juez y abogados sobre estos datos descontextualizados, con la consecuente desnaturalización del problema que se pretende está en juego, codificación de un discurso hermético que pone en práctica el proceso de marraz. Esta codificación ofrece aspectos que merecen ser analizados: si acudimos al origen histórico del rol del abogado en su dimensión actual, tal cual lo explica Michel Foucault en *La verdad y las formas jurídicas*¹², veremos que justamente era el encargado de pronunciar ciertas fórmulas mágicas que permitían el desarrollo del proceso, de modo tal que el abogado suplía en este campo el desconocimiento del latín o de otros requisitos formales por parte del sujeto originario del conflicto. Ello nos remite al valor ritual de las formas en el ámbito del derecho: la sacralización del procedimiento escrito, el respeto de símbolos de poder (o de falso poder) tales como las denominaciones que caracterizan a los jueces ("Vuestra Excelencia", "Vuestra Señoría"), el propio lenguaje de la ley, no casualmente redactada por abogados que desempeñan la función política, son muestras cabales de la gran vinculación del discurso jurídico con el lenguaje mágico y esotérico. Gran relación con este campo tiene el tema clásico de discusión acerca del contraste entre "verdad formal" y "verdad material": la actitud de aquellos que propugnan la flexibilización de las decisiones judiciales con base en la evidencia material podría leerse a la luz de nuestra proposición como el esfuerzo por incorporar al proceso, material proveniente de la realidad social que no fue digitalizado por el discurso jurídico. La "verdad formal" corresponde al resultado descontextualizado de las diferentes traducciones de un ámbito a otro, de todos los recortes formales que se efectuaron sobre el problema original. La "verdad material" es toda aquella realidad evidente que quedó distorsionada o marginada por las sucesivas traducciones. Lo que sugerimos aquí es que este tipo de distorsiones no constituyen desviaciones o disfunciones, sino por el contrario constituyen un dato estructural del funciona-

¹² Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*.

miento del discurso jurídico, ya que se trata de aquella calidad que le da especificidad como discurso.

Claros ejemplos de estos procesos los brinda Jürgen Habermas, en su *Teoría de la acción comunicativa*¹¹, a la que remitimos, al hablar de los tribunales de familia y los tribunales escolares de Alemania Federal.

Pero quizás el ejemplo más contundente de estos mecanismos lo brinda el proceso penal. En estos casos, dado el procedimiento inquisitivo que caracteriza a esa institución, uno de los sujetos originarios del conflicto (la víctima) es "expropiado" por el Estado de su derecho a decidir en el problema y es reemplazado por éste en la sustanciación del proceso. La definición fragmentada y taxativa del conflicto "jurídico" (delito) borra cualquier relación con el conflicto real, y la mencionada expropiación distancia a los reales actores del conflicto, de modo que se prescinde de la voluntad de la víctima, que por ser uno de los sujetos originarios del problema es el único autorizado para decidir sobre su magnitud, sobre el grado de vulneración de sus derechos que aquél supone, y sobre la conveniencia de entablar un proceso judicial al respecto. Ello hace que el proceso penal, en lugar de constituir un sistema de solución de conflictos (aunque se trate de conflictos "jurídicos", distintos a las situaciones reales que les dieron origen), sea un claro exponente de sistemas de agravamiento de conflictos, pues al conflicto social original (que pudo no ser tal) se le agrega el conflicto jurídico entre el Estado y el presunto transgresor¹².

Vemos también ejemplos de otros campos: cuando un matrimonio quebrado acude ante un juez para tramitar su divorcio mediante un proceso voluntario y no contradictorio, lo único que está pidiendo es la traducción juridizada de una situación de la realidad social. El derecho en este caso cuenta con nulas posibilidades de resolver el conflicto, y en el supuesto de no aceptar la disolubilidad del vínculo no hace sino negar (según términos que hemos usado antes,

¹¹ Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, 1989, t. II.

¹² Zaffaroni, ob. cit.; Baratta, A., *Existencias e il laboratorio del diritto*, en "Dei delitti e delle pene", 1967; Christie, N., *Limits to pain*, Oxford, 1962; sumariamente Virgolini, J., *Parabó y poder, ausencias y presencia en la escena del proceso*, en "Revista de la Agrupación para una Justicia democrática", Bs. As., 1987, n° 1.

marginar o recortar) el conflicto social sin digitalizarlo, con lo cual tenemos el estado jurídico corriendo por un lado y la realidad social por otro.

Lo mismo sucede en el caso de una quiebra, en el cual el antecedente social es el estado económico de imposibilidad de pago, o en una demanda de adopción, en la cual se reclama la nominación jurídica de la asunción social del rol de padre o madre por parte de quien no lo es biológicamente.

De todo ello desprendemos algunas conclusiones, entre las cuales podemos destacar la idea de retroalimentación del derecho por el empleo de su propio discurso, es decir, la afirmación de su campo específico dimensionada por la práctica de traducción de material fáctico a su propio meta-código. En este sentido diremos que el derecho es un saber autoperadigmático, en tanto su práctica discursiva genera su propio objeto de estudio; dicho de otro modo, sin derecho no hay derecho, con lo cual nos enfrentamos a una verdadera petición de principio teórica. Podemos vislumbrar también el actual fracaso de la idea de un derecho social abierto a todos los sectores, dado que la reproducción del discurso jurídico tiende a verticalizar y no a horizontalizar las relaciones de clase, ya que sectoriza el acceso a la estructura judicial en un segmento social de profesionales que se dedican económicamente al empleo de ese discurso. El mayor provecho estará dado entonces por las cuestiones de mayor peso económico, lo que nos ayuda a explicar el hecho de que la abrumadora mayoría de la legislación (salvo quizás el derecho que en el discurso es el más "democrático" y en la práctica social corresponde casi exclusivamente a las clases de menores recursos, es decir, el derecho penal) esté referida a los derechos de los propietarios. Por supuesto, esta visión no elude la lectura conflictivista del derecho como expresión ideológica de la alineación de poderes dominantes, pero contribuye a explicar la debilidad del abogado profesional como factor de cambio de la estructura social.

No queremos cerrar este trabajo sin esbozar una hipótesis más arriesgada que ya hemos sugerido, pero que creemos que cobra cuerpo con el desarrollo hecho en el último tramo: la tensión entre el derecho como discurso y el derecho como saber está esencialmente puntuada por el reaseguro garantizador que constituye el discurso jurídico desde su estructura hermética impermeable, de-creadora de la realidad social y re-creadora de una realidad jurídica, para la au-

tonomía y persistencia teórica del derecho como saber. Y esto es importante porque como hemos dicho, la labor cotidiana del abogado y del juez constituye la sustancia retroalimentante del propio espacio teórico del saber jurídico. Quizás esta constante interconexión entre teoría y praxis, entre discurso y saber puedan explicar la inmovible subsistencia del derecho pese a su denunciada impermeabilización frente a los hechos de la realidad social.

RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Análisis de la ley 22.140 y su relación con la normativa laboral

GABRIEL LEONARDO RIZZO*

I. LA NORMATIVA

1. CONTRATO DE TRABAJO Y EMPLEO PÚBLICO

Es clara la ley de contrato de trabajo 20.744, t.o. 13 de mayo de 1976 (en adelante LCT), cuando en su art. 21 dispone que "habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración". Al mismo tiempo, nos recuerda que "sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres".

Notamos como característica principal y esencia del contrato de trabajo a la subordinación. El trabajador se obliga a poner su capacidad de trabajo a disposición de otro, quien tiene el derecho de dirigirlo según lo acordado o

* Becario de la Fundación Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Ayudante-alumno de Teoría del Estado (cátedra doctor Venturini) y de Derecho Administrativo (cátedra del doctor Casagney; profesor doctor Doris). Secretario de redacción adjunto de la Revista "Lecciones y Ensayos".

lo que marque la ley, el convenio colectivo o los usos y costumbres; y el deber de pagar una remuneración que resulta ser la contraprestación a la actividad del trabajador.

La ley 22.140, denominada régimen jurídico básico de la función pública (en adelante RFP), no se detiene, en cambio, a dar un concepto de contrato de empleo público. No obstante ello, podemos extraerlo de su Exposición de motivos y de su art. 1°: estaremos frente a un contrato de empleo público cuando una persona se obligue voluntariamente y en virtud de un acto administrativo emanado de autoridad competente, a prestar servicios remunerados en dependencias del Poder Ejecutivo Nacional, provincial o municipal, o en entidades jurídicamente descentralizadas.

En este concepto también se halla presente la idea de subordinación, pero la diferencia con el contrato de trabajo radica en el beneficiario de la prestación laboral que en el empleo público, es siempre la Administración Pública¹. Más allá de esta diferenciación, los fines de ambas figuras también son diversos: sólo va a existir contrato de empleo público cuando los trabajadores (llamados en este caso empleados) contribuyan a la realización de funciones esenciales o específicas del Estado. A su vez, el carácter voluntario de la obligación del empleado es reconocido en doctrina como diferenciante del empleo público y la carga pública².

A través de este trabajo iremos enunciando las diferencias entre una y otra figura a la luz de la comparación entre sus regímenes generales ya citados (RFP y LCT).

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El art. 1° del RFP dispone que éste se aplicará a las personas que en virtud de acto administrativo emanado de autoridad competente, presten servicios remunerados en dependencias del Poder Ejecutivo Nacional; o en entidades jurídicamente descentralizadas, así como al personal amparado por regímenes especiales en todo lo que éstos no pre-

¹ Aunque según Bartolomé Fiorini, esto no obste para la diferenciación (cfr. su artículo *El trabajo que aliena al Estado*, DT, 1984-338 y siguientes).

² Cfr. Fiorini, Bartolomé, *Manual de derecho administrativo*, Bs. As., La Ley, 1988, p. 544.

vieran. Así se inclina, especialmente en su última parte, por la universalidad de su aplicación, consagrándose su carácter de norma subsidiaria.

Por su parte, el art. 2° de la LCT, expresamente excluye de su aplicación a los dependientes de la Administración Pública nacional, provincial o municipal; estableciendo, sin embargo, dos excepciones: a) cuando por acto expreso se los incluya en el régimen de la ley de contrato de trabajo; b) cuando por acto expreso se los incluya en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo.

Quedan claros entonces los respectivos ámbitos de aplicación de ambos regímenes, pudiéndose plantear cuatro supuestos:

a) Aplicación del régimen jurídico de la función pública, excluyendo las leyes laborales, salvo las procedentes complementaria o incidentalmente. En este supuesto encontramos a los empleados de la Administración Pública no alcanzados por las excepciones del inc. a del art. 2° de la LCT. Entendemos por empleado público a la persona física que se obliga voluntariamente en virtud de un acto administrativo emanado de autoridad competente, a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios remunerados bajo la dependencia de la Administración Pública nacional, provincial o municipal, o de entidades jurídicamente descentralizadas.

b) Aplicación de los regímenes de las leyes 22.140 y 20.744. Aquí incluimos a los empleados públicos que por acto expreso de la Administración quedan incluidos en la ley de contrato de trabajo en virtud de lo dispuesto en el citado inc. a de su art. 2°.

c) Aplicación de los regímenes de las leyes 22.140 y 20.744, junto con el convenio colectivo en vigencia. Estamos frente a sujetos de derecho administrativo a los que le son aplicadas normas laborales simultáneamente a las de su propio régimen. Esto implica un beneficio normativo extra, pero de ningún modo su exclusión de la categoría de empleados públicos. El nuevo régimen que se les aplica no significa sólo la adquisición de derechos y privilegios, sino también de las obligaciones propias del trabajador dependiente, sujeto del derecho laboral³.

³ Es de notar que entre los años 1976 y 1984, en virtud de lo dispuesto por la ley 21.418, se excluyó del convenio colectivo de trabajo 1875 a los

d) Excluidos de la aplicación del régimen jurídico de la función pública y de la ley de contrato de trabajo. Dentro de esta categoría se ubican los que cumplen con una carga pública o son funcionarios representativos de un órgano del Estado⁴, junto con los expresamente mencionados en el art. 2º del RFP, a saber:

- 1) Personal diplomático en actividad.
- 2) Ministros y secretarios de Estado del Poder Ejecutivo Nacional, secretarios de la presidencia de la Nación, subsecretarios y personas que por disposición legal o reglamentaria ejerzan funciones de jerarquía equivalente a la de los cargos mencionados.
- 3) Personal militar o retirado que preste servicios.
- 4) Personal de las Fuerzas de Seguridad y policiales en actividad o retirado que prestan servicios por convocatoria.
- 5) Clero oficial.
- 6) Personal docente comprendido en estatutos especiales.

empleados de los Bancos Central de la República Argentina, de la Nación Argentina, Nacional de Desarrollo, Hipotecario Nacional y Caja Nacional de Ahorro y Seguro. El personal hasta ese momento en tal régimen, se rige, "en cuanto a sus deberes, derechos, categorías y modalidades de trabajo, por los estatutos, escalafones y demás reglamentos vigentes hasta el momento de su inclusión en el régimen de la ley 14.359" (cfr. arts. 1º, 2º y 3º, ley 21.418). Lo mismo ocurrió con los empleados de organismos o empresas del Estado, empresas de economía mixta o de propiedad del Estado, o con participación estatal mayoritaria, en virtud de la ley 21.476. La consecuencia fue la reubicación de estas actividades dentro del ámbito del derecho público, con exclusión de toda norma laboral.

⁴ El doctor Sardegna excluye del concepto de empleo público a la actividad de la función pública no caracterizada por su carácter voluntario (carga pública o prestación personal obligatoria), como sería, por ejemplo, la labor del presidente a cargo de una mesa electoral. También excluye al funcionario honorario, al funcionario *ad honorem* y a los órganos-individuos de los tres órganos-institución esenciales del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Estos últimos se rigen por el derecho administrativo y, especialmente, por el derecho constitucional (cfr., al respecto, Sardegna, Miguel A., *El contrato de trabajo y el empleo público*, LT, XXIX-1 y siguientes).

Igual posición es la que sustenta Gastón Jéze, cuando afirma que "el criterio jurídico que sirve para reconocer un agente o un funcionario es su dependencia con respecto a los gobernantes. En Francia, el derecho administrativo, por oposición al derecho constitucional, se ocupa especialmente de los agentes y de los funcionarios públicos. El derecho constitucional, en cambio, trata sobre todo de los gobernantes" (*Principios generales del derecho administrativo*, Bs. As., Depalma, 1949, t. II, p. 233-234).

7) Integrantes de cuerpos colegiados, autoridades superiores de entidades jurídicamente descentralizadas y funcionarios designados en cargos fuera de nivel en organismos centralizados.

8) Personal que requiera un régimen particular por las especiales características de sus actividades, según resolución del Poder Ejecutivo Nacional.

En el art. 2º, inc. h, del RFP se faculta al Poder Ejecutivo Nacional para disponer excepciones y para dirimir eventuales situaciones no previstas en la ley.

3. EL SERVICIO CIVIL DE LA NACIÓN

El art. 3º del RFP establece que el personal comprendido en él integra el Servicio Civil de la Nación. Se fijan los principios básicos a los que se ajusta la organización del personal. Así, el que reviste como permanente será organizado conforme a los principios de estabilidad en el empleo, capacitación y carrera administrativa. El no permanente, lo será de acuerdo con las características de sus servicios.

a) Estabilidad del empleado público

Del artículo citado surge una nueva diferencia entre el contrato de trabajo y la relación de empleo público. En forma concordante con la disposición constitucional del art. 14 bis (Protección contra el despido arbitrario en el contrato de trabajo, y estabilidad del empleado público), la ley 22.140 reafirma el principio de estabilidad en el empleo público. Este principio, junto con la posibilidad de modificar las formas o modalidades del trabajo (*tus variandi*), constituye la fundamental diferencia entre ambas instituciones.

Esta garantía de raigambre constitucional limita en cierto modo las facultades del Poder Ejecutivo Nacional (art. 86, inc. 10, Const. Nacional) y del Poder Legislativo (art. 67, inc. 17, Const. Nacional) con respecto a la facultad de "crear y suprimir empleos". Es necesaria la existencia de causas justificadas y de sumario administrativo previo para que un empleado público quede cesante. El contrato de trabajo, aunque en principio esté llamado a la permanencia y continuidad, puede ser extinguido por disposición del empleador sin justa causa, siempre que se cumpla con la correspondiente indemnización tarifada (ver, al respecto, las disposi-

ciones del título XII de la ley de contrato de trabajo). Así vemos que la indemnización se erige como única valla al empleador para la extinción unilateral del contrato de trabajo.

¿Qué se entiende estrictamente por "estabilidad"? Marienhoff nos dice que se trata del "derecho a no ser privado o separado del empleo o cargo, privación o separación que se concretan en la cesantía del funcionario o del empleado"¹.

La estabilidad es un derecho fundamental propio del contrato de empleo público. Es así que el *decr. ley 6666/57* (derogado por ley 22.140) establecía que constituía el "núcleo central de dicho estatuto", y que "su cabal observancia era esencial para el éxito del sistema y a fin de que el Estado no se vea frente a la contingencia de gravosos compromisos que siempre provendrán de actos administrativos contrarios a las leyes".

Con la estabilidad queda desplazado el "cruel sistema de los despojos", así como la concepción de los puestos administrativos como "botín de guerra" de los triunfantes en los cambios de gobierno².

Pero "estabilidad" no significa "inamovilidad". Este último término se refiere al lugar donde el empleo público se desarrolla, mientras que, como ya dijimos, la estabilidad nos indica la permanencia en él.

El art. 14 bis de la Const. Nacional (reforma de 1957) asegura la estabilidad del empleado público, pero ésta no puede ser absoluta, ya que queda supeditada a las leyes que reglamentan su ejercicio³. La causal que se invoque no podrá contradecir de ningún modo el criterio de "razonabilidad", pauta requerida por la Corte Suprema para la reglamentación de las leyes⁴. Se violaría este criterio en las cesantías "por razones de mejor servicio", ya que esto esconde una absoluta discrecionalidad⁵, que muchas veces se convierte en arbitrariedad.

¹ Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978, t. III-B, p. 281.

² Expresiones utilizadas por Marienhoff, *op. cit.*, p. 282 y por Sardagna, *op. cit.*, p. 4, respectivamente.

³ Así lo dispuso la CSJN, Fallos, 250:424; 280:53 y 311, entre otros.

⁴ Criterio sostenido permanentemente por la CSJN, Fallos, 255:298; 261:16; 266:161, entre otros.

⁵ Así lo entendió la CFedCap, Sala ContAdm, 10/11/85, JA, 1986-II-83.

La garantía a la que nos referimos es obligatoria también en los ordenamientos provinciales, en virtud de la aplicación de los arts. 5º y 31 de la Const. Nacional. La Corte Suprema, en los autos "García, Raúl Héctor y otros c/Peña, de Santa Fe", dejó en claro esta posición al establecer que "con arreglo al principio del art. 31 de la Const. Nacional, ella (la estabilidad del empleado público) rige también en el ámbito provincial, por ser verdadero asimismo a su respecto que las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella"¹⁰.

Quedó claro entonces que el derecho a la estabilidad, sólo corresponde al empleado público, y no al trabajador regulado por la ley de contrato de trabajo. Martínez Vivot nos alerta sobre "algunos propósitos que pretenden introducir el sistema de la estabilidad para todos los trabajadores dependientes, que ya se intentó con relación a los bancarios y que tuvo como respuesta el veto presidencial"¹¹. Sin duda, no podemos contrariar la disposición expresa de la Carta Magna: el sistema regulado para el trabajador en el empleo privado no es el de la estabilidad, sino el de garantía contra el despido arbitrario, caso en el que corresponde la indemnización graduada por la ley de contrato de trabajo.

Tanto las causas de pérdida de la garantía de la estabilidad, como el personal excluido y el tiempo mínimo del servicio efectivo para su reconocimiento, serán tratados oportunamente en este trabajo (puntos 5 -el egreso- y 4, d. 1 -personal permanente-, respectivamente).

b) Derecho a la carrera administrativa. Criterios para disponer ascensos

No sólo el derecho a la estabilidad es tratado en el art. 5º del RFP, sino también los de capacitación y carrera administrativa. El art. 6º establece que el Poder Ejecutivo Nacional dictará un ordenamiento general para el personal permanente de la Administración Pública nacional, el que regulará el régimen de ingreso y carrera administrativa con sus sistemas de capacitación, concursos, calificación, retri-

¹⁰ Cfr. CSJN, Fallos, 261:364. Para una mayor profundidad en el tratamiento del derecho a la estabilidad en el empleo público, ver Marienhoff, op. cit., p. 281-259.

¹¹ Cfr. Martínez Vivot, Julio J., Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social, Bs. As., Astrea, 1987, p. 31.

buciones y cualquier otro aspecto necesario para la adecuada administración de los recursos humanos.

Notamos en este punto una estrecha relación con lo regulado en el art. 81 de la LCT, ya que la igualdad de oportunidades en la carrera administrativa reconoce como requisito la igualdad de trato a los trabajadores en identidad de situaciones que impone el artículo citado.

El derecho a la carrera administrativa consiste en la facultad del empleado público de progresar dentro de las categorías del escalafón.

La facultad de disponer los ascensos de los empleados públicos corresponde al presidente de la República en virtud del inc. 10 del art. 86 de la Const. Nacional. La decisión no es revisable por vía judicial, salvo en los casos de cesantías encubiertas¹².

El citado *decr. ley 6666/57* regulaba en su art. 12 que "el personal tiene derecho a ser promovido siguiendo el orden ascendente de la escala de categorías, según el orden de mérito que obtuviere". El régimen jurídico de la función pública amplía este criterio al establecer en su art. 18 el derecho a igualdad de oportunidades para optar a cubrir cada uno de los niveles y jerarquías previstos en los respectivos escalafones, junto con la posibilidad de ascender a través de los procedimientos que se establezcan, cuando reúna los requisitos de capacitación, calificación y antigüedad, y existan vacantes en las categorías correspondientes. Ya no es sólo el mérito el determinante del ascenso, sino que también se tendrá en cuenta su antigüedad. Estimamos que ésta no debe ser un elemento de juicio definitorio en el momento de considerar los ascensos ya que se cae en el peligro de que el mero transcurso del tiempo lleve a que un empleado público ocupe cargos de jerarquía que podrían ser cubiertos por otros para lograr un mejor cumplimiento de los intereses generales. El mérito (en la ley 22.140, "capacitación y calificación") brinda mayor seguridad en la evaluación de las condiciones de idoneidad técnica. Existe, además, otra razón para privilegiar el mérito como criterio definitorio en los ascensos, y es la que expone Marienhoff al afirmar que "el criterio del mérito es recomendable sin duda alguna, porque a la vez que sirve de estímulo a la gente para aumen-

¹² Es el criterio de la CSJN, Fallos, 366/96, en los autos "Antonio Dri c/Nación Argentina".



tar su eficacia, permite que a medida que las categorías vayan teniendo más importancia, los cargos sean desempeñados por las personas más idóneas. La antigüedad, por sí sola, trasunta un medio mecánico no siempre apto para atender los intereses generales"¹³.

Los arts. 25 y 26 del RFP regulan el sistema de calificación del empleado público, disponiendo que se lo calificará por lo menos una vez al año. Se deberá notificar al empleado la calificación, y éste podrá recurrirla. En todo organismo de la Administración Pública nacional se llevará un legajo del agente, pudiendo éste solicitar vista.

c) Órgano responsable del servicio civil.

Vigilancia

Los arts. 4º y 5º se ocupan de indicar que el Poder Ejecutivo Nacional y demás autoridades de la Administración Pública nacional ejercerán las atribuciones relativas al personal del Servicio Civil de la Nación con arreglo a lo dispuesto en la Constitución, leyes y reglamentos, correspondiendo a la Presidencia de la Nación la vigilancia del cumplimiento de las normas aplicables.

4. EL INGRESO

En este tema, nuevamente, encontramos diferencias entre la ley 22.140 y la ley de contrato de trabajo. La segunda se refiere, en el capítulo III de su título II, a los requisitos esenciales y formales del contrato de trabajo. Establece que los menores desde los 18 años y la mujer casada, sin autorización del marido, pueden celebrar contrato de trabajo. Los mayores de 14 años y menores de 18 años gozan de la misma capacidad si viven independientemente de sus padres con su consentimiento. Estarán también facultados para estar en juicio laboral y hacerse representar. Tendrán asimismo la libre administración y disposición del producido de su trabajo.

El régimen de la función pública, en cambio, enumera en sus arts. 7º y 8º los requisitos positivos y negativos, respectivamente, para poder ingresar en la Administración Pública. Estos recaudos sine qua non son los siguientes:

¹³ Cfr. Marienhoff, op. cit., p. 333-304.

a) Requisitos positivos (artículo 7º)

1) Idoneidad para la función o cargo, según el régimen de selección que se establezca. Este requisito es de rai-gambre constitucional (art. 16) y consiste en la aptitud necesaria para desempeñar empleos públicos. Marienhoff incluye dentro del concepto de idoneidad, tanto su aspecto técnico, como el moral e incluso el económico (en casos de caución del funcionario o empleado)¹⁴.

La aptitud técnica debe ser probada por el que dice poseerla. Ergo, no se presume. La prueba dependerá del caso en particular (podrá ser, v.gr., el certificado de estudios o evaluaciones comprobatorias de aptitudes específicas).

2) Condiciones morales y de conducta. Sin duda, estamos frente a otra faceta de la idoneidad requerida por el art. 16 de la Const. Nacional, frente a la otra cara de la medalla. La carencia de moral o las faltas éticas, inhabilitan para el empleo público. La exigencia de un comportamiento moral sin tachas, será más acentuada cuanto mayor sea la jerarquía del empleo público. Contrariamente con lo que ocurre con la idoneidad en su faceta de aptitud técnica, la idoneidad moral se presume. Existe una presunción *iuris tantum* de la bondad de todos los hombres.

El régimen jurídico de la función pública sigue en este sentido a su antecesor, el Estatuto para el Personal Civil de la Administración Pública nacional (decr. ley 6666/57) en su art. 3º.

3) Aptitud psicofísica para la función o cargo. La falta de salud impide el cumplimiento de la prestación objeto del empleo público. Pero los impedimentos de salud serán diferentes según sea la actividad a desarrollar. En este orden de ideas, Villegas Basavilbaso aclara que "los requisitos de capacidad física de los empleos militares o de policía armada, no pueden ser los mismos que para los empleos civiles. En todos los casos, la idoneidad física está condicionada con la naturaleza del servicio"¹⁵.

En este tema la ley 22.140 supera al decr. ley 6666/57, en cuanto éste requería "aptitud física" no incluyéndose la psíquica o mental.

¹⁴ Cfr. Marienhoff, *op. cit.*, p. 116-117. Sosteniendo la opinión contraria encontramos a Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, Bs. As., 1950, t. 3, p. 464-465.

¹⁵ Cfr. Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, p. 374.

4) Ser argentino nativo, por opción o naturalizado. A estos últimos se les impone el requisito adicional de cuatro años de ejercicio de la ciudadanía.

En doctrina se discute la constitucionalidad de la exigencia de la nacionalidad argentina para el desempeño de empleos públicos. El problema surge de la interpretación del art. 16 de la Constitución: todos los habitantes son "admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad". Nuestra Ley Suprema habla de "habitantes", y no de "nacionales" o "ciudadanos"; no habría motivo, por lo tanto, para la exclusión de los extranjeros. Sin embargo, parte mayoritaria de la doctrina sostiene que el art. 16 prohíbe discriminaciones subjetivas, pero no el establecimiento de requisitos razonables de carácter objetivo general, como sería, entre otros, el requisito de la ciudadanía argentina¹⁸.

b) Condiciones negativas (artículo 8°)

No pueden ingresar a la Administración Pública:

1) Los condenados por delitos dolosos, salvo autorización en virtud de la naturaleza, circunstancias o tiempo transcurrido desde la acción.

2) Los condenados por delitos cometidos en perjuicio de o contra la Administración Pública nacional, provincial o municipal.

3) Quienes tuvieren proceso penal pendiente en relación con los delitos enunciados en los puntos 4, b, 1 y 4, b, 2.

4) Los fallidos o concursados civilmente, no casuales, hasta que obtengan su rehabilitación. Se hace la referencia de "no casuales" para excluir eventuales situaciones injustas.

5) Los inhabilitados para el ejercicio de cargos públicos y los deudores morosos del fisco mientras se encuentren en esa situación.

6) Los sancionados con exoneración mientras no sean rehabilitados y los sancionados con cesantía.

7) Los que se encuentren en infracción de leyes electorales o de servicio militar. El art. 56 del decr. ley 29.375/44 (ratificado por ley 12.913), dispone la imposibilidad del de-

¹⁸ En tal corriente: Marienhoff, op. cit., p. 118; Villegas Basavilbaso, op. cit., p. 388 y Diez, *Derecho administrativo*, t. 3, p. 272. El maestro Boelsa, Rafael, sostiene la tesis contraria en su obra *Derecho administrativo*, Bs. As., 1947, t. 2, p. 127.

sempaño en puestos, cargos o funciones en los poderes públicos en caso de no justificar las prescripciones del servicio militar.

8) Los que integren o hayan integrado en el país o en el extranjero, grupos que por su doctrina o acción aboguen o lleven a la práctica el empleo ilegal de la fuerza o la negación de los principios, derechos y garantías constitucionales. También quienes realicen o hayan realizado actividades de tal naturaleza. Esta disposición reconoce como fuente el art. 5º de la ley 21.795 (de ciudadanía y nacionalidad).

9) Quienes tengan más de 60 años de edad, salvo aquellas personas de reconocida aptitud. (Aquéllos podrán, sin embargo, incorporarse como personal no permanente.)

c) *Nulidad del ingreso*

El art. 9º dispone que las designaciones que violen la normativa vigente, podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido, sin perjuicio de los actos y prestaciones cumplidas en el ejercicio de sus funciones. Se aplica así el principio general de la nulidad de los actos administrativos, siguiendo la opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación.

d) *Personal permanente y no permanente.*

Situaciones excepcionales

i) *Personal permanente.* El art. 10 del RFP reglamenta la garantía constitucional de la estabilidad de los empleados públicos, fijando plazo y modalidades de su adquisición. El plazo requerido es de doce meses de servicio efectivo, siempre que se hayan satisfecho las condiciones reglamentarias. En caso contrario, la designación será cancelada.

Notamos aquí otra diferencia con la ley de contrato de trabajo, cuya concepción jamás aceptaría un período de prueba tan extendido. Sardeña llama la atención sobre el punto, recordándonos que el régimen laboral sólo contempla el período de prueba por "breve lapso y en algún régimen particular, como el de conductores particulares, encargados de casas de renta, médicos, dentistas, farmacéuticos, periodistas profesionales, empleados administrativos de empresas periodísticas, estatuto del peón y servicio doméstico"¹⁷.

¹⁷ Cfr. Sardeña, op. cit., p. 10.

2) Personal no permanente. El art. 11 del RFP establece tres situaciones de revista para el personal que ingrese como no permanente:

a) De gabinete (art. 12), realiza estudios, asesoramiento u otras tareas específicas, no propias del personal permanente y con cese automático al término de la gestión de autoridad en cuya jurisdicción se desempeña.

b) Contratado (art. 13), su denominación lleva a equívocos, ya que el empleado público permanente también lo es en virtud de un contrato. Sería más indicado hablar de "personal contratado *ad hoc*". Para que un "contratado *ad hoc*" por la Administración Pública sea considerado empleado público se requiere que actúe basándose en un contrato administrativo y que la prestación esté comprendida dentro del régimen del empleo público.

La actividad a desarrollar por el "contratado *ad hoc*" debe ser la que por su naturaleza y transitoriedad no pueda ser cumplida por el personal permanente.

c) Transitorio (art. 14), es personal destinado exclusivamente a la ejecución de servicios, explotaciones, obras o tareas de carácter temporario, eventual o estacional que no puedan ser realizadas por personal permanente. Sardegna afirma que se diferencia de la categoría anterior por la inexistencia (o tal vez innecesidad) del contrato escrito¹⁸.

Las categorías mencionadas de personal no permanente no están en contraposición con lo dispuesto en el art. 90 de la LCT, ya que éste, en sus incs. a y b, exceptúa de la presunción de indeterminación del plazo del contrato de trabajo cuando se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración o las modalidades de las tareas lo justificaran. En otras palabras, en este punto no encontramos diferencias sustanciales entre el régimen de la función pública y la ley de contrato de trabajo.

3) Situaciones excepcionales. El capítulo VIII del régimen de la función pública (arts. 43 a 48) se ocupa de las situaciones de revista de excepción del personal permanente. Trata cuatro casos:

a) Ejercicio de cargo superior (art. 44), dándose en el caso de vacancia o ausencia temporaria de los titulares de cargos superiores. La asignación de funciones es transitoria, por lo tanto, no importa un ascenso a la nueva categoría.

¹⁸ Sardegna, *op. cit.*, p. 10.

b) En comisión de servicio (art. 45), cuando se afecta al empleado a otra dependencia, dentro o fuera de la jurisdicción presupuestaria en la que reviste, para cumplir una misión específica, concreta y temporaria. Esta categoría encuentra fundamento en el art. 64 de la Const. Nacional¹⁹, y no debe confundirse con la "puesta en comisión" que vulnera el derecho a la estabilidad del empleado público. Bidart Campos estima que declarar en comisión implica una suspensión de la estabilidad, allanándola por medio de la destitución o separación al margen de los procedimientos comunes²⁰. Tampoco ha de entenderse que se trata del "nombramiento en comisión", que es el que realiza el Poder Ejecutivo cuando, debiendo contar con el acuerdo del Senado, prescindir de él, durante su receso. Se trata de la situación enunciada en el art. 86, inc. 22, de la Const. Nacional. Marienhoff estima que tales nombramientos tienen un carácter precario en un doble sentido: si el Senado no presta su acuerdo, aquéllos expiran; y mientras el Senado no se pronuncie, el Poder Ejecutivo puede revocarlos²¹.

c) Adscripción (art. 46), es decir, cuando el empleado es desafectado de sus tareas y pasa a desempeñar, transitoriamente, funciones tendientes a satisfacer necesidades excepcionales del área solicitante, a su requerimiento.

d) En disponibilidad (art. 47), para la cual se establece un plazo no mayor de doce meses, y en caso de que se produzcan reestructuraciones que comporten la supresión de los organismos o dependencias en que se desempeñan o la eliminación de cargos o funciones, con los efectos reglamentarios. Al término de los doce meses el personal deberá ser reintegrado al servicio o dado de baja. En este último caso, deberá indemnizársele por los montos y en las

¹⁹ "Ningún miembro del Congreso podrá recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo, sin previo consentimiento de la Cámara respectiva, excepto los empleos de escala".

²⁰ Cfr. Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, t. 2, p. 115. Idéntica posición sostiene Marienhoff, en op. cit., p. 288: "Juzgo contraria a derecho la práctica de declarar en comisión a los agentes públicos. Trátase de una ambigua expresión que trasunta no sólo ilimitada discrecionalidad, sino evidente arbitrariedad". Concuerdan también Sardegna (op. cit., p. 18) y la interesante nota 54) y Mercado Luna, Ricardo, *Declaración administrativa del estado de comisión*, JA, 1968-III-714, que destaca que se refiere a un "medio indirecto de arrebatarles la estabilidad a los agentes públicos".

²¹ Cfr. Marienhoff, op. cit., p. 107-108. En la misma posición, Villegas Bazavilbaso y Bielsa, citados por Marienhoff, op. cit., notas 1096-1091.

condiciones que establezca la reglamentación (todavía no dictada).

5. EL EGRESO

El art. 49 del RFP enumera las causales de conclusión de la relación de empleo público. Ellas son:

a) Fallecimiento

Derivada del carácter *intuitu personae* del empleo público, surge la necesidad de que éste sea realizado personalmente. Por lo tanto, la extinción física total de la persona —fallecimiento— extingue la relación de empleo público. Notamos aquí una nueva diferencia con la ley de contrato de trabajo, la que en su art. 248 beneficia a las personas enumeradas en el art. 38 del *decr. ley* 18.037/68 con una indemnización igual a la prevista para el caso de extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo (art. 247, LCT).

b) Renuncia aceptada

Es la manifestación de voluntad del agente de no continuar con las funciones que hasta ese momento realizaba en virtud del contrato de empleo público.

El principio del paralelismo de las competencias faculta, salvo texto expreso en contrario, a quien realizó el nombramiento para aceptar la renuncia.

La ley impone que la renuncia sea aceptada. El carácter contractual de la relación lleva a que tenga consecuencias jurídicas sólo después de la aceptación. Además, ella facilita que la Administración Pública pueda realizar las acciones pertinentes tendientes al resguardo del interés público.

La ausencia de la aceptación puede considerarse abandono, penado con multa e inhabilitación por el Código Penal (art. 252).

Una nueva oposición entre el régimen de la función pública y la ley de contrato de trabajo surge en este tema. En el contrato de trabajo la renuncia al empleo es un acto jurídico unilateral recepticio, lo que no ocurre en el ámbito del empleo público. Aquí se necesita la aceptación, aunque ésta puede mantenerse en suspenso por el lapso de ciento

ochenta días. Sin embargo, se considerará aceptada si la autoridad competente no se pronunció dentro de los treinta días de su presentación (cfr. art. 24, RFP).

c) *Baja por jubilación, retiro o vencimiento de los plazos*

Los últimos, previstos en los arts. 23 (para el personal intimado a jubilarse o que solicitara su jubilación o retiro, seis meses –ver, punto 7, h–) y 47 (doce meses para los declarados “en disponibilidad” –ver punto 4, d, 3, d).

El tema de la jubilación presenta un debate doctrinario en relación a la extinción o no de la relación de empleo público por medio de la jubilación otorgada. Bielsa opina que se requiere, además, la renuncia expresa del empleado público²². Distinta es la posición de Villegas Basavilbaso, quien sostiene que no se requiere renuncia alguna para que la jubilación solicitada, concedida y notificada produzca la cesación del *vinculum iuris*²³. Marienhoff se aparta de ambos doctrinarios juzgando que “la jubilación en caso alguno produce la extinción de la relación de empleo; su único efecto es hacer que el funcionario pase de la situación de actividad a la de pasividad: el agente público jubilado sigue siendo funcionario o empleado”²⁴.

Veamos ahora la situación planteada en la ley de contrato de trabajo. El art. 252 dispone la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador. Paralelamente a los arts. 23 y 49 del RFP, dispone que una vez reunidos los requisitos para alcanzar el porcentaje máximo del haber jubilatorio, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes. El empleador, y aquí nos apartamos de la ley 22.140, deberá mantener la relación de trabajo por el máximo de doce meses, o sea el doble de lo previsto para el empleo público. Continúa el art. 252 de la LCT diciendo que concedido el beneficio jubilatorio o vencido el plazo de doce meses, el contrato queda extinguido. Notamos idéntica solución en la ley referente a la función pública.

d) *Razones de salud que lo imposibilitan para la función*

En relación con el régimen laboral Sardegna afirma que “las proyecciones del art. 212 de la LCT sólo se justifica-

²² Cfr. Bielsa, op. cit., t. 2, p. 152-153.

²³ Cfr. Villegas Basavilbaso, op. cit., p. 574-575.

²⁴ Cfr. Marienhoff, op. cit., p. 487.

rían si el agente fuese beneficiario de las disposiciones de la ley de contrato de trabajo, ya que en su defecto es inaplicable²⁸.

e) Cesantía o exoneración

Son tratadas en los arts. 32 y 33 del RFP.

Las causales de cesantía (art. 32) son:

- 1) Inasistencias injustificadas por más de diez días discontinuos en los doce meses inmediatos anteriores.
- 2) Abandono del servicio, considerándose tal la acumulación de cinco inasistencias continuas sin causa justificante.
- 3) Infracciones reiteradas o falta grave hacia los superiores, iguales, subordinados o el público.
- 4) Infracciones que den lugar a treinta días de suspensión en los doce meses inmediatos anteriores.
- 5) Concurso civil o quiebra no casual, salvo justificación por autoridad administrativa.
- 6) Incumplimiento de deberes o quebrantamiento de prohibiciones de magnitud y gravedad.
- 7) Delito doloso que no se refiera a la Administración, cuando afecte el decoro y prestigio de la función o del empleado.
- 8) Pérdida de la ciudadanía.
- 9) Calificación deficiente durante dos años consecutivos o tres alternados en los últimos diez años de servicio.

Las causales de exoneración (art. 33) son:

- 1) Falta grave que perjudique material o moralmente a la Administración.
- 2) Delito contra la Administración.
- 3) Incumplimiento intencional de órdenes legales.
- 4) Indignidad moral.
- 5) Causas previstas en leyes especiales.
- 6) Pérdida de la nacionalidad.
- 7) Integrar en el país o en el extranjero, grupos o entidades que aboguen o lleven a la práctica el empleo de la fuerza

²⁸ Cfr. Sardegna, op. cit., p. 14.

o la negación de los principios, derechos y garantías de la Constitución.

8) Pena de inhabilitación absoluta o especial para la función pública.

En todos los casos la cesantía y la exoneración requerirán previa instrucción de sumario administrativo, salvo en los casos 1, 2 y 8 en la cesantía y 6 y 8 en la exoneración.

Las disposiciones contenidas en los arts. 35 a 42 del RFP regulan lo referido al sumario, las eventuales sanciones y el recurso judicial contra ellas. En resumen, podemos afirmar que hasta que termine la prueba de cargo, el sumario será secreto (art. 37), no sancionándose más de una vez por una misma causa, y teniéndose en cuenta la gravedad de la falta, antecedentes del agente y los perjuicios causados (art. 39).

El acto administrativo que declare la cesantía o exoneración podrá ser recurrido ante la Cámara Nacional de Apelaciones o Salas, en su caso, con competencia en lo contencioso-administrativo de la Capital Federal, dentro de los treinta días de notificada la medida (arts. 40 y 41). La autoridad administrativa enviará al tribunal el expediente con el legajo personal del recurrente dentro de los diez días de requerido. El tribunal correrá traslado por su orden por diez días perentorios al recurrente y a la Administración. Cumplidas las medidas para mejor proveer eventualmente dispuestas, se llamará autos para sentencia, que será dictada dentro de los sesenta días (art. 21). Si la sentencia fuera favorable al recurrente, se le habilitará una vacante de igual categoría a la que revistaba y se reconocerán los haberes devengados desde el cese hasta su reincorporación (art. 42).

Todos los recaudos enunciados en el párrafo anterior, vuelven a distanciar al régimen de la función pública laboral, ahora en las motivaciones de egreso y exclusión. Lo que ocurre es que la distinta naturaleza de ambos regímenes tienden, natural e indefectiblemente, a separar las consecuencias y soluciones legales frente a los mismos institutos. Ya dijimos que la protección al trabajador contra el despido arbitrario se limita a tarifar indemnizaciones (ver punto 3, a), pero no le asegura estabilidad. Consecuencia lógica de lo afirmado es la incompatibilidad del régimen del título XII de la ley de contrato de trabajo con el desarrollado en los dos últimos párrafos. En cuanto a los efectos en el tiempo de la cesantía y exoneración, ver punto 10, b).

6. EL REINGRESO

El art. 50 del RFP exige para el reingreso a la Administración Pública los mismos requisitos positivos y negativos previstos para el ingreso. Se establece, sin embargo, la excepción de la limitación de la edad máxima de ingreso (60 años). El siguiente artículo dispone que al reingresante que se hubiera indemnizado en su egreso, no se le contarán los años ya computados a tal fin en los casos de ulterior separación. Sólo se tendrá en cuenta tal antigüedad para los otros beneficios provenientes del nuevo nombramiento.

Con respecto al art. 51 citado, notamos una similitud con su paralelo en la ley de contrato de trabajo, el art. 255, que arbitra idéntica solución para la deducción de las indemnizaciones percibidas en caso de reingreso.

7. DERECHOS DEL EMPLEADO PÚBLICO

El art. 15 del RFP enumera los derechos del personal:

a) Estabilidad (artículo 16)

Nos ocupamos de la cuestión en el punto 3, a, del presente trabajo y a él nos remitimos.

b) Retribución de los servicios (artículo 17)

La remuneración es la contraprestación del empleador (en nuestro caso, el Estado). El mismo concepto de empleo público incluye la idea de remuneración como requisito esencial. La contraprestación del empleador constituye el sueldo del empleado público, que es la retribución en dinero que el Estado le abona periódicamente en compensación por la actividad que realiza.

c) Igualdad de oportunidades en la carrera (artículo 18)

Nos remitimos a lo desarrollado en el punto 3, b.

d) Licencias, justificaciones y franquicias (artículo 19)

La reglamentación (decr. 3413/79) amplía el régimen laboral, previendo licencias especiales, extraordinarias y también un régimen de franquicias.

- e) *Compensaciones, indemnizaciones y subsidios (artículo 20)*

Por los conceptos y en las condiciones reglamentarias sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes o el Poder Ejecutivo Nacional.

- f) *Asistencia social para el empleado y su familia*

Se incluye en el régimen de la función pública una expresa disposición de seguridad social.

- g) *Interposición de recursos (artículo 21)*

Esta facultad es exclusiva del empleado público y no se concibe en el régimen de la ley de contrato de trabajo. El empleado público podrá interponer recursos cuando considere que un acto administrativo lesiona sus derechos.

- h) *Jubilación o retiro (artículos 22 y 23)*

La jubilación, según Marienhoff, puede conceptuarse como la retribución periódica y vitalicia que otorga el Estado a quienes, habiéndole servido durante determinado lapso, dejan el servicio por haber llegado a la edad establecida —o por haberse imposibilitado físicamente— y han cumplido con los aportes respectivos²⁶.

Los arts. 22 y 23 del RFP regulan la intimación a iniciar trámites jubilatorios.

Si bien en situación de actividad notamos distinciones entre el régimen de la función pública y la ley de contrato de trabajo, éstas desaparecen luego de entrar en la pasividad: ambos regímenes tienen disposiciones comunes (rige la ley 18.037).

- i) *Renuncia*

Remitimos a lo expresado en el punto 5, b.

8. DEBERES DEL EMPLEADO PÚBLICO

Son deberes del empleado público (art. 27):

- a) Prestar personal y eficientemente el servicio en las condiciones de tiempo, forma, lugar y modalidad que deter-

²⁶ Cfr. Marienhoff, *op. cit.*, p. 331.

mínen las normas emanadas de autoridad competente. La ley de contrato de trabajo contiene una norma similar: el art. 84, sobre deberes de diligencia y colaboración, principales débitos del empleado.

b) Observar dentro y fuera del servicio una conducta correcta, digna y decorosa, de acuerdo con su jerarquía y función. El empleado público no puede dañar su reputación, si en virtud de ello desprestigia a la función pública. Sin duda alguna, este deber es más riguroso para algunos empleados que para otros, ya que la generalidad de las personas no distingue la calidad de empleado público de la calidad de particular de una persona; y a mayor jerarquía, va a corresponder un ejemplo más decoroso³⁷.

En la normativa laboral general no encontramos disposiciones que impongan este deber al trabajador, aunque sí en algunos estatutos privados (v.gr., la ley 12.637 para el personal de los bancos particulares).

c) Obedecer toda orden emanada de un superior jerárquico competente para darla, mientras reúna las formalidades del caso y tenga por objeto la realización de actos de servicio correspondientes a la función del agente. Este deber es también correlativo a los deberes de diligencia y cumplimiento de órdenes e instrucciones impuestos por los arts. 84 y 86 de la LCT, por supuesto que con las connotaciones propias que le impone la naturaleza del empleo público.

d) Guardar discreción sobre los hechos e informaciones de los que tomó conocimiento en el ejercicio o con motivo del ejercicio de sus funciones, independientemente del secreto y reserva administrativa exigidos por disposiciones vigentes, salvo que sea liberado de esa obligación. Este deber se relaciona con el de fiel desempeño del cargo. Su violación implicará, según el caso, falta disciplinaria o delito (arts. 153 y ss., 222 y 223, Cód. Penal-Servicio Postal o Telegráfico y Secretos políticos o militares).

El art. 85 de la LCT incluye un deber similar: el de fidelidad.

e) Promover las acciones judiciales que correspondan cuando públicamente fuera objeto de imputación delictivo-

³⁷ Este deber del empleado público es sostenido por la mayoría de la doctrina administrativista, como podemos confrontar en Marienhoff, op. cit., p. 227; Bielsa, op. cit., p. 228; Bullrich, *Principios generales de derecho administrativo*, p. 315 y Villegas Basavilbaso, op. cit., p. 454.

sa, pudiendo contar al efecto con el patrocinio gratuito del organismo respectivo. Este deber se relaciona con el enunciado en el apartado b de este punto, ya que se destina a mantener inmaculada la dignidad del empleado público. La naturaleza del contrato de trabajo establece una nueva diferencia con la ley 22.140: no se concibe en la ley de contrato de trabajo una disposición análoga.

f) Declarar bajo juramento su situación patrimonial y modificaciones ulteriores. Se tiende, nuevamente, a mantener sin sospecha la dignidad del empleado público.

g) Hacer conocer a los superiores todo acto que pudiere causar perjuicio al Estado o configurar delito.

h) Concurrir a la citación por la instrucción de un sumario. Sólo deberá prestar declaración como testigo, pudiendo negarse si fuera inculpado.

i) Capacitarse en el servicio y someterse al examen psicofísico en cumplimiento del art. 7º, inc. c, del RFP (ver *ut supra*, punto 4, a, 3).

j) Permanecer en el cargo, en caso de renuncia, por treinta días corridos si antes no fuera reemplazado o aceptada su dimisión. Se podrá ampliar el plazo hasta ciento ochenta días. El régimen de la función pública se aparta notablemente del laboral (ver punto 5, b).

k) No intervenir en todo aquello que origine interpretaciones de parcialidad o violencia moral.

l) Encuadrarse en las disposiciones sobre incompatibilidad y acumulación de cargos, con el fin de lograr una mayor dedicación y consecuente eficacia en el desempeño del empleo público. Marienhoff afirma, con respecto a la *ratio iuris* de las incompatibilidades, que ellas tienden a evitar los abusos en la provisión de empleos en la Administración Pública; lograr que el empleado público se dedique a su actividad con carácter exclusivo; obtener un orden en el mercado de trabajo e impedir que se ejerzan concomitantemente actividades incompatibles con la función pública (v.gr., prestamista de dinero)²⁸.

Los últimos dos deberes enunciados no se regulan en la ley de contrato de trabajo.

²⁸ Cfr. Marienhoff, *op. cit.*, p. 245.

9. PROHIBICIONES

Las establece el art. 28, sin perjuicio de lo que pudieran establecer otras normas, y son las de:

a) Efectuar o patrocinar para terceros, trámites o gestiones administrativas hasta un año después de su egreso.

b) Dirigir, administrar, asesorar, patrocinar para terceros, trámites o gestiones administrativas, representar o prestar servicios remunerados o no a personas que gestionen o exploten concesiones o privilegios de la Administración o que fueran proveedores o contratistas de ellas.

c) Recibir beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la Administración.

d) Mantener vinculaciones que impliquen beneficios u obligaciones con entes fiscalizados por la entidad en la que preste servicios.

e) Realizar durante sus funciones propaganda, proselitismo, coacción ideológica o de otra naturaleza.

f) Recibir dádivas, obsequios u otras ventajas con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones.

g) El art. 29 del RFP establece la incompatibilidad del desempeño de un cargo en la Administración Pública nacional, con otro en el orden nacional, provincial o municipal, salvo expresa autorización del Poder Ejecutivo Nacional y mientras esto no signifique una reducción en la jornada de trabajo o demás deberes del empleado.

Si se advierte una diferencia importante entre el empleo privado y el público, ésta se potencia cuando tratamos el tema de las prohibiciones. Así, la ley 22.140 castiga diversas acciones que serían perfectamente atendibles en el empleo privado (v.gr., la propina es considerada en el art. 113 de la LCT como parte de la remuneración del trabajador, cosa que sería impensable en el régimen del empleo público).

10. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Está regulado en el capítulo VI de la ley 22.140, estableciéndose que el personal podrá ser objeto de diferentes me-

didias disciplinarias (sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales fijadas por las leyes vigentes), a saber:

a) *Apercibimiento y suspensión de hasta treinta días*

Sus causales son el incumplimiento reiterado del horario; inasistencias injustificadas que no excedan los diez días discontinuos en el lapso de doce meses inmediatos anteriores, mientras no configuren abandono; falta de respeto a los superiores, iguales, subordinados o al público; negligencia en el cumplimiento de sus funciones; e incumplimiento de los deberes determinados en la ley, mientras que por la magnitud y gravedad no den lugar a la cesantía (art. 32, inc. f, RFP).

b) *Cesantía y exoneración*

Nos remitimos al análisis realizado *ut supra*, en el punto 5, e, sin perjuicio de agregar que tanto la cesantía como la exoneración rigen para el futuro (producen efectos *ex nunc*) y nunca desde el pasado (efectos *ex tunc*), ya que esto último podría traer aparejado un perjuicio al empleado público no compatible con disposiciones constitucionales.

El régimen laboral (arts. 67 y 218 a 220) arbitra soluciones diferentes en el tema de las medidas disciplinarias. Si bien fija el mismo tope máximo para la suspensión (treinta días), no establece detalladamente las causales que dan lugar a ella.

II. LA DISPUTA DOCTRINARIA

11. INTRODUCCIÓN

En la primera parte de este trabajo hemos visto los puntos de conflicto entre el empleo público y la relación de contrato de trabajo privado, sobre todo a la luz de la normativa vigente.

En esta segunda parte nos abocaremos a comentar la disputa que en doctrina se ha dado sobre el tema, sin dejar de plantear nuestro punto de vista sobre algunas cuestiones en particular.

12. IDENTIFICACIÓN DE AMBAS FIGURAS

Una primera posición frente a la disputa es la que sostienen Guibourg y Fiorini²⁸. Podríamos sintetizarla en las siguientes conclusiones por ellos alcanzadas:

a) La descripción del contrato de trabajo caracteriza también al empleo público.

b) Lo que interesa en la caracterización del contrato de trabajo es la enajenación del trabajo, sin importar el carácter jurídico de los sujetos.

c) La nota a que se apunta —la enajenación del trabajo— debe ser la que impulse a dar al fuero laboral el carácter de jurisdicción común, genérica y ordinaria sobre los litigios por trabajo, sin importar quien sea el sujeto empleador.

d) Sólo en aquellos casos en que estemos frente a personas que realizan gestiones en representación y a favor del Estado o de sus órganos descentralizados, destacándose la existencia de una función estatal y ocupando el trabajo que realizan un rango secundario, son las reglas de derecho público las que deberán aplicarse, excluyéndose así el fuero común del trabajo.

e) Se reconoce finalmente que entre la relación de empleo público y el contrato de trabajo existen diferencias ciertas y evidentes; pero ellas son sólo las que resultan de la legislación positiva. Guibourg, en el estudio citado, concluye en que "no hemos de dar por sentado que el contrato de trabajo y el empleo público deben regirse por normas distintas porque son diferentes figuras, sino que admitiremos que son diferentes precisamente porque se rigen por normas distintas y sólo en la medida en que esto ocurra"²⁹.

Debemos aclarar que la identidad de posturas entre Fiorini y Guibourg no es absoluta: para aquél se excluye del fuero común del trabajo a los funcionarios, ya que éstos es-

²⁸ Desarrollada acabadamente esta tesis en el trabajo citado en nota 1 (Fiorini) y en Guibourg, Ricardo A., *El contrato de trabajo y la naturaleza jurídica del empleo público*, L.T. XXVII-A-481 y ss.), que retoma la tesis original expuesta en su anterior estudio *Contrato de trabajo y empleo público: un caso de hipotetizar*, en "Notas de filosofía del derecho", n.º 5, p. 22 y siguientes.

²⁹ Cfr. Guibourg, op. cit. en nota anterior, p. 499.

tarían normados por el derecho público debido a que es primordial la "función estatal" que desarrollan. Guibourg, contrariamente, sostiene que no deben hacerse distinciones en el caso de los funcionarios.

13. DIFERENCIACIÓN. DISTINTAS POSTURAS

En contraposición con la postura anteriormente sintetizada, encontramos a aquella que diferencia las figuras en análisis no sólo por una circunstancial regulación que otorgue matices particulares a cada una de ellas, sino por la disparidad de su naturaleza.

En este orden de ideas, es Bidart Campos quien sostiene que la relación de empleo público está en el ámbito del derecho público. En aquellos casos en que se aplican normas de derecho privado, se da un "traslado novador" de ellas al derecho público. Lo importante es distinguir entre la relación en sí misma y el derecho aplicable a ella. El Estado debe reconocer y definir la naturaleza de la relación tal como es, pudiendo sin embargo decidir entre la aplicación de normas de derecho público o privado cuando la naturaleza de la relación no imponga necesariamente uno de ambos marcos regulatorios. En todos los casos la aplicación de una u otra normativa no hace variar la naturaleza de la relación, que continúa en su carácter público²¹.

López, en la misma dirección, afirma que la relación entre el Estado y sus agentes es de carácter público y no de derecho privado, sea éste laboral o no laboral. Esta relación se rige por el derecho constitucional y administrativo y las reclamaciones a que pueda dar origen no son de competencia de los jueces laborales. No desecha, por cierto, los casos de "importación" de normas laborales al derecho público²². Tal supuesto se daría cuando se aplica la ley laboral 9688: las indemnizaciones acordadas por accidentes de trabajo o por enfermedad profesional serían una incorporación de prestaciones determinadas en la ley laboral al régimen de derecho público. Sin duda alguna, en este caso, no estaríamos apli-

²¹ Bidart Campos, Germán J., organiza esta posición en el capítulo *Dependientes de empresas del Estado*, "Tratado de derecho del trabajo", t. III, p. 243 y siguientes.

²² "Novación", en el lenguaje de Bidart Campos.

cando exclusivamente, y ni siquiera principalmente, las normas laborales²³.

Krotoschin comparte la misma postura: "por más que haya aproximación de instituciones y principios jurídicos relativos a las relaciones de empleo privado y de empleo público, la relación de empleo público no es contrato de trabajo"²⁴.

Sardagna, tanto en sus trabajos publicados como desde su cátedra, se muestra partidario de esta segunda posición. Su argumentación se basa principalmente en las desigualdades de origen, fundamento y fines entre ambas figuras. Así, sostiene que "aunque la faena de los trabajadores —de la actividad privada— y empleados —de la pública— pueda resultar análoga en sus características, divergen en su origen y en los fines porque éstos realizan o contribuyen a que se lleven a cabo funciones esenciales o específicas del Estado"²⁵.

14. CONSIDERANDOS FINALES

Luego del análisis de las normas vigentes en el tema en cuestión y de una breve recorrida a través de la doctrina en sus dos posiciones, concluimos sosteniendo que:

a) Estamos de acuerdo con la posición sustentada por los autores nombrados en el punto 13 de este trabajo, en cuanto creemos que no es sólo la diferencia que se da circunstancialmente entre las normativas regulatorias del contrato de trabajo privado y la relación de empleo público la que distingue ambas figuras, sino que lo dispar de su naturaleza hace que los matices diferenciales surjan inevitablemente en la legislación.

b) Aun cuando la legislación aplicable fuese la misma para ambos institutos, la distinción se mantendría.

²³ Para una mayor profundidad en el enfoque ver López, Justo, *El trabajador del Estado*, DT, 1974-443 y siguientes.

²⁴ Cfr. Krotoschin, Ernesto, *Los empleadores públicos y el derecho del trabajo*, LT, XIX-B-873.

²⁵ Cfr. Sardagna, *El contrato de trabajo y el empleo público*, LT, XXIX-1. En éste deja prolija y completamente diferenciadas a ambas figuras sobre la base de las enunciadas desigualdades de origen y fines, pero sin olvidar las demás oposiciones que surgen de sus diferentes naturalezas, muchas de las cuales fuimos citando a lo largo del desarrollo del presente trabajo.

c) La relación de empleo público tiene como meta la realización de fines públicos estatales, entendiendo por tales, para nuestro estudio, las funciones esenciales y específicas de la Administración Pública.

d) Excluimos del concepto de relación de empleo público a la carga pública, a la función honoraria y a la función pública de integración de los tres poderes del Estado.

e) Ya la génesis de ambas figuras nos muestra sus diferencias: en el contrato de trabajo privado estamos frente a un libre acuerdo de voluntades de dos partes en pie de igualdad. En la relación de empleo público, la Administración está en un nivel superior al del administrado que se relaciona con ella; ésta impone las normas y aquél se limita a prestar, o no, su consentimiento.

f) La estabilidad del empleado público constituye uno de los pilares de su relación con la Administración, y, junto con el amplio derecho de ella para modificar las condiciones de la relación laboral, se erige como el punto clave en la diferenciación de las figuras en cuestión.

g) Ciertos derechos fundamentales del trabajador privado no son reconocidos, o se lo hace con un alcance más limitado, en el caso del empleado público³⁶.

³⁶ Uno de estos casos es el de la huelga, derecho garantizado constitucionalmente a los gremios. Nos inclinamos por una normativa que reglamente este derecho básico que, sin embargo, creemos que no puede ser ejercido de forma idéntica a como se lo hace en el ámbito laboral. La fundamentación de este derecho, junto con los intereses y valores puestos en juego en la función pública, dan al instituto un matiz especial que nos lleva a pensar en límites necesarios cuando se trata de asegurar la continuidad de los servicios esenciales. De lege ferenda, la huelga se tornará ilícita cuando frente a la prestación de servicios esenciales (que en muchos casos es monopólica del Estado) no se tomen las medidas necesarias tendientes a garantizar el mínimo indispensable de servicios. Sin duda, y como contracara de estas limitaciones, debe existir un mayor esfuerzo y previsión del Estado en su carácter de empleador.

En el caso de la sindicación, consideramos que ella es un derecho consagrado en la Constitución Nacional para los trabajadores (y sin duda los empleados públicos también lo son lato sensu). No creemos que existan inconvenientes en la existencia de sindicatos en el ámbito del empleo público siempre que esto no implique un perjuicio para el normal funcionamiento de la Administración ni una forma de no cumplir con las obligaciones propias de la función.

Debemos convenir en que en los casos de Fuerzas Armadas y de Seguridad, la sindicación se contradice con la naturaleza esencial de estos cuerpos, su organización y sus funciones. Su esquema de funcionamiento

h) Finalmente, en cuanto al régimen aplicable, la naturaleza pública de la relación entre el Estado y sus agentes nos lleva a sostener que va a ser el derecho público el que rija tales relaciones. El hecho de la incorporación de cierta normativa laboral no tiñe a la relación de carácter laboral.

BIBLIOGRAFIA

- Benoit, Francis P., *Le droit administratif français*, Toulouse, 1968.
- Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, Bs. As., 1978.
- Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, Bs. As., 1994.
- Casagne, Juan C., *Derecho administrativo*, Bs. As., 1977.
- Fernández Gianotti, E., *La protección de los contratos de la Administración Pública*, DT, 1975.
- Fiorini, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, Bs. As., 1968.
- *El trabajo que se anexa al Estado*, DT, 1964-338.
- Guibourg, Ricardo A., *Contrato de trabajo y empleo público: un caso de hipóstasis*, en "Notas de filosofía del derecho", n° 5, p. 22.
- *El contrato de trabajo y la naturaleza jurídica del empleo público*, LT, XXVII-A-481.
- Hauriou, M., *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, 1927.
- Jesse, Gastón, *Principios generales de derecho administrativo*, Bs. As., 1978.
- Krotaschin, Ernesto, *Los empleados públicos y el derecho del trabajo*, LT, XIX-B-873.
- López, Justo, *El trabajador del Estado*, DT, 1974-443.

se basa en el principio de verticalidad en los mandos y en el correlativo de subordinación sustentado en la jerarquía, y se vea desquiciado ante la presencia de un cuerpo deliberativo gremial. La consecuencia es fácil de imaginar: crisis en su seno e incumplimiento de sus funciones imprevedibles. Por todo esto estamos convencidos de que no es procedente la idea de sindicación en las fuerzas que disponen de las armas y medios destinados tanto a la defensa externa como al resguardo de la paz interior, prevención y represión de los distintos delitos. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) sostiene esta misma posición: la sindicación debe excluir, sobre todo, a los funcionarios de máxima jerarquía, junto con las Fuerzas Armadas y de Seguridad (Cfr. Convenio 151, OIT).

En otro convenio de la OIT, el 154, se determinó fomentar la negociación colectiva, no excluyéndose a la función pública. Ello no obstante, se estableció la posibilidad de fijación de modalidades particulares en lo referido a la Administración Pública y, por supuesto, a las Fuerzas Armadas y de Seguridad. En estos casos estimamos que tal derecho —el de la negociación colectiva— debe ser limitado, tal como sostuvimos para los derechos antes analizados.

- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Bs. As., 1978.
- Martínez Vivot, Julio J., *Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social*, Bs. As., 1987.
- Mercado Luna, R., *Declaración administrativa del estado de comisión*, JA, 1958-III-714.
- Sardagna, Miguel A., *Régimen de prescindibilidad*, LT, XXVII.
- *El salario del empleado público*, LT, XXXVI.
- *El contrato de trabajo y el empleo público*, LT, XXIX-1.
- *El derecho de sindicación en el empleo público*, DT, XLVI-B.
- Sardagna, Miguel A. - Ginzo, Jorge L., *La negociación colectiva en el ámbito del empleado público*, DT, XLVI-B.
- Sayagüés Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953.
- Vazquez Vialard, Antonio, *Derecho del trabajo y seguridad social*, Bs. As., 1978.
- Villegas Basavillbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, Bs. As., 1950.

ANEXO

LEY 22.140*

RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Excelentísimo señor presidente de la Nación:

Tenemos el honor de someter a la consideración de vuestra excelencia el proyecto de ley que aprueba el régimen jurídico básico de la función pública, sobre el cual se considera conveniente exponer los siguientes aspectos:

I. Del proyecto en general

El mencionado proyecto, redactado de acuerdo con lo dispuesto en los decretos 433/77 y 2148/77, cumplió cuatro etapas definidas: de elaboración, a cargo de una Comisión redactora; de revisión, por otra comisión *ad hoc*; de compatibilización, a cargo de la misma Comisión redactora, y finalmente, fue considerado por los diferentes organismos técnicos asesores de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación.

El decreto 433/77 estableció el alcance de la tarea al determinar que la misma debía concretar un proyecto destinado a reemplazar al Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Nacional, aprobado por decreto ley 8866/57, ratificado por ley 14.467, y normas que lo modificaron desde su sanción.

La Comisión redactora comenzó por precisar la labor a cumplir y esta-

* Sancionada y promulgada el 18/1/80 (B.O. 25/1/80).

blecer el sentido con que debía encargar la misma. Analizó el régimen legal vigente en el orden nacional, así como los distintos antecedentes y proyectos formulados para su modificación.

En ese primer paso logró reunir la casi totalidad de los regímenes que se aplican en el orden provincial, algunos sistemas especiales, como el del personal civil de las Fuerzas Armadas, y otros antecedentes de legislación comparada que se estimaron útiles para la tarea a cumplir.

La primera conclusión a que arribó, luego del estudio de los antecedentes reunidos, fue que el régimen instaurado por el Estatuto aprobado por el *decr. ley 6688/37* no constituye un sistema unitario, puesto que admite la existencia de distintos regímenes diferenciados, no obstante que ellos versan sobre una misma materia y se funden en principios semejantes.

Si bien la diferenciación es admisible ante circunstancias que la imponen, no es menos cierta la necesidad de contar con un régimen jurídico para la función pública que afirme y procure, como postulado general, contemplar todas las situaciones similares de idéntica manera y basado en los mismos principios. Por tal razón se estimó conveniente evitar un cuerpo legal reglamentarista que necesariamente, por exigencias coyunturales, caiga en repetidas modificaciones y agregados con la consiguiente falta de continuidad y certeza de las normas, así como en la generación de un sentimiento de inseguridad jurídica en todos aquellos a quienes debe aplicarse.

Es entonces que se prefirió enfocar la cuestión de un modo más general, fijando por ley los principios básicos propios de la función pública a fin de lograr bases ciertas, uniformes y flexibles en su alcance y ámbito de aplicación.

La certidumbre surge de la amplitud de las normas, que evitan la necesidad de repetidas y sucesivas adecuaciones logrando con ello la indudable y real firmeza de sus preceptos y provisiones.

La uniformidad, resulta de contemplar en su texto solamente los principios esenciales de la función pública, cuya aplicación general evitará la proliferación de estatutos especiales, admitiendo reglamentaciones de carácter parcial que lo adapten a las condiciones peculiares de ciertas actividades.

La flexibilidad, ha de resultar de la posibilidad de dictar reglamentaciones adecuadas a las condiciones peculiares de ciertas actividades y respondiendo a necesidades del momento, así que por ello se modifique la configuración básica de las relaciones que motiva la función pública.

La denominación que se propone al calificarlo como régimen jurídico, establece un sistema de normas que versan sobre una misma cuestión que es básico porque sólo alcanza a los principios fundamentales sobre la función o empleo público entendidos éstos en el sentido más amplio. Dentro de esta concepción, la promulgación de un régimen jurídico básico de la función pública constituye un acto de evidente importancia política que, partiendo de los principios de la Constitución Nacional, identifica y caracteriza la función pública, encuadrándola en un sistema político-administrativo cuyo objetivo es lograr una Administración Pública eficiente y dinámica acorde a los conceptos de la reforma administrativa.

Dentro de ese contexto, su contenido excede al enfoque exclusivamente jurídico, no quedando reducido a una simple regulación de las relaciones formales entre la Administración y sus agentes y de sus respectivos deberes, derechos y garantías; sino que se establecen las bases para futuros objetivos, estructuras y técnicas que integrarán la administración del recurso humano del sector público.

Por todo ello, se ha estimado oportuno incorporar como un capítulo especial, de una manera explícita, la referencia y relación con el servicio civil, entendiendo por tal al ordenamiento de un sector de funcionarios, administrados según políticas coordinadas que aseguran la estabilidad del empleo público, cimentan la neutralidad política de los mismos y ordenan la carrera administrativa basada en el mérito, la capacitación y la experiencia.

El proceso de revisión y compatibilización, así como la consideración final del anteproyecto en el ámbito de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación, permitió consolidar los principios enunciados, por lo que se estima que el proyecto trasciende los límites estrechos de un estatuto para comprender a la mayoría de los agentes públicos y ser base de normas sectoriales que si bien contemplan la particularidad no dejan de lado el principio de universalidad, evitando caer en la fragmentación repetitiva y distorsionadora.

Estructura y metodología del proyecto

El proyecto ha seguido en su estructura y metodología las de algunos ordenamientos vigentes, con la introducción de las novedades puntualizadas en el curso del presente.

Desde el momento que se parte de la calificación contractual del empleo público, sus normas han sido colocadas siguiendo la secuencia de la relación, que va desde el proceso previo a la formulación del contrato hasta el egreso y, luego, el reingreso.

La subdivisión en capítulos es la siguiente:

- Capítulo I - Ámbito de aplicación
- Capítulo II - Del Servicio Civil de la Nación
- Capítulo III - Ingreso
- Capítulo IV - Derechos
- Capítulo V - Deberes y prohibiciones
- Capítulo VI - Régimen disciplinario
- Capítulo VII - Recurso judicial
- Capítulo VIII - Situaciones de revista
- Capítulo IX - Egreso
- Capítulo X - Reingreso
- Capítulo XI - Disposiciones generales

2. Del proyecto en particular

Se ha considerado conveniente señalar solamente aquellas características diferentes o novedosas incluidas en el proyecto.

CAPÍTULO I: ÁMBITO DE APLICACIÓN

Comprende los arts. 1º y 2º.

El art. 1º fija el personal comprendido en el régimen jurídico básico. Su último párrafo marca la tendencia a la universalidad y dispone que sus normas sean aplicables al personal incluido en regímenes especiales, para resolver situaciones no previstas en ellas. De tal manera, el resto funcionará como norma subsidiaria.

El art. 2º enumera al personal exceptuado, que abarca básicamente dos grupos: el de aquellos que desempeñan cargos de naturaleza política y el de quienes prestan servicios en actividades netamente diferenciadas o no

con el servicio civil, pero que en todos los casos cuentan con carreras tradicionalmente estructuradas.

En especial, se hace notar que en el inc. g de este artículo, al referirse a organismos descentralizados, se ha optado por el uso de uno de los lenguajes aceptados en la materia.

Según éste, la descentralización es el género y posee dos especies: la mera descentralización también llamada burocrática y la autárquica, que tiene personalidad jurídica pública. Para simplificar se ha consignado el término genérico.

El inc. h del mismo artículo otorga al Poder Ejecutivo Nacional la facultad de disponer excepciones como una razonable delegación para dirimir situaciones no previstas en la ley o que se presentaren en el futuro.

CAPÍTULO II: DEL SERVICIO CIVIL DE LA NACIÓN

Comprende los arts. 3° a 6°.

Dentro del concepto de Servicio Civil enunciado en la consideración general del proyecto, este capítulo comienza por establecer en el art. 3° que el personal comprendido en el régimen jurídico básico, integra el Servicio Civil de la Nación, fijando además los principios básicos a que se debe ajustar la organización del personal.

Respondiendo a la necesidad de establecer el órgano responsable del ejercicio de las atribuciones del Servicio Civil, éstas son radicadas en el art. 4°, en el Poder Ejecutivo Nacional y autoridades administrativas que lo secundan según lo establecido en las normas constitucionales, las leyes y demás prescripciones que reglamentan su ejercicio y de las cuales el régimen jurídico básico constituye su punto de partida.

Dentro de este último concepto, el art. 5° determina en un organismo de la Presidencia de la Nación, la función de vigilancia de las normas relativas al Servicio Civil.

En el art. 6° se establece la existencia de un ordenamiento general para el personal permanente incluido en el régimen que se propone, determinando taxativamente aquellos aspectos que se derivan de los principios básicos de una adecuada administración del recurso humano.

El mismo artículo contempla la posibilidad de existencia de otros ordenamientos que respondan a necesidades sectoriales específicas, para lo cual dispone que las mismas deben ser aprobadas por el Poder Ejecutivo Nacional.

Dentro de este capítulo si bien no es mencionado específicamente, debe destacarse necesariamente la relación que existe entre las normas expuestas y la reciente creación del sistema nacional de la reforma administrativa (Ley 21.633) como medio idóneo para la conducción integral de la Administración Pública nacional.

CAPÍTULO III: INGRESO

Comprende los arts. 7° a 14.

El art. 7° enumera los requisitos positivos que deben reunir los candidatos para poder ingresar en la Administración Pública, mereciendo especial mención el plazo de cuatro años de ejercicio de la ciudadanía para el personal naturalizado.

El art. 8° detalla las condiciones negativas que impedirán ese ingreso. De entre ellas se hace notar:

Inc. e. El segundo párrafo es razonable, al dejar librada la apreciación al criterio del Poder Ejecutivo Nacional.

Inc. c. Se refiere a los fallidos o concursados "no casuales" con el fin de excluir situaciones que podrían resultar injustas.

Inc. g. Su fuente ha sido el art. 5° de la ley 21.795 (de ciudadanía y nacionalidad) estableciendo coherencia con dicha norma.

Inc. j. Se entiende razonable fijar el límite máximo de edad para el principio de la carrera administrativa.

El art. 9° resuelve la cuestión de nombramientos efectuados en violación a disposiciones vigentes en ese momento. Aplica el principio general de la nulidad de los actos administrativos y sigue la opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación en la materia.

Se aclara asimismo, la situación del agente que cambia de jurisdicción presupuestaria cuando no medie interrupción de servicios. Finalmente el último párrafo abre a la reglamentación la determinación de los mecanismos de información y a la existencia de un Registro de Personal Civil.

El art. 10 reglamenta la garantía constitucional de estabilidad de los agentes públicos, fijando plazo y modalidades para su adquisición. Merece especial mención el lapso llevado a un año de servicios efectivos y a la satisfacción de condiciones de aptitud.

Los arts. 11 a 14 definen, distinguiendo claramente, las diversas situaciones del personal no permanente, circunscribiendo su ámbito de acción y tipos de tareas.

Capítulo IV: Derechos

Comprende los arts. 15 a 26.

Estos artículos, en general, enuncian los derechos que amparan al personal de la Administración Pública.

La nómina de los mismos se detalla en el art. 15 y en los subsiguientes se precisan esos derechos dando lugar a prescripciones reglamentarias. El art. 18 merece ser destacado pues establece los derechos que se vinculan con la carrera administrativa cuya regulación se prevé en el art. 6°.

Los arts. 22 y 23 norman la intimación a la jubilación, una vez cumplidos los requisitos de edad y antigüedad establecidos para que el personal alcance el haber máximo de jubilación ordinaria. Este artículo sigue los lineamientos que marca actualmente la ley 21.659, art. 2°, que sustituyó al art. 19 del Estatuto vigente. El art. 24 incorpora la prórroga en la aceptación de la renuncia prevista en la ley 21.389.

El art. 25 al establecer la calificación notificada al agente, norma la procedencia del recurso.

Capítulo V: Deberes y prohibiciones

Comprende los arts. 27 a 29.

El art. 27 enumera los deberes y el art. 28 las prohibiciones.

El inc. h del art. 27 dispone como novedad que los agentes inculcados se hallan obligados a concurrir a la citación por la instrucción de un sumario conservándose la facultad de no prestar declaración. El inc. i innova al establecer la obligación del examen psíquico-físico cuando así lo disponga la autoridad competente.

El art. 29 es el fundamento del cual surge el régimen de incompatibilidades, el que por su carácter reglamentarista debe ser objeto de un tratamiento especial.

CAPÍTULO VI: RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Comprende los arts. 30 a 39.

El art. 30 enuncia las cuatro sanciones aplicables habiéndose descartado de escasa aplicación cuya vigencia pasada no se encontró justificada, postergación en el ascenso y retrogradación de categoría.

Los arts. 31 a 33 describen las causales de aplicación de las diferentes sanciones. En su mayoría no se tipifican las faltas con el rigorismo propio del derecho penal. El inc. i del art. 32 incorpora como causal de cesantía las calificaciones deficientes en periodos consecutivos o alternados según el caso.

Se ha estimado conveniente no mantener en los cuadros de la Administración a quienes, sin llegar a incurrir en una causal específica, demuestran con su comportamiento una inadaptación a las necesidades del servicio.

El art. 34 distingue aquellas sanciones que requieren sumario previo o no para su aplicación.

El art. 38 establece la extinción de la posibilidad de aplicar sanciones por el transcurso del tiempo y faculta a determinar las excepciones a la regla general.

CAPÍTULO VII: RECURSO JUDICIAL

Comprende los arts. 40 a 42.

Se ha optado por mantener el recurso judicial contra las sanciones expulsivas (cesantía y exoneración), consagrados por los arts. 24 y siguientes del estatuto en vigencia, aprobado por el dect. ley 6666/57.

La cuestión del control de legitimidad de los actos administrativos por medio de órganos judiciales tiene antigua raigambre en nuestro derecho público. La Corte Suprema ha sostenido de manera reiterada que la actividad administrativa debe ser objeto de un control razonable y suficiente.

En materia de sanciones disciplinarias, ha sido tradicional el recurso judicial cuando se tratare de aquellas que disuelven la relación de empleo público, con el único parentesis del art. 59 de la ley 39.172 que, en realidad no alcanzó a aplicarse.

La redacción de este capítulo sigue en líneas generales la de los arts. 24 a 28 del Estatuto citado.

No obstante, se han introducido algunas modificaciones aconsejadas por la aplicación de esas disposiciones.

Así por ejemplo, en materia de lenguaje, se han eliminado las expresiones "firmes" (art. 24 actual) y "apelante" (art. 25 actual), cuya imprecisión es fácil entender.

Se dispone, también, que el recurso sea presentado directamente en sede judicial, alterando el sistema en vigor.

Ha parecido preferible obviar la presentación ante la autoridad administrativa (art. 25 actual) que en más de un caso ha dado lugar a demoras en perjuicio del recurrente.

Con referencia a lo primero, es pertinente señalar que —si la ley hubiera guardado silencio— los afectados tendrían derecho a la iniciación de un juicio ordinario en el que, dada la amplitud de su procedimiento, se daría

seguramente en la etapa probatoria la reproducción de las pruebas diligenciadas en el sumario. No es éste el fin de la revisión judicial de las censuras y exoneraciones. Por eso se ha mantenido también el alcance de esa revisión, limitándolo a los casos de ilegitimidad.

Los plazos actuales han sido mantenidos, asegurando de esta manera una decisión en tiempo limitado, tan necesaria para la Administración como para el propio recurrente.

El art. 41, aclara que los términos se computan en días hábiles judiciales, poniendo fin a la controversia que diera lugar a un fallo plenario de la Cámara Federal de la Capital.

La aplicación supletoria del régimen jurídico básico a todos los agentes públicos, extiende la garantía del recurso a sectores hasta ahora excluidos y permite una mejor tutela de la legalidad del ejercicio de la potestad sancionatoria interna de la Administración.

Por el art. 42 se ha transformado la obligación de mantener libre la vacante (art. 28 actual) por la de proceder a la reincorporación en una vacante de igual jerarquía.

De esta manera, se ha evitado una traba en el desarrollo de la actividad administrativa. Queda inalterable el medio recursivo como así sus alcances.

CAPÍTULO VIII: SITUACIONES DE RESERVA

Comprende los arts. 43 a 48.

Este capítulo no tiene antecedentes en ordenamientos similares. Por vez primera, se enumeran y conceptualizan las distintas situaciones en que pueden reservarse los agentes públicos, siendo todas ellas excepcionales.

El art. 47 incorpora la disponibilidad, por medio de la cual será posible resolver la situación de los funcionarios cuando se supriman cargos, funciones u organismos.

Esta disposición deberá ser objeto de reglamentación, en la que deberán figurar los plazos máximos de mantenimiento en disponibilidad y la fijación de los montos a abonarse como compensación en caso de no ser afectado al servicio. Para lograr una mayor agilidad, se deja librado al Poder Ejecutivo la fijación de los montos y su actualización periódica. El art. 48 da lugar a la posibilidad de traslado del agente dentro de la misma jurisdicción presupuestaria y de acuerdo con su situación escalafonaria.

CAPÍTULO IX: EGRESO

Comprende el art. 49.

En este artículo se enumeran a través de sus cinco incisos las causales que pueden llevar a la extinción del contrato de empleo público.

CAPÍTULO X: REINGRESO

Comprende los arts. 50 y 51.

Se trata de otro tema no contemplado orgánicamente hasta ahora en ordenamientos jurídicos similares. El art. 50 exige idénticos requisitos que para el ingreso, con excepción de la edad máxima.

En su segunda parte reconoce el derecho a la recuperación de la estabilidad, fijando un plazo que se entiende razonable.

CAPÍTULO XI: DISPOSICIONES GENERALES

Comprende el art. 53.

Este artículo es otra muestra de la tendencia a la universalidad. Así como el Poder Ejecutivo puede excluir personal del ámbito de este régimen jurídico básico, conforme al art. 2º, inc. h, es también razonable que posea la facultad paralela de incluir agrupamiento de personal.

3. Consideración final

El gobierno nacional ha encarado, por intermedio del sistema nacional de la reforma administrativa, la transformación de la Administración Pública en un medio permanentemente idóneo para que sus planes se conviertan en actos de gobierno. En tal sentido, dicha reforma se ha iniciado, desde los más altos niveles y en todos los campos en que la actividad pública se desenvuelve. Dentro de ellos la administración del recurso humano adquiere un significado y trascendencia que no es necesario destacar.

Por tal razón, dentro de las acciones iniciales se ha sentido la necesidad de contar con instrumentos rectores de la actividad del agente público, que satisfagan el propósito declarado de idoneidad y aptitud permanente para el Servicio Civil de la Nación.

El proyecto que presentamos a vuestra excelencia responde a esos propósitos.

Disculpamos a vuestra excelencia. Mariano Berguay. Secretario de Honor. - De la Riva. - Pastor. - Reston. - Rodríguez Varela. - Fraga. - Llerena Amadeo.

El presidente de la Nación Argentina sanciona, y promulga con fuerza de ley:

Artículo 1º - Apruébase el régimen jurídico básico de la función pública, que obra como anexo de la presente.

Art. 2º - El presente régimen entrará en vigencia el 30 de abril de 1960.

Art. 3º - Los trámites iniciados con anterioridad a la vigencia del presente régimen, se regirán por los plazos procesales de éste, salvo que los derogados resultaren más favorables.

Art. 4º - En la fecha indicada en el art. 2º quedarán derogadas las siguientes normas:

- Estatuto para el Personal Civil de la Administración Pública nacional aprobado por el decreto ley 4666, del 17 de junio de 1957, ratificado por la ley 14.467, el decreto ley 13.789, del 29 de octubre de 1957, las leyes 17.159, 19.165, 19.795 y 21.289, y el art. 2º de la ley 21.659.

Art. 5º - El Poder Ejecutivo reglamentará el presente régimen dentro de los ciento ochenta días de su entrada en vigencia, determinando, hasta el cumplimiento de dicho lapso, las normas reglamentarias de aplicación.

Art. 6º - [De forma]

CAPÍTULO I**ÁMBITO DE APLICACIÓN**

Artículo 1º - El presente régimen comprende a las personas que en virtud de acto administrativo emanado de autoridad competente, presten servicios remunerados en dependencias del Poder Ejecutivo Nacional, in-

cluzive entidades jurídicamente descentralizadas. Asimismo es de aplicación al personal que se encuentra amparado por regímenes especiales, en todo lo que éstos no previeran.

Art. 2º - Se exceptúa de lo establecido en el artículo anterior a:

a) Los ministros y secretarios de Estado del Poder Ejecutivo Nacional, secretarios de la Presidencia de la Nación, subsecretarios y las personas que por disposición legal o reglamentaria, ejerzan funciones de jerarquía equivalente a la de los cargos mencionados;

b) El personal diplomático en actividad comprendido en la ley del servicio exterior de la Nación.

c) El personal militar en actividad y el retirado que preste servicios militares.

d) El personal de las Fuerzas de Seguridad y policiales en actividad y el retirado que preste servicios por convocatoria.

e) El clero oficial.

f) El personal docente comprendido en estatutos especiales.

g) Los miembros integrantes de los cuerpos colegiados, las autoridades superiores de las entidades jurídicamente descentralizadas, los funcionarios designados en cargos fuera de nivel en los organismos centralizados y el personal comprendido en convenciones colectivas de trabajo.

h) El personal que requiera un régimen particular por las especiales características de sus actividades, cuando así lo resolviera el Poder Ejecutivo Nacional.

CAPÍTULO II

DEL SERVICIO CIVIL DE LA NACIÓN

Art. 3º - El personal comprendido en el presente régimen integrará el Servicio Civil de la Nación. El personal que reviste como permanente será organizado conforme a los principios de estabilidad en el empleo, capacitación y carrera administrativa. El no permanente, lo será de acuerdo con las características de sus servicios.

Art. 4º - El Poder Ejecutivo Nacional y demás autoridades de la Administración Pública nacional ejercerán las atribuciones relativas al personal del Servicio Civil de la Nación con arreglo a lo dispuesto en la Constitución Nacional y en las leyes y reglamentos dictados en su consecuencia.

Art. 5º - La vigilancia del cumplimiento de las normas aplicables al Servicio Civil de la Nación corresponde especialmente al órgano pertinente de la Presidencia de la Nación.

Art. 6º - El Poder Ejecutivo dictará un ordenamiento general para el personal permanente de la Administración Pública nacional incluido en el ámbito de aplicación del presente régimen jurídico.

Su contenido regulará el régimen de ingreso y carrera administrativa con sus sistemas de capacitación, concursos, calificación, retribuciones y cualquier otro aspecto necesario para la adecuada administración de los recursos humanos.

Existirán ordenamientos especiales cuando las necesidades de un determinado sector lo aconsejen, cuyo contenido se ajustará al del ordenamiento general, los que deberán ser aprobados por el Poder Ejecutivo Nacional.

Capítulo III
Ingreso

Art. 7º - El ingreso a la Administración Pública nacional se hará previa acreditación de las siguientes condiciones, en la forma que determine la reglamentación:

- a) Idoneidad para la función o cargo mediante los regímenes de selección que se establezcan.
- b) Condiciones morales y de conducta.
- c) Aptitud psicofísica para la función o cargo.
- d) Ser argentino, debiendo los naturalizados tener más de cuatro años de ejercicio de la ciudadanía. Las excepciones a cualquiera de estos dos requisitos deberán ser dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional en cada caso.

Art. 8º - Sin perjuicio de lo establecido en el art. 7º, no podrá ingresar:

- a) El que haya sido condenado por delito doloso. El Poder Ejecutivo Nacional podrá autorizar su ingreso, si en virtud de la naturaleza de los hechos, las circunstancias en que se cometieron o por el tiempo transcurrido, juzgare que ello no obsta al requisito exigido en el art. 7º, inc. b, de este régimen.
- b) El condenado por delito cometido en perjuicio de o contra la Administración Pública nacional, provincial o municipal.
- c) El fallido o el concursado civilmente no casuales, hasta que obtengan su rehabilitación.
- d) El que tenga proceso penal pendiente que pueda dar lugar a condena por alguno de los delitos enunciados en los incs. a y b del presente artículo.
- e) El inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos.
- f) El sancionado con exoneración en el ámbito nacional, provincial o municipal, mientras no sea rehabilitado, y el sancionado con cesantía conforme con lo que determine la reglamentación.
- g) El que integre o haya integrado en el país o en el extranjero, grupos o entidades que por su doctrina o acción aboguen, hagan pública exteriorización o lleven a la práctica, el empleo ilegal de la fuerza o la negación de los principios, derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, y en general, quien realice o haya realizado actividades de tal naturaleza, en el país o en el extranjero.
- h) El que se encuentre en infracción a las leyes electorales o del servicio militar.
- i) El deudor moroso del fisco en los términos de la ley de contabilidad, mientras se encuentre en esa situación.
- j) El que tenga más de 60 años de edad, salvo aquellas personas de reconocida aptitud, quienes sólo podrán incorporarse como personal no permanente.

Art. 9º - Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los arts. 7º y 8º, o a cualquier otra norma vigente, podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido, sin perjuicio de la validez de los actos y de las prestaciones cumplidas durante el ejercicio de las funciones.

No será considerado como ingresante el agente que cambie su situación de revista presupuestaria, sin que hubiera mediado interrupción de la relación de empleo público dentro del ámbito del presente régimen.

Reglamentariamente se determinará la forma de comunicar las designaciones efectuadas, a los órganos centrales del Servicio Civil de la Nación para su incorporación al Registro de Personal.

Art. 10. - El personal que ingrese como permanente lo hará en los niveles escalafonarios que establezcan los respectivos regímenes, adquiriendo la estabilidad prescrita en el art. 15, inc. a, luego de haber cumplido doce meses de servicio efectivo y siempre que haya satisfecho las condiciones que establezca la reglamentación. Caso contrario se cancelará la designación.

Art. 11. - El personal que ingrese como no permanente lo hará en las condiciones que establezca la reglamentación, en las siguientes situaciones de revista:

- De gabinete.
- Contratado.
- Transitorio.

Art. 12. - El personal de gabinete será afectado a la realización de estudios, asesoramiento u otras tareas específicas, y no se le podrá asignar funciones propias del personal permanente. Este personal cesará automáticamente al término de la gestión de la autoridad en cuya jurisdicción se desempeñe.

Art. 13. - El personal contratado será afectado exclusivamente a la realización de servicios que, por su naturaleza y transitoriedad, no puedan ser cumplidos por personal permanente, no debiendo desempeñar funciones distintas de las establecidas en el contrato.

Art. 14. - El personal transitorio será destinado exclusivamente a la ejecución de servicios, explotaciones, obras o tareas de carácter temporal, eventual o estacional, que no puedan ser realizados por personal permanente, no debiendo cumplir tareas distintas de aquellas para las que haya sido designado.

Capítulo IV

Derechos

Art. 15. - El personal tiene derecho a:

- a) Estabilidad.
- b) Retribución por sus servicios.
- c) Igualdad de oportunidades en la carrera.
- d) Licencias, justificaciones y franquicias.
- e) Compensaciones, indemnizaciones y subsidios.
- f) Asistencia social para sí y su familia.
- g) Interposición de recursos.
- h) Jubilación o retiro.
- i) Renuncia.

De los derechos enumerados, sólo alcanzarán al personal no permanente los incs. b, d, e, f, g, h e i, con las salvedades que en cada caso correspondan.

El derecho a la renuncia señalado en el inc. i no le alcanza al personal contratado, que se regirá por lo que establezca el contrato respectivo.

Art. 16. - La estabilidad es el derecho del personal permanente a conservar el empleo y el nivel escalafonario alcanzado, así como también la permanencia en la zona donde desempeñare sus funciones siempre que las necesidades del servicio lo permitan.

El personal que gozara de estabilidad la retendrá cuando fuera designado para cumplir funciones sin dicha garantía.

La estabilidad sólo se perderá por las causas establecidas en el presente régimen.

Art. 17. - El personal tiene derecho a la retribución de sus servicios, con arreglo a las escalas que se establezcan en función de su categoría de revista y de las modalidades de la prestación.

Art. 18. - El personal permanente tiene derecho a igualdad de oportunidades para optar a cubrir cada uno de los niveles y jerarquías previstos en los respectivos escalafones.

El personal permanente podrá ascender a través de los procedimientos que se establezcan, cuando reúna los requisitos de capacitación, calificación y antigüedad, y existan vacantes en las categorías correspondientes.

Art. 19. - El personal tiene derecho al goce de licencias, justificaciones y franquicias de acuerdo con lo que establezcan las normas pertinentes.

Art. 20. - El personal tiene derecho a compensaciones, reintegros e indemnizaciones por los conceptos y en las condiciones que determine la reglamentación, sin perjuicio de los que dispongan otras leyes o el Poder Ejecutivo Nacional.

Art. 21. - El agente que considere vulnerados sus derechos podrá recurrir ante la autoridad administrativa pertinente, conforme al régimen vigente en materia de impugnación de los actos administrativos.

Art. 22. - El personal podrá ser intimado a iniciar los trámites jubilatorios, cuando reúna los requisitos exigidos para obtener el porcentaje máximo del haber de la jubilación ordinaria.

Art. 23. - El personal que fuere intimado a jubilarse y el que solicitare voluntariamente su jubilación o retiro, podrá continuar en la prestación de sus servicios hasta que se le acuerde el respectivo beneficio, por un lapso no mayor de seis meses, a cuyo término el agente será dado de baja.

Art. 24. - La aceptación de la renuncia podrá ser dejada en suspenso por un término no mayor de ciento ochenta días corridos, en los casos, condiciones y efectos que determine la reglamentación.

La renuncia se considerará aceptada, si la autoridad competente no se pronunciare dentro de los treinta días corridos a partir de su presentación.

Art. 25. - El personal será calificado por lo menos una vez al año, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación. El agente deberá ser notificado de tal calificación asistiéndole el derecho a interponer el correspondiente recurso.

Art. 26. - En todos los organismos de la Administración Pública nacional se llevará el legajo de cada agente, en el que constarán los antecedentes de su actuación y del cual podrá solicitar vista el interesado.

Los servicios certificados por las distintas dependencias serán acumulados de modo que la última pueda expedir la certificación necesaria para los trámites jubilatorios.

CAPÍTULO V

DEBERES Y PROHIBICIONES

Art. 27. - El personal tiene los siguientes deberes, sin perjuicio de los que particularmente establezcan otras normas:

a) Prestar personal y eficientemente el servicio en las condiciones de tiempo, forma, lugar y modalidad que determinen las normas emanadas de autoridad competente.

b) Observar en el servicio y fuera de él, una conducta correcta, digna y decorosa, acorde con su jerarquía y función.

c) Obedecer toda orden emanada de un superior jerárquico competente para darla, que reúna las formalidades del caso y tenga por objeto la realización de actos de servicio que correspondan a la función del agente.

d) Guardar la discreción correspondiente, con respecto a todos los hechos e informaciones de los cuales tengan conocimiento en el ejercicio o con motivo del ejercicio de sus funciones, independientemente de lo que establezcan las disposiciones vigentes en materia de secreto o reserva administrativa, excepto cuando sea liberado de esa obligación por la autoridad que la reglamentación determine.

e) Promover las acciones judiciales que correspondan cuando públicamente fuera objeto de imputación delictuosa, pudiendo contar al efecto con el patrocinio gratuito del servicio jurídico del organismo respectivo. Podrá ser eximido de esta obligación por la autoridad que establezca la reglamentación.

f) Declarar bajo juramento su situación patrimonial y modificaciones ulteriores con los alcances que determine la reglamentación.

g) Llevar a conocimiento de la superioridad todo acto o procedimiento que pudiere causar perjuicio al Estado o configurar delito.

h) Concurrir a la citación por la instrucción de un sumario. Sólo tendrá obligación de prestar declaración en calidad de testigo, pudiendo negarse a ello cuando sea inculpad.

i) Someterse a examen psicofísico en la forma que determine la reglamentación.

j) Permanecer en el cargo en caso de renuncia por el término de treinta días corridos, si antes no fuera reemplazado o aceptada su dimisión o autorizado a cesar en sus funciones. Este plazo podrá ser ampliado hasta ciento ochenta días por aplicación de lo prescripto en el art. 24.

k) Excusarse de intervenir en todo aquello en que su actuación pueda originar interpretaciones de parcialidad o concurra violencia moral.

l) Encuadrarse en las disposiciones legales y reglamentarias sobre incompatibilidad y acumulación de cargos.

m) Capacitarse en el servicio.

Art. 28. - El personal queda sujeto a las siguientes prohibiciones, sin perjuicio de lo que al respecto establezcan otras normas:

a) Efectuar o patrocinar para terceros, trámites o gestiones administrativas, se encuentren o no directamente a su cargo, hasta un año después de su egreso.

b) Dirigir, administrar, asesorar, patrocinar, representar o prestar servicios remunerados o no, a personas de existencia visible o jurídica, que gestionen o exploten concesiones o privilegios de la Administración en el

orden nacional, provincial o municipal, o que fueran proveedores o contratistas de las mismas.

c) Recibir directa o indirectamente beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la Administración en el orden nacional, provincial o municipal.

d) Mantener vinculaciones que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por el ministerio, dependencia o entidad en la que se encuentre prestando servicios.

e) Realizar con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones, propaganda, proselitismo, coacción ideológica o de otra naturaleza, cualquiera fuese el ámbito donde se realicen las mismas.

f) Recibir dádivas, obsequios u otras ventajas con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones.

Art. 28. - El desempeño de un cargo en la Administración Pública nacional será incompatible con el ejercicio de otro en el orden nacional, provincial o municipal, salvo en los casos en que el Poder Ejecutivo Nacional autorice su acumulación.

Esta autorización se concederá sin perjuicio del estricto cumplimiento de la jornada de trabajo y demás deberes del agente.

CAPÍTULO VI

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Art. 29. - El personal podrá ser objeto de las siguientes medidas disciplinarias:

- Apercibimiento.
- Suspensión de hasta treinta días.
- Cesantía.
- Exoneración.

Estas sanciones se aplicarán sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que fijen las leyes vigentes.

Las suspensiones se harán efectivas sin prestación de servicios ni percepción de haberes, en la forma y términos que determine la reglamentación.

Art. 30. - Son causas para imponer el apercibimiento o la suspensión de hasta treinta días:

- Incumplimiento reiterado del horario establecido.
- Inasistencias injustificadas que no excedan de diez días discontinuos en el lapso de los doce meses inmediatos anteriores, y siempre que no configuren abandono del servicio.
- Falta de respeto a los superiores, iguales, subordinados o al público.
- Negligencia en el cumplimiento de sus funciones.
- Incumplimiento de los deberes determinados en el art. 27 o quebrantamiento de las prohibiciones establecidas en el art. 28, salvo que por su magnitud y gravedad deban ser encuadradas en el inc. f del art. 28.

Art. 31. - Son causas para imponer cesantía:

- Inasistencias injustificadas que excedan de diez días discontinuos en los doce meses inmediatos anteriores.
- Abandono del servicio, el cual se considerará consumado cuando el agente registre más de cinco inasistencias continuas sin causa que lo justifique.

c) Infracciones reiteradas en el cumplimiento de sus tareas o falta grave hacia los superiores, iguales, subordinados o el público.

d) Infracciones que den lugar a la suspensión, cuando haya totalizado en los doce meses inmediatos anteriores, treinta días de suspensión.

e) Concurso civil o quiebra no causal, salvo caso debidamente justificado por la autoridad administrativa.

f) Incumplimiento de los deberes determinados en el art. 27 o quebrantamiento de las prohibiciones determinadas en el art. 28, cuando a juicio de la autoridad administrativa, por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiera.

g) Delito que no se refiera a la Administración, cuando sea doloso y por sus circunstancias afecte al decoro o al prestigio de la función o del agente.

h) Pérdida de la ciudadanía conforme a las normas que regulan la materia.

i) Calificación deficiente durante dos años consecutivos o tres alternas en los últimos diez años de servicio.

Art. 22. - Son causas para imponer la exoneración:

a) Falta grave que perjudique material o moralmente a la Administración.

b) Delito contra la Administración.

c) Incumplimiento intencional de órdenes legales.

d) Indignidad moral.

e) Las previstas en las leyes especiales.

f) Pérdida de la nacionalidad, conforme a las leyes que regulan la materia.

g) Encontrarse en la situación prevista en el art. 8º, inc. g.

h) Imposición de pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para la función pública.

Las causales enunciadas en este artículo y las dos anteriores no excluyen otras que importen violación de los deberes del personal.

Art. 24. - La aplicación de apercibimiento y suspensión hasta un máximo de diez días, no requerirá la instrucción de sumario.

Las suspensiones que excedan de diez días, serán aplicadas previa instrucción de sumario, salvo cuando sean dispuestas en virtud de las causales previstas en el art. 21, incs. a y b.

La cesantía será aplicada previa instrucción de sumario, salvo cuando medien las causales previstas en el art. 22, incs. a, b y h.

La exoneración será aplicada previa instrucción de sumario, salvo cuando medien las causales previstas en los incs. b, f y h del art. 22.

Art. 25. - La reglamentación determinará los funcionarios que tendrán atribuciones para aplicar las sanciones previstas en el presente régimen, y el procedimiento por el cual se substanciarán las informaciones sumarias y los sumarios que correspondan.

Art. 26. - El personal sumariado podrá ser suspendido preventivamente o trasladado con carácter transitorio por la autoridad administrativa competente cuando su alejamiento sea necesario para el esclarecimiento de los hechos investigados o cuando su permanencia en funciones fuera inconveniente, en la forma y términos que determine la reglamentación.

En el supuesto de haberse aplicado suspensión preventiva y de las conclusiones del sumario no surgieran sanciones o las mismas no fueran privativas de haberes, éstos le serán íntegramente abonados. Caso contrario le serán reconocidos en la proporción correspondiente.

Art. 37. - La sustanciación de los sumarios administrativos por hechos que puedan configurar delitos y la imposición de las sanciones pertinentes en el orden administrativo, son independientes de la causa criminal.

El sobreseimiento provisional o definitivo o la absolución dictados en la causa criminal, no habilitan al agente a continuar en servicio si es sancionado con cesantía o exoneración en el sumario administrativo.

La sanción que se imponga en el orden administrativo, pendiente la causa criminal, tendrá carácter provisional y podrá ser sustituida por otra de mayor gravedad luego de dictada la sentencia definitiva de aquélla.

El sumario será secreto hasta que el sumariante dé por terminada la prueba de cargo.

Art. 38. - El personal no podrá ser sancionado después de haber transcurrido tres años de cometida la falta que se le impute, con las salvedades que determine la reglamentación.

Art. 39. - El personal no podrá ser sancionado sino una vez por la misma causa.

Toda sanción se graduará teniendo en cuenta la gravedad de la falta, los antecedentes del agente y los perjuicios causados.

Capítulo VII

RECURSO JUDICIAL.

Art. 40. - Contra los actos administrativos que dispongan la cesantía o exoneración del personal amparado por la estabilidad prevista en este régimen, se podrá recurrir por ante la Cámara Nacional de Apelaciones o Salas, en su caso, con competencia en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal.

Art. 41. - El recurso deberá interponerse ante el tribunal dentro de los treinta días de notificada la medida expulsiva, fundado en la ilegitimidad de la sanción, indicando las normas presuntamente violadas o los vicios incurridos en el sumario instruido.

La autoridad administrativa deberá enviar al tribunal el expediente con el legajo personal del recurrente, dentro de los diez días de requerido.

Recibidos los antecedentes, el tribunal correrá traslado por su orden por diez días preteritorios al recurrente y a la administración.

Vencido este término, el tribunal, cumplidas las medidas para mejor proveer que pudiera haber dispuesto, llamará autos para sentencia, la que se dictará dentro de los sesenta días.

Todos los términos fijados en el presente artículo se computarán en días hábiles judiciales.

Art. 42. - Si la sentencia fuera favorable al recurrente haciendo lugar a su reincorporación, la Administración deberá habilitar una vacante de igual categoría a la que revistaba y se le reconocerán los haberes devengados desde el cese hasta el momento de su efectiva reincorporación.

CAPÍTULO VIII

SITUACIONES DE REVISTA

Art. 43. - El personal permanente deberá cumplir servicio efectivo en las funciones para las cuales haya sido designado.

No obstante, podrá revistar transitoriamente con las modalidades que se especifican en este capítulo y en las condiciones que se reglamenten, en alguna otra de las siguientes situaciones de excepción:

- a) Ejercicio de cargo superior.
- b) En comisión del servicio.
- c) Adscripto.
- d) En disponibilidad.

Art. 44. - En caso de vacancia o ausencia temporaria de los titulares de cargos superiores, se podrá disponer su cobertura mediante la asignación transitoria de funciones, con arreglo a las disposiciones que establezca la reglamentación.

Art. 45. - Considérase en comisión del servicio al agente afectado a otra dependencia, dentro o fuera de la jurisdicción presupuestaria en la que reviste, a fin de cumplir una misión específica, concreta y temporaria que responda a las necesidades del organismo de origen.

Art. 46. - Entiéndese por adscripción la situación del agente que es desafectado de las tareas inherentes al cargo en que reviste presupuestariamente para pasar a desempeñar, con carácter transitorio, en el ámbito nacional, provincial o municipal y a requerimiento de otro organismo, repartición o dependencia, funciones tendientes a satisfacer necesidades excepcionales propias del área solicitante.

Art. 47. - El personal que goce de estabilidad podrá ser puesto en situación de disponibilidad con percepción de haberes por un plazo no mayor de doce meses, cuando se produzcan reestructuraciones que comporten la supresión de los organismos o dependencias en que se desempeñen o la eliminación de cargos o funciones, con los efectos que determine la reglamentación. Al término de dicho lapso el personal deberá ser reintegrado al servicio o dado de baja. El personal separado del servicio por esta última causal, tendrá derecho a una indemnización por los montos y en las condiciones que se establezcan por vía reglamentaria.

Art. 48. - El traslado de un agente de una dependencia a otra dentro de la misma jurisdicción presupuestaria, solamente podrá tener lugar para la prestación de servicios que correspondan a su situación escalafonaria.

CAPÍTULO IX

EXORSO

Art. 49. - La relación de empleo del agente con la Administración Pública nacional, concluye en los siguientes casos:

- a) Fallecimiento.
- b) Renuncia aceptada.
- c) Baja por jubilación, retiro o vencimiento de alguno de los plazos previstos en los arts. 23 o 47.
- d) Razones de salud que lo imposibiliten para la función.
- e) Cesantía o exoneración.

CAPÍTULO X**REINGRESO**

Art. 50. - Para el reingreso a la Administración Pública nacional se exigirán los mismos requisitos previstos para el ingreso, con excepción de la limitación establecida en el inc. j del art. 8°. Si el reingreso se produjera en calidad de permanente, dentro de los cinco años del egreso y el agente hubiera gozado de estabilidad en aquel momento, la readquirirá en forma automática.

Art. 51. - Al personal que reingresara a la Administración Pública nacional y hubiera percibido indemnización con motivo de su egreso, no le serán computados los años de servicio considerados a ese fin en los casos de ulterior separación, pero le será tenida en cuenta dicha antigüedad para los otros beneficios provenientes del nuevo nombramiento.

CAPÍTULO XI**DISPOSICIONES GENERALES**

Art. 52. - Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional para dejar sin efecto estatutos, regímenes especiales y convenciones colectivas de trabajo, incorporando al presente régimen a los agentes comprendidos en ellos.

LA ESTRUCTURA DE LA OMISIÓN Y SU TENTATIVA

MARCO ALBERTO VILLAR

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo desarrolla fundamentalmente la estructura de la omisión propia por ser la que presenta mayores dificultades en punto a su tentativa.

En lugar de analizar el comienzo de ejecución con base en la estructura aceptada del delito de omisión propia, se adopta el camino de analizar la estructura de estos delitos a la luz del concepto de omisión (tomándolo como ontológico-normativo) y la norma penal que sirve de enlace entre ambos elementos mencionados. Creo que ello evita forzar las clasificaciones hechas para los delitos comisivos (p.ej., pura actividad, de peligro) o torturar la estructura de la omisión.

El trabajo se desarrolla en las siguientes etapas:

- a) Criterios de clasificación. Crítica.
- b) Configuración estructural de la omisión propia.
 - 1) El resultado. Su función.
 - 2) Peligro y causalidad.
 - 3) Norma penal y estructura de la omisión.
- c) Estructura de la omisión impropia.
- d) La tentativa.

2. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN

Se han postulado en doctrina diversos criterios de diferenciación entre los delitos propios de omisión y los impropios; entre ellos podemos mencionar los siguientes:

a) Según una posición los delitos propios de omisión se caracterizan por contener un mandato de acción, sin tener en cuenta a los efectos de la tipicidad si se evitó o no la lesión del bien jurídico. Los delitos impropios de omisión requieren evitar la producción de un resultado, la realización del tipo depende de la producción del resultado¹.

b) Otro criterio es el que considera que la característica de los delitos propios de omisión es la de estar expresamente tipificados².

c) Una tercera posibilidad consiste en considerar a la posición de garante como elemento diferencial de ambas especies de omisión³.

3. CRÍTICA

El primer criterio enunciado implica una abstracción o separación entre la norma y el bien jurídico tutelado. La norma tendría como fundamento un puro deber de obediencia. Excluir al bien jurídico como elemento material del injusto y sólo deja subsistente en todo caso su función interpretativa⁴.

El error de este criterio es que parte de la idea de equiparar a la omisión propia con los delitos de pura actividad, es decir como su correlato omisivo, mas en los delitos de pura actividad con la sola acción se lesiona el bien jurídico y en la omisión propia el bien jurídico puede subsistir en el tiempo sin ser lesionado por la omisión en cuestión.

La segunda sistematización propuesta responde sólo a un esquema formal, sin consideración a una diferenciación material entre ambas especies de omisión. Por ende no habría una diferencia ontológica entre ambas especies, nos re-

¹ Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1984, p. 225; Wessels, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, tr. de la 6ª ed. Conrado Finzi, Bs. As., Depalma, 1980, p. 208; Meager, Edmund, *Derecho penal. Parte general*, Libro de Estudio, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1957, p. 118.

² Weiszel, Hans, *Derecho penal. Parte general*, tr. Bustos Ramírez - Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, ed. Jurídica, 1975; Novoa Monreal, *Los delitos de omisión*, en "Doctrina Penal", año 6, n° 21.

³ Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general*, tr. Gladis Romero, Madrid, Edersa, 1982, p. 291-292, § 985.

⁴ Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal español*, p. 55.

ferimos no al concepto de omisión sino a las construcciones lógico-reales o lógico-objetivas que reconocen ambas especies de omisión, es decir su constitución ontológica externa³.

El problema del tercer criterio reside en que la posición de garante resulta generalmente de una elaboración judicial y ello obsta a que se la constituya como criterio rector adecuado.

Entonces la pregunta sería ¿cuál es el criterio de diferenciación adecuado? La respuesta a este interrogante surgirá de la estructura del delito propio de omisión como omisión pura, es decir sin sujetar a la omisión a esquemas conceptuales de los delitos de comisión. Podemos adelantar que el resultado va a tener una función importante en este tema.

4. CONFIGURACIÓN ESTRUCTURAL DE LA OMISIÓN PROPIA

a) El resultado. Su función

Partiremos del acuerdo de que el resultado no forma parte del tipo en los delitos propios de omisión. Vamos a discutir la función del resultado no con referencia a los delitos de omisión, sino a la omisión propiamente dicha.

El resultado significa la concreción de la lesión al bien jurídico, en cabeza del objeto de la acción o de la omisión. Es decir, la función del resultado fuera de la discusión de si es parte del tipo o condición objetiva de punibilidad, es la de actuar como límite fáctico de la posibilidad de acción u omisión (o de conducta, si se la admite como concepto superior), sobre el objeto en el cual se concreta la tutela penal. Y esto es válido para cualquier clase de delito de que se trate. Sólo se puede omitir con referencia a algo que existe y mientras ese algo aún existe. Aunque el resultado no forme parte del tipo en los delitos propios de omisión tiene igualmente el carácter de límite máximo a la posibilidad de seguir omitiendo, una vez que desaparece el sujeto que estaba en peligro, por ejemplo, en el caso del art. 108 del Cód. Penal, porque muere, el sujeto obligado ya no estaría omitiendo. No tendría más posibilidad de omitir. Con la muerte se habría consumado la última posibilidad de actuar y a

³ Henkel, Heinrich, *Introducción a la filosofía del derecho*, tr. E. Gimbernat Ordeig, Taurus, 1988, p. 451.

su vez de omitir. Debemos destacar que esta función que cumple el resultado como límite espacio-temporal, la cumple también cualquier hecho, evento o acción que no sea la acción mandada al sujeto obligado (porque en este caso ya no estaría incumpliendo con la norma) que saque de la situación de peligro al bien jurídico.

Acabamos de establecer cuál sería el límite máximo a la posibilidad de seguir omitiendo, mas ¿cuál sería el límite mínimo en el cual se comienza a omitir?

Para considerar a un sujeto omitente, éste debe tener conocimiento de las circunstancias que la norma considera presupuesto de su violación omisiva, es decir debe tener capacidad de acción⁴. Por ende, desde que esta capacidad de acción existe y a su vez existe el deber de ejecutar la acción (respectivamente, aspecto ontológico y normativo de la omisión), estamos ante el principio de la omisión, es decir, su límite mínimo.

Concluyendo podemos decir que no habría omisión sino cuando la inactividad o la realización de acciones distintas de la mandada se dan en el espacio de tiempo que existe entre la marca mínima y la máxima en cualquier punto que ello fuera, pero sigue siendo una la omisión hasta ese punto máximo, ya que hasta él se extiende el mandato de acción. Como ejemplo podemos tomar al tipo penal contenido en el art. 108 del Cód. Penal y estructurar su norma de la siguiente manera: "realiza una acción que tienda a hacer cesar el peligro en que se encuentra el bien jurídico". Este mandato puede cumplirse hasta el momento en que se produce el resultado de muerte, o hasta el instante en que se salva el sujeto en peligro por cualquier circunstancia ajena a él, sobre el cual se ha concretado la norma. Lo que se puede objetar aquí es que la norma estructurada de esta manera, aparece indiferente ante el disvalor de omisión (como correlato del disvalor de acción en los delitos comisivos), daría lo mismo arrepentirse, es decir ejecutar la acción mandada, en cual-

⁴ Kaufmann, Armin. Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. tr. Bacigalupo - Garzón Valdés, Bs. As., Depalma, 1977, p. 184 y siguientes. Citamos aquí este autor, mas del texto de este párrafo de la monografía surge un agregado a esta capacidad de acción para hablar de omisión que es la existencia del deber; sin este deber estaríamos ante un no hacer, pero no ante un comportamiento omisivo que se caracteriza por ser un no hacer desvalorado y este disvalor surge siempre de una norma. Sobre este punto ver Gimbernat Ordeig, E., Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento.

quier punto de la franja que abarca los límites antes reseñados. Por ejemplo, da lo mismo salvar a alguien que se está ahogando desde el primer momento en que tomamos conciencia de que ello sucede, que salvarlo en el último momento posible. Pareciera que por escapar a la asimilación de la omisión propia con los delitos de pura actividad hemos caído en un opuesto igualmente grave.

Mas la forma de salvar esta crítica es diciendo que el deber indica realizar la acción desde el primer momento en que se tomó conciencia de la situación de peligro, desde el límite mínimo hasta el límite máximo se desarrolla una tentativa⁷.

b) Peligro y causalidad

Hasta ahora se ha hablado de un resultado como referente fáctico ajeno al delito propio de omisión, pero necesario al concepto de omisión, y también se ha hablado de peligro. Vale una aclaración con respecto a esto último. En los delitos comisivos la acción introduce el peligro, lo crea, mas en la omisión el peligro es presupuesto de la acción mandada, existe ya un estado de cosas disvalioso que la acción del sujeto debe tender a hacer cesar.

La omisión propia no es un delito de peligro⁸, se basa en una situación de peligro. Lo que cuenta primordialmente en la omisión es el disvalor de omisión que aumenta a medida que aumenta el peligro para el bien jurídico; en cambio, en los delitos de peligro comisivos, lo fundamental es el disvalor de resultado (entendido como puesta en peligro del bien jurídico) y éste se realiza desde el primer momento en que se ejecuta la acción y, por ende, en ellos no existe posibilidad de tentativa⁹. El delito de peligro es la conversión por parte del legislador de la tentativa inacabada en un tipo autónomo, a través de una transformación de disvalores, ya que lo que es disvalor de acción en la tentativa, se convierte en disvalor de resultado en el delito de peligro. Esto ocurre con la tentativa inacabada, porque al convertirla en un

⁷ El tema de la tentativa se desarrollará más adelante una vez concluida la estructura de la omisión (ver punto 6).

⁸ El delito de peligro consiste en la producción de una situación de peligro para el objeto de protección presupuesto en el tipo. Wezzala, *Derecho penal*, p. 9.

⁹ Ver Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, 1977, p. 332, § 2.

tipo autónomo se detiene la posibilidad de desarrollo y lo considera consumado desde el primer momento en que la acción crea un peligro, y con ello convierte al principio de ejecución en un juicio de probabilidad objetiva¹⁸.

Este juicio de probabilidad objetiva no es más que una constatación de la aptitud causal de la acción en cuestión¹⁹. Si en el delito de peligro para determinar su existencia se debe hacer esta constatación, en la omisión que se basa en una situación de peligro y su desarrollo en el tiempo el iter causal cumple una misión real y no hipotética. Desarrollo causal vertido sobre la situación de peligro y juicio causal (obviamente hipotético) referido a la omisión como elemento no obstativo a ese desarrollo causal.

Estos dos elementos causales no forman parte del tipo de la omisión propia, pero sí de la estructura de la omisión como realidad jurídica.

Frente a un sujeto determinado, debe darse un cierto estado de cosas (desvalorado) que es presupuesto del deber que surge de la norma penal, norma ésta que constituye al sujeto (con capacidad de acción) en sujeto omitente. Este estado de cosas tiene un desarrollo causal, que termina o no en un resultado. Que este desarrollo forme parte del tipo o no, es otra cuestión; pero que para que exista omisión se lo debe considerar, ello es indudable.

La norma se va a estructurar en base a este desarrollo, ella va a prolongar la duración o mejor dicho la extensión de la omisión, según se encuentre la situación del objeto de protección.

Utilizando otra terminología, podemos decir que al lado de ese hecho temporal que es el no hacer (al cual la causalidad es ajena) se halla un hecho formal (que implica transformación y por ende causalidad) que es captado por la norma que convierte a ese no hacer en una omisión desvalorada²⁰.

¹⁸ Este juicio de probabilidad requiere un doble orden de conocimientos: conocimiento nomológico y conocimiento ontológico. Ver Rodríguez Mourullo, *ob. cit.*, p. 338.

¹⁹ Existe una equivalencia entre la probabilidad objetiva y la causalidad adecuada elaborada por von Kries. Para una explicación más detallada ver Gimbernat Ordeig, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, 1986, p. 25.

²⁰ Carnelutti realiza una clasificación de los hechos en temporales, espaciales y formales. El hecho temporal consiste en una sucesión de situaciones idénticas, lo que cambia es sólo la dimensión temporal. El hecho

Todo este desarrollo está sujeto a una crítica, se está presuponiendo que siempre en la omisión hay una situación temporal, es decir una sucesión temporal. Sin embargo, habría omisiones en que la consumación es instantánea.

Existen dos casos en que la omisión no implica una sucesión temporal perceptible o fraccionable:

- 1) Un caso que surge de la situación de hecho concreta.
- 2) Según la naturaleza del bien jurídico de que se trate.

Un tipo penal que encuadra en ambos supuestos es el contenido en el art. 248 del Cód. Penal¹³.

Queremos aclarar que sucesión siempre hay, mas en los casos reseñados como excepciones ella no es fraccionable a los efectos prácticos, es decir para constituir una tentativa.

La importancia de constatar la causalidad reside en que se necesita saber si el objeto de protección se halla en una situación, que puede tener aptitud para llegar a la lesión del bien jurídico. En cuanto al juicio causal cumple la función de determinar si la omisión influye sobre aquel desarrollo positivamente como concausa no obstativa (causa en sentido jurídico) lo cual implica que existía un dominio potencial del suceso por parte del omitente.

En realidad en la capacidad de acción está incluido este juicio causal, sólo que se refiere al realizado por el sujeto omitente, sobre la posibilidad de influir su omisión sobre el desarrollo del suceso, si considera a su omisión irrelevante, carece de dolo (aunque tal vez subsista la culpa). Vemos que la diferencia entre el juicio causal, realizado en el primer caso, y el que realiza el sujeto como elemento de la capacidad de acción¹⁴ difieren en su ubicación dentro de la

espacial se caracteriza por una continuidad de contenido entre las situaciones sucesivas. El hecho formal se define como una progresión de situaciones cualitativamente diversas. Sólo el hecho formal implica causalidad. Carmelutti, *Teoría general del derecho*, tr. Carlos G. Pozada, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941.

¹³ Cabe aclarar que mencionamos este tipo que parece indicar una inversión de la regla, mas es posible pensar casos en los cuales se dé una sucesión temporal.

¹⁴ Kauffmann considera como segundo elemento componente de la capacidad de acción que "el sujeto tiene además que estar en condiciones de calcular, en virtud de su conocimiento de las circunstancias de hecho ya existentes y de su saber causal en general, el curso de la acción prohibida". Aunque el concepto está referido a la comisión es aplicable a la omisión (*Teoría de las normas*, p. 187).

estructura del delito de omisión; el primero apunta a la estructura del concepto de omisión y el segundo al tipo subjetivo.

c) Norma penal y estructura de la omisión

Como se ha visto anteriormente la estructura de la omisión propia ha variado bastante respecto del criterio tradicional.

Dicha estructura ha cambiado fundamentalmente a nivel de la norma penal en interpretación armónica con el concepto de omisión, no así a nivel típico.

El tipo capta la norma parcialmente, a éste no le interesa el resultado en el cual se manifiesta la lesión al bien jurídico o, en su caso, la no producción del resultado por cuestiones ajenas a la acción mandada al sujeto omitente. Lo único que le interesa es, que frente al deber generado en una situación de hecho determinada, el sujeto actúe. Por ende, se está cortando arbitrariamente la finalidad de la omisión, mas este problema es salvado por la norma que incluye en sí al resultado como referente fáctico y al desarrollo del suceso, el cual (este último) sí se traslada al tipo, dándole a la omisión su carácter de unidad de sentido. Esto es, la omisión no existe sin el suceso al cual está unida. Tal suceso crea una unidad de omisión, que es inquebrantable mientras éste perdure en su desarrollo.

Consideremos un ejemplo: A se está ahogando y lo ven dos sujetos: X e Y. X ve a A (sabe que se está ahogando, sabe que lo puede ayudar y que debe hacerlo) y se sienta a mirar cómo se ahoga. También lo ve Y, pero éste se aleja un paso; ve que se sigue ahogando, se aleja otro paso, y así sucesivamente. En este caso X estaría cometiendo sólo una omisión; no es posible, a través de la conciencia del sujeto, establecer un corte temporal en su omisión; que es lo que sí se puede hacer en el caso de Y; por cada paso que da, comete una nueva omisión y el fraccionamiento temporal lo determinan sus acciones (es decir los pasos). Esto nos muestra una falla en la tesis que asimila la omisión propia a los delitos de pura actividad. Pensamos que el disvalor de omisión es mayor en X que en Y y, sin embargo, X comete una sola omisión e Y comete infinitas omisiones. Según la estructura de la omisión propia esbozada en este trabajo, ambos cometen una sola omisión, puesto que el hecho formal base de sus omisiones es el mismo.

5. ESTRUCTURA DE LA OMISIÓN IMPROPIA

Ésta no varía básicamente, en ella el tipo capta la misma norma que sirve de base a la omisión propia; ésta sólo manda a realizar la acción tendiente a evitar la lesión del bien jurídico, es decir, evitar el resultado si ello es posible.

Entonces la pregunta sería: ¿cuál es la diferencia entre ambos delitos de omisión? En principio, es que en la impropia ante la no ejecución de la acción mandada, el resultado aumenta la punibilidad; en cambio, en la propia, el resultado sólo es referente fáctico¹⁵.

La justificación de esta diferencia está dada por la posición de garante. Si se atribuye mayor pena por existir un resultado, tiene que existir una posición de garante.

En este punto hemos llegado a determinar el criterio de diferenciación planteado en la primera página. Este es que en la omisión impropia existe un resultado e, ineludiblemente, una posición de garante junto a él¹⁶. Se puede objetar que podría haber casos en que se aumente la pena por existir un resultado y no posición de garante, o a la inversa. En el primer caso se amplía a todo sujeto la obligación de evitar el resultado (si ello es posible), lo cual constituye una reglamentación de la vida social inconciliable con la idea de una sociedad libre¹⁷. Pero el problema dogmático reside en que la posición de garante es necesaria, para que la infracción a un deber de acción caiga en el ámbito de un delito de omisión¹⁸. Esto trae aparejado una agudización del problema que plantea la omisión impropia, en cuanto al principio de legalidad.

En el caso de que exista una posición de garante y el tipo no contemple el resultado, sería un caso de omisión propia.

¹⁵ Con respecto al resultado en la omisión impropia ver Schöne, Wolfgang, *Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1974-191.

¹⁶ En este punto cabe acotar, que el ejemplo puesto como excepción a la regla de la estructura de la omisión propia como un suceso temporal fraccionable con fines prácticos, cae por ser el art. 248 del Cód. Penal una omisión impropia.

¹⁷ Novoa Morreal, *Los delitos de omisión*, en "Doctrina Penal", año 6, n° 21, p. 40.

¹⁸ Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, *Rs. As.*, Panedillo, 1970, p. 40.

6. LA TENTATIVA

Luego del análisis de la estructura de ambas especies de delitos de omisión, el estudio de la tentativa se simplifica sobremanera.

Cabe aclarar que lo que se evalúa aquí no es la tentativa de omisión, sino la omisión de intentar cumplir el deber.

Para determinar la existencia de tentativa debemos determinar el principio de ejecución. Existen dos posturas básicas al respecto:

a) Comienza la tentativa cuando comienza la lesión al deber (que puede surgir de una posición de garante o no), es decir, desde el comienzo del estado de peligro que hace exigible una intervención²⁸.

b) Hay principio de ejecución antes del momento preciso en que la intervención deja de tener posibilidad de ser eficaz²⁹.

Existen dos objeciones al primer criterio³⁰:

1) Que el mandato de acción sea indiferente al momento en que se ejecuta.

2) Que las posibilidades de acción se den a lo largo de un lapso temporal más o menos dilatado.

Ambas objeciones se basan en que existen situaciones en que luego de surgir el mandato, el peligro no aumenta hasta la consumación. Mas el mandato no surge en una situación neutra para el bien jurídico, sino que lo hace cuando el bien jurídico se halla ante una situación desvalorada socialmente, a la cual la norma agrega el disvalor jurídico que convierte el no hacer en omisión. La acción mandada debe ejecutarse desde el primer momento, ya que aunque el peligro no aumente progresivamente, la consumación se acerca ineludiblemente, y cada minuto que pasa se va acer-

²⁸ Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, p. 154. Los que asimilan la omisión propia a los delitos de pura actividad sólo la admiten en los impropios. Stratenwerth, *Deverbo penal*, p. 314, § 1058, propone un criterio similar.

²⁹ Bacigalupo, *ob. cit.*, p. 155; Welzel, *ob. cit.*, p. 284 y 304.

³¹ Estas objeciones han sido extraídas de Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*.

cando a la consumación según su dominio potencial del suceso.

En cuanto al segundo criterio, trae una gran inseguridad ya que nunca se sabe con exactitud cuándo es el último momento útil. Además, el segundo criterio, más que como principio de ejecución, funciona como desistimiento eficaz de la tentativa hasta ahí realizada.

Lo único que dice es que si actúa antes de que la evitación del resultado no sea posible, no hay tentativa; el lapso anterior en todo caso resultaría ser una omisión preparatoria, lo cual sería dejar de lado el disvalor de omisión; por ejemplo, si yo veo a alguien ahogarse y lo dejo tragar agua hasta que en el último momento lo salvo. Nos parece que el efecto que trae aparejado este criterio es reprobable desde todo punto de vista.

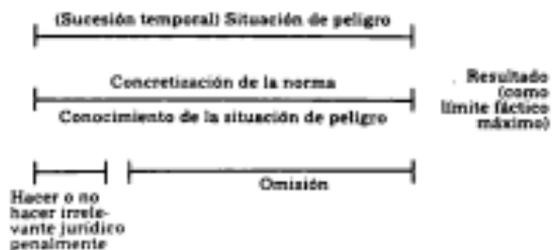
En resumen, como consecuencia lógica al desarrollo realizado de la estructura de la omisión propia, el principio de ejecución se define de la misma forma que en la omisión impropia y responde al primer criterio reseñado.

En tanto, si la omisión se realiza junto al desarrollo de una sucesión temporal, el momento en que el sujeto omitente considere que el resultado, como límite fáctico a la posibilidad de omisión, se puede producir según el plan estructurado con base en su saber causal, estaremos ante una tentativa acabada.

La tentativa en la omisión siempre es inidónea, puesto que lo único que aporta el sujeto omitente al suceso externo, es precisamente su omisión que se constituye en causa no obstativa a dicho suceso, mas no tiene fuerza causal positiva (como si la tiene la acción)²², por ende, no puede modificar la dirección causal de dicho suceso. Pero lo que puede determinar el corte del desarrollo causal del suceso externo es el grado de tentativa. Si se corta el desarrollo del suceso luego del punto en que el sujeto consideraba que podía producirse el resultado, la tentativa será acabada; pero si se corta antes de tal momento, la tentativa será inacabada, lo cual obstaría a un desistimiento antes que la tentativa se transformara en acabada.

²² Schopenhauer expresa que la causalidad se encuentra en relación exclusiva con cambios, y sólo tiene siempre que ver con ellos. Sobre la cuádruple raíz del principio de razón suficiente ver cap. IV, § 20.

7. GRÁFICO SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA OMISIÓN PROPIA



RELEVANCIA DEL ERROR DE PUNIBILIDAD*

SANTIAGO FELGUERAS

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es el de efectuar algunas consideraciones acerca de la necesidad o conveniencia de otorgarle relevancia al llamado "error de punibilidad". Creemos conveniente definir aquí qué es lo que se quiere decir cuando se habla de la relevancia de determinado tipo de error. Al sostenerse que un error es relevante se está afirmando que el autor debe tener conocimiento —a veces sólo potencial— de los elementos sobre los cuales puede recaer ese error relevante.

Actualmente no se discute acerca de la relevancia de dos tipos de errores en los que puede incurrir el autor de una acción: éstos son los errores de tipo y los errores de prohibición. A los primeros se les atribuye el efecto de excluir el dolo; a los segundos, el de disminuir o excluir la reprochabilidad (según que el error sea evitable o inevitable). Si bien es cierto que está en discusión cuál debe ser la consecuencia del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación —ya que se discute si se trata de un error de prohibición más, o si debe ser tratado como un error de tipo—, también lo es que su relevancia no está en discusión.

* Trabajo presentado en el seminario sobre la Teoría del error en la dogmática penal dictado por el profesor Marcelo Sancinetti durante los ciclos lectivos de 1984 y 1985 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Agradecemos la orientación y las enriquecedoras discusiones que mantuvimos con el profesor Sancinetti, sin cuya colaboración no habríamos llegado a realizar este trabajo.

De lo dicho hasta aquí surge que al asignarle relevancia al error de tipo, se está afirmando que el autor debe conocer los elementos del tipo (dolo), y al asignarle relevancia al error de prohibición, se está afirmando que el autor debe tener conocimiento –al menos potencial– de la antijuridicidad de su acción (culpabilidad).

En consecuencia, si se afirmase que los únicos errores relevantes son los errores de tipo y los de prohibición, se estaría diciendo que el único conocimiento que es necesario que tenga el autor es el referente a los elementos del tipo y a la antijuridicidad de la acción, es decir, al injusto penal, y, por lo tanto, su conocimiento o desconocimiento de cualquier presupuesto de la pena ajeno al injusto es indiferente. Si, en cambio, se reconoce que junto a aquellos dos errores hay un tercer error que tiene relevancia –el de punibilidad–, el autor tendrá que tener conocimiento –a veces sólo potencial– de todos los presupuestos de la pena, pertenezcan o no al injusto¹.

2. CONCEPTO DE ERROR DE PUNIBILIDAD

En un sentido amplio podría decirse que el error de punibilidad concurre cuando el autor cree erróneamente que la acción que realiza no es merecedora de pena, o cuando yerra acerca de cuál será la pena que se le impondrá por su acción. Sin embargo, la primera parte de esta definición es demasiado amplia, ya que incluye dentro del concepto de error de punibilidad tanto al error de tipo como al de prohibición. Esto es así porque quien obra con error de tipo, es decir, quien no sabe lo que hace, tampoco podría saber que su acción es merecedora de pena; en igual situación se encuentra quien cree que su acción no está prohibida o quien cree que está permitida (errores de prohibición). Es evidente, entonces, que es necesario delimitar cuáles son aquellos errores a los que se alude cuando se habla de error de punibilidad.

Podría decirse, al menos en forma provisoria, que errores de punibilidad son aquellos que recaen sobre la concurrencia de un presupuesto de la pena que no integra el in-

¹ No se consideran aquí los presupuestos procesales necesarios para la imposición de una pena, que exceden el tema de este trabajo. Con esta salvedad debe ser interpretado el texto principal.

justo que se le reprocha al autor; es decir, que el autor sabe que realiza una acción típica y antijurídica, pero cree que no es punible.

Serán errores de punibilidad, entonces, aquellos que recaigan sobre la concurrencia de un presupuesto de la pena ajeno al injusto culpable, y aquellos que versen acerca de cuál será la pena que se impondrá al autor por su acción.

3. EL ERROR DE PUNIBILIDAD EN LA DOGNÁTICA PENAL

La relevancia del error de punibilidad es un tema que prácticamente no ha sido discutido por los autores del derecho penal. En general se ha aceptado, sin fundamentar esta decisión, que el error de punibilidad es irrelevante. Esta máxima fue formulada y fundamentada por Binding y ha perdurado a través de las distintas teorías que se han sustentado desde aquel autor hasta nuestros días.

La solución que postula Binding surge como una inferencia lógica posible de sus puntos de partida. Pero no ocurre lo mismo con los autores actuales, que han criticado y desechado aquellos puntos de partida, y sin embargo, siguen sosteniendo la solución de aquel autor acerca de la relevancia del error de punibilidad, sin fundamento alguno.

Por lo tanto, para encontrar los fundamentos de la posición que sostiene que el error de punibilidad es irrelevante, será conveniente retrotraerse a la teoría de Binding y a su concepción de la pena.

4. LAS TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA Y EL ERROR DE PUNIBILIDAD

Respecto de este tema², en la teoría de las normas de Binding, la norma³ era un mandato dirigido a los súbditos

² En el estudio del tema de este trabajo, ha sido determinante de muchas de nuestras opiniones el libro de Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, Madrid, Civitas, 1982.

³ En este trabajo, al referirnos a la norma, incluimos dentro de ella a las causas de justificación; es decir, que sólo será contraria a la norma la conducta típica y antijurídica. Sin embargo, sólo adoptamos este criterio por razones de practicidad, sin que implique la adhesión a ninguna de las teorías que se sostienen al respecto.

del Estado; un imperativo que debía ser obedecido sin tomar en cuenta que a la desobediencia le siguiera una pena, es decir, un imperativo categórico.

La pena era una retribución de la acción realizada; era el castigo que se le imponía a quien desobedecía los mandatos del Estado.

Para esta concepción, la pena no podía ser motivadora del individuo, porque esto lesionaría la dignidad humana. Hegel se refería a las concepciones utilitaristas de la pena de la siguiente manera: "Con esta fundamentación de la pena, que es similar a la amenaza que hace a un perro un hombre con un bastón, el hombre resulta tratado como un perro y ello no corresponde a su honor y libertad"⁴.

Por lo tanto, la ley penal contenía dos mandatos: uno dirigido a los súbditos, que era el que prohibía la realización de determinadas conductas; otro, que sólo podría dirigirse al Estado, que ordenaba la imposición de una pena al súbdito que desobedeciera algún mandato.

De esta diferenciación surgía la irrelevancia del error de punibilidad: como el autor sólo podía motivarse en la norma, su conocimiento de todo presupuesto para la aplicación de la pena ajeno a la norma (mandato) era absolutamente irrelevante y, por lo tanto, también lo era un error al respecto. Sería ilógico pensar que se eximiría de pena al autor, porque tenía un error acerca de un mandato que no iba dirigido a él, y que de ningún modo podía afectar su capacidad de motivarse en la norma.

Un concepto de la pena similar al de Binding es el que ha sostenido E. Kant, luego seguido por Hegel. Para Kant la pena es un imperativo categórico; un imperativo de justicia. Debe aplicarse al delincuente "por la sola razón de que ha delinquido".

Así, Kant sostenía que "la pena jurídica... no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe serlo siempre contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido... El malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos. La ley penal es un imperativo categórico... Hay más: es que si la sociedad civil se disolviera por el consentimiento de todos

⁴ Bacigalupo, Delito y punibilidad, p. 163.

sus miembros... el último asesino detenido en una prisión debería ser muerto antes de esa disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen, y que el crimen de homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase imponer este castigo; porque entonces podría ser considerado cómplice de esta violación pública de justicia"³.

Si bien Kant no trató específicamente el tema del error de punibilidad, su justificación de la pena es esencialmente coincidente con la de Binding: ambos se enroldan en la llamada teoría retribucionista y consideraban que la norma debía ser obedecida por el mero hecho de que representaba un mandato para los súbditos, y no por el temor que infundía la pena que se aplicaba a quien no obedecía ese mandato. Creemos oportuno señalar que no parece posible que Kant aceptase la existencia de circunstancias que eximieran de pena al autor de un injusto culpable, pero de todas formas, es útil recurrir a él para estudiar los fundamentos últimos de la concepción de la pena que adoptó Binding.

Resumiendo: para esta teoría las normas eran mandatos que debían ser obedecidos sin tomar en cuenta si a su desobediencia la seguía una pena; por lo tanto, cualquier error sobre un presupuesto de la pena ajeno a la norma o sobre la pena misma⁴ (errores de punibilidad) era irrelevante.

a) Consecuencias de las teorías absolutas de la pena

Como ya se ha visto, una teoría absoluta de la pena como la de Kant y Binding conduce a afirmar la irrelevancia del error de punibilidad. Es necesario analizar, entonces, si es posible sostener una concepción absoluta de la pena en

³ Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*. Bs. As., Astrea, 1980, p. 439.

⁴ En nuestra opinión, aquel que adoptase la teoría kantiana no podría aceptar que quien viola una norma (es decir, realiza un injusto culpable) no sea penado por la concurrencia de un elemento ajeno a la norma (v.g., una excusa absolutoria). O bien ese elemento forma parte de la norma y, por lo tanto, cuando concurre, el autor no violó la norma; o bien es ajeno a la norma, y, en consecuencia, su concurrencia en nada afecta a la violación a la norma; en este caso la pena debe ser aplicada ya que, según Kant, aplicar la pena es un deber de justicia y aquella sociedad que no pensase a un delincuente sería "cómplice de esta violación pública de justicia" (ver nota 4). Si esto fuese así, los únicos errores de punibilidad posibles serían los referentes a la pena misma, y obviamente para esta concepción serían irrelevantes.

el estadio actual del derecho penal. Si se concluyera que no es sostenible, el paso siguiente debe ser determinar cuál es la justificación de la pena que se sustentará y cuáles son sus consecuencias en el ámbito del error de punibilidad.

Nos parece conveniente adelantar aquí que la determinación de una adecuada justificación de la pena excede los límites de este trabajo⁷, por lo que nos limitaremos a estudiar si es sostenible una teoría absoluta de la pena y a analizar las consecuencias de las restantes justificaciones de la pena en materia de error de punibilidad.

b) Críticas a las teorías absolutas de la pena

Esta teoría sostiene –sintéticamente– que la pena sólo puede aplicarse para castigar al delincuente, ya que cualquier otra fundamentación sería lesiva de “la libertad y la dignidad humana”⁸. Ésta es, en nuestra opinión, la idea central, el fundamento último de esta teoría.

Esta afirmación de los sustentadores de las teorías absolutas de la pena es cuestionada por Bacigalupo. Al respecto dice este autor que “no parece sostenible afirmar que la pena deba aplicarse sin tener en consideración el conocimiento de la amenaza penal, porque de esta manera se respetaría al hombre en su ‘honor y libertad’. En realidad, proceder de esa manera implicaría más que respeto, lesión de la dignidad humana, ya que no sería sino obligar al ciudadano a compartir íntimamente aquello que el Estado considera como valores elementales de la vida en común. Sólo de esta manera, es decir obligando al ciudadano a compartir íntimamente lo que el Estado piensa sobre los valores elementales de la vida común, podría justificarse un deber emergente del orden jurídico en forma ‘pura’, o sea, sin referirlo a la existencia de amenazas penales. Pero si además de la circunstancia de que tal obligación sería difícilmente compatible con los imperativos constitucionales que protegen la dignidad de la persona humana, se toma en cuenta

⁷ Quizá incluso pueda afirmarse que no es posible una definición sobre el tema. Así lo hace Bacigalupo cuando dice que “una decisión en favor de una de las teorías o variantes de las teorías que hemos presentado no es posible, pues... los argumentos contradictorios ‘proviene de campos que no resultan comparables’” (*Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1984, p. 16).

⁸ Ya que, como diría Hegel, justificar la pena de esta forma sería como considerar al hombre como un perro.

que "la selección de comportamientos estigmatizados como desviados, tiene lugar en base a criterios poco claros, tanto como la selección de las personas a las que el comportamiento desviado convierte en objeto de una pena"⁹ parece no quedar ningún punto de apoyo para sostener que el derecho penal debe renunciar a considerar al conocimiento de la amenaza como presupuesto de la pena por respeto al honor y a la libertad de la persona...

En otras palabras, si se quiere respetar verdaderamente el honor y la libertad, es preciso que no se convierta en delincuente a quien se ha guiado por su intuición y ésta no ha coincidido con la del Estado. Al Estado no debería importarle si el cumplimiento del deber sólo se apoya en la conciencia del mismo o en la fuerza coactiva de una amenaza"¹⁰.

Binding, que concebía a las normas como mandatos, se preguntaba por el destinatario de esos mandatos¹¹. El destinatario del mandato que contenía la norma era el súbdito del Estado, pero el del que mandaba imponer una pena al infractor, no podía ser otro que el Estado, ya que el primero era un mandato categórico¹². El súbdito no debía motivarse en la pena y, por lo tanto, el mandato de imponer una pena era ajeno a él.

Binding, entonces, se vio obligado a diferenciar entre el destinatario de la norma y el de la ley penal. Pero esta distinción implica la existencia de dos ámbitos de juzgamiento distintos: en uno de ellos se debe juzgar si el autor violó la norma, y en el otro, si se le aplicará la pena. Este doble ámbito de juzgamiento es el que origina la distinción entre injusto-culpable y punibilidad.

El juzgamiento que versa sobre la aplicación de una pena al autor, lo hará el derecho, y el que versa sobre la violación de la norma por parte del autor, tendrá que ser un juicio moral —ya que el derecho no puede realizar también este

⁹ Bacigalupo cita aquí a Stratenwerth, Günter, *Strafrecht*, I, 3ª ed., 1981, nº 17.

¹⁰ Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, p. 164.

¹¹ Distinta hubiera sido su respuesta si se hubiese preguntado por el destinatario de la amenaza penal, pero esta pregunta no podía ser formulada por Binding, ya que para él la pena siempre era un castigo, y tomarla como una amenaza sería lesivo de la dignidad humana (cfr. Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, p. 30).

¹² Es decir, que los súbditos del Estado no debían, por ejemplo, matar a otro, por la simple razón de que la ley lo prohibía, sin que en esto tuviera algo que ver la pena que seguía al homicidio.

segundo juicio, porque si ambos juicios fueran jurídicos necesariamente tendrían que ser coincidentes, y, en realidad, se trataría de un único juicio¹³. Esto implica que el Estado, al dictar una ley penal, necesariamente está imponiendo una moral; y que los súbditos deben acatar esa ley por la única razón de que crea para ellos un deber moral, que debe ser obedecido sin considerar si se impondrá una pena a la desobediencia¹⁴.

Para evitar esta necesaria referencia del derecho a la moral, Binding sostenía que los mandatos no creaban en los súbditos deberes morales, sino deberes jurídicos. Este argumento es refutado por Julius Binder cuando dice que no es difícil comprender "que la mera voluntad de la comunidad jurídica, que se presenta como exigencia frente al individuo (de un 'deber' de significación empírica, pero no trascendental) no puede surgir una obligación del individuo; de manera que aunque tuviéramos que admitir tal obligación frente a la voluntad de la comunidad, ella no sería resultante de dicha voluntad ni de su exteriorización, sino de la conciencia moral del sujeto de derecho"¹⁵.

Esta refutación de Binder, al cuestionar la existencia de deberes jurídicos —en el sentido de Binding—, reduce mucho la acción preventiva del derecho penal en la teoría de este último.

Considerando que la pena no tiene otra función que la de castigar a los culpables, ella está referida al pasado, y no cumple ninguna función de prevención. Pero como el individuo no tiene otros deberes que los morales —ya que los deberes jurídicos puros no existen—, si la norma coincide con los deberes morales que surgen de la propia conciencia mo-

¹³ Cuando, por ejemplo, concurre una excusa absolutoria, la acción es antijurídica, pero no es punible. Esto demuestra que el juicio en el que se determina si una acción es antijurídica, no puede hacerlo el mismo ordenamiento que determina que la acción no es merecedora de pena. Por lo tanto, el derecho no podrá realizar ambos juicios.

¹⁴ Cfr. Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, p. 102 y siguientes. Este planteo de Bacigalupo parecería conducir a la inexistencia de presupuestos de la pena ajenos al injusto culpable. Sin embargo, este autor sólo se limita a destacar la dificultad que hay para determinar un criterio para distinguir entre los elementos del injusto y los de la punibilidad, pero no cuestiona la existencia misma de los elementos de la punibilidad. Este tema será tratado más adelante, y sólo queremos destacar que las posiciones que se adoptan en él parecen depender en gran parte de los resultados que se quieren lograr en materia de participación.

¹⁵ Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, p. 81.

ral del individuo, su existencia es superflua, ya que el deber existía independientemente de ella; si, en cambio, el mandato no coincide con los mandatos de la conciencia moral del individuo, estos mandatos son inoperantes desde el punto de vista preventivo, ya que son de por sí inaptos para originar deberes morales. En ambos casos el derecho penal no cumpliría función de prevención alguna. La única acción preventiva que tendría sería con respecto a aquellas personas que se sintieran moralmente obligadas a obedecer lo que manda el derecho, por considerar a éste un medio idóneo para reglar la vida en sociedad, aun cuando no compartan el contenido material de sus mandatos¹⁸. Por lo tanto, en la teoría de Binding, la ley penal tendría todavía una función preventiva, al menos con respecto a los súbditos que pensasen así. Pero es claro que no podría sostenerse que la ley penal cumple una función preventiva efectiva, basándose en la suposición utópica de que todos los ciudadanos deben tener esa concepción moral.

Otra crítica, que se le ha formulado a la teoría retribucionista, es que no se ve qué ventaja puede obtenerse causándole un mal a quien ya ha causado un mal. Así, Carlos S. Nino, al analizar el tema, plantea las ventajas y los problemas que acarrea el retribucionismo. Sus críticas apuntan más bien a los fundamentos filosóficos de la concepción absoluta de la pena brindados por Kant y Hegel que a la articulación jurídica realizada por Binding. Dice que "el retribucionismo, por un lado, parece satisfacer casi todas las convicciones intuitivas de justicia: excluye la posibilidad de penar a un inocente, exige que sólo se penen las acciones voluntarias, prescribe penas más severas para los hechos más graves, determina que un acto intencional sea más severamente penado que uno negligente (ya que la reprochabilidad por el hecho es mayor), etcétera. Pero, por el otro lado, el retribucionismo requiere de nosotros una intuición ética básica que muy pocos compartimos: que la suma de dos males da como resultado un bien. ¿Qué sino el resentimiento y el deseo de venganza—uno puede preguntarse— explica una preferencia por un estado del mundo en que los males se multiplican, sin atender a la posibilidad de algún efecto benéfico para alguien? ¿No es acaso la demostración más clara del fetichismo ante las reglas propias del formalismo moral, toda esta idea de que los criminales deben

¹⁸ Esta idea parece aproximarse mucho a la concepción de Hegel.

ser penados cualesquiera que sean las consecuencias? ('aunque perezca el pueblo', como decía Kant)¹⁷.

Esta crítica ya había sido contestada por Hegel de la siguiente forma: "Si el delito y su anulación, lo que se define como pena se considera como un mal, parecerá posiblemente irracional, querer un mal simplemente porque ya existe otro mal¹⁸. Este carácter superficial de un mal es presupuesto como lo primero en las diversas teorías de la pena, de la intimidación, amenaza, mejoramiento, etc.; y lo que de allí resulta se define con la misma superficialidad como un bien. Pero, sin embargo, no se trata ni de un mal ni de un bien, sino de lo injusto (*Unrecht*) y la justicia (*Gerechtigkeit*). Aquellos puntos de vista superficiales dejan de lado una consideración objetiva de la justicia, que es el primer y más sustancial punto de vista en lo referente al delito, y se sigue por sí mismo, que el punto de vista moral, la parte subjetiva del delito, se convierte en esencial... Los distintos puntos de vista que pertenecen a la pena como fenómeno y su relación con la conciencia individual, así como las consecuencias sobre la representación (intimidación, mejoramiento, etc.), en su lugar, y ciertamente sólo en relación a las modalidades de la pena, son probablemente de consideración esencial, pero presuponen la fundamentación de que sancionar es en sí justo.

En esta discusión sólo se trata de que el delito, y no ya como producción de un mal, sino como lesión del derecho como tal, debe anularse, es decir, debe anularse aquello que da al delito su existencia; esta lesión es el verdadero mal que hay que eliminar y aquello en que ella consiste es el punto fundamental"¹⁹.

Si bien Hegel contesta adecuadamente las críticas de Nino, en su argumentación refiere necesariamente las exigencias del derecho penal a las de la ética. Esta referencia, en la que se apoya Hegel, es incompatible con la ideología del derecho penal actual.

¹⁷ Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 430. Este tema lo trata más extensamente en su libro *Los límites de la responsabilidad penal*, Bs. As., Astrea, 1960.

¹⁸ Hegel cita aquí a Klein, *Gründsatze des positiven Rechts*, I 2 y siguientes.

¹⁹ Bacigalupo, *loc. cit.*, p. 162-163.

c) Conclusiones acerca de las teorías absolutas de la pena

En nuestra opinión, no es posible sostener que una teoría absoluta de la pena —como la de Kant y Binding— es compatible con la ideología del derecho penal actual.

En primer lugar, porque esta teoría lleva inevitablemente a que el Estado imponga una moral a través del derecho penal. Esto es así porque, como ya fue expuesto, al originar un doble ámbito de juzgamiento, uno de ellos debe ser hecho necesariamente por la ética. En segundo lugar, y en estrecha relación con la primera objeción, el derecho penal tiene —en esta teoría— una reducida acción preventiva, y ésta surge de la propia conciencia moral de los individuos, y no del derecho penal mismo. En tercer lugar, es criticable el punto de partida del retribucionismo, según el cual no puede considerarse que el hombre se motiva en la pena, porque esto lesionaría su dignidad (ver, al respecto, las críticas de Bacigalupo ya citadas).

Quizá podrían sumarse a éstas, algunas otras críticas a la teoría retribucionista, pero consideramos que son suficientes para demostrar que una concepción absoluta de la pena no es sostenible actualmente.

Antes de pasar a analizar las teorías utilitaristas, y para concluir con el análisis de la teoría retribucionista, es conveniente citar aquí la opinión de Stratenwerth al respecto. Este autor dice que "la teoría de la pena tiene que afirmar que, si la función retributiva de la pena resulta teóricamente más que dudosa, fácticamente no es sino una realidad. La necesidad de retribución, como se ve en el caso de delitos conmovedores de la opinión pública, no podrá eliminarse sin más. Si estas necesidades no son satisfechas, es decir, si fracasa aunque sólo sea supuestamente la administración de justicia penal, estaremos siempre ante la amenaza de la recaída en el derecho de propia mano en la justicia de Lynch. Precisamente el origen histórico de la pena pública se corresponde en forma total con tales exigencias... Por lo tanto, el derecho penal estatal puede y tiene que ser entendido como una institución tendiente a controlar la confrontación del delito y el delincuente, no sólo en lo que concierne a los presupuestos y a la medida de la sanción, sino también en lo referente al proceso de terminación y de castigo del delito. Permítasenos agregar expresamente que, de ninguna manera esto significa una justificación de la idea real de la retribución ni del ámbito en el que el comportamiento

desviado resulta de facto penalizado. Principalmente debe quedar claro que el intento de separar la pena, mediante otras formas de elaboración de los conflictos, sólo puede tener éxito en la medida en que sea posible reducir las emociones que dominan el derecho penal"²⁶.

Consideramos acertada la opinión de Stratenwerth, pero, si bien puede ser cierto que el retribucionismo "fácticamente no es sino una realidad", esto no implica que se deban sostener las consecuencias que tiene esta concepción de la pena en cuanto al error de punibilidad, ya que esta teoría no parece ser teóricamente sostenible en el marco actual del derecho penal.

5. LAS TEORÍAS UTILITARIAS Y EL ERROR DE PUNIBILIDAD

Como ya adelantamos, no nos adheriremos en este trabajo a alguna de las justificaciones de la pena que postulan los distintos autores, sino que sólo nos limitaremos a determinar las consecuencias que la adopción de cada una de ellas acarrearía en cuanto al error de punibilidad.

a) Teoría de la prevención general

Si se adopta la teoría de la prevención general, podría sostenerse tanto la relevancia como la irrelevancia del error de punibilidad ya que ambas soluciones son compatibles con ella. Bacigalupo dice al respecto que "la prevención general no se vería afectada si el Estado sancionara a pesar de no tenerse en cuenta la conciencia de la punibilidad: en la medida en que con la pena amenazada se procura la adecuación de los mecanismos de autocontrol del autor potencial, es evidente que esta finalidad puede alcanzarse también aplicando penas inclusive a quienes nada supieron de la amenaza. Este hecho, podría sostenerse, serviría para estimular los esfuerzos de los ciudadanos no sólo por no sufrir la pena, sino también por informarse activamente de los comportamientos prohibidos bajo amenaza penal"²⁷.

"Contra esa afirmación no podría invocarse que un Estado que procediera de esta manera provocaría gran confu-

²⁶ Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Edersa, 1982, t. I, p. 18, § 45.

²⁷ Con este argumento podría dejarse de lado totalmente el principio de culpabilidad; este tema será tratado más adelante.

sión en los destinatarios del sistema penal. Si la prevención general se centra en operar sobre los mecanismos de control, no cabe duda de que tal punto de vista es falso. La amenaza intimidada por sí misma y con independencia de otras circunstancias"²².

Si bien es cierto que podría afirmarse que el error de punibilidad es irrelevante y sostener al mismo tiempo la teoría de la prevención general, también lo es que se podría afirmar la relevancia de dicho error sosteniendo aquella teoría. En consecuencia, la decisión acerca de la relevancia del error de punibilidad quedaría sujeta a criterios ajenos a la función de la pena adoptada.

La teoría de la prevención general podría llevar a dejar de lado el principio de culpabilidad. Es decir, que no sería necesario que aquellos a los que se les imponga una pena sean culpables de las acciones en virtud de las cuales se les impone esa pena, porque si se logra un alto grado de efectividad en la imposición de penas a los autores de conductas penadas, aun dejando de lado el principio de culpabilidad, el sistema penal funcionaría como estímulo de los sistemas de autocontrol. Es decir, los ciudadanos se cuidarían de no realizar acciones penadas, e inclusive actuarían con excesiva prudencia para evitar realizar una de esas acciones, aunque sea sin culpa de su parte.

Esta idea de que quien sostenga la teoría de la prevención general podría dejar de lado el principio de culpabilidad nos parece sostenible. Pero lo que no parece posible en el marco actual del derecho penal es dejar de lado el principio de culpabilidad.

Si se concluye que, aunque no surge de la teoría de la prevención general, no puede dejarse de lado el principio de culpabilidad, debería afirmarse que el autor debe conocer todos los presupuestos de la pena (pasando a ser este conocimiento un presupuesto más de la pena). Solamente podría afirmarse que no es necesario que el autor conozca algún presupuesto de la pena, si se tiene alguna razón teórica válida para sostener esa afirmación. En nuestra opinión, no existe ninguna razón para hacer esa diferenciación²³.

²² Bacigalupo, loc. cit., p. 189. La opinión contraria sostenía este mismo autor (El error sobre las excusas absolutivas, en "Cuadernos de política criminal", Madrid, 1979, n.º 5, p. 3 y siguientes).

²³ No pueden alegarse aquí las razones que podría dar Binding, ya que su teoría no puede sostenerse en la actualidad. Por otro lado, no se

b) Teoría de la prevención especial

Si, en cambio, se adopta la teoría de la prevención especial, tendría que afirmarse que el error de punibilidad es relevante. Esto es así porque cuando el autor de una acción obra con un error de punibilidad, cree que su conducta no será penada y por lo tanto puede inferir que, si bien violó la norma, no es una transgresión que el orden jurídico considere insoportable. Así como no es necesario resocializar a quienes quebrantan normas no penales, tampoco es necesario resocializar a quienes actúan en la convicción de que su acción no es insoportable para el derecho, sino que es sólo una transgresión a la norma, pero no penada. Como el autor no puede distinguir cuáles normas son fundamentales y cuáles no lo son, debe remitirse para ello a la punibilidad de su transgresión, de manera tal que si cree que no será penado, creará infringir una norma que no es fundamental y no tendría que ser resocializado²⁴.

Bacigalupo sostiene que, para determinar la relevancia que debe dársele al error de punibilidad, se debe optar por las consecuencias de la teoría de la prevención especial porque "carecemos de conocimientos empíricos suficientemente seguros sobre el funcionamiento de los mecanismos de la prevención general"²⁵. Este criterio lleva al autor citado a afirmar la relevancia del error de punibilidad, ya que considera que la teoría de la prevención general es compatible tanto con la relevancia como con la irrelevancia de dicho error. Consideramos que éste no es un fundamento suficiente para optar por la teoría de la prevención especial.

Las llamadas "teorías de la unión", son teorías que combinan los principios legitimantes de las teorías absolutas y utilitaristas de la pena. La pena será legítima, "en la medida en que sea a la vez justa y útil"²⁶. Estas teorías no traen consecuencias distintas a las vistas, porque como admiten la función motivadora de la pena, no implican lo que implicaban las teorías absolutas de la pena (ni siquiera la orientación que da preponderancia a la justicia sobre la utilidad)²⁷.

trata aquí de un criterio para distinguir los elementos del injuato de los de la culpabilidad, sino de encontrar un fundamento para realizar esa distinción, y que ésta sea relevante.

²⁴ Cfr. el artículo citado en la nota 22.

²⁵ Bacigalupo, loc. cit., p. 170.

²⁶ Bacigalupo, ob. cit. en nota 7, p. 16.

²⁷ *Ibidem*.

Analizaremos, por último, la justificación de la pena que propone Carlos S. Nino.

c) *La teoría consensualista propuesta por Nino*

Sostiene Nino que el hecho de reconocerle algún fin a una pena (prevención general, prevención especial, etc.) no es suficiente como para justificar la aplicación de esa pena. Es decir, que no es suficiente con que el mal que se le causa a una persona —al aplicarle una pena— sea menor que el que se evita con la aplicación de ella.

Nino le formula a las teorías utilitaristas dos críticas. En primer lugar, señala que estas teorías no garantizan de ningún modo la exigencia de "actitudes subjetivas" en el autor, de manera tal que podría llegar a justificarse que se pene a un inocente. Según este autor, esta crítica no llevaría por sí misma a descalificar dichas teorías, por lo que le formula una segunda crítica. Dice que "el problema no está sólo en la posibilidad de penar a inocentes sino también en el castigo de los culpables. Porque, como según el utilitarismo, esa culpabilidad es irrelevante (salvo por razones de eficacia) para justificar la pena, los que han delinquido podrían legítimamente protestar: ¿Por qué hemos de ser sacrificados nosotros en aras del mayor beneficio del resto de la sociedad, o sea, en definitiva, de otros hombres? No nos digan que porque hemos cometido delitos, porque eso, según ustedes es tan moralmente irrelevante como nuestro color de piel. Ustedes nos están usando sólo como medios en beneficio de otros"²⁸. El problema, entonces, sería que el utilitarismo origina una injusta distribución de las cargas y los beneficios en la sociedad.

Plantea Nino que si el autor del delito diese su consentimiento para que se aplique la pena, esto haría desaparecer el problema de la distribución injusta, ya que la pena no le ha sido impuesta, sino que ha sido libremente aceptada por el delincuente.

Ahora bien: "es razonable decir que una persona consciente lo que sabe que son consecuencias necesarias de su conducta voluntaria... Si alguien ejecuta libre y conscientemente un acto sabiendo que éste tiene como consecuencia normativa necesaria... la pérdida de inmunidad contra la pena de que los ciudadanos normalmente gozan, él consien-

²⁸ Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 430.

te en perder tal inmunidad, o sea en contraer responsabilidad penal"²⁹.

"El consentimiento que es aquí relevante es, por lo tanto, el consentimiento referente a las consecuencias normativas del acto, o sea, en el caso de la pena, el consentimiento a asumir una sujeción jurídica a ella. Este consentimiento está presente cuando la acción es voluntaria y el agente sabe que la consecuencia normativa se sigue necesariamente de tal acción"³⁰.

Esta teoría, en nuestra opinión, conduce a afirmar que el error de punibilidad es relevante. Esto es así porque si es preciso que el autor preste su consentimiento, y éste "está presente cuando la acción es voluntaria y el agente sabe que la consecuencia normativa se sigue necesariamente de tal acción" no parece posible sostener que el autor que, por un error de punibilidad, pensaba que no se le aplicaría una pena, al realizar su acción prestó su consentimiento para que se le aplique una pena.

A pesar de esto, Nino llega a la solución contraria. Así, sostiene este autor que "el consentimiento de cometer una acción enantiotética³¹ no se excluye cuando el agente se equivoca acerca de la presencia de una cierta condición de la pena que no es parte del antecedente de la responsabilidad penal, sino sólo una condición para su ejecución. El test acerca de cuándo alguna condición de la pena es de una u otra clase es su incidencia en la enantiotelidad de la acción; en la medida en que cierta circunstancia sea relevante para el objetivo de prevenir una clase de acciones por medio de la atribución a ellas de responsabilidad penal, esa circunstancia será parte del antecedente de la responsabilidad en cuestión. Esta calificación se toma en cuenta cuando se dice que la actitud subjetiva requerida es el consentimiento de realizar una acción enantiotética, ya que, por definición, la ausencia de una condición para la ejecución de cierta res-

²⁹ *Ibidem*, p. 431.

³⁰ Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 234. Luego, en p. 239, Nino explicita aún más el concepto de consentimiento; dice que "el agente consiente en asumir una responsabilidad penal cuando, o bien sabe que tal responsabilidad es una consecuencia necesaria de su actividad voluntaria, o, aunque cree que no es más que una posible consecuencia de su conducta, habría realizado la misma conducta si hubiera advertido que la responsabilidad penal era una consecuencia necesaria de ella".

³¹ La enantiotelidad es un concepto similar al de antijuricidad, aunque no se identifica totalmente con él.

pensabilidad penal no obsta a la enantiotelidad de la acción"²².

Este párrafo de Nino trae aparejados por los menos dos problemas. En primer lugar, no queda claro con qué criterio se determina cuáles son las condiciones que inciden en la enantiotelidad de la acción, y, en segundo lugar, el párrafo citado parece estar en franca contradicción con lo que expone Nino cuando dice que "ésta no es, claro está, la primera vez que la justificación de la pena ha sido conectada con el requerimiento de actitudes subjetivas. Sin embargo, me gustaría diferenciar esta propuesta de algunas otras. En primer lugar, lo que ella requiere es más que una cierta actitud subjetiva respecto del acto delictivo cometido: requiere una actitud subjetiva respecto de la pena misma"²³.

Dejando de lado las contradicciones en que pudo haber incurrido Nino, nos interesa destacar aquí que su teoría conduce a afirmar que el error de punibilidad es relevante.

6. CONCLUSIONES

Del análisis hecho de la relación entre las distintas teorías de la pena sostenibles actualmente y el error de punibilidad, surge la conveniencia de que dicho error sea relevante.

La única teoría de la pena que implica que el error de punibilidad debe ser irrelevante es la teoría retribucionista, que no puede sostenerse en el marco del derecho penal actual.

Si, en cambio, se adopta la teoría de la prevención especial o la teoría consensual de Nino, habrá que afirmar que el error de punibilidad es relevante.

Si se adopta la teoría de la prevención general, estimamos que debe considerarse al error de punibilidad como un error relevante, aunque en este caso los fundamentos no sean tan sólidos como los que sustentan la afirmación anterior.

Por lo tanto, cualquiera de las teorías de la pena que son compatibles con la ideología actual del derecho penal llevan a la conclusión de que debe considerarse relevante el error de punibilidad.

²² Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 339.

²³ *Ibidem*, p. 350.

7. OBSERVACIONES FINALES

Afirmada la relevancia del error de punibilidad, es conveniente hacer algunas aclaraciones.

En primer lugar, consideramos que es discutible que se pueda sostener que existen presupuestos de la pena ajenos al injusto-culpable (v.gr., excusas absolutorias) sin que esto origine un doble ámbito de juzgamiento similar al ya citado y criticado (esto sucedería si se dice que los elementos del injusto son los que componen la norma y los de la punibilidad, los que son ajenos a ella). Parece ser que el único criterio posible de distinción entre los elementos del injusto y los de la punibilidad podría surgir de la idea de que la antijuridicidad es la contrariedad al conjunto del ordenamiento jurídico. Partiendo de esta idea, podría afirmarse que en la medida en que la no concurrencia de un presupuesto de la pena exima de la imposición de esa pena, pero no le quite el carácter de ilícito a la acción en cuestión para otras ramas del ordenamiento jurídico, este presupuesto no pertenecerá al injusto sino a la punibilidad. De todas formas, creemos que esta solución es discutible, y que quizá no haya ningún criterio para determinar que un presupuesto de la pena es ajeno al injusto²⁴.

De todas formas, aceptada (o supuesta) la existencia de presupuestos de la pena ajenos al injusto culpable, un error sobre ellos debe ser relevante.

En segundo lugar, con respecto al tratamiento específico que deben recibir los distintos errores de punibilidad, sólo nos limitaremos a dar algunos lineamientos globales.

Con respecto a los errores sobre los elementos de la punibilidad (suponiendo que se afirmase su existencia) deben

²⁴ Este criterio podría originar contradicciones insalvables. Por ejemplo, en causas de justificación tradicionales como la legítima defensa y el estado de necesidad, no siempre concuerdan los juicios de los civilistas y de los penalistas acerca de si el agente estaba justificado. Si se adopta este criterio, esta disidencia llevaría a considerar conductas antijurídicas a algunas conductas que la dogmática penal considera justificadas casi sin discusión. Sólo quisimos aquí apuntar algunos problemas ya que este tema debe ser tratado con más detenimiento. Por otra parte, queremos aclarar aquí que el tratamiento que se les da en la dogmática a los presupuestos de la pena ajenos al injusto culpable parece estar destinado, sobre todo, a lograr las consecuencias que se desean en materia de participación.

ser tratados de igual manera que los errores de prohibición (por lo tanto, existirán tres tipos de errores de punibilidad en forma análoga a lo que ocurre con los de prohibición)²⁵.

Con respecto a los errores sobre la pena, su tratamiento debe ser estudiado cuidadosamente, ya que pueden suscitarse problemas con el principio de legalidad²⁶. En esencia, parecería que los errores sobre la naturaleza de la pena y sobre la escala penal aplicable (gravedad del injusto)²⁷ deben ser relevantes.

Por último, es necesario determinar si un error sobre la punibilidad repercute sobre la culpabilidad, o si la relevancia de este error implica la existencia de una categoría en la cual se analice la concurrencia de los posibles errores de punibilidad (es decir, la conciencia de la punibilidad).

Si se sostiene que no existen presupuestos de la pena ajenos al injusto culpable, el error de punibilidad siempre repercutirá sobre la culpabilidad, incluso en el caso de un error sobre la pena, ya que su efecto debería ser el de atenuar la reprochabilidad.

Si se sustenta la opinión contraria, es decir, que existen elementos propios de la punibilidad, podrían sostenerse ambas soluciones, pero nos parece preferible apoyar aquella que crea una nueva categoría, distinta de la culpabilidad, de manera tal que los errores de punibilidad no repercutan sobre la culpabilidad, sino sobre la conciencia de la punibilidad²⁸.

²⁵ Así, podrían darse errores sobre los presupuestos objetivos, sobre la existencia o sobre la extensión de una excusa absolutoria.

²⁶ Por ejemplo, si el autor, por un error inevitable, cree que su acción tiene pena de multa, cuando en realidad tiene pena de prisión. En este caso habría que ver si es posible aplicarle una pena de multa sin contradecir el principio de legalidad.

²⁷ Zaffaroni opina que este error es un error de subsunción. Nos parece que esta opinión del autor es equivocada, ya que se trata de un error acerca de la escala penal aplicable. La afirmación de que es un error sobre la cantidad de antijuridicidad, en primer lugar, supone que ella sea graduable (lo que no es posible si se la define como la condición de ser contrario a derecho, como lo hace el propio Zaffaroni), y en segundo lugar, deja ver un juicio iusnaturalista similar al de Binding.

²⁸ Pero es claro que si se adopta esta última solución, no podría sostenerse que un error inevitable sobre la punibilidad excluye la culpabilidad, como lo hace Bacigalupo en su *Manual* (ob. cit. en nota 7, p. 155). Es discutible la posición de Stratenwerth, que sostiene que el error de punibilidad es irrelevante, pero que debe ser tomado en cuenta al mensurar la pena (ob. cit., p. 99 y 162).

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, Madrid, Civitas, 1963.

— *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1984.

— *El error sobre las excusas absolutorias*, en "Cuaderno de política criminal", Madrid, 1978, n° 6, p. 3 y siguientes.

Jescheck, Hans, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1961.

Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, 1980.

— *Los límites de la responsabilidad penal*, Bs. As., Astrea, 1980.

Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Edersa, 1982, t. I.

Zaffaroni, Eugenio, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 1982.

CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

**EL CASO "PORTILLO"
Y LA CREACIÓN JUDICIAL DE EXCEPCIONES
NO PREVISTAS EN LA LEY**

FRANCISCO JAVIER ROMANO

Lo primero que nos llama la atención de este fallo es que presenta una serie de similitudes con el caso "Sejean" (CSJN, 27/11/86, LL, 1986-E-648):

a) En ambos casos se da la misma forma de votar: Fayt, Petracchi, Bacqué (mayoría) y Severo Caballero, Belluscio (minoría). Algunos de los argumentos y contraargumentos esgrimidos son iguales.

b) En "Sejean" el fundamento viene dado por el juego del derecho de casarse (art. 20) y el art. 19 de la Const. Nacional. En "Portillo" se combina la libertad religiosa y de conciencia con el art. 19 de la Const. Nacional.

c) En ambos casos se modifica una jurisprudencia más que centenaria.

d) En ambos casos se indica al Congreso lo que debe hacer. Existe pues una variación en el rol asumido tradicionalmente por la Corte Suprema. No se autoinhibe de resolver, sino que da una solución. Provisoriamente, la Corte crea la ley.

Pero existen también varias diferencias entre ambos pronunciamientos. La primera que señalaremos es que mientras en "Sejean" se declara la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393, en "Portillo" se crea una excepción no prevista por la ley.

En efecto, ante la objeción de conciencia planteada, la Corte tenía varios caminos:

1) Desecharla, fundamentalmente por aplicación de dos principios: carácter relativo del ejercicio de derechos, prin-

cipios y garantías constitucionales y carácter de orden público del deber de armarse en defensa de la Nación -art. 21, Const. Nacional-. (Así, dictamen del Procurador General y voto concordante de Belluscio; disidencia de Severo Caballero.)

2) Declarar la inconstitucionalidad del art. 44 de la ley 17.531.

3) Crear una excepción no prevista por la ley, excepción que podría darse:

- I. Por objeción religiosa.
- II. Por objeción de conciencia.
 - A. En tiempos de paz.
 - B. En tiempos de guerra.

Y en cuanto a su acreditación:

- a. Necesidad en todos los casos de "acabada acreditación y escrutinio".
- b. Presunción *iuris tantum* de sinceridad de la objeción.

La excepción creada por la Corte Suprema comprende los puntos I y II y entre las siguientes alternativas opta por A y b.

Es importante destacar que la mayoría parte de la libertad religiosa (ver consid. 5° *in fine* y 8°), para luego sostener que la protección debe extenderse a la libertad de conciencia. Caso contrario, se daría el "contrasentido de proteger el derecho a la libertad de cultos, como una forma de exteriorización del derecho a la libertad de conciencia, y no atender a este último como objeto de protección en sí mismo".

Como lo señala Severo Caballero, Portillo invocó ante la Cámara principios de la religión católica y ante la Corte la libertad personal. La Corte tuvo en cuenta ambas libertades del art. 14 de la Constitución y, por lo tanto, no vio en el recurrente "antes que nada a un objetor de conciencia" (según expresión de Oyhanarte en *La Nación*, 5/5/89).

La mayoría no se hizo cargo de que la religión católica no prohíbe ni descalifica el uso de las armas cuando media la defensa del país o existe guerra justa. Si lo advierte el presidente de la Corte (ver consid. 17; comunicado de los Abogados Católicos, *La Nación*, 29/4/89 y cita de palabras del Papa en Carta de lectores, *La Nación*, 30/4/89).

La opción por la alternativa A aparece clara: "Distinta sería la solución si el país y sus instituciones se encontraran en una circunstancia bélica".

En cuanto a la tercera alternativa, la mayoría primeramente habla de la necesidad de una acabada acreditación y escrutinio de las objeciones de conciencia, pero luego acoge la posibilidad b: "La sinceridad del peticionario no ha sido puesta en tela de juicio en los autos ni resulta controvertida en esta instancia, por lo cual corresponde tenerla por acreditada".

Este punto es sumamente importante para anticipar el efecto paradigmático del pronunciamiento. En un país con un elevadísimo porcentaje de católicos, podría también resultar elevadísimo el número de "objectores". De ser así, es muy probable que la jurisprudencia tome las palabras de Severo Caballero, quien advierte que la Corte norteamericana ha establecido condiciones estrictas para admitir la objeción de conciencia, "debiendo el peticionario demostrar que tiene clara conciencia de su oposición a cualquier forma de guerra, que su oposición está basada en una práctica religiosa, moral o ética mantenida con la fuerza de convicciones religiosas tradicionales, y que su objeción es sincera". Añade después: "Todo esto no se ha probado en el caso".

Ahora bien, ¿por qué ha creado la Corte esta excepción?

Cuando Carlos Cossio intenta "averiguar cómo obliga la ley al juez, es decir, que obstáculo pone la ley al arbitrio caprichoso del juez para que no desaparezcan el orden y la seguridad legales", encuentra la "vivencia de contradicción". "Mi arbitrio pone en el sustrato un sentido diferente de aquél que mi conciencia comprende como el sentido propio del sustrato" (*El derecho en el derecho judicial*, p. 132).

A poco que se reflexione surge que tal vivencia puede jugar justamente en sentido contrario: aplicar la ley tal como está, violenta mi conciencia. Entonces, la ajusto convenientemente —mediante una excepción que se aplique al caso—.

Lo que la mayoría ha encontrado en la ley es una laguna axiológica. A su juicio, el legislador no pudo haber previsto el caso de una disyuntiva tal entre creencias y cumplimiento de una carga pública, o en otras palabras, no tomó como relevante esta circunstancia, que desde la óptica valorativa lo es.

Al hablar de la interpretación restrictiva de excepción, Alf Ross dice que "es difícil dar ejemplos claros de este tipo de interpretación pues normalmente los tribunales no están dispuestos a admitir en forma abierta que están restringiendo la esfera de actuación de la ley... El juez atribuye cor-

tesmente a la voluntad real o hipotética del legislador, todo aquello que él considera correcto" (*Sobre el derecho y la justicia*, p. 143).

Véase este párrafo de la sentencia: "es irrelevante que la ley 17.531 no prevea expresamente las motivaciones religiosas como causal de excepción al servicio militar, dado que los derechos individuales... deben ser hechos valer obligatoriamente por los jueces en los casos concretos, sin importar que se encuentren o no incorporados a la legislación". Si es así, ¿por qué se dice al principio del mismo considerando que la solución global de estos problemas pasa por la decisión del legislador?

La mayoría afirma que existe un delicado equilibrio entre libertad y seguridad. La tensión planteada entre libertad de creencias -relativa- y el deber impuesto por el art. 21 -también relativo- debe superarse a través de una interpretación armónica, que coordine el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad. En ningún momento se habla de orden público.

Puestos ambos artículos a la misma altura, se evalúa el interés del Estado a los fines de la defensa prevista en el art. 21 y se manifiesta que tales propósitos podrían ser satisfechos de manera tal que se evite el conflicto.

La libertad de conciencia se relaciona con el art. 19. Una vez más se da sentido amplio a la esfera de las acciones privadas, que debe protegerse a toda costa de lo que se considera "violencia estatal al fuero interno". Es la misma idea que se pone de manifiesto en "Bazterrica" y "Sejean".

Éstos son los fundamentos de la sentencia, y no la constitución *Gaudium et Spes*, como se ha pretendido, que sólo se cita "a mayor abundamiento" (ver Oyhanarte, *La Nación*, 5/5/89).

La valoración del Procurador y la minoría es muy distinta. Para el primero la elección es clara: frente a los derechos individuales están los intereses del Estado -orden público, intereses de la sociedad toda y protección de la existencia y legítimos derechos de la Nación misma-.

El doctor Severo Caballero afirma que la reglamentación de los derechos puede provenir de la ley o de la misma Constitución. Tal el caso del art. 21. Negarse a la convocatoria al servicio militar no es acción privada de los hombres, por el contrario, afecta al orden público argentino y al bien común de la sociedad (la misma inteligencia del art. 19 manifestada en "Bazterrica" y "Sejean"). Las instituciones

que hacen a la estructura básica del Estado exigen que se aseguren valores más importantes, lo que no puede lograrse sino a costa de sacrificios y limitaciones a derechos o intereses individuales.

Podemos afirmar que existe entre mayoría y minoría una concepción distinta del valor libertad. En forma coherente con su postura, la segunda no encuentra laguna axiológica en la ley. Esta debe ser aplicada y los jueces no pueden establecer excepciones que ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo Nacional han entendido conveniente admitir, sin invadir sus esferas correspondientes.

Esto nos pone frente a otro delicado equilibrio. ¿Se extralimitó la Corte en sus funciones? La mayoría insiste en que se ha respetado la división de poderes: aquí la solución individual, allí la solución global. Por muy atendible que resulte el argumento, una cosa aparece clara. La lectura que a partir del fallo se haga del art. 44 de la ley 17.531 ya no será la misma. Será el artículo más "Portillo"; al elenco de excepciones legales habrá que agregarle una más: la posibilidad de que en tiempos de paz el servicio militar sea prestado sin armas, con base en objeción religiosa o de conciencia.

Hablábamos de las similitudes con el caso "Sejean". Allí la Corte también avanza, con un fallo que es discutible, pero lo hace ante un requerimiento concreto y casi podríamos decir urgente en la sociedad. Por otra parte, ya contaba con media sanción el proyecto de ley de divorcio.

Aquí nos quedamos con muchas dudas. La puerta que se ha abierto parece demasiado ancha. Nadie quiere una Corte que se autoinhiba constantemente, ni jueces que apliquen la ley como autómatas. Esta Corte ha demostrado en repetidas ocasiones su compromiso con la sociedad. Pero si como se ha dicho, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la última ratio del orden jurídico, la creación de excepciones debe ser última ratio del pronunciamiento judicial. Sólo debería apelarse a ella ante circunstancias particularmente graves, y cuando exista en el intérprete la convicción de que los valores que le sirven de base son compartidos por toda la sociedad.

**UNA APROXIMACIÓN A LA OBJECCIÓN
DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR.
ASPECTOS CONSTITUCIONALES**

(Nota al fallo "Portillo, Alfredo", CSJN, 18/4/89)

MARIANO GABRIEL GODACHEVICZ*

1. INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido recientemente un fallo que importa la admisión de la objeción de conciencia y significa un trascendente cambio en su jurisprudencia tradicional¹.

Por una mayoría de tres votos, los jueces Carlos Fayt, Enrique S. Petracchi y José A. Bacqué, con la disidencia de los ministros José S. Caballero y Augusto C. Belluscio y el dictamen en contra del Procurador General Juan Octavio Gauna.

Nos parece conveniente tratar primeramente la objeción de conciencia en general para luego analizar la objeción de conciencia al servicio militar. En particular pondremos énfasis en:

* Redactor de la revista "Lecciones y Ensayos". Becario de la Universidad de Buenos Aires (actualmente investigando sobre el régimen de objeción de conciencia). Ayudante-alumno en las asignaturas Elementos de derecho constitucional y Filosofía del derecho.

¹ La Corte ha decidido con anterioridad dos causas en las que se planteó la objeción de conciencia: "Lopardo, Fernando Gabriel" (Fallos, 304:1524); "Wilms, Juan A." (Fallos, 308:615). Se trataba de dos miembros de la Asociación Testigos de Jehová, autores del delito de insubordinación militar previsto por el art. 867 del Cód. de Justicia Militar. Los recurrentes plantearon que su religión les prohibía portar armas y vestir uniformes militares. Después del año 1984, las Cámaras Federales de Apelaciones recibieron causas similares en las que con criterios disímiles decidieron la reducción de las penas a los objetores, respecto de las sanciones impuestas por los Tribunales Militares.

fasis en los argumentos que se han dado en favor y en contra de la admisión de la objeción de conciencia, muchos de los cuales se hallan en el fallo que motiva este comentario.

2. OBJECIÓN DE CONCIENCIA

a) Definición y requisitos propios

Podemos caracterizar a la objeción de conciencia como el incumplimiento de una obligación jurídica por parte de un individuo, basándose en que ello lesiona sus convicciones más íntimas en materia ética, religiosa, moral o filosófica. Se objeta una obligación impuesta a toda la comunidad o sólo a un sector de ella, por encontrarse ésta en determinada situación, por ejemplo, porque se haya obligado a prestar el servicio militar.

De lo que se trata es de que la persona desobedezca una ley que crea deberes dirigidos contra él o la generalidad, por sentirse sujeto a un deber de no contribuir a una práctica legalmente instaurada².

La objeción de conciencia no tiene por fin apelar al sentimiento de justicia de la comunidad para que se modifique la ley que el objetor considera injusta, por lo que en una sociedad democrática el objetor de conciencia se encuentra en una situación incómoda. Esto es así en razón de que desde el punto de vista de los otros miembros de la sociedad no está haciendo lo que de él se espera; desde el punto de vista que lo mueve a desobedecer, no está haciendo todo lo posible para conseguir que una decisión que a él le parece incorrecta sea reducida a la inoperancia³. Distintos son los condicionantes para que nos hallemos ante un caso de objeción de conciencia: a) que no se trate de un deber facultativo impuesto por la ley o bien que ella no prevea un deber alternativo a fin de cumplir así la obligación legal; b) conforme al principio de autonomía, la conducta del objetor no puede producir perjuicio a terceros; c) se requiere que la acción del objetor sea sincera, en especial ha de tenerse en cuenta la conducta anterior del infractor⁴.

² Malamud Gotti, Jaime, *El lenguaje en el derecho, homenaje a Genaro Carriz*: La objeción de conciencia, p. 275, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1985.

³ Singer, Peter, *Democracia y desobediencia*, Ariel, p. 162.

⁴ Malamud Gotti, ob. cit.

b) Tipología de la objeción de conciencia

Distintas son las formas que puede asumir la objeción de conciencia. Si bien la negativa a cumplir el servicio militar es una de las manifestaciones más difundidas, la objeción de conciencia actualmente en Europa produce otras formas más complejas: así, la negativa a pagar el porcentaje de impuestos que se asigna a la defensa, destinándose la suma objetada a la promoción de actividades sociales, donándolas a organismos nacionales o internacionales de derechos humanos, o la negativa a desarrollar actividades profesionales en contra de la propia conciencia, por ejemplo, un médico que se niegue a realizar un aborto, aunque se halle justificado para hacerlo.

Una forma singular de objeción de conciencia está dada por la negación a jurar de acuerdo con determinada fórmula por razones religiosas⁵. La doctrina caracteriza a la negativa de reverenciar los símbolos patrios como un tipo de objeción de conciencia⁶.

3. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR

a) Generalidades y clasificación

Como podrá haber apreciado el lector, la objeción de conciencia al servicio militar se da cuando una persona por razones de conciencia se niega a prestar el servicio militar⁷, pero a su vez esta forma de objeción admite dos clasificaciones: ella puede ser total o parcial. La primera es la sostenida por los pacifistas en cuanto se oponen a cualquier clase de guerra. La segunda, que puede asumir varias modalidades,

⁵ Giannini, Giorgio, *L'obiezione di coscienza*, LL, 29/10/69.

⁶ En este sentido puede verse Nino, Carlos S., *Un caso de conciencia. El deber de reverenciar los símbolos patrios*, en "Doctrina Penal", 1983-314 y ss.; Malamud Gotti, ob. cit., y los fallos producidos en las causas "Barros, Juan c/Ministerio de Educación" (CSJN, Fallos, 391:151) y "D'Aversa, Pablo c/Estado Nacional", 1ª Inst Cont Adm Fed Juzg n° 4, firme, 20/5/81 (ED, 85-358), entre otros.

⁷ La resolución 337 del Consejo de Europa establece que la objeción de conciencia al servicio militar se manifiesta en la negativa a la prestación del servicio militar en razón de una convicción profunda de acción religiosa, ética, moral, humanitaria, filosófica u otro de la misma naturaleza. Esta definición también fue adoptada por el Parlamento Europeo en su resolución del 7/2/83 y por numerosas legislaciones extranjeras.

es la sustentada por personas que entienden que, en algunos casos el uso de la fuerza está justificado, aunque en otros supuestos ello no ocurre. Existen varias razones que puede alegar el objetor para justificar su posición contraria al uso de la fuerza: la ilegalidad del conflicto, los fines que se persiguen con la guerra de que se trate, los métodos utilizados para combatir, etcétera. Como es obvio la posición del pacifista es más aliviada que la de aquella persona que postula una objeción circunstancial a determinada guerra.

Si el objetor es un pacifista, ello supone siempre la existencia de un conflicto de valores entre el objetor y la sociedad; para solucionar tal conflicto se ha establecido en varios países la posibilidad de realizar un servicio alternativo al servicio militar, sea cumpliendo funciones de no combatiente dentro de las fuerzas armadas o realizando un servicio civil alternativo en instituciones comunitarias.

Con ello se efectúa una especie de transacción entre las autoridades y quienes realmente tienen convicciones que no les permiten participar en las guerras.

En cambio si lo que se objeta son los propósitos o fines que se persiguen en determinado conflicto bélico, o bien los métodos utilizados en el combate, el conflicto de valores se hace más agudo.

No resulta probable que un gobierno acepte que, en principio, está utilizando su fuerza armada ilegítimamente, violando normas de derecho interno o internacional. Asimismo, tampoco es fácil que admita que los métodos utilizados en el aludido conflicto importen la ejecución de una política genocida, y finalmente es seguro que no estará dispuesto a compartir las apreciaciones que haga el objetor acerca de las finalidades u objetivos que persigue el gobierno a participar en la guerra⁸.

El fenómeno de la objeción de conciencia al servicio militar comenzó a plantearse con alguna frecuencia recién después de la Segunda Guerra Mundial, particularmente en los años 60 y primeros años de la década del 70. Sin embargo, durante la Primera y Segunda Guerra Mundial existieron casos aislados de objetores de conciencia.

Como ya hemos dicho, éste no es el primer caso que se

⁸ La objeción de conciencia al servicio militar. Informe de la Eide Osjborne y Nubamba Chipoya ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU 14/11/85, Centro Información ONU para Argentina y Uruguay.

planteó ante los estrados judiciales solicitando que se admitiera la objeción de conciencia. La Corte Suprema tuvo oportunidad de fallar el 26/10/83 el caso "Lopardo, Fernando Gabriel" (Fallos, 304:1524), en el que con argumentos muy similares a los que se utilizaron en "Portillo" por parte del Procurador General y la minoría, se rechazó la demanda.

La cuestión fue nuevamente planteada en el caso "Wilms, Juan A." (Fallos, 308:615) donde la Corte, en su actual composición, se remitió a la doctrina establecida en el caso "Lopardo".

Estos fallos han motivado un interesante debate doctrinario respecto de la posibilidad de admisión de la objeción de conciencia.

b) Argumentos acerca de la objeción de conciencia

1) Por su admisión. El art. 21 de la Const. Nacional establece la obligación para los ciudadanos de armarse en defensa de la Patria y la Constitución, pero la obligación no es absoluta ya que la propia ley 17.531, reglamentaria del art. 21 de la Constitución, prevé excepciones (arts. 32 y 33). Debemos pues preguntarnos si puede surgir una excepción al servicio militar a la luz de las propias normas constitucionales.

La cuestión, entonces, es determinar si la objeción de conciencia puede admitirse como un derecho que surge a la luz de las normas de la propia Constitución Nacional. En este sentido creemos que los arts. 14, 19 y 33 nos otorgan el marco necesario para admitirla. La conjugación de estas normas nos permite afirmar que nuestra Constitución establece entre sus derechos la libertad de conciencia, que como todos los derechos debe ser ejercido conforme las leyes que razonablemente reglamenten su ejercicio (arts. 14 y 28, Const. Nacional), sin que esa reglamentación pueda alterar la esencia del derecho imposibilitando su ejercicio.

Debemos pues aclarar cómo interpretamos el criterio de razonabilidad. Pensamos que no solamente la restricción a la libertad de conciencia debe importar la existencia de proporcionalidad y adecuación entre el fin o el interés estatal perseguido con los medios que prevé la ley para satisfacer tal interés. En cuanto a la restricción de derechos que se consideran fundamentales de la persona, creemos que el interés público tutelado debe ser un interés estatal urgente.

Se advierte así que es erróneo plantear el problema de la objeción de conciencia en términos de contraposición en-

tre el interés público y el privado o entre la seguridad y derechos individuales. Existe entre éstos una relación de recíproca subordinación. La preeminencia de uno u otro será resuelta en cada caso y luego de efectuar el balance entre los intereses que se hallan en juego⁹.

Aplicando estos criterios al caso que motiva este comentario, es necesario señalar que si bien existe una obligación constitucional de defender a la Patria y a la Constitución, no por ello ha de concluirse que tal obligación sólo puede ser satisfecha por la realización del servicio militar. Existen otras formas de defensa, por ejemplo, cumpliendo actividades de no combatiente dentro de la fuerzas armadas o bien realizando un servicio civil comunitario fuera del ámbito militar¹⁰. No creemos en este sentido que cause detrimento a la defensa de la Nación el hecho de que un grupo de jóvenes, alegando razones de conciencia, se nieguen a realizar el servicio militar y hagan en su lugar un servicio alternativo.

Por ende, no se percibe un interés estatal urgente que justifique la restricción de la objeción de conciencia y, en cambio, con ella se respeta el principio de autonomía sin vulnerar sus límites, cuales son afectar el orden o la moral pública o provocar perjuicios a terceros. "No hay razones para obligar a alguien a hacer algo que cree moralmente incorrecto si el cumplimiento de tal obligación en poco o en nada contribuye a preservar los derechos de terceros"¹¹.

⁹ Este criterio de balance ha sido expuesto en el considerando del voto del ministro Petracchi en el fallo "Poncetti de Balbín c/Editorial Atlántida" (CSJN, Fallos, 305:1892) y por el ministro Caballero en el fallo "Campilay, Julio c/La Razón" (CSJN, 15/5/86, LL, 1986-C-406) en el consid. 4 de su voto.

¹⁰ En varios países europeos se ha establecido este régimen. Así en Alemania el art. 12 de la ley fundamental de Bonn de 1949; España, art. 30.2 de la Constitución de 1978 reglamentado por ley del 2/10/84; Italia, ley de objeción de conciencia de 1972 reformada en 1974; Francia, ley del 8/8/83, entre otros. En América, Bolivia y Paraguay establecen la objeción de conciencia para la secta Menonitas, y otros países de nuestro continente como México, Brasil y Uruguay admiten en el sistema jurídico la objeción de conciencia al servicio militar.

¹¹ Concordantemente con nuestra información respecto a que el establecimiento de un servicio alternativo al servicio militar no produce perjuicios a la defensa nacional y que él, en cambio, implica un mayor respeto al gobierno por la autonomía individual, pueden verse los fundamentos a los proyectos de ley admitiendo la objeción de conciencia presentados por el Poder Ejecutivo Nacional en 1984 (Cámara de Diputados de la Nación, Dia-

2) Críticas. Resumiremos las principales críticas efectuadas.

a) Los derechos que emanan de una de las cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que imponen otras, de manera de no poner en pugna tales disposiciones sino, por el contrario, darles aquel sentido que las deja a todas con igual valor y efecto. Y, no corresponde poner en pugna estos mandatos imperativos con la enunciación de aquellos derechos con el fin de eludir el cumplimiento de los primeros.

b) No estamos ante las acciones privadas que la Constitución Nacional sustrae de la autoridad de los magistrados, sino que se trata de actividades del fuero externo que chocan con el bien común, el orden público. Jurídicamente el ejercicio de la libertad de conciencia halla su límite en las exigencias del justo orden público, el bien común de la sociedad toda y la protección de la existencia de los legítimos derechos de la Nación misma.

c) El más importante de los deberes del ciudadano es el que fija el art. 21 de la Const. Nacional en cuanto obliga a todo ciudadano a armarse en defensa de la Patria y de la Constitución. Por intermedio de este deber se consolidan los dos fines más importantes previstos en el Preámbulo, cuales son el de consolidar la paz interior y el de proveer a la defensa común¹². Así las cosas, admitir la objeción de conciencia al servicio militar, provocaría un estado de indefensión. El poder público no podría cumplir con los mandatos del Preámbulo, si los ciudadanos rehúsan por razones

rio de Sesiones, p. 6738; proyecto de ley presentado por el señor senador Antonio T. Berhongaray en agosto de 1903. En el proyecto de ley del señor diputado Alberto Aramouni se expresa: "La ley que establecía el servicio militar obligatorio fue sancionada a principios de siglo. Con esta norma se pretendía integrar a los jóvenes de todo un país de grandes distancias, incomunicado, con pocos centros urbanos y una elevada tasa de analfabetismo... La concepción militar que inspiró esta ley tenía sustento en la idea de la Nación en armas, la incorporación de todos los varones aptos a fin de poseer un ejército numeroso... Pero el pensamiento militar evolucionó, hoy las guerras las ejecutan grupos reducidos de hombres quienes reciben una preparación intensa y muy tecnificada... Los Estados deben contar con ejércitos, no sería realista sostener lo contrario, y a través del servicio militar optativo se reclutarán aquellos jóvenes que voluntariamente deseen aprender el manejo de las armas, mientras que los jóvenes que no quieran empuñar las armas podrán ser útiles a la comunidad cumpliendo un servicio civil alternativo".

¹² González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina de 1853-1860*, Bs. As., Estrada, 1927.

de conciencia proporcionarle los medios humanos y materiales necesarios para ello¹³.

d) Las causales aceptadas actualmente por la ley 17.531 son objetivas, susceptibles de verificación y control, mientras que el carácter íntimo de la objeción de conciencia no es en principio susceptible de manifestarse por síntomas objetivos verificables¹⁴.

e) La obligación de realizar el servicio militar es una carga pública que debe ser repartida sobre la base de la igualdad, por lo que resultaría contrario al principio de igualdad admitir la excepción al servicio militar por razones de conciencia, pues con ello se estaría concediendo un privilegio repugnante a la igualdad.

Es verdad que según la clásica doctrina establecida por la Corte Suprema (Fallos, 23:107), el principio de igualdad requiere que no se establezcan excepciones y privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros, en idénticas circunstancias. Una motivación religiosa o moral, aun demostrada su autenticidad, no es justificativo bastante para que, llegado el caso de conflicto armado, se establezca una categoría de ciudadanos que hubieren de dar su vida en defensa de los demás miembros de la comunidad, mientras que otros quedaran exentos de ofrecer ese último sacrificio¹⁵.

f) Usualmente se plantean otros argumentos más generales, por ejemplo, la existencia de beneficios que se obtienen por vivir en comunidad, la vigencia de un gobierno democrático y la consiguiente posibilidad de modificar las leyes, etcétera. Tales argumentos tienden a postular o sustentar la negación a una desobediencia al derecho y por ello no los consideraremos.

3) *Refutaciones.* El mismo sistema emplearemos, pues, para resumir las principales refutaciones.

a) No se trata aquí de contraponer una obligación y un derecho de rango constitucional, para que se destruyan recíprocamente. Muy por el contrario, pretendemos buscar una interpretación que los armonice. Con este fin hemos

¹³ Padilla, Miguel, *Lecciones de derechos humanos y garantías*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988.

¹⁴ Gómez Andrade, Jorge, *La invocación de la objeción de conciencia por motivos religiosos como causal de exención de la prestación del servicio militar*, LL, 1985-C-1047.

¹⁵ Padilla, ob. cit.

utilizado uno de los criterios de interpretación posible, el de la exigencia de la razonabilidad previsto en el art. 28 de la Const. Nacional.

b) En toda sociedad respetuosa del principio de autonomía de la voluntad los poderes públicos deben demostrar la existencia de especiales razones para restringir conductas basadas sobre convicciones éticas o religiosas de las personas¹⁶. En este sentido no ha de limitarse la libertad de la conciencia, si es posible hallar alternativas que no eximan al objetor de las obligaciones, pero tampoco violenten sus convicciones con grave riesgo para su autonomía (consid. 11, voto de la mayoría del fallo en análisis).

En cuanto a que la actitud del objetor de conciencia está fuera del marco de protección del art. 19 de la Constitución, consideramos que si bien tal conducta tiene manifestaciones en el fuero externo, el ámbito privado que establece el artículo mencionado abarca los sentimientos, hábitos y costumbres, situaciones de familia, situaciones económicas, las creencias religiosas, la salud mental y física, en suma, las acciones, hechos y datos teniendo en cuenta las normas de vida aceptadas por la comunidad. La acción legislativa no puede extenderse al campo de las acciones privadas salvo que ellas afecten el orden, la moral pública o perjudiquen los derechos de terceros. En el caso de la objeción de conciencia, no se verifica, en principio, una extralimitación en este sentido, pues no se ve qué consecuencias ella podría tener respecto de terceros, máxime cuando el objetor estaría obligado a realizar un servicio alternativo sin desmedro de la defensa nacional¹⁷.

c) Se nos plantea la posibilidad de que admitiendo la objeción de conciencia se provoque la indefensión nacional. Creemos aplicables los argumentos ya expresados.

Otra posibilidad es admitir la objeción solamente en el caso de paz cuando ello no conlleva un peligro grave e inminente para los intereses protegidos por el Estado, pero en caso de que el país o sus instituciones se encontraran en circunstancias bélicas, ella podría no admitirse (consid. 11 del fallo en análisis).

¹⁶ Gullco, Hernán V., *La conciencia disidente del derecho penal*, en "Doctrina Penal", año X, n° 33.

¹⁷ Para un examen de la jurisprudencia de la Corte respecto de los alcances del art. 19 de la Const. Nacional pueden verse: CSJN, Fallos, 256:15. 332:604; 308:1892; JA, 1986-IV-208.

Quizá si los gobiernos eximieran a todos los objetores en caso de guerra, no habría hombres suficientes para ir a la guerra, si el gobierno considera que la guerra es necesaria o justa, dará prioridad absoluta a las medidas que aseguren hombres suficientes para ganarla. Es concebible que el gobierno tenga razón para hacerlo, por más que la cantidad de objetores debería hacerle dudar seriamente de que ella se justifique²⁴.

d) No hay tribunal o comisión que pueda examinar a fondo la conciencia de un individuo. La declaración suficientemente motivada basta para conseguir el beneficio de la objeción de conciencia. El reconocimiento de la objeción habrá de ser el resultado de una acabada acreditación y escrutinio de dichas motivaciones. Sin embargo, este procedimiento debe hacerse respetando el debido proceso por un tribunal imparcial e independiente. A este respecto, en algunos países se admiten amplios medios probatorios e incluso se establece un servicio sustitutorio más largo para desalentar a los falsos objetores.

e) Respecto al argumento por el cual la objeción de conciencia iría en detrimento del principio de igualdad, por hallarse quienes realizan el servicio militar en un peligro mayor en un supuesto de guerra, en la ley francesa del 8/7/83 (art. 116-5º) se dispone que el servicio podrá consistir en trabajos o misiones de utilidad pública pudiendo incluso revestir carácter de peligrosidad. En tiempos de guerra, los interesados tendrán a su cargo misiones de servicio o de socorro de interés nacional de una naturaleza tal que se mantenga la igualdad de todos frente al peligro común. El Consejo de Estado fijará en época de paz las misiones aquí citadas.

4. ALGUNAS CUESTIONES PARTICULARES DEL FALLO EN ANÁLISIS

Existen dos puntos que merecen un análisis aparte. Ellos no tienen que ver estrictamente con la objeción de conciencia, sino que pertenecen al campo de la interpretación judicial en general.

a) La Corte se aparta de los argumentos presentados por el recurrente y no considera la interpretación del dogma

²⁴ Singer, *ob. cit.*

católico romano sobre el cual el apelante basa su petición. A este respecto sostiene el tribunal que lo que está en juego no es el alcance de la prohibición religiosa "no matarás" que invoca el recurrente, ya que la Corte carece de competencia para interpretar los dogmas religiosos, sino el ámbito de autonomía de una persona religiosa.

La posible lesión a las legítimas creencias de un ciudadano motivadas por la obligación militar puede alcanzar no sólo a quienes profesan un culto en particular, sino también a quienes establezcan una determinada jerarquía entre sus valores éticos, adjudicando especial preeminencia al de no poner en riesgo la vida de sus semejantes.

Garantizar a los individuos la igualdad en lo atinente a sus creencias significa que se es igual por merecer el mismo respeto y consideración, cualesquiera fuesen las ideas religiosas que se tengan aun cuando ninguna se sostenga (consids. 9, 10 y 12 del voto de la mayoría).

Resulta conveniente recordar que al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas del derecho federal como por definición son las constitucionales, la Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos presentados por las partes o por el *quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado¹⁹.

b) Sostiene la disidencia, que admitir la objeción de conciencia importa una atribución de facultades legisferantes por parte del Poder Judicial. A este respecto sostiene que es cierto que no compete a los jueces asignar a los ciudadanos los mencionados servicios, pero no es propio de éstos, en una causa judicial, conjurar los agravios que pueda inferir el ejercicio de esta facultad a otros principios constitucionales. De tal manera es irrelevante que la ley 17.531 no prevea las manifestaciones religiosas como excepción al servicio militar, dado que los derechos individuales, especialmente los que requieren una abstención de los poderes públicos pueden ser hechos valer obligatoriamente por los jueces en los casos concretos, sin importar que se encuentren incorporados o no a la legislación (consid. 15, voto de la mayoría).

Creemos, no obstante estos argumentos que, como lo ha dicho una reiterada jurisprudencia de la Corte, el ingente

¹⁹ CSJN, 1/12988, "Sánchez Abelenda, R. c/Ediciones de la Urraca, SA y otro", LL, 1988-B-548, consid. 6°.

papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces no incluye obviamente la facultad de instituir la ley misma.

La misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes del Estado²⁰.

5. CONCLUSIÓN

Podemos afirmar que no existen reparos constitucionales para admitir en nuestro país la objeción de conciencia, sino que, por el contrario, es dable afirmar que hemos encontrado razones que recomiendan su inserción en el régimen jurídico argentino. Pero tal inserción no puede efectuarse por vía judicial, sino a través de una ley del Congreso que contemple la objeción de conciencia, o bien, habría que estudiar la posibilidad de que el Poder Ejecutivo, en su carácter de comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, regule esta situación a través de un decreto.

²⁰ CSJN, 30/9/88, "Rolón Zappa, Víctor F. jubilación", LL, 1988-E-150.

EL CASO "PORTILLO" Y LOS LÍMITES DE LA TOLERANCIA

ROBERTO PABLO SABA*

1. DEMOCRACIA Y TOLERANCIA

El pluralismo es un rasgo inherente y característico del sistema democrático, a tal punto que es contradictorio hablar de este último cuando se niega el primero. La democracia sólo es posible sobre la existencia real de ciertos derechos conocidos como "humanos". El derecho a la vida, a la libre adopción de principios morales, filosóficos, políticos o de otra índole son sólo algunos ejemplos de derechos humanos que, como tales, se fundamentan sobre la creencia en la existencia de un principio superior conocido como el de la autonomía de la persona¹. De acuerdo con lo que éste prescribe, resulta ser "valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana". Esto es así al punto de que "el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución"². El lí-

* Secretario de Redacción Adjunto de la revista "Lecciones y Ensayos". Ayudante-alumno en las asignaturas Elementos de derecho constitucional, Teoría del Estado y Sociología. Estudiante de derecho y ciencia política.

¹ Se tomará como hipótesis el reconocimiento de este principio, por parte del pensamiento liberal, como uno de los pilares básicos que sostienen su filosofía, sin adentrarnos, en este caso, en la discusión acerca de la posición metafísica que se haya adoptado para afirmarlo.

² Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Astrea, 1969, p. 204.

mite al principio caracterizado es, por lo tanto, según la posición liberal, la imposibilidad de realizar cualquier conducta que perjudique a terceros³. Esto nos ubica en el centro del problema sobre el que tratará el presente comentario.

El pluralismo, como ya se dijo, es un elemento esencial del sistema democrático y se encuentra absolutamente ligado a la tolerancia. Ambos, pluralismo y tolerancia, son dos caras de una misma moneda. Una vez aclarado este punto sobreviene el problema referente a los límites de esa tolerancia. De lo dicho respecto al principio de autonomía parece desprenderse, necesariamente, que la tolerancia no es ilimitada y encuentra su coto en el libre ejercicio de la autonomía de los terceros. Pero, si partimos de la hipótesis de la existencia del principio mencionado y de su límite en una democracia, surgirá sin duda el problema de la limitación de la tolerancia dentro de un sistema cuyo rasgo diferencial es, precisamente, esa tolerancia. ¿Es posible poner un coto a la libre elección de una creencia o ideología dentro de una democracia? Si es así, ¿quién quedaría excluido del sistema? ¿quién tomaría la decisión, y con qué legitimidad, acerca de esta selección entre los "amigos" de la democracia y sus "enemigos"? ¿Es posible, entonces, que un pacifista que no puede matar a ningún ser humano sea incluido dentro de la categoría de "enemigo" de un sistema que privilegia el valor vida como uno de los presupuestos para el desarrollo de la autonomía, teniendo en cuenta que ésta constituye uno de sus principios básicos?

Aparece luego el cuestionamiento acerca de si es posible que sean limitados derechos como el de libertad de conciencia (abarcativo de la libre adopción de principios religiosos, morales, políticos o filosóficos). Si la respuesta fuera negativa, cabe preguntarse qué sucedería cuando aquel individuo que haga uso de su derecho decida actuar de acuerdo con lo que piensa.

El presente trabajo tratará de indagar hasta dónde se extiende la tolerancia a la luz de un fallo reciente de la Corte Suprema y si su posición no es contradictoria con los principios fundamentales de la democracia, así como tratar de

³ El reconocimiento positivo de estos principios liberales se encuentran en los arts. 4º y 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 o en el art. 19 de la Constitución argentina. Sobre el desarrollo de este principio ver Mill, John S., *Sobre la libertad*, tr. Pablo Acciari, Madrid, Sarpe, 1966.

esclarecer quién quedaría fuera de esos límites dentro del concepto que se maneja de esta última.

Sobre el caso "Portillo" se han escrito varios comentarios. Algunos de ellos lo presentan como una intromisión del Poder Judicial dentro del ámbito del Poder Legislativo utilizando este argumento, entre otros, para criticar el voto de la mayoría por privilegiar un individualismo extremo frente a valores que consideran superiores a éste, como ser la "defensa nacional", "el orden público", "el bienestar general" o la "solidaridad" entre los conciudadanos, sin considerar —dicen— las consecuencias que esto podría traer. Se oponen por tanto, a la existencia de la objeción de conciencia que —afirman— reconoce la Corte⁴. Otros, que elogian el fallo, sostienen que la Corte ha hecho un aporte importante a la consolidación y reconocimiento de los derechos individuales, permitiendo que, por razones de conciencia, un individuo pueda ser autorizado a no tomar las armas⁵.

En este comentario se tratará de exponer una tercera opinión, en la que, si bien se analizarán los argumentos a favor de la libertad de conciencia que sostuvo la Corte, se verá que no los utilizó para concedérsela a quien se negara a matar a otro ser humano, aun cuando esté en juego su vida, su libertad, la de sus connacionales o la supervivencia del sistema democrático, o cuando ese otro ser humano sea lo que el Estado o, mejor, un gobierno, reconoce como un enemigo.

Es, pues, a partir de esta interpretación del fallo, que se intentará sacar a la superficie los principios que subyacen a los razonamientos y cómo se articulan éstos en el marco de una normativa correspondiente a un Estado de derecho. No se expondrán juicios de valor acerca de lo que es mejor o peor, más o menos justo, sino que, a partir de principios que la misma Corte reconoce, se evaluarán los que se encuentran explícita o implícitamente en el transcurrir de su razonamiento.

⁴ Sobre estos argumentos en contra ver: Padilla, Miguel M., *La objeción de conciencia como eximente del servicio militar con armas*, LL, 1989-C-431; Morello, Augusto M. - León, Félix R., *El caso Portillo (La objeción de conciencia y su necesaria replantación por ley)*, JA, 21/8/89, p. 33.

⁵ Sobre estos argumentos en favor del fallo ver: Nino, Carlos S., *Justicia a la conciencia*, LL, 1989-C-1197; Bidart Campos, Germán J., *Un brillante e innovador fallo de la Corte Suprema acepta parcialmente la objeción de conciencia para los deberes militares*, ED, 7/8/89, p. 1; Herrendorf, Daniel, *Quien no quiere morir a los veinte años no tiene por qué depositar su fe en las armas*, ED, 7/8/89, p. 4.

Creemos necesario aclarar que el voto de la minoría y el dictamen del Procurador, con cuyos comentarios comienza el trabajo, fueron incorporados por contener argumentos que la Corte venía manteniendo con anterioridad a este caso, así como por tener algunos puntos de contacto importantes con el voto de la mayoría, que se analizará posteriormente.

2. CREER Y ACTUAR

A título informativo, se puede decir que el fallo "Portillo" del 18/4/89⁴ trata el caso en que el actor, tras ser condenado como desertor por no haber concurrido a cumplir con el servicio militar obligatorio que prescribe la ley 17.531 en su art. 44, invocó la condición de católico y, por lo tanto, su derecho de profesar libremente su culto (el cual, según él, le prohíbe matar) para impugnar la norma mencionada por considerarla contraria al art. 14 de la Const. Nacional.

Tanto el Procurador como la minoría recurren a similares argumentos. Efectivamente, el primero sostiene, en la parte III de su dictamen, que la ley 17.531 es reglamentaria del art. 21 de la Constitución. De esto se desprende que lo que se tratará de dirimir es el aparente conflicto entre los arts. 21 y 14 de la Ley Fundamental. Ante este problema, el Procurador utiliza la pauta interpretativa de conciliar los derechos y deberes que emanan de la Constitución partiendo del presupuesto axiomático de que ésta es un todo armónico carente de contradicciones⁵.

Más adelante, y en lo que estimamos un párrafo medular de su razonamiento, el Procurador explicita, en forma clara, "que los derechos que el recurrente estimaba vulnerados, no lo serían en virtud de disposiciones legislativas sino de preceptos de la misma jerarquía constitucional que aquéllos" (los arts. 14 y 21, Const. Nacional). Sostiene, como dijimos más arriba, que hay que interpretarlos dentro del contexto de la Constitución siendo para él, dicha interpretación conciliadora, la que establece una jerarquía que coloca a la obligación de armarse para defender a la Patria y

⁴ "Portillo, Alfredo s/ infracción art. 44 ley 17.531" (L.XX, p. 391), LL, 1989-C-405.

⁵ El dictamen del Procurador sigue los lineamientos generales del fallo correspondiente al caso "Leopardo" (Fallos, 304:1528).

la Constitución sobre el derecho a la libertad de conciencia, pues, en este caso, el ejercicio de este derecho no es una acción privada, que sustrae la Constitución de la autoridad de los magistrados, sino de "actitudes del foro externo que tocan el orden público (art. 19)" y que, por consiguiente, "la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público, del bien común de la sociedad toda y en la protección de la existencia y de los legítimos derechos de la Nación misma" (el subrayado es nuestro)⁸. De esta cita se desprenden dos importantes observaciones: por un lado, el Procurador, al mencionar el ejercicio de la libertad de conciencia, supone implícitamente como posible una escisión entre la creencia en determinados principios y la actuación en la vida de acuerdo con ellos, cosa que parece un tanto imposible si dejamos de lado la posibilidad de actuar hipócritamente, o sumamente perjudicial por acarrear un comportamiento esquizoide, si consideramos el conflicto que implica pensar de un modo y actuar, por razones prudenciales, de otro⁹.

Creemos que esto no es posible y que esta posición forzada se soluciona sólo considerando como ilegal la creencia y el ejercicio de acuerdo con ella del derecho de libertad de conciencia o (remarco la disyunción) sosteniendo que es completamente legal actuar según nuestras creencias.

Por otro lado, se puede señalar que el razonamiento del Procurador, encierra el pensamiento que sostiene que el derecho, mientras actúe en el foro interno, íntimo, es válido sin ningún tipo de injerencia estatal, pero ésta es perfectamente constitucional, en cuanto el ejercicio del mencionado derecho surge al foro externo, apoyándose en una interpretación acorde del art. 19¹⁰.

El voto en disidencia del doctor Caballero expone argumentos similares a los del Procurador. Éste sostiene, en concordancia con un reiterado modelo interpretativo de la Corte, que "las leyes dictadas por el Congreso gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente" (consid.

⁸ Acerca de la posición de la Corte, en fallos precedentes, sobre las actitudes del foro externo que tocan el orden público, ver el caso "Carrizo / Cotto", Fallos, 304:1524; LL, 1980-C-280.

⁹ Sobre la distinción entre "creencias" y "culto", cabe resaltar que la doctrina está de acuerdo con la escisión de ambos en el sentido a que se refiere la Corte.

¹⁰ Los argumentos del doctor Augusto César Belluscio coinciden en todo con el dictamen del Procurador, pues así lo explicita al dar su voto.

6º). Agrega el magistrado en el consid. 8º que los derechos no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamentan razonablemente su ejercicio y, además, deben interpretarse de tal modo que se concilien con los deberes que ordena la Constitución. La reglamentación debe salvaguardar —prosigue— “el orden y la seguridad de la comunidad, y de las instituciones que constituyen la estructura fundamental del Estado al servicio del bien común”.

De este modo se observa que, por medio del uso de conceptos tan amplios como “orden”, “seguridad”, “equilibrio”, “bien común”, cuya delimitación sólo puede realizarse desde un punto de vista muy subjetivo, sumado a la presunción citada más arriba y a la concepción relativa de los derechos que, si bien compartimos en parte tiene en el presente caso características propias que trataremos más adelante, se obtiene como resultado una aceptación casi irrestricta de las leyes, haciendo ilusorio el control de constitucionalidad¹¹, lo que puede hacer peligrar la real vigencia de los derechos constitucionales de las minorías.

En el consid. 12, el doctor Caballero retoma un argumento que ya vimos en el dictamen del Procurador, y es el de la posibilidad de dividir la creencia del acto. El entonces presidente de la Corte dice que “se advierte que la imposición del servicio militar no le impedirá ejercer libremente su culto, en cuanto creencia, como así tampoco difundir, enseñar o aprender dentro de su credo” (el subrayado es nuestro), según lo cual se desprende que, al parecer, le está permitido hacer todo esto, mas no actuar según sus creencias. El Procurador se pronuncia en el mismo sentido al hablar de los límites al ejercicio de la libertad de conciencia.

Dramatizándolo, es como si se dijera: Tú puedes creer en el precepto bíblico “no matarás”; pero, llegado el caso deberás matar porque, en cuanto no quieras hacerlo, estarás incurriendo en lo que el Procurador denomina “actitudes del foro externo que tocan el orden público”, que, de acuerdo con su interpretación del art. 19 de la Const. Nacional;

¹¹ Vale destacar que tomamos como un hecho, que no discutiremos en esta oportunidad, que es al Poder Judicial a quien le corresponde realizar el control de constitucionalidad, haciendo la aclaración de que esta atribución se la autoarrogó la propia Corte tomando argumentos que tienen su antecedente en el fallo que emitió el juez Marshall de la Corte de los Estados Unidos en el caso “Marbury v. Madison” (1 Cranch 137,2 L.ED. 60, 1803), constituyendo, de este modo, una creación pretoriana.

puede ser limitada por la ley, y no está exenta de la autoridad de los magistrados.

Aquí aparece nuevamente la concepción relativa de los derechos. No nos referiremos a ella en general, sino a la existencia de la posibilidad de limitar el específico derecho de la libertad de conciencia que, si bien no está expresado en la Constitución, como dice el doctor Caballero (consid. 12), éste se encuentra claramente en los arts. 14, 19 y 33, como bien lo señala, oportunamente, el voto de la mayoría.

Creemos, entonces, que caben las siguientes preguntas: ¿es posible creer en ciertos preceptos y, al mismo tiempo, actuar contra ellos? ¿Es lógico que se permita a alguien adoptar cualquier credo, pero prohibirle creer en parte de él? Pues, esto es lo que se está haciendo aquí. Por un lado se le permite al señor Portillo que adhiera a una creencia, porque esto debe ser así en un sistema democrático; pero, por otro, se le obliga a no creer en uno de sus más importantes principios, como es el amor a la vida y el repudio a la acción de quitarla, sin distinguir entre amigos o enemigos.

Creemos que no es oportuno ni relevante analizar, como hace el doctor Caballero, acerca de si la Iglesia Católica Apostólica Romana "por la pluma de sus doctores más significativos" no repudia el uso de armas en una guerra justa, pues otro podría argumentar que "el primer movimiento religioso que plantea un rechazo absoluto al uso de las armas y, por tanto, al servicio militar es el cristianismo"¹² y citar, por ejemplo, a Lactancio que dice que "cuando Dios nos prohíbe matar, no sólo prohíbe el bandidaje que las propias leyes públicas no permiten, sino que nos advierte que ni siquiera hagamos lo que los hombres consideran lícito. Así, a un hombre justo no se le permitirá servir como soldado, ya que su servicio militar es la justicia"¹³. La misma Biblia, considerada palabra de Dios, para los que creen en ella, habla de "poner la otra mejilla" y "amar al enemigo"¹⁴.

¹² Américo Cuervo-Arango, Fernando, *La objeción de conciencia al servicio militar*, en "Anuario de Derechos Humanos", Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, 1985, t. 3, p. 14.

¹³ *Ibidem*, p. 15. Américo dice que en el mismo sentido que el texto de Lactancio (*Divinae Institutiones*, VI, XX, 15-16), existen otros de Tertuliano, Cipriano y Orígenes.

¹⁴ En Mateo 5,38: "Se dijo además: 'Ojo por ojo y diente por diente'. En cambio, yo les digo: No resientan a los malvados. Presentale la mejilla izquierda al que te abofetea la derecha... Se dijo asimismo: 'Ama a tu pró-

De todos modos, poco importa todo esto porque lo que aquí está en juego, en realidad, es la medida en que el individuo, en su autonomía, puede elegir libremente una posición filosófica o religiosa que no tiene por qué coincidir con lo que sostienen "los doctores más significativos", puesto que no corresponde a la Corte examinar el origen de la creencia, sino ésta en sí misma, como parte de la conciencia del individuo.

En síntesis, la pregunta sería ésta: si bien tomamos como premisa que los derechos pueden ser limitados mas no extinguidos¹³, ¿hasta qué punto, en este caso, el de la libertad de conciencia, la limitación del derecho no termina por anularlo? ¿Es posible creer a medias? Si se está por la negativa, este dilema hallaría fácil resolución si se adopta una de las siguientes alternativas: a) o bien se sostiene honestamente que el sistema no permite creencias de este tipo y que todo aquel que crea en esta clase de principios está fuera de él y, por lo tanto, contra él, convirtiéndose, en síntesis, en un deviado que deberá voluntariamente cambiar de idea o ser castigado con sanciones jurídicas provenientes del Estado. Decimos que sería más honesto, pues creemos que no lo es el permitirle a alguien creer en lo que le parezca mejor y luego castigarlo por ello, pues, en definitiva, este tipo de contradicción es la que debe salvar hábilmente la Corte para no desconocer el derecho, por un lado, y poder sancionar al individuo que lo ejerce, por el otro; b) o bien se admite la tolerancia de todo tipo de creencia (en este caso "no matar a nadie"), aun cuando de su ejercicio se suponga una posible lesión a intereses como "la defensa nacional".

Si se está por la afirmativa, caemos nuevamente en el problema de la posibilidad de escisión entre la creencia, y la acción de acuerdo con ella.

Como dijimos más arriba, y según lo prescribe el sabio art. 19 de la Constitución, existe un grupo que, con toda razón, no debe ser afectado por el ilimitado ejercicio de nues-

jimo y guarda rencor a tu enemigo'. Pero yo les digo: 'Amen a sus enemigos y recen por sus perseguidores'".

También en Lutas 6,29: "Pero yo les digo a ustedes que me escuchan: Amen a sus enemigos, hagan el bien a los que los odian, bendigan a los que los maldicen, rueguen por los que los maltratan. Al que te golpee en una mejilla, preséntale la otra... Por el contrario, amen a sus enemigos, hagan el bien y presten sin esperar algo a cambio".

¹³ Sobre la concepción relativa de los derechos ver Folios, 199:149 y 483, 300:450, 249:252; 262:265, entre otros.



tros derechos: éstos son los llamados "terceros". Pero cabe preguntarse quiénes constituyen este grupo, o quién cae bajo esta denominación, máxime cuando la creencia a la cual se adhiere tiene la característica de ser universal.

El objetor de conciencia que se niega a matar, evidentemente, lo hace por un respeto a la vida¹⁸, como uno de los bienes más preciados del hombre. El principio de autonomía de la persona tiene, también, como uno de sus presupuestos básicos la posibilidad de vivir, a tal punto que una persona no puede utilizar a otra (incluyendo, obviamente, su vida) como medio para realizar su fin, por ello el límite de mi autonomía es la autonomía de los demás.

La posición liberal defiende la autonomía (o la vida) de los terceros frente al ejercicio de la de cada uno. El objetor, en este caso, también se niega a afectar la vida (o la autonomía) de terceros. En síntesis, ambas posturas (la del objetor y la de la tendencia filosófica descripta) estiman valiosa la autonomía o la vida, pero manejan diferentes concepciones de los denominados terceros.

Portillo, por pertenecer a una religión de carácter universal, no distingue entre amigos o enemigos, nacionales o extranjeros. Los terceros, a quienes no puede afectar, incluyen a todos los hombres, sin distinción del rol o posición que ocupen en un determinado momento.

Los terceros a los que se refiere la Corte, a quienes no se puede afectar en su autonomía, son los connacionales o mejor, los que el gobierno considere "amigos".

Como conclusión de este planteo, se podría decir que ambas posturas manejan distintas ideas de lo que son los terceros: una amplia y una restringida, una abarca a todos los hombres y otra sólo a los "amigos", pero ambas sostienen que el valor vida es supremo y no puede ser afectado. Obviamente nos encontramos ante un problema de filosofía moral y no uno de naturaleza jurídica. Se podrían argumentar teorías como la de la defensa propia, donde la ley permite afectar, si es absolutamente necesario, el bien jurídico vida. Pero, ¿cómo resuelve la ley el caso de quien, por un extremado respeto a la vida de los terceros, está dis-

¹⁸ Se tomará como presupuesto hipotético, a los fines de plantear el problema, el hecho de que la posición de este objetor corresponde a la de un pacifista que se niega a matar porque su Dios lo manda, pero también por un absoluto respeto a la vida, de modo tal que no lo hace por meras razones prudenciales (temer a un castigo divino).

puesto a perder la suya? ¿Se lo puede obligar a matar para defenderse? Y si se dice que por pertenecer a una comunidad nacional y por solidaridad con sus compatriotas debe hacerlo, porque si no estaría afectando la autonomía de estos terceros ¿no puede argumentar Portillo que, de ese modo, estaría afectando la autonomía o la vida de otros terceros (los enemigos del campo de batalla)?

Retomando el problema jurídico y ateniéndonos a la letra del art. 19 de la Const. Nacional en lo referente a las acciones privadas que no perjudiquen a terceros, podemos decir que éste es el punto en que el juez debe opinar sobre el tema, debe tomar una decisión. En este sentido, todo parece estar circunscripto a decidir si la omisión o no de la obligación de armarse del art. 21 de la Constitución por el ejercicio del derecho del art. 14 afecta a terceros, según lo prescribe el art. 19, en el sentido de que los perjudica. Esto es completamente discutible y es resuelto por la opinión de quien tiene el poder de hacerla valer (el juez o el legislador)¹⁷. Es el punto donde se acaban los razonamientos lógicos y se debe tomar una decisión desde la propia reflexión de quien debe hacerlo y puede ordenar su cumplimiento apoyándose, por ende, en una posición moral determinada (en este caso, la del juez).

En el consid. 13 y haciendo referencia al art. 19, Caballero dice que no corresponde poner en pugna mandatos imperativos, como el del art. 21, con la enunciación de derechos para eludir los primeros "habida cuenta -agrega- de que negarse a la convocatoria del servicio militar, no es una acción privada de los hombres que sustraen la Constitución a la autoridad de los magistrados (art. 19), sino un obrar externo que afecta el justo orden público argentino y al bien común de la sociedad", retomando las mismas palabras que refieren a amplios y ambiguos conceptos criticados anteriormente. Aquí, como en el dictamen del Procurador, se vuelve a interpretar el art. 19 como protector de las acciones privadas de los hombres, entendiendo éstas como un "obrar interno", como oposición al "obrar externo" que afecta el "orden público argentino" y "el bien común de la sociedad". Pero ¿qué es el obrar externo?, ¿dónde termina? Si este último

¹⁷ La diferencia que se podría señalar es que mientras las decisiones del juez surgen de su propia reflexión y de su interpretación de la ley, las del legislador surgen de un debate entre aquellos que fueron elegidos por los ciudadanos para que lo hagan.

es sólo el que pasa por lo que pensamos, sin poder actuar según nuestras ideas, porque eso pasaría a ser obrar externo susceptible de ser limitado o eliminado a criterio de quien ocupe el poder dentro de la estructura del Estado —los jueces en este caso—, la idea de acciones privadas sería muy restringida y, nos animaríamos a decir, casi sin utilidad, pues de qué sirve que se le dé total libertad para las acciones privadas entendidas como pensamiento, si quitamos toda libertad para actuar según este último.

Aparentemente, del conflicto entre los derechos del hombre y el poder del Estado para imponer comportamientos, bajo esta interpretación del art. 19, el segundo siempre saldría ganando.

Este pensamiento se hace perfectamente explícito en el consid. 14, donde se desarrolla la interpretación del art. 19: el ministro de la Corte, aludiendo a la doctrina de ésta, dice que las acciones privadas de dicho artículo "son aquellas que arraigan y permanecen en el interior de la conciencia de las personas y sólo a ellas conciernen, sin concretarse en actos exteriores que puedan incidir en los derechos de otros, o que afecten directamente a la convivencia humana social, al orden y a la moral pública y a las instituciones básicas que en ellas se asientan" (el subrayado es nuestro), y continúa: "las primeras —aunque pueden ser exteriores— pertenecen al ámbito de la moral personal y están reservadas sólo al juicio de la propia conciencia y al de Dios, y escapan, por ende, a la regulación de la ley positiva y a la autoridad de los magistrados. Las segundas, que configuran conductas exteriores con incidencia sobre derechos ajenos y proyección comunitaria, entran en el campo de las relaciones sociales objetivas que constituyen la esfera propia de vigencia de la justicia y el derecho; estas conductas, por ende, están sometidas a la reglamentación de la ley en torno al bien común y a la autoridad de los magistrados (dictamen del señor Procurador General en Fallos, 300:254; 302:604)" (el subrayado es nuestro).

Para esquematizar este razonamiento, se puede decir que el presidente de la Corte divide las acciones privadas, consideradas por él como aquellas ubicadas en el interior de la conciencia, en las que se concretan en actos interiores (debería decir qué entiende por éstos) y las que lo hacen en actos exteriores. Estos últimos son, a su vez, divididos en los que no inciden sobre terceros y los que lo hacen. Sólo los que inciden sobre terceros son susceptibles de reglamentación, todos los demás escapan a la regulación (entién-

danse las acciones que no inciden sobre terceros y las que se concretan en actos interiores).

Pero surge la duda aludida tangencialmente con anterioridad, de la existencia de la posibilidad de afirmar que todas las conductas inciden sobre terceros. Si respondemos afirmativamente y seguimos sosteniendo que éstas pueden ser reglamentadas o restringidas, entonces lo serían todas; si respondemos negativamente, aún subsistiría el problema de saber quién decide cuáles perjudican o no a terceros, llegando a la conclusión ya señalada, de que esto depende de quién tiene el poder para hacerlo. Pero una vez tomada la decisión de que afecta a terceros, surge la pregunta de cómo pueden reglamentarse las acciones sin reglamentar los pensamientos. ¿Cómo es posible practicar una creencia (en este caso un pacifismo extremo)¹⁸, cercenando una parte de su ejercicio (en este caso el principio de "no matar"), sin prohibirla totalmente? El derecho de la libertad de conciencia en el sentido de ser un aspecto de la autonomía, ¿puede ser restringido?, ¿es posible dividir la autonomía, de ciertas creencias? ¿No terminaremos, por limitar la autonomía, haciendo que ésta desaparezca? Volvemos así al problema de la división entre creer en un principio y actuar según su dictado.

En el consid. 15, tras aludir a la negativa de Portillo a cumplir con el servicio militar como "sin causa justificada", lo que suponemos que constituye un veredicto no fundamentado, se refiere a argumentos similares a los vertidos anteriormente haciendo explícita la jerarquización que supone la existencia de "valores" más importantes, aun "a costa de sacrificios y limitaciones a derechos o intereses individuales (doctrina coincidente de Fallos 240:223; 278:232)", como lo hace, sobre el final, el dictamen del Procurador. Agrega el doctor Caballero que la justificación de esta jerarquía del art. 21 sobre el 14 se funda en una interpretación de la libertad opuesta a la utilitaria e individualista de Mill "que prescinde de los valores del 'orden público y de la moral pública' como limitantes de las acciones humanas que carecerán del carácter de 'privadas' precisamente cuando tales valores sociales puedan lesionarse", volviendo así al problema de su limitación, pues quien tenga el poder de de-

¹⁸ Lo llamamos pacifismo extremo porque se niega a matar aun a aquellos que lo atacan en su propia persona.

cir hasta dónde se extienden, tendrá el poder de limitar nuestros derechos.

Con respecto al tema específico que motivó el recurso, o sea, el conflicto entre la ley 17.531 y el art. 14 de la Const. Nacional, el presidente de la Corte, en concordancia con el voto de la mayoría que será tratado luego, sostiene en el consid. 13, que "los derechos que el recurrente estima vulnerados no lo serían solamente en virtud de disposiciones legislativas, sino de preceptos de la misma jerarquía constitucional que los invocados", para desarrollar luego su idea de que el ejercicio de los derechos no puede hacer que se vea incumplida la obligación del art. 21 según el razonamiento descripto más arriba.

Este conflicto, en principio aparente, entre la obligación de armarse y, obviamente, con la finalidad de matar si fuera necesario, que sostiene el art. 21, y el derecho de sostener cualquier creencia, que estipula el art. 14, es el que debe resolver la Corte. Por lo tanto, el art. 21 obliga a matar si las circunstancias así lo exigieren y lo único que hace la ley 17.531 es obligar a entrenarse para hacerlo, lo que resulta lógico si se admite el art. 21 sin excepciones; pues, como dice el voto de la minoría que estamos analizando, "el Estado obraría con absoluta desaprensión y desprecio por la vida de sus componentes, si no se preocupara de prepararlos preventivamente para la emergencia de dolor que importa armarse en defensa de la Patria y de la Constitución, y que reglamenta la ley 17.531 de servicio militar".

En conclusión, el aparente conflicto no se halla, según este voto y, como veremos luego, también el de la mayoría, entre una ley y una norma constitucional, sino entre dos normas de igual jerarquía de nuestra Constitución. Lo que hace la ley es sólo reglamentar, aparentemente en forma razonable, la obligación que estipula el art. 21 de la Constitución.

Evidentemente, tanto el Procurador como la minoría no toleran la admisión de la objeción de conciencia frente a la existencia de valores que consideran superiores. Sin duda, esta posición es legítima (si adoptamos una postura relativista) pero no lo es el sostenerla al mismo tiempo que se intenta defender un sistema democrático, donde se aprecia, como uno de los valores fundamentales, el que cada uno elija su propio plan de vida. Esto parece contradictorio. De todos modos, la normativa vigente da las posibilidades para hacerlo, quizá no casualmente, tal vez es una contradicción

entre un sistema al que todos admiramos por su alto grado de tolerancia desde el plano teórico, pero que contiene una restrictiva aceptación de la libertad de conciencia desde el punto de vista práctico, incursionando en el difícil problema del tratamiento que debe dar la democracia a las ideologías "antisistema", entre las cuales parece ubicarse, según la opinión de los que emitieron este voto, un pacifista que no está dispuesto a matar para defenderla, porque así se lo exige su Dios.

No podemos dejar pasar la oportunidad de destacar la gravedad de esta afirmación, si tenemos en cuenta que esto colocaría al cristianismo, que cuenta con una gran cantidad de adeptos en nuestro país, como una religión que va contra la "nacionalidad".

3. LA GUERRA Y LA PAZ

El voto de la mayoría se percata, evidentemente, de muchas de las falencias del de la minoría y de las dificultades que surgen de contraponer la normativa vigente con los principios básicos del pensamiento liberal, que también encuentran reconocimiento en esa misma normativa.

Sus argumentos son un encomiable esfuerzo por tratar de compatibilizar principios que consideramos contrapuestos en lo que la Corte llama su misión de "reconciliar lo irreconciliable" (consid. 12), en una aparente admisión de lo que aquí planteamos.

En su razonamiento, la Corte realiza afirmaciones realmente importantes y novedosas proviniendo de tan ilustre institución, pero no logrando, ni aun viendo normas que no existen, evitar la contradicción entre el principio de autonomía (libertad de conciencia en este caso) y las exigencias del Estado ante su defensa, por el otro.

Muchas de las expresiones de la mayoría obedecen, sin duda, a un reconocimiento y respeto sin precedentes en su jurisprudencia, del derecho de una persona a creer lo que le parezca mejor, no sólo remitiéndose al plano religioso, sino al mucho más amplio del de la libertad de conciencia (expresión que abarca aspectos como el filosófico, político, moral, etcétera).

Pero, por otro lado, no pudo resolver los problemas que sobrevienen ante la posibilidad de ejercer ese derecho que tanto defiende frente a un estado de guerra, donde sugiere una

solución similar a la de la minoría. Es en este aspecto que el voto de la mayoría es contradictorio: por un lado se desarrollan profundos y rescatables pensamientos en favor del derecho a la libertad de conciencia, que van desde su reconocimiento (que niega el doctor Caballero) hasta la afirmación que sostiene la nula importancia de si la creencia es sostenida por una minoría o por una mayoría; por el otro niega la existencia de duda alguna respecto a la imposibilidad de sostener la creencia frente a un estado de guerra.

La mayoría coincide con la minoría en lo referente a la prohibición de postergar la obligación del art. 21, si bien alude a la inexistencia de un peligro bélico para reconocer al apelante la posibilidad de realizar un servicio civil que no surge de ninguna norma y que la Corte atribuye, infundadamente a nuestro juicio, a la lectura que hace del art. 21 de la Constitución.

En síntesis, Procurador, minoría y mayoría van juntos en sus razonamientos acerca de la obligación de empuñar las armas en defensa de la Nación, sólo que, al momento de decidir sobre el caso en cuestión, el Procurador y la minoría concluyen en la ratificación de la sentencia apelada, que implica el cumplimiento del servicio militar. La mayoría, por su parte, interpretando la posibilidad de realizar un supuesto "servicio civil" (que creemos perfectamente satisfactorio y justo según nuestras convicciones, pero que debe ser incluido en nuestra legislación si se quiere su vigencia), ratifica la sentencia apelada, pero con "las modalidades señaladas", lo que significa trocar el servicio militar por uno civil, en un intento de hacer parecer esta decisión como una simple modalidad distinta, cuando lo que se está haciendo es cambiar la letra de la ley. Esto trae varios problemas que serán desarrollados pero que dejaremos planteados: a) si esta decisión es para tiempos de paz, entonces subsistiría el problema acerca de la limitación a la libertad de conciencia en tiempos de guerra; b) si la obligación de armarse reapareciera en caso de conflicto bélico, el Estado caería en lo que la minoría llama "desaprensión" hacia sus componentes, puesto que los manda matar y luchar sin la debida preparación, ya que les permitió no realizar el servicio militar.

El voto de la mayoría deja estipulado, en forma clara, el contenido de los artículos que se encuentran en discusión: el art. 14 y el art. 21 de la Constitución (consid. 4º), agregando, en una interpretación similar a la de la minoría, que "se advierte que la cuestión en examen traduce una suerte de tensión entre derechos y obligaciones consagrados en las

dos normas constitucionales citadas, en la medida en que el actor pretende no realizar el servicio de conscripción impuesto por el art. 21, amparándose en el derecho a la libertad de creencias consagrado en el art. 14°.

En el consid. 6°, la Corte dice, en contra del Procurador y de la minoría, que la cuestión no se resuelve, a pesar de ser cierta, argumentando que los derechos son relativos, pues también lo serían las obligaciones del art. 21, como lo acreditan las excepciones incluidas en la ley 17.531. Agrega luego, recurriendo a argumentos similares a los de la minoría, que la "Constitución es una estructura coherente", ficción que utiliza la Corte para interpretar sus normas procurando lo que denomina "equilibrio" o "armonía" de sus prescripciones, para evitar que se interdestruyan.

En el consid. 9°, en lo que conceptuamos un marcado y loable avance en el reconocimiento de un derecho tan fundamental como lo es la libertad de pensar y creer en lo que individualmente suponemos más correcto, la Corte describe la libertad de conciencia como "objeto de protección en sí misma" y extiende el concepto más allá de la acotada libertad de culto, diciendo "que la posible lesión a las legítimas creencias del ciudadano, motivada por la obligación legal del servicio de las armas, puede alcanzar no sólo a aquellos que profesan un culto en particular, sino a quienes establezcan una determinada jerarquía entre sus valores éticos, adjudicando especial primacía al de no poner en riesgo la vida de un semejante. En tal sentido —agrega la Corte—, el ámbito de posible violencia estatal al fuero interno se amplía en forma considerable, abarcando el sistema de valores no necesariamente religiosos en los que el sujeto basa su propio proyecto de vida".

Sin duda, este considerando de fundamental importancia, es un punto de vista interesante que da por tierra la afirmación de la minoría sobre la falta de previsión legal de la libertad de conciencia (consid. 12 del voto del doctor Caballero).

En el mismo sentido, y en considerable avance hacia la vigencia real de los principios democráticos, la Corte dice que "se impone al Estado una actitud imparcial frente a los gobernados, aun cuando éstos profesen cultos que la mayoría rechace", y aclara que debe entenderse, respecto del alcance del art. 18, que el interés de terceros afectado o perjudicado por nuestras acciones no depende de que correspondan a una mayoría o minoría de sujetos, para dar luego una vi-

sión amplia, que creemos correcta y realmente rescatable, de lo que es una democracia, diciendo que "no es sólo una forma de organización del poder, sino un orden social destinado a la realización de la plena personalidad del ser humano", y agrega al final que si no fuese por los límites que los derechos individuales ponen a la acción legislativa, imperarían los intereses mayoritarios, "sin importar el contenido que tuviesen".

El consid. 11 es medular en el voto de la Corte. En él se hace referencia a dos puntos cruciales: a) la consideración del conflicto entre el derecho y el deber, haciendo la distinción entre que éste sea planteado en tiempos de paz o de guerra, y b) la posibilidad de sustituir el servicio militar por alguno de otro tipo.

Con respecto al primero, la Corte dice que la contraposición de la obligación del art. 21 y el derecho del art. 14, si se está por el incumplimiento de la primera para el respeto del segundo, no conlleva un peligro grave e inminente a los intereses protegidos por el Estado, "pues el servicio es en tiempos de paz".

De este modo, la mayoría parece compartir, o por lo menos no negar, la opinión del Procurador y de la minoría si se tratase del mismo caso pero en tiempos de guerra, desde que sostiene que por encontrarse en tiempos de paz, no hay peligro inminente a los intereses protegidos por el Estado. Más adelante dirá qué sucedería en circunstancias de conflicto bélico. Además, refuerza su posición, argumentando que existe la posibilidad, según ella, del servicio alternativo (esto será tratado luego).

De lo dicho y de las propias expresiones de la Corte, se desprende que la obligación del servicio armado sería indeclinable en tiempos de guerra, aun frente a un caso de conciencia tolerado en tiempos de paz.

Este argumento merece algunas consideraciones críticas: por una parte, no se entiende qué es lo que se resuelve con decir que se tolera la objeción de conciencia en tiempos de paz, cuando lo que plantea el apelante es su negativa a matar, que obviamente sólo tiene lugar frente a un conflicto bélico. Volvemos así al problema de la tolerancia. Es como que ninguno de los ministros de la Corte, ni el Procurador, pudieron deshacerse de esta consideración.

El voto de la mayoría fue un poco más allá ante la presión de la libertad de conciencia, admitiendo la no prestación del servicio militar en tiempos de paz, pero no pudo dejar de

exigir su cumplimiento en tiempo de guerra, al igual que la minoría.

Lo que sucede es que esta última solucionó el problema por la vía de argumentar que como no se puede admitir la libertad de conciencia ante el estado de guerra, el Estado no puede dejar de preparar a sus componentes porque pecaría de "desaprensión y desprecio" por sus vidas (consid. 11 del voto del doctor Caballero), mientras que la mayoría admite la objeción de conciencia en tiempos de paz, no solucionando el problema de fondo (el conflicto derecho-deber) y poniendo en eventual peligro la vida de aquellos que, sin haber sido entrenados para defenderse (y matar) por razones de conciencia, sean enviados, en caso de conflicto bélico, a matar y defenderse.

En síntesis, todos los miembros de la Corte (mayoría y minoría) coinciden en la imposibilidad de admitir la objeción de conciencia cuando ésta es más necesaria, o sea, cuando se requiere la obligación de matar y no cuando ésta no existe. De esta forma un fallo de la Corte que mereció muchas críticas pero también muchos elogios por su avance jurisprudencial en cuanto a la objeción de conciencia, sólo es tal en el reconocimiento del permiso para sustituir el servicio militar por el civil (que no surge de norma legal alguna), pero no cambia su concepción acerca de la posibilidad de creer y actuar según nuestras creencias, cualquiera que sean éstas. Nuestro sistema legal, nuestra Constitución y, si se quiere, la idea de democracia que maneja la Corte en su plenitud, excluye dentro del ámbito de la tolerancia, a aquellos que adoptando una posición pacifista se niegan a matar al que el Estado considera como enemigo, porque ve en él a un ser humano, un "tercero", a pesar de la brillante argumentación a favor de las minorías ya analizada. Hay una minoría que no es aceptada: la de los que se niegan a matar.

Más adelante, con respecto a este mismo tema de la guerra y la paz, y tras anticipar la solución que dará el veredicto, la Corte dice: "Distinta sería la solución si el país y sus instituciones se encontraran en una circunstancia bélica, pues, en ésta, nadie dudaría del derecho de las autoridades constitucionales a reclamarle a los ciudadanos la responsabilidad de defender, con el noble servicio de las armas, la independencia, el honor y la integridad de Argentina y la seguridad de la República" (consid. 11, el subrayado es nuestro).

La Corte no podía ser más clara y valgan estas palabras citadas para corroborar lo dicho anteriormente. El tema

sobre el que la Corte dice que nadie dudaría, esto es el uso de las armas para la defensa nacional, es exactamente el problema que se plantea en el fondo del pedido del apelante.

Por lo menos hay uno que duda: Portillo. Esto es justamente lo que está en discusión, o sea, la preparación para matar y el acto de matar, no sólo lo primero.

La Corte permite, por el "respeto a los derechos", que Portillo no se prepare para matar pero se lo obligará a hacerlo si fuese necesario. El argumento de la Corte se puede interpretar como un absoluto respeto a la creencia en el mandamiento "no matarás", mientras no sea necesario hacerlo, y que no puede respetarse cuando sí lo sea por razones de guerra; pero el respeto y la creencia pueden recuperarse y restablecerse una vez que vuelva la paz. Pareciera que las creencias constituyeran una prenda que se saca y se pone cuando así lo permitan las circunstancias (algo así como sacarse la creencia para ponerse el uniforme, cuando comienza la guerra, y sacarse este último para volver a la creencia una vez restablecida la paz).

Valga aclarar que estas críticas no se dirigen hacia una institución tan respetable como la Corte Suprema, sino que son un intento de demostrar desde un caso concreto los límites que parecen inherentes a la tolerancia en un sistema como el nuestro. Por nuestra parte creemos que la Corte ha ido lo más lejos que le fue permitido por el ordenamiento legal, y aun yendo por sobre él (en este caso en favor de la autonomía individual).

El otro punto que trataremos y que fue planteado anteriormente con la letra b es el de la posibilidad de sustituir el servicio militar con alguno de otro tipo. La Corte hace jugar junto a la ausencia de peligro en el incumplimiento de la obligación por encontrarse en tiempos de paz, la posibilidad de "hallar alternativas que no eximan al sujeto de sus deberes para con el Estado, pero que tampoco violenten sus convicciones con grave riesgo de su autonomía". De esta cita se desprende que el Alto Tribunal parte de la idea implícita consistente en que lo que debe prestar el individuo es algún servicio al Estado, pero esto no surge de ninguna prescripción legal, y mucho menos es lo que se trata en el *sub litem*, que es justamente la obligación de armarse del art. 21. Este tipo de afirmaciones se repiten en el consid. 13 donde luego de reiterar que debe evaluarse la eventual interferencia que en el logro de los fines de defensa del art. 21, pueda producir la falta del servicio armado (que ya fue analizado y cri-

ticado más arriba), vuelve a hablar de la posibilidad de que los propósitos de defensa puedan ser satisfechos con lo que denomina "servicios sustitutivos de los armados".

El consid. 15 es de fundamental importancia para el tema que estamos analizando. Su párr. 3º hace un análisis bastante forzado del vocablo "armarse". Suponemos que la Corte se vio en esta necesidad ante la expresión tajante y que deja poco lugar a disquisiciones terminológicas o excepciones, del art. 21 de la Constitución. Dice que armarse, en sentido propio, es vestir las armas. Pero, en un sentido análogo, es ponerse en disposición de auxiliar a quienes las visten¹⁹, mediante una gran diversidad de servicios, cuya enunciación parece innecesaria. La afirmación es totalmente acertada, pero si con esto se cree encontrar el basamento legal necesario para "los servicios sustitutivos de los armados", no se ve por qué razón, una persona que no está dispuesta a matar por motivos de conciencia, estará conforme en alcanzarle las armas a quien no tenga esos "problemas". Lo que queremos decir es que este argumento, nuevamente, parece buscar una salida transaccional intermedia, que no soluciona ni parece comprender que el problema de fondo es la negativa a matar, y que esto obviamente incluye el "ponerse en disposición de auxiliar a quienes lo hacen". No vemos cómo quien no desea matar, esté dispuesto a auxiliar a quien no tenga problemas para hacerlo.

El párrafo inmediato anterior a éste es muy interesante, en él se da un razonamiento según el cual nadie podría negarse a prestar su deber de defensa (entendiendo ésta, según la Corte, como protagonista de la acción o auxiliar, como ya se explicó). Creo que es el argumento más fuerte en favor de la obligación sin excepciones del art. 21 (que curiosamente lo da la mayoría y no la minoría), aunque merece las críticas que a continuación se detallan: según la mayoría, la obligación de defensa de la Nación es la defensa de las libertades e instituciones en aquella reconocidas, por lo tanto, razona la Corte, no parece válido invocar uno de los

¹⁹ "La disposición de auxiliar a quienes las visten" (las armas) a la que se refiere la Corte, es, según sus propias palabras, una categoría que incluye una diversidad muy grande de opciones. Aquí se tomará como hipótesis a ser rebatida, la que entiende a esa "disposición" como una que implique colaborar activamente en la acción de destruir al enemigo, sólo que sin tomar las armas personalmente. Obviamente excluimos aquellos servicios cuyos objetivos sean salvar vidas, por ejemplo, en labores de asistencia médica o sanitaria.

aspectos de la libertad y negarse luego a defender el mantenimiento de ese derecho. El razonamiento parece correcto *prima facie*, pero cuando se profundiza un poco surgen algunas dudas: si bien Portillo invoca un derecho, no se niega luego a defenderlo, sino que, mirándolo desde otro punto de vista, está dispuesto a sostenerlo aun a riesgo de perderlo, desde que el hecho de defenderlo matando constituiría su total negación. Así, no parece lógico (o "válido" para usar la terminología del tribunal) que para mantener el ejercicio de la libertad de profesar un culto deba olvidar las prescripciones que de él se desprenden (para defender lo que pienso, debo olvidarlo por un momento y pensar lo contrario). De esta forma, la Corte le dice a Portillo que tiene derecho a creer en el V mandamiento ("no matarás"), pero para defenderlo debe dejarlo de lado y disponerse a matar, para poder seguir creyendo en que no debe hacerlo, una vez recobrada la paz, volviendo así al razonamiento que destacamos anteriormente, que parece considerar a las creencias como elementos que se ponen y se sacan, se adoptan y se dejan de lado, se prenden y se apagan cuando, por orden de los que ocupan el poder (aun en forma democrática) se decide que es necesario hacer el cambio.

Sin embargo se debe reconocer que la Corte es consciente de estos tópicos, desde que en el párrafo que precede al anteriormente analizado, dice "que la disyuntiva de seguir los dictados de las creencias y de la conciencia o renunciar a éstos y obrar en su contra, es cosa grave", razón por la cual sorprenden las afirmaciones de los párrafos siguientes.

Conviene aclarar que en ningún momento la Corte sostuvo que el pensamiento o creencia de Portillo era, en sí mismo, reprochable; sólo fue considerado de ese modo en relación con valores generales y de difícil delimitación. Con esto queremos decir que si el caso hubiera sido sobre alguien que pregonara el uso de la violencia, todo hubiera sido más sencillo para ser objeto de repudio, desde que la mayoría de la doctrina entiende como uno de los límites de la libertad en sentido amplio, el uso de la violencia²⁰. Aquí el problema se vio complicado desde el momento en que lo

²⁰ Sobre este punto ver a solo título ejemplificativo: Vanossi, Jorge Reinaldo A., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Bs. Az., Eudeba, 1982, p. 171. Este autor, al referirse al control cualitativo de partidos políticos en una democracia, dice que "debe regir, como principio rector, que en los regímenes democráticos existe cabida para todos, excepto

que el apelante defiende es una postura extremadamente no violenta.

Siguiendo sus razonamientos, la Corte agrega que, entendiéndose que los artículos de la Constitución deben interpretarse armónicamente y no viendo por qué es sólo con las armas que se sirve a la libertad (como si la obligación de la Ley Suprema fuera prestar algún servicio, cualquiera, a la Nación, siendo lo bastante explícito el art. 21 cuando habla del deber de "armarse"), concluye que la contrariedad señalada entre el derecho y la obligación es falsa. Lo que sucede, no es que la tensión entre las dos normas no exista, sino que aquí es donde el razonamiento del voto pega su salto sin fundamento legal, interpretando que lo que exige el art. 21 no es la obligación de armarse sino la de prestar un servicio a la libertad, con lo cual sí es posible decir que la "contrariedad señalada es falsa", aunque debería hacerse la salvedad de que este servicio a la libertad no podría materializarse tampoco en forma de colaboración con quienes no tienen problemas en armarse para matar, pues si así no se procediese podrían producirse nuevas objeciones en el sentido ya explicado.

Sobre el final de su exposición (consid. 17), la Corte concluye que, en primer lugar, el servicio de conscripción del art. 21 puede cumplirse sin armas, con fundamento en la libertad de cultos y conciencia del art. 14. Que el servicio de conscripción pueda realizarse sin armas no es objetable, pero lo que no es tan claro como la Corte dice, es que el art. 21 hable de un "servicio de conscripción", cuando la citada norma se refiere única y exclusivamente a la obligación de armarse.

Obviamente este recurso dialéctico, que admirablemente manejó la Corte en su razonamiento, es fundamental para poder realizar la distinción entre servicio de conscripción con armas y sin ellas, necesario para introducir lo que ella llama "modalidades" en el cumplimiento de la sentencia de la Cámara que el Alto Tribunal ratifica. Esta afirmación sólo tendría sentido si la Constitución se refiriese a un servicio de cualquier especie a la Nación, que no es lo que hace la Ley Suprema.

para los que reniegan del sufragio y los que preconizan la violencia sistemática".

Spota, Alberto A., *Democracia, pluralismo y disenso*, LL, 48/85, p. 1. Aquí se dice que "el disenso está limitado por la prohibición de uso o de fomento de la violencia, para imponer la propia opinión".

En segundo lugar, dice que "a la sola luz de la Ley Fundamental, no asiste derecho, sobre la base indicada, para eximirse de dicho servicio de conscripción". Es la conclusión obvia, pero de un razonamiento falaz, pues lo que aquí no es cierto es la premisa de la existencia, a nivel constitucional, de un servicio de conscripción, sino que lo que manda la ley es el servicio armado de defensa de la Nación. Pero tras esta afirmación transcrita se encierran algunos elementos que necesitan ser resaltados. En primer lugar lo que surge "a la sola luz de la Ley Fundamental", para usar palabras de la Corte, son dos opciones: a) que el individuo debe armarse (ya sea entendiéndolo el término en el sentido explicado por el tribunal, o sea vistiendo armas o auxiliando a quien lo hace), o b) que debe profesar su culto en toda su extensión.

De acuerdo con las observaciones anteriores y a estas últimas palabras del voto de la mayoría, es obvio que se estuvo por la alternativa señalada por la letra a, aunque en forma atenuada.

Esto no es, recalcamos, una recriminación hacia la Corte, sino que creemos que es una exigencia de la normativa legal. El tribunal fue lo más lejos que pudo, y un poco más, en la defensa de los principios básicos de una democracia, entre los cuales se halla el de la tolerancia, pero no pudo ir más lejos porque, según hemos tratado de demostrar en este trabajo, la vigencia de determinados valores no lo permite. Insistimos en que no estamos haciendo una crítica ni planteando cómo "debe ser" la forma correcta de plantear el tema de la tolerancia ideológica en una democracia, sino que se intentó mostrar, cómo "es" en realidad dentro de nuestro sistema.

4. CONCLUSIONES

El objetivo del trabajo, como habrá podido notarse, fue tratar de partir de un caso concreto de objeción de conciencia para indagar acerca de hasta dónde nuestra normativa ofrece hacer uso de la libertad ideológica o de pensamiento. Ésta no siempre, nos atreveríamos a decir que casi nunca, es declarada como limitada, porque parecería que hablar de límites a la libertad de elegir las creencias o ideas dentro de un sistema democrático sería como pecar contra él y esto es cierto. Una de las características propias y sobresalientes

de una democracia es su pluralismo, su apertura a cualquier tipo de ideología (algunos podrán agregar que mientras no se profese la violencia), su tolerancia casi ilimitada hacia todos los pensamientos. Pero esto parece que sólo se circunscribe al ámbito teórico, pues en el plano de la realidad el sistema ahoga, quizá por necesidad, creencias o ideas que, como en este caso, son extremadamente no violentas o pacifistas.

El voto de la minoría, no soportando el peso o la presión de esa magnífica característica de la democracia que es la libertad para pensar en lo que uno cree correcto, recurre a la ficción ya señalada de separar la creencia de la actuación de acuerdo con ella. La mayoría, yendo un poco más allá, reconoce con vehemencia poco usual en la jurisprudencia de la Corte, un ancho ámbito a la autonomía individual frente a la invasión que podría realizar el Estado en el marco de las ideas, apoyándose en lo que creemos es una sana interpretación del art. 19, pero ante la presión que significa la defensa del sistema explicitada en el art. 21, retrocede en su admirable avance, para reconocer que todo esto es válido, siempre y cuando nos hallemos en tiempos de paz. Si éstos fuesen de guerra, su opinión sería igual a la de la minoría y, por lo tanto, tira por la borda sus más destacables y admirables afirmaciones en defensa de los derechos individuales, la libertad de creencias, la autonomía individual y la tolerancia, propia de una democracia, hacia los grupos más minoritarios.

El Procurador, la minoría y la mayoría están de acuerdo en que lo más importante que debe ser cuidado y mantenido es el sistema democrático, pero parecen olvidar que su importancia radica en la posibilidad que éste da a los hombres de autodeterminarse, en la medida de lo que les es posible. ¿De qué sirve cuidar la democracia si para hacerlo debemos intentar no usarla? La única respuesta posible es que la tolerancia en una democracia debe, necesariamente, ser tan estrecha como consideren menos peligroso los jueces, pero volveríamos a caer en el problema de dónde iría a parar esa misma tolerancia amplia que hace característico al sistema democrático, y quiénes serían los que estarían facultados para poner los mojones que marquen sus límites.

Si esto es así, se pueden presentar casos como el del análisis anterior, donde quedarán fuera del marco de permisibilidad ideológico, individuos que se nieguen a asesinar institucionalmente o a participar de lo que la minoría llama (citando a teólogos) "guerra justa".

Reconocer que nuestra idea de democracia castiga o reprime al pacifista, es una afirmación grave que debe servirnos para replantearnos nuestro marco legal, político y social, así como nuestra concepción de lo que significa realmente la tolerancia en un Estado de derecho.

C5, 184/89, "Portillo, Alfredo"

OPINIÓN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. - 1. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, por su Sala II confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto condenó al acusado a prestar un año de servicios continuados en las Fuerzas Armadas, además del tiempo que le corresponda, con costas, en razón de no haberse presentado a realizar el servicio militar en oportunidad de la convocatoria efectuada por el Distrito Militar Buenos Aires, incurriendo de este modo en la infracción prevista y reprimida por el art. 44 de la ley 17.531.

Contra este pronunciamiento interpuso el condenado el recurso extraordinario de fs. 128/127, el que fue concedido a f. 128.

Sostiene el apelante que la ley 17.531 resulta contraria a los principios tutelivos de la libertad personal consagrados por la Constitución Nacional particularmente la libertad ideológica y de conciencia expresamente reconocidas por el art. 14.

También expresa que, si bien es cierto que el art. 21 de la Const. Nacional coloca en cabeza de cada ciudadano argentino la obligación de armarse en defensa de la Nación, suponer que tal texto comporta la causa eficiente del servicio militar obligatorio importa una grave confusión ya que en manera alguna ha sido ése el sistema adoptado por el constituyente.

Afirma, en tal sentido, que el sistema constitucional prevé, por un lado, la existencia de un ejército de línea o permanente (art. 67, inc. 23), creado para mantener el orden interno integrado por voluntarios y, por otro, la posibilidad de creación de milicias provinciales para atender a necesidades excepcionales (art. 67, inc. 26), el cual podría llegar a ser formado esesivamente. Expresa, asimismo, que a partir de la reforma Ricchieri, base de sustentación del actual régimen de servicio militar, se subvierte la Constitución al introducirse un régimen compulsivo, confundiéndose la guardia nacional del art. 21 con el ejército de línea o permanente del art. 67, inc. 23, por lo que postula que la ley 17.531 deviene inconstitucional.

2. Considero que el recurso extraordinario es formalmente procedente en virtud de haberse puesto en tela de juicio la validez constitucional de una ley del Congreso, siendo la decisión apelada sentencia definitiva del Tribunal Superior y contraria a las pretensiones del recurrente.

3. En cuanto al fondo del asunto, estimo que los argumentos esgrimidos en dicho recurso no son aptos para conmover la decisión a que arribó el tribunal a quo.

En efecto, contrariamente a lo que pretende el apelante, comparto el criterio sustentado por la Cámara respecto a que el art. 21 de la Const. Nacional impone un deber a los ciudadanos, estableciéndose en la misma norma que tal deber se cumplimentará conforme a las leyes que el efecto dicta el Congreso de la Nación y a los decretos del Poder Ejecutivo Nacional.

En este sentido Agustín de Vedia (Derecho constitucional, p. 108.109) decía, refiriéndose a la ley 4707 de 1865 que establecía el servicio militar obligatorio, que ella reglamentaba el deber impuesto en esa cláusula constitucional.

Del mismo modo, pienso que la ley cuestionada no hace más que regular el deber público que surge del texto citado, creyendo oportuno señalar que, a mi juicio, las únicas fuerzas militares que existen actualmente en el país son las que el inc. 23 del art. 67 de nuestra Carta Magna llama "fuerza de línea".

Por otra parte, no participo de la idea, de que al ser incorporados al ejército de línea los ciudadanos pierden su condición de tales, negándoseles sus derechos políticos y demás prerrogativas constitucionales.

Cabe recordar al respecto la reiterada doctrina de esta Corte según la cual los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamenten razonablemente su ejercicio (Fallos, 139:149 y 483; 209:450, 248:252, 262:305, entre otros).

También debe tenerse presente que los derechos que emanan de unas cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que imponen otras, de manera que no pongan en pugna sus disposiciones, sino, por el contrario, darles aquel sentido que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos, 277:212; 279:128; 281:170; entre otros).

Estimo necesario recordar, a esta altura, que en oportunidad de resolver el caso de una condena dictada por la justicia castrense contra quien se negó a vestir uniforme por sostener que su creencia religiosa le impedía cumplir ese deber sin violentar su fe, V.E. sostuvo que lo que en realidad impedía el apelante era que se le obligase a prestar el servicio militar, pues al vedarle su credo armarse y adiestrarse para la guerra resultaría vulnerado su derecho a profesar libremente su culto y su libertad de conciencia y que los derechos que el recurrente estimaba vulnerados, no lo serían en virtud de las disposiciones legislativas sino de preceptos de la misma jerarquía constitucional que aquéllos, tales como el del art. 21 de la Carta Magna y el objetivo enunciado en el Preamble de proveer a la defensa común. Ello así, señaló la Corte, no corresponde poner en pugna estos mandatos imperativos con la enunciación de aquellos derechos con el fin de eludir el cumplimiento de los primeros, habida cuenta de que en éstos no se trata de las acciones privadas que sustraen la Constitución Nacional a la autoridad de los magistrados, sino de actitudes del foro externo que tocan el orden público (art. 16), advirtiendo que jurídicamente, la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público, del bien común de la sociedad toda y en la protección de la existencia y de los legítimos derechos de la Nación misma, finalidades éstas que obviamente inspiraron las disposiciones constitucionales supra citadas (Fallos, 204:1524).

Considero, por tanto, que la condena impuesta en la causa lo fue por un hecho cuya justificación no halla sustento en disposiciones constitucionales, pues las alegaciones del recurrente, exaltando sus derechos individuales frente a los intereses del Estado, carecen —en el caso— de fundamentos bastante para conmovir el sólido basamento legal del fallo dictado.

Por lo expuesto, opino que corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto pudo ser materia de recurso. — Juan O. Gauna.

Buenos Aires, abril 18 de 1969. — Considerando: 1. Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Capital, Sala II, confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a

Alfredo Pezillo a prestar un año de servicio continuado en las FF. AA., además del tiempo que correspondía por haber incurrido en infracción al art. 44 de la ley 17.531. Contra dicho fallo el condenado interpuso recurso extraordinario que fue concedido.

2. Que la apelación es formalmente procedente pues se ha impugnado la constitucionalidad de una ley del Congreso y la decisión apelada es contraria a las pretensiones del recurrente.

3. Que el planteo principal del apelante consiste en sostener que la ley 17.531 —al establecer el servicio militar obligatorio— vulnera la libertad de religión y conciencia reconocida en la Constitución (art. 14). Sobre ese punto son claras las manifestaciones del procesado en la indagatoria al señalar que "profesa junto con la totalidad de la familia la religión católica apostólica romana... que el uso de armas en contra de otro ser humano causando la muerte viola el V mandamiento del Evangelio que ordena textualmente 'no matarás'... que (considera) se puede servir a la patria de muchas otras maneras no sólo haciendo el servicio militar sino cumpliendo su servicio civil... que no tiene vocación militar y que entiende que puede cumplir su obligación patriótica de otras mejores formas, como ser servicio sanitario, sociales, espirituales y cualquier otro que no requiera el uso de armas..." (sic. f. 18 vta.).

4. Que la Constitución Nacional afirma claramente como derecho de todos los habitantes de la Nación el de "profesar libremente su culto" (art. 14 y art. 20 respecto de los extranjeros), corelato de uno de los objetivos establecidos en el Preámbulo: "asegurar los beneficios de la libertad".

Paralelamente y con no menor claridad ha dispuesto que "todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución" (art. 21), en concordancia con otro de sus propósitos: "proveer a la defensa común".

5. Que por ese deber inherente al título de ciudadano (Fallos, 23:366) las leyes pueden exigir a éste los servicios que derivan de tan expresa obligación (González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Bs. As., Estrada, 1959, n° 99, p. 119-120). En este orden de requerimientos se inscribe la ley 17.531 en cuanto instituye el servicio de conscripción que, como fue señalado por la Corte aunque con referencia a otro texto legal, ha sido estructurado con vistas al logro de una alta finalidad, tal la de hacer material y efectivamente posible la preparación de defensas de la Nación, en tiempo de paz, mediante el adiestramiento militar de sus hijos (Fallos, 202:166 y 249-317).

En tales condiciones, se advierte que la cuestión en examen traduce una suerte de tensión entre derechos y obligaciones consagrados en las dos normas constitucionales citadas, en la medida en que el actor pretende no realizar el servicio de conscripción impuesto por el art. 21, amparándose en el derecho a la libertad de creencias consagrado por el art. 14.

6. Que la cuestión no se resuelve con la mera remisión a la jurisprudencia que establece que todos los derechos son relativos, de manera que el de libertad de religión también lo sería. No es que esa conclusión judicial carezca de acierto; basta tener en cuenta el categórico encabezamiento del art. 14 citado, en punto a que los derechos en él previstos se gozan "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio", y que el deber del art. 21 también participa de la misma naturaleza relativa. Esto último se acredita por el hecho de que la ley 17.531 contiene diversas excepciones que, sólo a la luz de tal carácter, serían conciliables con el llamado a todo ciudadano efectuado en la Constitución.

Es evidente que tales excepciones, de acuerdo con el art. 33, no sólo han hecho mérito de las circunstancias vinculadas con la ineptitud física para el servicio (art. 32, inc. 1^o) sino que también han atendido a otros supuestos como los referentes a clérigos, seminaristas, religiosos, etc., y a diversas situaciones de familia. Por otro lado, existen numerosas decisiones del tribunal que han interpretado esas últimas excepciones en función del fundamento protector que las anima (Fallos, 215:568; 241:324; 248:797; 250:10; 257:181; 265:336; 268:113; 274:124; 295:668; entre muchas otras).

Cuestiones como la presente, que traducen relaciones entre valores jurídicos contrapuestos, de raíz constitucional, son las que han originado una vasta tradición jurisprudencial de la Corte Suprema, por ser ésta la salvaguarda y custodia final de la supremacía de la Constitución y de los principios en ella consagrados.

Fue con motivo de dichas relaciones que el tribunal asentó la doctrina que ha persistido como guía confiable, atento a que la Constitución es una estructura coherente y, por lo tanto, ha de cuidarse en la inteligencia de sus cláusulas, de no alterar en este caso el delicado equilibrio entre la libertad y la seguridad. La interpretación del instrumento político que nos rige no debe, pues, efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por él enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida, cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental (Fallos, 167:121; 171:248; 181:343; 196:483; 240:311; 242:353; 246:345; 251:86; 253:132; 255:282; 258:267; 272:99 y 231; 276:265; 280:311; 288:200; 300:596; 301:771; entre muchos otros). Al respecto no hace falta una inteligencia muy elaborada para darse cuenta de que ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil, aunque aquella no sea reducible a éste.

De ahí que, si es posible que el significado de un texto constitucional sea en sí mismo de interpretación controvertida, la solución se aclare cuando se lo considere en relación con otras disposiciones constitucionales (González, Joaquín V., *Obras completas*, t. V, n.º 31, ss.; Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*, 3ª ed., t. I, p. 49; Weaver, *Constitutional Law and its Administration*, párr. 55; Fallos, 240:311, 319).

7. Que, paralelamente a esa elaboración, tuvo lugar la vinculada con la validez, en cuanto a sus alcances, de la reglamentación legislativa. En tal sentido, fue puntualizado que ésta debe ser razonable, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de cosordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad (Fallos, 136:161; 172:23 y 281; 209:450; 199:683; 201:71; 204:195; 243:449 y 467; 263:63; 269:416; 297:201, entre muchos otros).

La aplicación de tales principios ha de llevarse a cabo con arreglo a la especificidad de las materias en juego, pues las pautas enunciadas requieren el apego a la realidad que debe juzgarse. Así como el legislador ha de adecuar su instrumento al fin que persigue, el juez ha de ajustar el propio al caso que ha de juzgar.

8. Que en este orden de ideas corresponde advertir que la libertad de religión es particularmente valiosa, que la humanidad ha alcanzado mediante esfuerzos y tribulaciones. La historia es prueba elocuente de la vehemencia con que en el curso de los siglos se propendió a su cristaliza-

ción normativa. Para el hombre religioso la religión es el elemento fundamental de la concepción del mundo y, en mayor o menor grado, impregna todos los actos de su vida individual y social. A su vez, la religión constituye el imprescindible hueco para que el ser humano vuelque su instinto religioso.

En ese contexto, el servicio de las armas configura un aspecto de permanente reflexión por parte de los hombres.

Parece claro que aquél ha sido considerado como una cuestión de honra gravitación y de marcado vínculo con los principios de diversos credos, no obstante la disparidad de sus posiciones. Hay en todo esto, por lo que las armas traen, un profundo compromiso del hombre con su conciencia y sus creencias.

9. Que es necesario añadir a lo expuesto, que la posible lesión a las legítimas creencias de un ciudadano, motivada por la obligación legal del servicio de las armas, puede alcanzar no sólo a aquellos que profesan un culto en particular sino a quienes establezcan una determinada jerarquía entre sus valores éticos, adjudicando especial primacía al de no poner en riesgo la vida de un semejante. En tal sentido, el ámbito de posible violación estatal al fuero interno se amplía en forma considerable, abarcando el sistema de valores no necesariamente religiosos en los que el sujeto basa su propio proyecto de vida. Una interpretación diferente, nos llevaría al contrasentido de proteger el derecho a la libertad de cultos, como una forma de exteriorización del derecho a la libertad de conciencia, y no atender a este último como objeto de protección en sí mismo.

10. Que el estatuto constitucional que rige nuestros destinos desde hace ciento treinta y cinco años tiene entre sus propósitos fundamentales el de asegurar la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino. Las libertades consagradas en su capítulo primero requieren un ejercicio efectivo para no quedar reducidas a simples declaraciones de deseo. Pero es necesario puntualizar también, que este ejercicio puede verse sujeto a las exigencias que razonablemente establezca la ley, de tal modo de garantizar la igualdad de los individuos que, en lo atinente a sus creencias significa que se es igual por merecer el mismo respeto y consideración, cualesquiera fuesen las ideas religiosas que se sostengan, y aun cuando ninguna se sostenga. Según esta concepción, en un sistema democrático como el nuestro, se impone al Estado una actitud imparcial frente a los gobernados, aun cuando éstos profesen cultos que la mayoría rechace. Ello está instituido por el art. 19 de nuestra Ley Fundamental, en el sentido que le dieron los constituyentes. En cuanto al alcance de esta última norma, cabe recordar que todas las acciones privadas de los hombres afectan de algún modo a los terceros, y si no se considerara la existencia de éstos, tampoco podría concebirse la ofensa al orden y a la moral públicos. Y al afectar a terceros, está latente la posibilidad cierta de causarles perjuicio en algún interés que sea legítimo, o sea, cuya última tutela surja de la Constitución Nacional. Ahora bien, es evidente que la legitimidad mencionada no depende de que el interés en juego pueda corresponder a una mayoría o minoría de sujetos. La libertad civil asentada por la Constitución se extiende a todos los seres humanos por su simple condición de tales, y no por la pertenencia a determinados grupos o por su profesión de fe respecto de ideales que puedan considerarse mayoritarios. La democracia, desde esta perspectiva, no es sólo una forma de organización del poder, sino un orden social destinado a la realización de la plena personalidad del ser humano. De otro modo, no se habrían establecido derechos individuales para limitar anticipadamente

la acción legislativa; por el contrario, se hubiera prescrito al legislador la promoción del bienestar de la mayoría de la población, sin tener en consideración a las minorías. La garantía de la igualdad ante la ley carecería de sentido e imperarían, sin control, los intereses mayoritarios, sin importar el contenido que tuviesen.

11. Que, por lo demás, cabe poner especialmente de relieve que en el caso no existe contradicción entre derechos propiamente dichos, sino entre un derecho y una obligación legal y que el incumplimiento estricto de esta obligación no conlleva un peligro grave o inminente a los intereses protegidos por el Estado toda vez que el servicio que se exige debe ser cumplido en tiempos de paz y no requiere, necesariamente, limitar la libertad de conciencia, si es posible hallar alternativas que no eximan al sujeto obligado de sus deberes para con el Estado, pero que tampoco violenten sus convicciones con grave riesgo de su autonomía.

Distinta sería la solución si el país y sus instituciones se encontraran en una circunstancia bélica, pues, en ésta, nadie dudaría del derecho de las autoridades constitucionales a reclamarle a los ciudadanos la responsabilidad de defender, con el noble servicio de las armas, la independencia, el honor y la integridad de Argentina, y la seguridad de la República.

Se advierte así que es erróneo plantear el problema de la persona y el del bien común en términos de oposición, cuando en realidad se trata más bien de recíproca subordinación y de relación mutua. Desde luego, esta afirmación no significa que los problemas como el de autos no puedan suscitarse en términos de oposición o de conflicto. Precisamente por eso los hombres descubren y elaboran sus leyes. Por ello también la Constitución menciona derechos y se proyecta sobre los que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 23). Por lo mismo, encomienda al legislador que sus reglamentos no alteren los principios, garantías y derechos reconocidos (art. 28) y señala a los habitantes que sus garantías y derechos no son absolutos (art. 14).

12. Que lo que está en juego, pues, no es el alcance jurídico de la prohibición religiosa: "No matarás", que invoca el recurrente ya que, obviamente, esta Corte carece de competencia para interpretar dogmas religiosos. Es la determinación del ámbito de su autonomía como persona religiosa y, sobre el particular, juzga esta Corte que no puede desconocerse sin más y cualesquiera fuesen las circunstancias, el derecho de un ciudadano de verse libre de prestar —en armas— el servicio de conscripción con fundamento en que ello le causaría un serio conflicto de conciencia, que podría no ser estrictamente religioso. Por otro lado, no parece razonable que esta Corte contribuya, precisamente por desconocer tal ámbito de autonomía, a que existan ciudadanos que debiliten la eficacia de una ley, como la del servicio militar obligatorio, cuando en realidad no pueden hacer, a raíz del aludido conflicto, lo que la ley les manda. Obligaciones legales que existen —la de armarse— y no pueden hacerse cumplir, por los motivos ya aludidos, son, como diría el juez Holmes, fantasmas que se ven en el derecho, pero que resultan inasibles.

Reflexiones de esta índole son, probablemente, las que han llevado a gobiernos de otros países a legialar excepciones para los "objectores de conciencia", e inclusive a organismos internacionales a pronunciarse sobre el particular.

Así, el Consejo Europeo declaró como principio básico derivado del de libertad de conciencia y religión, que entre las personas sujetas a la conscripción por servicio militar, quienes se nieguen a cumplir servicio armado

por razones de conciencia o profunda convicción derivadas de motivos religiosos, éticos, morales, humanitarios, filosóficos o similares, deben gozar del derecho personal de ser relevados de la obligación de cumplir dicho servicio. Este derecho deberá ser considerado como una consecuencia lógica del derecho fundamental de los individuos en un estado democrático, garantizado en el art. 9º de la Convención Europea sobre Derechos Humanos (Resolución 337 [1967] of Consultative Assembly of the Council of Europe Eighteenth Ordinary Session, *op. A*, arts. 1 y 2).

El deber —relativo— proveniente de la necesidad de armarse en defensa de la patria y de la Constitución, y la libertad religiosa —también relativa—, no necesariamente resultan inconciliables. De manera que, lejos de propiciarse soluciones que lleven al aniquilamiento de una u otra, han de procurarse, según la orientación aludida, las que las concierte. En el esfuerzo de reconciliar lo irreconciliable se encuentra, al decir del juez Cardoso, la esencia de la función judicial.

13. Que la libertad en cada una de sus fases tiene su historia y connotación (Pallor, 139-483; "West Coast Hotel Co. v. Ernest Parrish y Elsie Parrish", 300 U.S. 379).

Luego, el reconocimiento del derecho de ser excluido del servicio de armas por objeciones de conciencia habrá de ser el resultado de una acabada acreditación y escrutinio de dichos motivos. En tal sentido, parece necesario que quien lo invoque, haya de hacerlo con sinceridad y demostrar que la obligación de armarse le produce un serio conflicto con sus creencias religiosas o éticas contrarias a todo enfrentamiento armado.

Por otro lado, deberá evaluarse el interés que posee el Estado a las fines de la defensa prevista en el art. 21, con el propósito de sopesar la eventual interferencia que en el logro de aquél pueda producir la falta de dicho servicio armado. En tal sentido, también deberá hacerse mérito de la posibilidad de que los propósitos de defensa puedan ser satisfechos de una manera que evite el señalado conflicto de la conciencia religiosa del peticionario, abenito a la disposición de éste para cumplir servicios sustitutivos de los armados.

Sobre este punto, la sinceridad del peticionario no ha sido puesta en tela de juicio en los autos ni resulta controvertida en esta instancia, por lo cual corresponde tenerla por acreditada.

Resulta particularmente adecuado a las circunstancias de la causa recordar las palabras de la Constitución *Gaudium et Spes*, cuando, no obstante manifestar que "los que están enrolados en el ejército, dedicados a servir a la patria, considérense como instrumentos de la seguridad y libertad de los pueblos", expresa que "parece equitativo que las leyes provean humanitariamente al caso de quienes por objeciones de conciencia se niegan a emplear las armas, con tal que acepten otra forma de servir a la comunidad" (nº 19; ver Rodríguez de Yurre, Gregorio, *Actitud cristiana ante la guerra*, en "Comentarios a la Paem in Terris", Madrid, B.A.C., 1963, p. 483).

Igualmente, en la ya citada Convención Europea se ha previsto que los objetores de conciencia puedan cumplir servicios alternativos —que por lo menos deben prolongarse por igual lapso que el servicio normal— en tareas de asistencia social u otros trabajos de importancia nacional, contemplando inclusive las necesidades de los países en vías de desarrollo (Resolución 337, *op. C*, arts. 1 y 2).

14. Que cabe también destacar que la doctrina expuesta se corresponde con la seguida por la Suprema Corte de los Estados Unidos en punto a

la Enmienda I de su Constitución: "El Congreso no podrá aprobar ninguna ley estableciendo una religión o prohibiendo su libre ejercicio". En relación a la libertad de conciencia así enunciada ya Henry Campbell Black había comentado que "es un principio general, basado en la regla de la libertad de religión, que las objeciones de conciencia de las personas no pueden ser violadas por las leyes, salvo los casos en los que las exigencias del gobierno o del Estado la vuelvan inevitable (unavoidable)". Ilustraciones de este principio se ven en... "aquellas disposiciones contenidas en las Constituciones de varios estados, que eximen a todas las personas que tengan objeciones o escrúpulos de conciencia respecto del tema de la moralidad de la guerra, de portar las armas en la defensa pública o de servir en la milicia" (autor citado, *Handbook of American Constitutional Law*, 3ª ed., West Publishing Co., 1919, p. 634).

Se registran, en tal sentido, decisiones relativas a cuestionamientos de diversas normas por considerar los reclamantes que agravaban la cláusula indicada: "United States v. Lee" -455 U.S. 252, de 1962- por verse obligado un empleador Amiah a participar en el sistema de seguridad social; "Beaufield v. Brown" -395 U.S. 589, de 1961- al impugnar comerciantes judíos ortodoxos la obligación del cierre de sus locales en día domingo, cuando por su religión también debían hacerlo los sábados; "Sherbert v. Verner" -374 U.S. 398, de 1963- por negarse los beneficios del sistema de desempleo a advertencias del séptimo día que se negaban a trabajar los sábados; "Wisconsin v. Yoder" -406 U.S. 205, de 1973-, dada la obligación de enviar los niños a colegios públicos después del octavo grado, cuestionada por fieles Amiah; "Johnson v. Robinson" -415 U.S. 381, de 1974-, por denegar a objetores de conciencia beneficios que se acordaban a veteranos; "Thomse v. Reviewboard" -430 U.S. 707, de 1961- al ponerse en cuestión la denegación del beneficio de desempleo a quien había dejado su trabajo voluntariamente pero por razones religiosas; entre otras.

No obstante que ese Alto Tribunal no habría resuelto que las cláusulas constitucionales sobre religión requieren que el gobierno establezca excepciones al servicio militar respecto de los objetores de conciencia (cfr. Spak, M. I. - Valentine, S. R., *Objetores without recourse: the rights of conscience and military draft registration*, en "Setton Hall Law Rev.", vol. 12-667), cabe advertir que los Estados Unidos de América cuentan con una secular legislación que prevé tal supuesto, y que, en su aplicación y exégesis, la Suprema Corte de ese país ha hecho aplicación de criterios análogos a los antes expuestos (ver "United States v. Seeger", 380 U.S. 163, de 1965; "Welsh v. United States", 398 U.S. 333, de 1970; "Guillette v. United States", 401 U.S. 437, de 1971; "Johnson v. Robinson", 415 U.S. 381, de 1974, entre otros).

15. Que la disyuntiva de seguir los dictados de las creencias y de la conciencia o renunciar a éstas y obrar en su contra, es cosa grave. Mas, cuando tal situación es planteada ante el Poder Judicial, la primera misión de los jueces es superar la alternativa mediante la concertación de sus términos, máxime cuando ambos tienen una clara raíz constitucional.

La obligación de contribuir a la defensa de la Nación y de su Ley Fundamental, rectamente interpretada, es una convocatoria a la defensa de las libertades e instituciones en aquélla reconocidas. Por ello, no parece válido invocar uno de los aspectos de esa libertad y, al unísono, sustraerse a uno de los medios por el que se garantiza el mantenimiento de ese derecho. Mas, en esto, una cuestión de justicia y solidaridad, y en ella reposa el mantenimiento del sistema de derechos y garantías.

Armarse, en sentido propio, es vestir las armas. Pero, en un sentido análogo, es ponerse en disposición de auxiliar a quienes las visten, mediante una gran diversidad de servicios, cuya enunciación parece innecesaria.

Es cierto que no compete al Poder Judicial asignar a los ciudadanos los mencionados roles. El art. 21 citado no ofrece dudas al respecto.

Pero si es propio de ese Poder, en una causa judicial, concurran los agravios que pueda inferir el ejercicio de esa facultad a otros principios constitucionales. Cabe preguntarse, entonces, qué grado de justicia, qué grado de proporción existe cuando un ciudadano, que invoca sinceramente hallarse en la disyuntiva mencionada, es compelido, con fundamento en la obligación prevista en el art. 21, a contrariar los dictados de su credo o de su conciencia —art. 14— en circunstancias en que no se advierte la necesidad de que, sólo empleando las armas, pueda servir a la defensa de las libertades constitucionales. Qué conciliación se logra de tal suerte. Cuál sería la razón por la cual el objeto pudiese ver, y los magistrados juzgar, que la contrariedad señalada es falsa, que la dependencia recíproca y relación mutua entre el individuo y el bien de la sociedad que integra, es demostrativa de que necesariamente sirviendo a las armas aquél serviría mejor a la libertad que sostiene.

En otras palabras, la justicia en supuestos como el presente sólo se alcanzaría merced a la evaluación en concreto de las circunstancias que configuran el caso. Pero, si la justicia reclama tal esclarecimiento es porque no reniega, sin más, de conductas como la examinada.

A lo expuesto cabe agregar, que no es desacertado sostener que la solución global de estos problemas pasa por la decisión del legislador, por cuanto es de su resorte la reglamentación general del art. 21. Pero no es menos atinado expresar que la solución individual de esos problemas, cuando son formulados ante los tribunales en causas de su competencia, es propia del Poder Judicial, no para legislar al respecto, sino para resolverlos en el caso y para el caso, con el propósito de "afianzar la justicia" enunciado por el Preámbulo.

En alguna medida, los criterios desarrollados han presidido la sentencia publicada en Folios 204:204. Si bien es cierto que en esa oportunidad se trató de la inteligencia de una excepción legalmente prevista, como era la atinente al ciudadano "único sostén de madre viuda o de padre sepultado o impedido", no lo es menos que la Corte sostuvo: "El legislador ha establecido esta excepción para el tiempo de paz porque preparar la defensa de la Nación mediante el adiestramiento militar de sus hijos a costa del orden natural de cosas que es el sostenimiento de los padres impedidos por sus hijos aptos, sería imponer un extremo sacrificio real y actual de ese orden en razón de una posible necesidad futura. El sacrificio no tendría en tales circunstancias —el estado de paz—, razón de ser proporcionada" (Folios 202:106).

En lo expresado no hay contradicción alguna, antes bien, el sencillo obrar del principio de separación de los poderes. El ejercicio de la potestad de reglar la obligación del art. 21 es algo muy distinto del control de constitucionalidad de las consecuencias de dicho ejercicio en un caso judicial. Tan exclusivo de la Legislatura es el primero, como del Poder Judicial el segundo. No hay en esto interferencias ni supremacías entre los poderes, sino cumplido acatamiento del principio básico del sistema que rige en la República, según el cual, la organización política, social y económica del país reposa en la ley (Folios 234:32 y otros) y es precisamente ésta de la que surgen los dos ámbitos diferenciados de funciones que han sido señalados.

De tal manera, es irrelevante que la ley 17.531 no prevea expresamente las motivaciones religiosas como causal de excepción al servicio militar, dado que los derechos individuales—especialmente aquellos que sólo exigen la abstención de los poderes públicos y no la realización de conductas positivas por parte de aquéllos—deben ser hechos valer obligatoriamente por los jueces en los casos concretos, sin importar que se encuentren incorporados o no a la legislación (Folios, 241:291 entre otros. González, *Manual*, n.º 82, p. 102-103).

16. Que los argentinos de esta hora nos hallamos, con fervor, comprometidos en la restauración definitiva del ideal democrático y republicano que tan sabiamente plasmaron los hombres de 1853 en la Constitución que nos cubija. Es ésta prenda de sacrificios y de conciliaciones, de luchas y reencuentros.

El presente es, también, un momento de reencuentro. Pero el reencuentro pide por la unidad en libertad, no por la uniformidad. Unidad que entre los hombres libres es la unidad en la diversidad, la unidad en la tolerancia, en el mutuo respeto de creos y conciencias, acordes o no con los criterios predominantes. Nada hay que temer de la diversidad así entendida, y sí mucho que esperar.

Es nuestra propia Constitución la que reconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual. El art. 19 establece la esfera en la que el Estado no puede intervenir. La combinación de este artículo con los vinculados a la libertad de cultos y a la libertad de conciencia no permiten dudar respecto del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la diversidad de pensamiento y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no se condice con la filosofía liberal que orienta a nuestra norma fundamental.

17. Que, por ende, esta Corte concluye en que cabe reconocer, como principio, el derecho de los ciudadanos a que el servicio de conscripción—art. 21—pueda ser cumplido sin el empleo de armas, con fundamento en la libertad de cultos y conciencia—art. 14—derecho cuya extensión deberá ser determinada según las circunstancias de cada caso. Asimismo, también es conclusión de este tribunal que, a la sola luz de la Ley Fundamental no asiste derecho, sobre la base indicada, para eximirse de dicho servicio de conscripción.

Luego, la negativa del recurrente al llamado del servicio de conscripción no resulta justificada, sin perjuicio del derecho que pueda tener a cumplir ese deber con los alcances señalados en esta sentencia.

Por ello, habiendo dictaminado el Procurador General, se resuelve: 1) confirmar la sentencia apelada en cuanto condena a Alfredo Portillo a prestar un año de servicios continuados en las FF.AA., además del tiempo legal que corresponda por infracción al art. 44 de la ley 17.531; y 2) establecer que dichos servicios deberán ser cumplidos con las modalidades señaladas en el presente fallo. — Carlos S. Fayt - Enrique S. Petracchi - Jorge A. Bacqué - En disidencia: José S. Caballero - Augusto C. Belluscio.

DISIDENCIA DEL DOCTOR CABALLERO. — Considerando: 1. Que se inician estas actuaciones con la denuncia efectuada por el Distrito Militar Buenos Aires contra Alfredo Portillo, quien, al ser convocado, no se presentó a cumplir el servicio militar obligatorio. Al declarar en la causa, afirmó que su padre había enviado una carta documento al Presidente de la Nación, expresándole que en virtud del ejercicio de la patria potestad no permitía que él se incorporara. Asimismo, el encausado refirió que profesaba la religión católica apostólica romana, y que no consentía aprender el uso o ma-

nejo de armas que pudieran producir a sus semejantes la muerte, "violando el V mandamiento del Evangelio"; como así también que a la Patria se la puede servir de otras maneras, sin necesidad de hacer el servicio militar.

2. Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto lo condenó a prestar un año de recargo de servicio en las Fuerzas Armadas—además del tiempo que legalmente correspondiese—por aplicación del art. 44 de la ley 17.531. Contra dicho fallo, el condenado interpuso el recurso extraordinario, que fue concedido.

3. Que el recurrente plantea la inconstitucionalidad de la ley 17.531 en cuanto le impone el servicio militar obligatorio. En tal sentido, afirma ante esta Corte que dicha norma es repugnante a las libertades ideológica y de conciencia consagradas en el art. 14 de la Const. Nacional, habida cuenta de que no desea cumplir el servicio militar, y se le impone un comportamiento que contraría sus convicciones. Se niega, entonces, a desarrollar una actividad que estima como denigrante de la condición humana, y que conculca su libertad individual y autonomía, pues, a su criterio en un Estado de derecho estas facultades no están limitadas en función del poder estatal. Por todo ello, pide que se reconozca y se consagre el derecho a que su comportamiento personal "se ajuste a las propias convicciones en cuanto no comporte lesión o trato indigno y desigual a sus semejantes".

4. Que, por otra parte, el impugnante sostiene que la interpretación del art. 21 de la Carta Fundamental efectuada por el a quo ha subvertido el orden constitucional, toda vez que la obligación de armarse establecida en aquel precepto, sólo está prevista con relación a las milicias provinciales (art. 67, inc. 24), y no para el ejército permanente o de línea (art. 67, inc. 23), que debe estar integrado exclusivamente por voluntarios.

5. Que el recurso es procedente con arreglo al art. 14, inc. 3º, de la ley 48 ya que la sentencia aplicó una norma nacional impugnada por el apelante como inconstitucional.

6. Que, ante todo, resulta oportuno recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes dictadas por el Congreso gozan de una preunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley. Tales razones hacen que esta Corte Suprema, al ejercer el elevado control de constitucionalidad, deba imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosa en el uso de sus facultades como en el respeto que la Carta Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Fallos, 228:688; 242:78; 285:349; 300:241, 1087).

7. Que el recurrente no dice que los arts. 14 y 21 de la Const. Nacional hayan sido reglamentados por ley alterando sustancialmente su contenido. Lo que en realidad aduce es que se le obliga a prestar el servicio militar, invocando—como lo hizo ante los jueces de la causa—principios de la religión católica apostólica romana, o—como lo intenta ante esta instancia modificando los argumentos que fundan su defensa—su libertad personal. En resumen, se niega a tener estado militar conforme lo establece el art. 13 de la ley 17.531.

8. Que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamentan razonablemente su ejercicio (arts. 14 y 28; Folios, 199:149 y 463; 300:459; 249:252; 242:266; 268:364; 283:98; 296:372 y muchos otros). Algunas limitaciones a los derechos fundamentales están consagradas en la propia Constitución. Ha de tenerse presente, además, que los derechos que emanan de las cláusulas constitucionales, han de conciliarse con los deberes que éstas imponen o que en otras se establecen, de manera que no se pongan en pugna sus disposiciones y se logre darles aquel sentido que las concilie y deje a todas con valor y efecto (doctrina de Folios, 1:297; 277:213; 279:128; 281:170; 296:372).

9. Que si los derechos individuales no son absolutos y sí susceptibles de razonable reglamentación legislativa—basada en el respeto y amparo de los derechos de los demás— a fin de salvaguardar el orden y la seguridad de la comunidad y de las instituciones que constituyen la estructura fundamental del Estado al servicio del bien común, fuera del cual el goce y garantía de aquellos derechos se tornan ilusorios o no hallan plena satisfacción (doctrina de Folios, 296:372); con mayor razón tales derechos han de integrarse en su ejercicio en el todo armónico de las cláusulas constitucionales a fin de lograr, sin desmedro sustancial de ninguna, el adecuado equilibrio que reclaman en un Estado de derecho las ordenadas exigencias de la justicia, tanto en las relaciones de la comunidad hacia sus miembros como en las de éstos con aquélla.

10. Que el caso resulta similar al de Folios, 394:1524 y a la causa "Juan A. Wilms" (S. 475 XX, fallada el 22/4/86, Folios, 358:610), en la que esta Corte en su actual integración, confirmó la condena por insubordinación que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia impuso a un soldado conscripto, quien se negó a prestar el servicio militar. Es que en todos los supuestos la pena recayó por un hecho cuya justificación no puede fundarse en disposiciones constitucionales, tanto más, cuanto que el régimen legal de que aquí se trata, ha sido estructurado con miras al logro de un alto objetivo: hacer material y efectivamente posible la preparación de la defensa de la Nación, en tiempo de paz, mediante el adiestramiento de sus hijos (Folios, 352:196), de modo tal de lograr la disciplina militar, condición esencial de funcionamiento de un ejército.

11. Que además, el hecho de que todos los ciudadanos deban cumplir con la obligación de adiestramiento que—como carga pública—les permita cumplir con el que ha sido llamado un "servicio de sangre" está justificado, pues el Estado obraría con absoluta desaprensión y desprecio por la vida de sus componentes, si no se preocupara de prepararlos preventivamente para la emergencia de dolor que importa armarse en defensa de la Patria y de la Constitución, y que reglamenta la ley 17.531 de servicio militar.

12. Que frente a tales fines, que han sido objeto de expresas previsiones constitucionales (art. 21 y art. 67, incs. 23 y 24), la mera objeción basada en la libertad de conciencia del recurrente, que además no se encuentra prevista legalmente y que carece de sustento bastante—en los términos de la doctrina de Folios, 360:353 y sus citas—no conmueve el sólido basamento constitucional y legal de la condena impuesta. Por otra parte, y aun teniendo en cuenta sus argumentos originarios, se advierte que la imposición del servicio militar no le impedirá ejercer libremente su culto, en cuanto creencia, como así tampoco difundir, enseñar o aprender dentro de su credo.

13. Que, como se dijo, los derechos que el recurrente estima vulnerados no lo serían solamente en virtud de disposiciones legislativas, sino de preceptos de la misma jerarquía constitucional que los invocados. En

efecto, el del art. 21 de la Carta Magna, que establece que "todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo Nacional", y el objetivo enunciado en el Preámbulo de "prever a la defensa común". Luego, no corresponde poner en pugna estos mandatos imperativos con la enunciación de aquellos derechos con el fin de eludir el cumplimiento de los primeros, habida cuenta de que negarse a la convocatoria del servicio militar, no es una acción privada de los hombres que sustrae la Constitución Nacional a la autoridad de los magistrados (art. 19), sino un obrar externo que afecta al justo orden público argentino y al bien común de la sociedad; finalidades éstas que obviamente inspiran las disposiciones constitucionales supra citadas.

14. Que en este sentido, debe recordarse la doctrina de esta Corte en cuanto a que las acciones privadas de los hombres a que se refiere el art. 19 de la Const. Nacional, son aquellas que arraigan y permanecen en el interior de la conciencia de las personas y sólo a ellas conciernen, sin concretarse en actos exteriores que puedan incidir en los derechos de otros, o que afecten directamente a la convivencia humana social, al orden y a la moral pública y a las instituciones básicas que en ellas se asientan y por las cuales, a su vez, son protegidas aquéllas para la adecuada consecución del bien común temporal, fin último de la ley dada y aplicada por los hombres en el seno de la comunidad política. Las primeras —aunque pueden ser exteriores— pertenecen al ámbito de la moral personal y están reservadas sólo al juicio de la propia conciencia y al de Dios y escapan, por ende, a la regulación de la ley positiva y a la autoridad de los magistrados. Las segundas, que configuran conductas exteriores con incidencia sobre derechos ajenos y proyección comunitaria, entran en el campo de las relaciones sociales objetivas que constituye la esfera propia de vigencia de la justicia y el derecho; estas conductas, por ende, están sometidas a la reglamentación de la ley en torno al bien común y a la autoridad de los magistrados (dictamen del Procurador General en Folios, 300-234; 302-604).

15. Que así, no pueden caber dudas de que la negativa a presentarse a cumplir con el servicio militar sin causa justificada no es de aquellas acciones que no toleran la intromisión de una regulación legal y constitucional, y que, además, constituye una acción susceptible de caer bajo la órbita coercitiva del derecho. Es que el art. 19 de la Ley Fundamental brinda el sustento del contenido antijurídico de la omisión de Portillo, que se proyecta sobre otras cláusulas fundamentales que establecen obligaciones de orden público, y que asimismo importan verdaderas definiciones constitucionales en relación a la composición y funcionamiento de instituciones que hacen a la estructura básica del Estado. Éstas exigen, en ciertas circunstancias, que se aseguren valores más importantes, lo que no puede lograrse sino a costa de sacrificios y limitaciones a derechos o intereses individuales (doctrina coincidente de Folios, 240-223; 278-232).

16. Que, en suma, el apelante pretende que se le cree un privilegio de excepción al servicio militar obligatorio, que ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo Nacional han entendido conveniente admitir por ahora en la ley 17.531, y que los jueces no pueden establecer sin invadir esferas propias del poder de aquéllos.

17. Que esta invasión al poder del Congreso o del Poder Ejecutivo aparece más clara si se tiene en cuenta el carácter especial de la ley de servicio militar que resulta integrativa del art. 21 de la Const. Nacional, pues éste así lo ha establecido ("conforme a las leyes que dicte el Congreso y a los decretos del Poder Ejecutivo") sobre todo cuando no se aprecia forma

alguna de irracionalidad en la reglamentación pertinente. Que el recurrente pretenda restringir el contenido y sentido del art. 19 de la Const. Nacional, al solicitar que se consagre la legitimidad de su negativa que entienda "se ajusta a sus propias convicciones (y) en cuanto no imperte lesión o trato indigno y desigual a sus semejantes". Es evidente que este pedido constituye una interpretación utilitaria e individualista de la libertad, a la manera de Stuart Mill que prescindir de los valores del "orden público y de la moral pública" como limitantes de las acciones humanas que carecerán del carácter de "privadas" precisamente cuando tales valores sociales puedan lesionarse. Esto es, precisamente, lo que ocurre en el caso si se tiene en cuenta que la obligación de "armarse" es para asegurar la composición y el funcionamiento correcto de los cuerpos militares que hacen al orden público argentino dada la extensión y contenido del deber de cada ciudadano con el Estado argentino conforme al texto del art. 21 de la Const. Nacional a sus antecedentes históricos, y a su significación sistemática (art. 67, incs. 23 y 24).

Que en esas condiciones, las excepciones deben ser expresas en la ley e interpretadas estrictamente en respeto de la dignidad humana del conjunto de los ciudadanos obligados al servicio de sangre. Que miradas las excepciones creadas por la ley con relación a la Iglesia Católica Apostólica Romana a la que dice pertenecer el recurrente, sin haber acompañado prueba alguna, debe tenerse en cuenta que ésta constituye una institución de orden público entre nosotros por el juego del art. 2º y concs. de la Const. Nacional y art. 33, inc. 3º del Cód. Civil. Esta institución religiosa por la pluma de sus doctores más significativos, no repudia moralmente en el supuesto de los particulares que no son clérigos ni obispos—como es el caso de autos—el adiestramiento militar con armas cuando no causa sangre y sólo recrimina el uso de las armas en los supuestos de guerra injusta (ver Santo Tomás de Aquino, *Summa Teológica*, t. X, Cuestión XL, arts. I y II). Todo esto revela que para la Constitución actual las objeciones del recurrente carecen de relieve alguno y que sólo con una reforma constitucional que truncoase las limitaciones del art. 19 e instituyese una disposición similar al art. 2º de la Constitución alemana vigente podría, previo cumplimiento de las exigencias que, de *lege ferenda*, se estableciesen por la ley, merecer otra solución que la dada por el a quo.

18. Que, a mayor abundamiento, si bien es cierto que en los Estados Unidos de América se ha aceptado que por objeciones de conciencia fundadas en la religión, alguien pueda ser excluido del servicio militar, ello ha sido frente a un texto constitucional que no ha previsto el "servicio militar obligatorio", respetando así su tradición inglesa del servicio voluntario de las armas que no corresponde a la tradición francesa consagrada en 1789, que ha adoptado nuestra Nación a través del art. 21 de la Constitución. Por otra parte, la Constitución norteamericana no ha reconocido religión oficial, ni aceptado sostener alguna—según surge de la Enmienda I—en virtud de lo cual todas las religiones reconocidas pueden merecer la misma consideración, sin atender a las características de su estructura o personalidad. Y aún así, la Suprema Corte de los Estados Unidos, al interpretar la ley del Congreso que reguló las excepciones al servicio militar, ha establecido condiciones estrictas para admitir la objeción de conciencia, debiendo el peticionario demostrar que tiene clara conciencia de su oposición a cualquier forma de guerra, que su oposición está basada en una práctica religiosa, moral o ética mantenida con la fuerza de convicciones religiosas tradicionales, y que su objeción es sincera (348 US 375; 348 US 385; 389 US 163; 398 US 333; 403 US 698). Todo esto no se ha probado en el caso.

19. Que además, el art. 21 se vincula al art. 67 en sus incs. 21, 22, 23, 24 en cuanto facultades del Congreso para autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra y hacer la paz, fijar las fuerzas de línea de tierra y de mar, en tiempo de paz y guerra "autorizar la reunión de las milicias de todas las provincias", con las cuales se advierte claramente que se ha delegado expresamente en la Nación el poder de declarar la guerra, potestad que lleva como accesoria la de mantener un ejército permanente pues de lo contrario aquella facultad carecería de sentido dada la evolución de las técnicas de preparación para la defensa y calidad misma de los armamentos. Debe tenerse en cuenta que la facultad de la Nación de "reunir las milicias provinciales", no tiene el sentido del pacto federal de 1831 que garantizaba militarmente, en verdad, una confederación, pues facultaba a las provincias para organizar una milicia permanente, sino que con la delegación de los poderes de la guerra a la Nación la carga que se impone a cada ciudadano para ser soldado se identifica con la estructura militar de la Nación (ver Calvo, Nicolás, Decisiones constitucionales, Bs. As., 1888, p. 186, coincidentemente, con relación a las cláusulas 15 y 16, sección 8ª, art. I, Constitución norteamericana).

Por ello, y de acuerdo con lo dictaminado por el Procurador General, se confirma la sentencia apelada.

DISIDENCIA DEL DOCTOR BELLUSCO. — Considerando: Que esta Corte comparte y hace suyas las consideraciones vertidas por el Procurador General en el dictamen precedente, a las que cabe remitirse por razón de brevedad.

Por ello, se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso.

ACTUALIDAD

EJECUCIÓN Y PROCESO PENAL: EL RESCATE DEL PODER DE LOS JUECES

MAXIMILIANO RUSCONI

MARCOS SALT

1. LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

Frente a la transformación que propone el proyecto de reforma de la administración de justicia penal en el tema de la ejecución de las penas privativas de libertad, debemos referirnos, en primer lugar, a la estremecedora situación que esta etapa procesal atraviesa en nuestros días.

Mientras la ley penitenciaria nacional (art. 1^º) propugna el objetivo de la resocialización del delincuente como fin de las penas de encierro¹, todos sabemos que éste se ha reducido sólo a una mera formulación: los datos estadísticos referidos a la reincidencia son prueba evidente de la contradicción entre el fin buscado por la ley y la descripción de la realidad².

Si bien en la doctrina ya se sostiene el carácter paradójico de la idea de que un ciudadano recupere la capacidad de desenvolverse normalmente en la sociedad, aislado de esa

¹ No se nos escapa el peligro que conlleva para el desarrollo ideológico de un programa penitenciario la carencia de precisión en el concepto resocialización. Para un más detallado análisis del problema puede verse en: Borja - Mapelli Caffarena, *Criminología crítica y ejecución penal*, en revista "Poder y Control", Barcelona, n.º 0, p. 180.

² Ya en el año 1968 autores como Neuman e Irurzun hacían notar el fracaso rehabilitador de las penas de encierro, haciendo referencia a los porcentajes globales de reincidencia. Cfr. Neuman - Irurzun, *La sociedad carcelaria*, Bs. As., 1968, p. 25 y siguientes. Además, es probable que los no reincidentes, lo sean no por estar resocializados, sino por otras causas.

sociedad y sometido a un modo anormal de vida³, es claro que el objetivo será más lejano aún al verse acentuado este aislamiento por las condiciones en que se cumple el encierro. En efecto, la falta de condiciones edilicias mínimas en los establecimientos carcelarios, la caótica distribución de los condenados, realizada sin tener en cuenta la cercanía de sus familiares o amigos, la posibilidad del efectivo ejercicio del derecho de defensa⁴, el constante cumplimiento de las penas privativas de libertad en el mismo establecimiento donde procesados esperan la resolución de sus causas, el clima de violencia que impera en la subcultura carcelaria⁵, etc., son sólo algunos ejemplos de las condiciones que tornan aún más dura para el condenado e ineficaz para la sociedad la pena de prisión⁶.

³ En este sentido, García Ramírez: "hay en el fondo de todas estas cuestiones una destacada paradoja: a la prisión, que aparece un modo anormal de vida, incluso en las mejores hipótesis, se pide que actúe eficientemente como formadora de hombres libres" (*Criminología, marginalidad y derecho penal*, Bs. As., Depalma, 1982, p. 160).

Cfr., también, Roxin Clausa, *Las nuevas corrientes de política criminal en la República Federal Alemana*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1973, p. 288 y siguientes.

⁴ El Proyecto de Código Procesal Penal recepta a este derecho en forma clara en el art. 388: "Tendrá derecho (el condenado) a la defensa técnica y continuará ejerciéndola el defensor nombrado con anterioridad".

Es claro que para que esto no signifique sólo una formulación, la administración de justicia debe crear las condiciones (razonablemente necesarias), para que la decisión del abogado defensor de confianza del ciudadano condenado, de abandonar la asistencia a este último no sea producto de la arbitraria e irracional elección del lugar de cumplimiento de la condena.

⁵ En realidad las especiales y determinadas manifestaciones de violencia o "dureza" en el comportamiento de los internos es sólo uno de los puntos salientes que caracterizan de manera singular a la subcultura carcelaria y justifican su tipificación; ella se encuentra, también, representada en ciertas "normas" de carácter informal que integran el llamado "código del recluso".

Para una explicación profunda del concepto y la caracterización sociológica de la subcultura carcelaria véase a Kaufmann, Hilde, *Ejecución penal y terapia social*, Bs. As., Depalma, 1979, cap. I.

⁶ En el mismo sentido: "La ejecución penal humanizada no sólo no pone en peligro la seguridad y el orden estatal, sino todo lo contrario. Mientras la ejecución penal humanizada es un apoyo al orden y la seguridad estatal, una ejecución penal deshumanizada, atenta precisamente contra la seguridad estatal" (Kaufmann, Hilde, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Bs. As., Depalma, 1977, p. 18).

2. EL CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN PENAL

Sin embargo, uno de los problemas fundamentales que afronta el actual sistema de ejecución de penas, y que completa el cuadro desolador que hemos descrito, es la desvinculación que se produce entre el condenado y el sistema judicial una vez dictada la sentencia⁷. Esta desvinculación, en el orden federal, se produce no sólo por la insuficiente regulación normativa, sino porque es impensable que jueces agobiados por el enorme atisigamiento de trabajo producido en sus juzgados, generado por un sistema de administración de justicia estructuralmente ineficaz, puedan ocuparse realmente de la suerte de los condenados.

En este sentido es necesario advertir el peligro de entender al lugar carcelario como algo externo al sistema jurídico, ya que es aquí donde se desarrolla, más intensamente, la represión estatal. En general estamos acostumbrados a ver en la sentencia la culminación del proceso penal, y a considerar la ejecución de la condena ajena a los principios y garantías que limitan el poder penal del Estado en las etapas procesales anteriores.

Esta forma generalizada de pensar, consciente o no, nos ha llevado a olvidarnos sistemáticamente del ciudadano condenado, justo en el momento en que el poder penal del Estado se manifiesta de manera más dramática⁸.

Es necesario, pues, que entendamos a la etapa de ejecución penal como parte del proceso judicial y de la realidad social en la cual está necesariamente inmersa.

⁷ "En la práctica, lo que reciben los establecimientos de procesados son una mera orden de internación con algunos datos relativos al procesado y a la causa. Cuando el procesado pasa a ser condenado, llega una copia de la sentencia y el cómputo de la pena. Allí comienza, o quizá se formalice el divorcio entre el juez de la causa y el condenado. Salvo hechos especiales volverán a saber el uno del otro recién cuando se llegue al término para solicitar la libertad condicional" (Aparicio, Julio E., *Criminología, proceso y ejecución penal. libertad condicional y patronatos de liberados*, Bs. As., Dimas, 1985, p. 103-104).

⁸ "Es en la instancia de la aplicación de la pena donde posiblemente con mayor claridad se pueden poner de manifiesto los aspectos ideológicos del derecho penal y se puede discutir el carácter expiatorio e infamante que la pena puede llegar a tener" (Hormazabal Malarec, Hernán, *Aspectos ejecutivos penales*. Introducción, en revista "Poder y Control", Barcelona, 1988, n° 6, p. 151).

Por este motivo, la creación de un tribunal de ejecución que se encargue, entre otras cosas, de un efectivo control sobre el cumplimiento de aquélla es, creemos, un valioso aporte del proceso de reforma a la humanización de la justicia.

Este aporte implica una asistencia personalizada al condenado por jueces dedicados, exclusivamente a la ejecución. Merece destacarse, además, la función de transparencia de la ejecución penal que cumplirá este tribunal. Esta transparencia permitirá el cumplimiento del mandato de publicidad del procedimiento, mandato que en este momento procesal de la ejecución de la condena, ha sido sistemáticamente olvidado, cuestión grave si es que se aspira con sinceridad a una forma democrática y republicana de gobierno⁹.

3. EL TRIBUNAL DE EJECUCIÓN EN EL PROYECTO DE REFORMA

El tribunal estará integrado por jueces de los distintos tribunales penales de distrito que serán elegidos anualmente por el tribunal de casación, teniendo en cuenta la cantidad de condenados que cumplen efectivamente penas privativas de libertad situados en cada uno de los distritos y la cantidad de personas sometidas al control del tribunal de ejecución que tengan domicilio en cada uno de ellos (art. 43, proyecto de ley de organización judicial).

De este modo se ha establecido una postura intermedia entre las dos posibilidades clásicas de formación de un tribunal de ejecución. Generalmente se discute si el control de la ejecución penal debe quedar en manos de jueces especiales o en manos de los mismos jueces que dictaron la sentencia. La primera postura permitiría contar con jueces especializados y con conocimientos técnicos superiores. La segunda, favorecería la idea de que el proceso penal no termina en la sentencia definitiva, sino que abarca también el control de la ejecución penal. Ambas posiciones generan inconvenientes: el juez especializado puede provocar una fractura en el sistema judicial, formando una cultura judicial propia de la ejecución penal que no se halle armoniza-

⁹ Sobre todo si tenemos en cuenta que en los problemas referidos al cumplimiento de penas, no participa, en absoluto, la ciudadanía a pesar de ser cuestiones que directamente influyen en la realidad social.

da con los principios que nutren las otras etapas de proceso penal. La segunda postura podría favorecer un descuido del control de la ejecución penal, atendiendo a la gran cantidad de trabajo judicial que requieren las otras etapas procesales. El proyecto de ley orgánica para la justicia penal, busca superar estas antinomias. Por ello, los jueces se dedican con exclusividad al control de la ejecución penal, pero integran el mismo equipo de jueces que conocen en todo el proceso penal.

El proyecto también prevé la creación de "oficinas de ejecución" en los distintos establecimientos penitenciarios con el fin de representar al tribunal¹⁰. Al mismo tiempo se ha previsto en la ley orgánica para la justicia penal (LOJ) la creación de oficinas encargadas del control del cumplimiento de las medidas dispuestas en los casos de suspensión del proceso a prueba (art. 46, LOJ)¹¹.

Este tribunal tendrá a su cargo la intervención en todas las cuestiones que sucedan luego de que quede firme la sentencia condenatoria.

Es preciso aclarar que estas tareas no se agotan en el control de la ejecución de la pena, sino que, por el contrario, y a pesar de ser ésta la de mayor relevancia, el proyecto de Código Procesal Penal (CPP) le asigna otras de índole variada, a saber:

- a) Fijación del cómputo definitivo (art. 390, CPP).
- b) Control general sobre la pena y asistencia al liberado (art. 394, CPP).

¹⁰ De acuerdo con lo establecido en el art. 46 de la LOJ, las oficinas de ejecución se organizarán dentro de los establecimientos penitenciarios, con excepción de los establecimientos pequeños en donde las tareas inherentes a esta oficina serán realizadas por funcionarios pertenecientes a oficinas cercanas en visitas periódicas. A fin de llevar a la práctica lo regulado por esta norma creemos que deberá tenerse en cuenta la capacidad (real y no teórica) de albergar condenados de cada uno de los establecimientos. Al mismo tiempo será necesario crear oficinas de ejecución en establecimientos en los cuales la implementación se justifica no por su capacidad de albergar ciudadanos condenados, sino por la distante ubicación geográfica.

¹¹ La función de control ha quedado limitada, luego de las modificaciones introducidas por la Comisión de Legislación Penal a los arts. 231 y 392 del CPP, a un control mediato a través de la supervisión sobre el Patronato de Liberados e instituciones afines en las provincias. Por lo que creemos que ha perdido parte de su sentido la creación de una oficina que tenga como función, sólo, esta tarea.

- c) Libertad condicional. Control y revocación (arts. 392 y 393, CPP).
- d) Suspensión del proceso a prueba. Control y revocación (art. 231, CPP).
- e) Ejecución de multas (art. 395, CPP).
- f) Trámite de inhabilitación y rehabilitación (arts. 396 y 398, CPP).
- g) Trámite de otorgamiento de pensión prevista en el art. 19 del Cód. Penal (art. 397, CPP).
- h) Promover recurso de revisión por ley más benigna (art. 401, CPP).
- i) Control de ejecución de las medidas de seguridad y corrección.

Sin embargo, de todas estas funciones, las de mayor importancia son: El control general sobre la pena, y la supervisión de patronatos e instituciones afines. Nos referimos especialmente a ellas.

- a) Control sobre la ejecución de la pena y la asistencia al liberado

Las actividades del tribunal de ejecución en lo que a esta función se refiere presentan características disímiles, por lo cual es conveniente discriminarlas.

a) Controlar que las condiciones de cumplimiento de la ejecución se den de acuerdo con las leyes y reglamentos que en su consecuencia se dicten (art. 121, ley penitenciaria nacional -LPN-). Esta tarea es de un contenido muy amplio, esperamos que se materialice, por ejemplo, en comprobar las condiciones de higiene de los establecimientos (arts. 17 a 20, LPN), controlar la razonabilidad de los traslados de detenidos (arts. 31 a 33, LPN), la aplicación de medidas de sujeción (arts. 34 a 36, LPN), la alimentación (art. 26, LPN), el alojamiento (arts. 21 y 22, LPN), etcétera.

Pensamos que sería deseable, en este marco, que los jueces realizaran visitas periódicas a los establecimientos carcelarios y mantuvieran charlas informales con los condenados a fin de que éstos puedan manifestarse libremente acerca de las condiciones en que cumplen la condena, planteen objeciones al régimen de tratamiento, o efectúen cualquier tipo de petición (art. 28, LPN).

- b) Resolver los incidentes que se susciten.

c) Colaborar con la dirección de los establecimientos penitenciarios en la solución de los conflictos que se generen en su ámbito.

d) Asesorar a los establecimientos en la planificación de los tratamientos de los condenados.

e) Llevar a cabo el trámite de otorgamiento de la libertad condicional.

b) Supervisión de patronatos e instituciones afines

En el marco de esta función¹² las tareas principales que desarrollará el tribunal de ejecución serán las siguientes:

1) Recibir los informes que el patronato e instituciones afines deberán enviar en forma periódica, y formar un legajo de cada uno de los sujetos a control donde constará la evolución de su comportamiento.

2) Ejercer un control general a través del patronato y las instituciones afines, sin perjuicio de llevar a cabo un control directo por medio de visitas periódicas para comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas y ejercer una asistencia personalizada. A tal fin los jueces podrán disponer entrevistas con los sujetos sometidos a control cuando lo crean conveniente por alguna razón especial o a través de un sistema de muestreo.

3) Establecer mecanismos que permitan que los sujetos bajo vigilancia puedan acceder al tribunal a plantear problemas concretos y posibilidades de solución.

4) Sin perjuicio de la función que cumple el patronato en este sentido, se podrá organizar una bolsa de trabajo, actividades educativas, o cualquier otra actividad que tienda a brindar apoyo a los sujetos sometidos a control. La experiencia nos muestra que la cuestión de conseguir empleo, es uno de los problemas principales que aquejan al liberado. Esto se agrava día a día por la situación económica que vive el país y el aumento de los índices de desempleo. En este sentido es también de fundamental importancia la realización de programas de difusión que preparen a la sociedad a recibir de manera no traumática a los liberados.

Asimismo se podrá contribuir con el patronato a solucionar los problemas de vivienda, y obtención de recursos

¹² Ver nota anterior.

suficientes para superar la crisis del egreso (arts. 100 y 101, LPN).

5) Establecer un sistema por el cual conste el plan a seguir, en el que se puedan comprobar los progresos de los sujetos a control.

De la observación del conjunto de funciones a cargo de este tribunal a las que hicimos referencia, surge que en muchos casos, éstas pueden tener que realizarse en lugares geográficos diferentes con respecto a un mismo condenado. Esta característica debe ser de fundamental importancia al momento de decidir acerca de la estructura conveniente para este tribunal, por lo que proponemos establecer en cada uno de los distritos sedes del tribunal que tomarán a su cargo el ejercicio de todas las funciones que debe realizar este tribunal en cada uno de los distritos del país.

Así, por ejemplo, dictada una sentencia condenatoria en Buenos Aires, el cómputo definitivo debería ser realizado por la sede del tribunal de ejecución de este distrito. Si la condena se hiciera efectiva en una unidad carcelaria ubicada en otro distrito, el control general sobre su ejecución, debería realizarse por la sede del tribunal de ejecución de este último, y en el caso de que se le otorgara libertad condicional, el control sobre ella estará a cargo de la sede del tribunal de ejecución del distrito en el cual fije el domicilio el liberado condicionalmente.

4. CONCLUSIONES

En síntesis, es claro que hoy en día la etapa de ejecución penal no cumple adecuadamente con su finalidad. Somos conscientes de que la creación del tribunal de ejecución no significará, por sí sola, una solución integral a los problemas que esta etapa procesal conlleva. Sin embargo, creemos que constituye un paso de fundamental importancia en el proceso de reforma. Sobre todo, esto es así, si tenemos en cuenta que: "lo esencial de todo el pensamiento reformador reside... en que la reforma no debe entenderse como un acto único mediante el cual, con la ayuda de una nueva ley, se prescriban determinadas modificaciones que por sí mismas producirían la reforma: la reforma, al contrario, consiste en un proceso de desarrollo permanente... pues todas las

instituciones sociales son de tal naturaleza que siempre requieren nuevos procesos de reforma"¹².

En efecto, las decisiones del tribunal de ejecución, esperamos, marcarán el rumbo hacia el mejoramiento del sistema penitenciario, para lo cual será menester encontrar la manera de unir a este proyecto de reforma la actividad mancomunada del Servicio Penitenciario Federal y el Patronato de Liberados.

¹² Kaufmann, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, p. 53.

APLICACIÓN DE LA COMPUTACIÓN AL TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN EN LA OFICINA JURÍDICA

JUAN PABLO LLAMBRÁS*
MICHAEL RATTAGAN*

1. INTRODUCCIÓN

Las computadoras, desde las PC o Personal Computers, individualmente o conectadas entre sí mediante redes internas, hasta los grandes equipos, han invadido en forma asombrosa todos los ámbitos de la vida moderna.

Así, vemos a diario que, programas especialmente diseñados, son utilizados en un amplio espectro que puede incluir desde el campo de la medicina y el diagnóstico de enfermedades hasta el área de la seguridad y la prevención de delitos, pasando por otras innumerables aplicaciones.

Esta revolución, que en sus principios se suponía que no podría ser aprovechada por los profesionales del Derecho por las especiales características de su actividad—predominio de la elaboración personal y de la opinión basada en la interpretación propia— ha finalmente conmovido en forma profunda el entorno que los rodea.

Actualmente, las computadoras pueden ser empleadas en todas las áreas de la oficina jurídica. Encontramos sistemas para la liquidación de sueldos y jornales, para la contabilidad, la administración de la cartera de clientes y la emisión de facturas de honorarios y gastos.

Asimismo, existen programas específicamente diseñados para la oficina jurídica, como los relacionados con el

* Miembros del Estudio Allende y Brea.

tratamiento de la información y el seguimiento y control de juicios o pleitos.

Sin embargo, a pesar de dichos usos y aplicaciones y de la facilidad con que hoy pueden acceder a los más diversos programas, es frecuente observar la dificultad con que muchos abogados van adaptándose a esta nueva manifestación del avance tecnológico. Quienes mayormente padecen este inconveniente son aquellos con más de veinte o treinta años de ejercicio profesional: evidentemente, siempre resultará para ellos menos atractiva la idea de modificar hábitos de trabajo desarrollados durante años y jamás antes replanteados. En general, se trata de personas con celoso espíritu crítico: si rara vez los vemos confiar ciegamente en los hombres, más ambicioso será convencerlos de la autenticidad del material que una computadora pueda ofrecerles.

Muy frecuente les será, entonces, caer en el error que ejemplifica Gitelle Seer¹ citando el caso de un compañero que en cierta ocasión le pidió un determinado artículo del *New York Times* y que ella entregó impreso por la computadora. Su compañero lo rechazó solicitándole una copia exacta del original impreso en el diario. Nosotros podemos citar el caso de aquel abogado que, disponiendo de un sistema para almacenar cotizaciones de divisas extranjeras, solicitó cierta vez a su secretaria la cotización del dólar estadounidense a lo largo de un determinado período. Pocos minutos después, la diligente secretaria le entregó un prolijo listado impreso en una *laser printer* con toda la información requerida, pero el abogado, tras mirarlo superficialmente y frunciendo el ceño, le objetó: "Usted no me ha comprendido, lo que quiero son los ejemplares del diario para consultar día a día las cotizaciones del dólar". No aceptaba, así, la autenticidad de datos extraídos del sistema.

Para aprovechar plenamente las ventajas de esta generación de nuevas herramientas a nuestro alcance, debemos vencer los prejuicios que afloran al acercarnos a ellas y enfrentarlos con un criterio práctico: "¿qué beneficios obtendremos aplicando la computación a nuestra vida profesional?"

Advertiremos entonces que, utilizando un procesador

¹ Hoone, William, *The law firm library of the future*, American Lawyer Newspaper Group, Inc., dic. 1988, p. 20.

Gitelle Seer es la directora de los Servicios de Biblioteca de New York's Dewey, Ballantine, Bushby, Palmer & Wood y secretaria de la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas.

de palabras, podemos redactar una carta o un contrato y modificarlos varias veces sin necesidad de ocuparnos en escribirlos nuevamente.

Avanzando un poco más, nos daremos cuenta de que las computadoras son, en esencia, "ordenadores", pues efectivamente ordenan, clasifican y sistematizan toda la información que uno les presenta, pudiendo así lograrse un mejor aprovechamiento del material disponible. Generalmente, el abogado dispone de gran cantidad de material escrito: libros, leyes, fallos, listados de clientes, informaciones útiles de la más diversa índole, pero frecuentemente desperdicia- do por confiarlo a su humana y, por ende, limitada memoria. ¿Por qué no creer que la computadora puede brindarnos en un simple listado toda la información que poseemos sobre determinada materia y así aliviar nuestra tarea de búsqueda? (ver Anexo 1). De esta forma ahorraremos dinero y tiempo. Claro que para ello debemos proceder con cautela para evitar pérdidas de información.

2. TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN EN LA OFICINA JURÍDICA

Sabemos que una oficina jurídica tiene en su elemento humano, es decir, la capacidad profesional de sus integrantes, su capital principal.

Aprovechando las posibilidades que nos ofrece la tecnología moderna, podemos dotarla de otro elemento vital para su desenvolvimiento profesional: contar con la información necesaria en el momento oportuno.

Para ello, debemos utilizar las computadoras como elementos concentradores de toda la información disponible. Pueden incluirse en ellas los libros, las opiniones legales emitidas anteriormente, modelos de contratos, artículos de doctrina, leyes, decretos, resoluciones, precedentes judiciales, artículos periodísticos y estadísticas.

Aunque generalmente no se ingresan los textos íntegros pues sólo se completa una suerte de ficha con los datos relevantes y diferenciales de cada libro, ley o artículo doctrinario (ver Anexos 2, 3 y 4), ello no impide a lo largo de los años una gran acumulación de material escrito, que difícilmente pueda ser aprovechado y manejado por una mente humana con eficiencia y velocidad.

Es, entonces, cuando observamos la necesidad de recurrir a las computadoras para efectuar la llamada sistematización de la información.

Las computadoras, utilizadas entonces con imaginación y recursos, permiten controlar gran cantidad de información, convirtiéndose en imprescindibles para el trabajo eficiente de los abogados.

La aplicación de la informática al tratamiento de la información da así nacimiento a la llamada "tecnología de la información", que describe la aplicación de la computación al manejo de la recolección, almacenamiento, recuperación y procesamiento de la información³.

3. CENTROS DE INFORMACIÓN

Las computadoras junto con el elemento humano, esto es, las personas encargadas de ingresar y extraer la información y las responsables de implementar los programas que el abogado requiere para su correcta utilización, conforman los llamados Centros de Información, generalmente integrados en las oficinas jurídicas con la tradicional Biblioteca.

a) Funciones

El principal cometido de los Centros es acercar a los profesionales los elementos y antecedentes necesarios para que éstos, luego de estudiarlos y compararlos con los casos analizados, puedan resolver los problemas planteados y sugerir al cliente líneas alternativas de acción.

Contar con información completa, actualizada y sistematizada es una tarea de alta complejidad. Implica una especial disposición hacia el entorno jurídico y social, de observación permanente y crítica dinámica.

Debe pensarse continuamente qué material puede incorporarse a los bancos de datos; estar al día con las modificaciones y variantes, tanto en el orden normativo como en el ámbito doctrinario, ya sean interpretaciones, teorías, análisis o aplicaciones novedosas.

El bibliotecario titular de un Centro de Información Ju-

³ Chalton, Simon, *Introducción a la tecnología de la información*, Conferencia dictada en el "Seminario sobre Administración de Estudios Jurídicos y Tecnología Aplicable", International Bar Association, Bs. As., 15-16 noviembre de 1985, conf. n° 1, p. 1.

rídica debe procurar vías de acceso a todos los ámbitos. De esta forma, organismos privados, estatales, profesionales, universitarios pueden ser rápidamente consultados en procura de hallar respuestas a cuestiones que generalmente quedan fuera del alcance inmediato del abogado.

b) Ingreso de la información a las computadoras

Partiendo de la existencia de cierta cantidad de material disponible ya clasificado u ordenado, el primer paso consistirá en reunir toda esta información e incorporarla a las bases de datos. Se trata de una suerte de fichero donde puede almacenarse gran cantidad de información clasificada de diversas maneras con la posibilidad de recuperar posteriormente los datos que se requieran. Nos permite, además, ir ingresando día a día más información. Por ejemplo, todos los libros de una Biblioteca podrán formar una "base de datos de libros". Todas las leyes podrán ser volcadas a una "base de datos de leyes", y así sucesivamente proceder con todo el material disponible.

No será suficiente adquirir una o varias computadoras. Será necesario contar con un software o programa apto para el uso que queremos darle o, como alternativa, encargar la realización de los programas necesarios a expertos en programación.

Deberemos, además, solucionar el problema de "cómo" ingresar la información. Para comenzar la tarea será conveniente hacer un relevamiento general del material que deseamos incluir utilizando formularios confeccionados al efecto con los datos que consideramos necesario cargar en las bases. Obviamente éstos deberán coincidir, en cuanto a forma y datos solicitados, con el diseño de la ficha que aparecerá en pantalla. Volcados los datos a los mencionados formularios, se los introducirá luego en la computadora.

Deberemos tener en cuenta tanto el ingreso inicial de la información (p.ej., carga de todos los ejemplares de la Biblioteca) como su permanente actualización. Para ello será útil la periódica lectura de diarios jurídicos, oficiales, catálogos de libros recientemente editados e ir registrando todo el material que consideremos conveniente.

La constancia resulta ser así la clave en este cometido. Todos los nuevos datos sobre cifras, hechos, leyes, trabajos, pleitos y otros asuntos, deberán ser continuamente cargados en la computadora.

c) Bases de datos posibles

Contar con sistemas como los descritos (adquiridos o hechos a medida), nos permitirá confeccionar diversas bases de datos.

Una de las posibles aplicaciones es la formación de las llamadas "bases de opiniones legales" y las "bases de modelos de contratos", entre cuyos objetivos podemos mencionar:

1) Administración en forma eficiente de la elaboración intelectual de la firma.

2) Unificación de las interpretaciones dadas a temas conflictivos.

3) Aprovechamiento del trabajo realizado en anteriores ocasiones por otros miembros de la firma y de esa forma evitar innecesarias pérdidas de tiempo en el proceso de investigación.

4) Aumento de la celeridad con que se responden las consultas o se redactan los contratos solicitados. Combinando un procesador de palabras con estas bases de datos, el abogado puede trabajar sobre los modelos redactados anteriormente y, modificando sólo las circunstancias de tiempo, modo y lugar, concluir las nuevas versiones en tiempo récord.

5) Depuración del contenido de las bases propias, pues con la inclusión de nuevas opiniones o contratos que superen en calidad a los anteriores, lograremos elevar el valor técnico del material contenido en las bases.

Las variantes y posibilidades que se nos ofrecen son muy amplias. Bastará con imaginar diversos usos, y contar con un programador capacitado, para que éste pueda "traducir" nuestras ideas e inquietudes en programas adecuados. Para lograr concretar sus objetivos, el abogado deberá pensar qué utilización provechosa puede hacer de las computadoras planteándose metas claras, progresivas y realizables y teniendo especial cuidado en cómo deberá transmitir sus ideas a los programadores, en general extraños al universo jurídico.

Por ejemplo, al estar ideando un sistema de control y seguimiento de juicios, podrá explicarse al analista de sistemas cuáles son los diferentes pasos y etapas que se suceden desde la presentación de una demanda hasta el dictado de una sentencia definitiva, teniendo en cuenta todas las variantes posibles, recalcando la importancia de cada una e

intentando que el analista comprenda la idea central y las derivaciones de ella, para que recién entonces pueda comenzar a diseñar o diagramar el futuro sistema.

De una adecuada comunicación, paciencia y entendimiento entre el abogado y el programador, dependerá en gran medida que se alcancen los objetivos previstos.

d) Nomenclatura jurídica

Dijimos anteriormente que podemos ingresar en la computadora todo el material que deseemos. Pero esta ambiciosa meta puede no llevarnos a los resultados anhelados si no procedemos con cautela en lo referente a la clasificación y recuperación de la información.

Todos los sistemas diseñados para las computadoras de oficinas jurídicas prevén la recuperación de la información a través de un canal o acceso uniforme a todo el sistema. Dicho canal es generalmente llamado "temático" porque permite extraer o recuperar la información existente en las diversas bases (libros, leyes, artículos doctrinarios, etc.) con sólo tipear el nombre de los temas buscados.

Una vez decidida la incorporación del material, deberá pensarse en función de su posterior recuperación y en ello reside la importancia de clasificarlo correctamente.

En informática utilizamos la palabra descriptor para referirnos al código o palabra clave asignado a cada "récord" para poder luego ser recuperado. Como su nombre lo indica, descriptor será la palabra que "describa" con precisión el contenido del material que vayamos a ingresar. Por otra parte, con la palabra récord o registro simbolizamos cada libro, ley u otro tipo de información ingresada.

Pero esta colocación de descriptores, keywords o palabras claves debe ser muy cuidadosa. Es muy frecuente colocar un determinado descriptor y posteriormente asignarle uno distinto a un material de igual naturaleza.

Las computadoras hallarán el material tal cual fue ingresado, por lo tanto, al no contar con un sistema inteligente capaz de asociar palabras por su similitud, una vez iniciada la búsqueda a través de un determinado descriptor, bastará con que el anteriormente cargado tenga una "s" o una "coma" de más para que el sistema no pueda encontrarlo y resulte imposible el acceso a dicha información.

Por ello, resulta conveniente utilizar los llamados "nomencladores jurídicos". Éstos son listados de voces, pala-

bras o descriptores, ordenados de acuerdo con diferentes criterios —alfabéticamente, por materias, etc.— (ver Anexo 5), que permiten unificar la asignación de descriptores al material a ingresar ya que, previo a dar el alta o ingreso de cualquier registro, consultaremos el nomenclador para emplear las mismas voces contenidas en él.

El punto de partida para obtener un listado de descriptores o nomenclador jurídico adaptado a las necesidades de la oficina jurídica será recurrir a algún nomenclador ya existente, como los contenidos en las colecciones jurídicas o aquellos editados por institutos especializados, e ir luego adaptando paulatinamente los descriptores así sugeridos a las necesidades, problemáticas y especializaciones de cada abogado.

Aunque los nomencladores deben ser aplicados al material a ingresar en forma restrictiva, ello no impide que, dado su carácter de mera guía, sufran un posterior y continuo proceso de perfeccionamiento. Utilizar entonces nuevas voces, adaptar las existentes y eliminar las inadecuadas será una constante en la confección del nomenclador jurídico propio.

Debe trabajarse ágil y dinámicamente para poder mantener unificados los descriptores utilizados en las diversas bases pues, advertida la inconveniencia de determinado descriptor y modificado éste, todo el sistema tendrá que ser adaptado en ese sentido.

e) Prestación del servicio

Es preferible que el propio interesado efectúe por sí mismo la búsqueda del material necesario pues nadie mejor que él para determinar si un fallo puede resultarle útil o si una ley es la que realmente desea consultar.

Para que el servicio mejore diariamente deberemos actualizar las diferentes bases de datos, ingresando nueva información, corrigiendo y mejorando la clasificación de la ya existente, depurándolas eliminando la información que devino inaplicable y realizando ampliaciones al listado de descriptores propio.

Una información clasificada deficientemente o mal ingresada se perderá en la masa de datos del sistema.

Esta tarea, cuya atención por ende recomendamos especialmente, nunca finaliza, pues día tras día irán surgiendo nuevas formas de denominación de descriptores y de asignación de descriptores no incluidos anteriormente.

4. EXCESIVA DEPENDENCIA DE LOS ABOGADOS

Aun cuando la misión primordial de las computadoras es brindar a los profesionales un panorama informativo, frecuentemente observamos que la mencionada finalidad resulta desvirtuada.

Este inconveniente se produce cuando se advierte en los abogados la inclinación a conformarse con el material obtenido de las computadoras y concluir las consultas sólo basándose en dichos informes.

No debemos olvidar que la tarea del abogado es eminentemente crítica. Debe realizar su labor teniendo en cuenta la información que recibe, pero a pesar de ello entendemos que el material extraído de la computadora debe ser considerado con carácter meramente preliminar y destinado a proporcionar las diversas orientaciones. Tendencias jurisprudenciales o interpretaciones doctrinarias conocidas a través de las bases de datos propios o de terceros deben ser sólo parte del conjunto de elementos a tener en cuenta en el proceso de elaboración de una opinión personal.

De lo contrario, frente a la consulta de un cliente, se correrá el riesgo de emitir informes sobre temas que no han recibido la necesaria elaboración, dando quizá lugar a imprevisibles e irreparables consecuencias.

Es cierto que la velocidad y la eficiencia son valores muy tenidos en cuenta en este dinámico mundo en el que vivimos, pero la prudencia y la profundización de la investigación no lo son menos.

5. UTILIDAD DE CONTAR CON BASES DE DATOS PROPIAS

Sobre el tema en cuestión se discute apasionadamente en aquellos países que cuentan con tecnología informática de avanzada.

En los Estados Unidos, la difusión de grandes bases de datos que abarcan un amplio espectro de interés para el abogado (Lexis, Westlaw, Dialog, Vutext, etc.) parecería desmerecer la realidad de lo afirmado en el título de este capítulo. Sin embargo, existen dos razones que respaldan nuestro punto de vista.

En primer lugar, la información requerida por los diferentes abogados es, frecuentemente, muy variada. Los

profesionales pueden acudir a las bases de datos externas al requerir el texto de leyes, tratados de autores prestigiosos o artículos sobre temas de interés común para la mayoría de ellos.

Pero, usualmente, también ocurre que requieran información muy específica sobre temas que los responsables de los grandes bancos de datos no consideren de interés y, por lo tanto, excluyan de éstos.

Hay abogados que se especializan en aspectos muy concretos del amplio ámbito jurídico y en su investigación pueden pretender profundizar sobre determinadas áreas más allá de lo que las grandes bases de datos puedan proporcionarles.

Incluir el material que el abogado desea, ordenarlo en la forma por él escogida y analizarlo con la profundidad buscada constituye, entonces, una importante ventaja.

En segundo lugar, para analizar la cuestión debemos considerar el tema "costos". Las conexiones a las bases de datos externas se facturan por tiempo de consulta. Muchas veces las distancias que separan la oficina del abogado de la sede de donde procede la información son considerables y otras el profesional o el administrador del Centro de Información Jurídica que efectúa la consulta ignora inicialmente el rumbo que debe dar a su búsqueda y el tiempo que le demandará averiguarlo se verá reflejado en los abultados costos finales.

Estos problemas se simplifican enormemente teniendo una eficiente base de datos propia.

En forma concordante, Gitelle Seer³ recomienda que, antes de conectarse a la base de datos (propia o ajena), los abogados deberían consultar algunas fuentes generales como los tratados y libros de la materia, para así determinar correctamente sus inquietudes y minimizar el tiempo de conexión *on line*, ahorrando de esta forma tiempo y dinero.

En la Argentina, podemos destacar que el Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ), contiene toda la legislación de carácter general objetivamente vigente y abundante jurisprudencia, pero el acceso a él reporta costos elevados que podrían ser minimizados en la forma descrita.

³ Heone, *op. cit.*, p. 11.

6. BASES DE DATOS EN DISCOS ÓPTICOS

Actualmente están irrumpiendo en el mercado bases de datos incluidas en discos ópticos. Estos discos tienen la ventaja de poseer una gran capacidad de almacenamiento en relación con las diversas opciones existentes.

En la Argentina, en virtud de un convenio celebrado entre la firma Albremática SA (dedicada al desarrollo y comercialización de software jurídico) y la Universidad Católica Argentina (UCA), se está implementando la inclusión de la información contenida en todos los tomos de la Revista Jurídica "El Derecho", una de las tres más importantes del país, en un disco óptico.

Utilizando un software especialmente desarrollado por otra empresa argentina, se incluirán aproximadamente ciento ochenta mil fallos dictados en los últimos veintitrés años, los Códigos Nacionales, la mayoría de las leyes principales del orden jurídico argentino y un diccionario jurídico de tres tomos.

Asimismo, este producto, que se estima será lanzado al mercado en el mes de marzo del presente año, prevé la posibilidad de ser consultado on line.

7. CONCLUSIÓN

En este tan dinámico mundo en el que un paso apresurado o decidido ligeramente puede significar desde el quebranto de fábricas y clausura de empresas hasta la denegatoria judicial de una excarcelación y la invalidez de un testamento por cuestiones meramente formales, no debemos dudar en dotar a la oficina jurídica de este medio que le permitirá contar con el *quid* de la eficiencia: información necesaria en el momento justo ocupando el mínimo espacio físico.

Así, la inversión en la informatización de nuestra oficina se ha convertido en parte de los costos necesarios para operar en el entorno jurídico actual.

Finalmente, no debemos pensar que la introducción de la computadora en nuestra actividad diaria tornará opaco o secundario nuestro análisis personal. El consejo ofrecido como resultado de un proceso de elaboración mental seguirá siendo la esencia de nuestra profesión. La investigación

utilizando computadoras, aun reconociendo su utilidad e importancia, jamás será más que un mero paso intermedio en el camino a la meta aforada: ofrecer excelencia en el servicio prestado a los clientes.

ANEXO I

18/02/89	13:10:17	Página	
Búsqueda realizada: Leasing			
Libros			
Ubic. Código	Descriptores	Título	Autor
9 a 332.17 LL	Leasing	El leasing. Prof. Pierre Wyvckens	Relin, Serge.
11 RL 332.1 RLD	Leasing	El leasing. Prof. de Tomás Pérez Ruiz.	Ferroniere Jacques
9 a 332.17 L2	Leasing	El leasing. Prof. de Tomás Pérez Ruiz.	Coillot Jacques
9 a 332.17	Leasing Bancos	Leasing mobiliario. Régimen legal jurisprudencial nacional y extranjera formularios	Lavalle Cobo, Jorge E.
9 AC 332.17	Leasing	Leasing aspectos jurídicos contables impositivos y operativos	Barreiro Delfino, Eduardo
9 A 332.17 C	Leasing Factoring Know-how Trust Receipt	Teoría y técnica de los nuevos contratos comerciales Leasing, Renting, Factoring, crédito revolving trust Receipt Crédit Card know-how.	Cogorno, Eduardo Guillermo
9 A 332.17 B	Entidades Financieras Contratos Bancarios Leasing Factoring Underwriting	Contratos bancarios modernos, banca moderna, Leasing Factoring, Underwriting	Boneo Villegas, Eduardo
9 A 332.17 (B3) CA	Entidades Financieras contratos bancarios leasing	Contrato de leasing financiero	Carrone Gallo, Carlos

Opiniones legales

N°	Descriptores	Autor	Fecha	Contenido
104	Leasing	GA	18/05/86	Contrato de Leasing. Concepto. Naturaleza jurídica. Diferencias con otras figuras. Encuadre legal. Leasing inmobiliario.
163	Leasing Impuestos	CERM	29/06/87	Financial lease agreement. tratamiento impositivo en materia de s.e.a. ganancias, valor agregado.
208	Leasing	RAV	29/03/88	Contrato de leasing. Aspectos aduaneros e impositivos. Pago de alquileres mediante giro de divisas al exterior. Normas del BCRA aplicables.

Modelos

N°	Descriptores	Autor	Fecha	Contenido
257	Leasing Buque	GJU	30/04/88	Contrato de leasing de buque.
302	Leasing Buque	GJU	29/12/88	Proyecto de contrato de leasing de buque

Artículos de doctrina

N°	Descriptores	Título	Autor	Cita
	Leasing	El "Leasing" y la quiebra	Barreiro Delfino, Eduardo A.	DC 1983/0033
	Leasing	El "Leasing" como forma de inversión extranjera.	Marzorati, Osvaldo	DC 1973/0715
	Leasing	El "Leasing". Aspectos jurídicos. Su problemática en el ámbito inmobiliario.	Nicolau, Neemi Lidia	LL 1987/857
	Leasing inmobiliario	Leasing inmobiliario: su procedencia	Spota, Alberto G.	ED 123/0434

ANEXO 2**Ficha de biblioteca**

Título: estudios de derecho administrativo.
 Descriptor: 1. Derecho administrativo
 Autor: Casagney, Juan Carlos.

Ficha de biblioteca

Título: Traite élémentaire de droit civil
 Descriptor: 1. Derecho civil
 Autor: Planol, Marcel.

Editor: Cooperadora de derecho y ciencias sociales
 Año: 1975
 Páginas: 136
 Ubicación: 9 B
 Código: 35 CA
 Origen:

Editor: Librairie générale de droit & de jurisprudence
 Año: 1920
 Páginas: 3 vol.
 Ubicación: 11
 Código: 347.1 (44) P
 Origen:

Ficha de opiniones legales

Nº: 229
 Carpeta: ET 0032 001
 Cliente: 999991
 Destinatario: DR, TCB
 Autores: LHRG
 Fecha: 06/17/88

Ubicación: A

Contenido: Responsabilidad civil por contaminación de aguas. Daño ambiental. Prueba. Acciones. Responsabilidad penal y administrativa.

Descriptores:

1. Derecho ambiental
2. Contaminación de aguas
3. Responsabilidad civil

ANEXO 3

Ficha de modelos de documentos

Nº: 234
 Carpeta: ET 0032 001
 Cliente: 999991
 Destinatario:
 Autores: L. CGD
 Fecha: 09/28/87

Ubicación: A

Contenido: Affidavits presentados en el juicio en trámite ante los tribunales de Nueva York, acerca de la distinción entre corretaje y locación de servicios y de obra.

Descriptores:

1. Derecho internacional privado
2. Ley aplicable
3. Corretaje
4. Locación de servicios
5. Locación de cosas

Ficha de artículos de doctrina

Nº 4234

Título: El derecho de intimidad (algunas reflexiones sobre el artículo 1071 bis del Código Civil).

Descriptor: 1. Derecho a la intimidad.
 Autor: Racciatti, Hernán.
 Sigla: La Ley.
 Fecha: Cita: 1984/C/1010

ANEXO 4

Ficha de leyes

Ley Nº: 14005
 Descriptores: 1. Derecho civil
 2. Inmuebles fraccionados en lotes
 3. Venta
 Fecha de sanción: 30/09/1950
 Fecha de publicación en el BO: 23/10/1950
 Fecha de publicación en ADLA: 1950/A/243
 Recuperada en WS 7: Sí
 Información de fecha: 02/16/89
 Traducida?: No

Texto ordenado:
 Modificaciones:

Artículo:	2	sustituido artículo:	1 Ley: 23286
Artículo:	4/5	sustituido artículo:	1 Ley: 23286
Artículo:	7	sustituido artículo:	1 Ley: 23286
Artículo:	9/12	sustituido artículo:	1 Ley: 23286
Artículo:	13/14	modificado artículo:	1 Ley: 23286

Normas reglamentarias
 Normas complementarias
 Esta ley se encuentra publicada:

Ficha de jurisprudencia

Derecho administrativo
 Mora de la administración
 Acción de amparo
 impuestos
 Chavas S.A.
 C.N.FED.CONT.ADM. Sala IV.
 La Ley 1980/E/87

2. Acción de amparo: Mora de la administración. Impuestos. Vencido el plazo de tres meses fijado por el art. 81 de la ley 11.663 sin ser resuelto el reclamo de devolución o transferencia de saldos a favor, debe prosperar el amparo por mora previsto por el art. 26 de la ley 19.548, sin que la verificación de la documentación y la escasez de personal puedan justificar la demora de la Dirección General Impositiva.

* 86.890. C.N.Fed. Cont. Adm. Sala IV. Julio 29 de 1988. Chavas S.A. (L.L. 13 de Octubre de 1988).

ANEXO 5

Listado de descriptores

1. Abandono de la cosa
2. Abandono de los hijos
3. Abandono de persona
4. Abandono del inmueble
5. Abastecimiento
6. Abogado
 - 6.2. Aranceles
 - 6.2.1. Honorarios
 - 6.3. Colegio Público
 - 6.3.1. Colegiación obligatoria
 - 6.3.1.1. Derechos humanos
 - 6.3.2. Pago del derecho
 - 6.3.2.1. Administración pública
 - 6.4. Ética profesional
 - 6.4.2. Publicidad del abogado
 - 6.4.3. Trámites sucesorios
 - 6.5. Honorarios
 - 6.5.2. Convenio
 - 6.5.3. Exclusión de los intereses
 - 6.5.4. Gestiones extrajudiciales
 - 6.5.5. Pacto de cuotas litis
 - 6.5.5.1. Locación de obra
 - 6.5.6. Plazo
 - 6.5.7. Rechazo de la demanda
 - 6.5.7.1. Monto del proceso
 - 6.5.7.1.1. Exclusión del cómputo intereses
 - 6.6. Procuradores
 - 6.7. Sanciones
 - 6.8. Secreto profesional
 - 6.8.1. Abogado
7. Absolución
8. Abuso del derecho
 - 8.2. Lesión
 - 8.2.1. Teoría de la imprevisión
9. Acesión
10. Accidentes aéreos
 - 10.2. Ayuda y salvamento
11. Accidentes de automotores
 - 11.2. Responsabilidad
12. Accidentes de trabajo
13. Accidentes del trabajo
14. Accidentes in itinere
15. Acción
16. Acción revocatoria o pauliana
17. Acción cambiaria
18. Acción civil
19. Acción confesoria
20. Acción de derecho común

- 21. Acción de inconstitucionalidad
- 22. Acción declarativa
 - 22.2. Estado de incertidumbre
 - 22.2.1. Sentencia declarativa
 - 22.3. Medida de no innovar
 - 22.3.1. Solve et repete
 - 22.3.1.1. Desestimación
 - 22.4. Procedencia
 - 22.4.2. Legítimo contradictor pasivo
 - 22.4.2.1. Prensa
 - 22.4.2.1.1. Responsabilidad civil
- 23. Acción negatoria
- 24. Acción penal
- 25. Acción pública
- 26. Acción real
- 27. Acción reivindicatoria
- 28. Acción reivindicatoria
 - 28.1. Legitimación pasiva
 - 28.1.1. Daños y perjuicios
- 29. Acción revocatoria o pauliana
- 30. Acción subrogatoria u oblicua
- 31. Acciones
 - 31.1. Dividendos
 - 31.2. Nominatividad
 - 31.3. Transferencia
 - 31.4. Usufructo
 - 31.5. Voto plural
- 32. Acciones posesorias
- 33. Acciones posesorias e interdictos
- 34. Accionistas
 - 34.1. Derechos patrimoniales
 - 34.2. Suscripción
- 35. Acefalia
- 36. Acordadas
- 37. Actividades subversivas
- 38. Acto administrativo
 - 38.2. Ejecutoriedad
 - 38.3. Impugnación
 - 38.3.1. Plazos
 - 38.4. Procedimiento administrativo
 - 38.5. Revocación unilateral
 - 38.5.1. Responsabilidad civil
 - 38.6. Suspensión de efectos
 - 38.6.1. Medida cautelar
- 39. Actos de comercio
 - 39.2. Actos mixtos
 - 39.2.1. Compraventa
 - 39.2.1.1. Comercialidad
 - 39.2.1.1.1. Señal o arras

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

PRESUPUESTO Y CUENTA DE INVERSIÓN*

José R. Dromi

El autor, con la claridad y precisión a que nos tiene acostumbrados, presenta a consideración de los lectores su libro *Presupuesto y cuenta de inversión*.

Esta obra se desarrolla a través de tres capítulos: Normas y fuentes constitucionales, El presupuesto, y La cuenta de inversión.

En el primero de ellos, estudia las normas constitucionales que sirvieron a los convencionales constituyentes, para aprobar el texto definitivo de los artículos que en materia presupuestaria nos rige por la Constitución de 1853. Su estudio comienza desde la Real Ordenanza de Intendentes del Virreinato de Buenos Aires de 1782, hasta las normas de las nuevas constituciones provinciales explicando la reforma de la Constitución Nacional de 1949 y la exposición que más adelante, sobre el art. 68, inc. 7º, de la misma, hace el convencional Oscar Salvador Martini. Hace mención a los proyectos constitucionales de Pedro De Angelis, Juan B. Alberdi y de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente, así como de los antecedentes constitucionales extranjeros en materia presupuestaria.

El Capítulo II, trata concretamente de esta herramienta fundamental de la política económica, que es el presupuesto. Este capítulo desarrollado a través de cuatro secciones, nos va llevando desde la primera que denomina introducción, hasta la conclusión. El autor sostiene, con razón, que "el análisis de esta institución básica del derecho público, debe realizarse desde una triple perspectiva: política, jurídi-

* Buenos Aires, Astrea, 1986.

ca y económica", criticando que en los últimos tiempos, este instituto ha adquirido una fisonomía puramente "contable", viendo disminuido así, "el rol que constitucionalmente se le ha asignado".

Analiza, en las restantes secciones de este capítulo, el presupuesto desde el punto de vista de la perspectiva política, económica y jurídica. Desde el punto de vista de la perspectiva económica, nos aclara por qué nuestra norma constitucional en su art. 67, inc. 7º, habla exclusivamente del "presupuesto de gastos de administración de la Nación", y nada dice sobre los recursos.

Alberdi nos explica que en la época del dictado de la Constitución no pueden calcularse con precisión los recursos a causa del movimiento incesante de una sociedad en formación, es imposible en cierto modo sujetar a cálculo seguro el valor y la naturaleza de las entradas, que, por otra parte, dependen de la extensión de los gastos, casi todos imprevistos y extraordinarios, como las necesidades de estos pueblos urgidos cuando no por la guerra, por la necesidad de progreso material e inteligente... por ello, la ley de presupuesto habrá de ser discretísima en cálculos y prescripciones y tendrá que dar mucha latitud al poder del gobierno buscando garantías, más bien que en el cálculo anticipado de las entradas y gastos, que no es practicable, en la cuenta de su inversión que la Constitución (art. 67, inc. 7º) hace necesaria.

Más adelante, se pregunta si es un instrumento económico o contable, estudiando el principio de la anualidad y las reformas que sobre el mismo se han producido en nuestra historia constitucional. Hace referencia al texto de las nuevas constituciones provinciales, que admiten la aprobación del presupuesto por un período mayor al de un año, pero en general, siempre que no exceda el término del mandato del gobernador en ejercicio.

En la sección D de este Capítulo II, analiza el presupuesto desde la perspectiva jurídica, comenzando con una serie de interrogantes muy bien planteados, a los que le va dando respuestas de manera sistemática y ordenada. Al interrogante de si el presupuesto tiene naturaleza legal o administrativa: expone las doctrinas acerca de la naturaleza jurídica del presupuesto y llega a la conclusión de que es "una ley especial" y que la función legislativa en esta materia, es ejercida en toda su plenitud y no queda limitada a aprobar o autorizar lo que propone el Poder Ejecutivo.

Se pregunta más adelante, si el proyecto de presupuesto es "susceptible de modificación o rechazo", por el Poder Legislativo y de "veto total o parcial por el Poder Ejecutivo". A la primera de las preguntas, responde de conformidad con lo expuesto precedentemente, que no existe en nuestro ordenamiento constitucional, limitación alguna a la tarea parlamentaria en materia de presupuesto, como sí ocurre en algunos casos del derecho comparado. Respecto de la facultad del veto, por parte del Poder Ejecutivo, llega a la conclusión luego de transcribir párrafos más que ilustrativos del "Sistema económico y rentístico" de Juan B. Alberdi, que el Ejecutivo puede vetar total o parcialmente el proyecto. No debemos olvidar, que en algunos países, por ejemplo Estados Unidos, está prohibido el veto parcial. No admite la distinción entre "ley de presupuesto o de aprobación del presupuesto", porque dice que "el carácter jurídico del presupuesto es inescindible de su aprobación mediante ley, sólo de este modo adquiere naturaleza y efectos jurídicos".

Respecto de si es una "ley de previsión y/o autorización", llega a la conclusión de que es un acto de previsión y de autorización. Es de "previsión porque enumera los ingresos del Estado y se valoran comparativamente con los gastos", y es de "autorización, en tanto fija el alcance de la competencia administrativa", en "razón de tiempo, calidad y cantidad".

Respecto de los efectos de la ley de presupuesto, sostiene que genera deberes y derechos tanto para la administración como para los administradores. Los efectos jurídicos pueden ser: a) intra-administración, ya que el presupuesto opera como norma habilitante de la administración para recaudar un ingreso (derecho) o para realizar un gasto (deber) o b) extra-administración: ya que todo acto legislativo produce efectos jurídicos generales, abstractos, objetivos e impersonales de carácter imperativo y permanente, generando deberes y derechos directos para los administrados.

Dentro de esta sección de perspectiva jurídica del presupuesto, analiza en uno de sus puntos "La ley de presupuesto y el régimen de pagos de las sentencias contra la Nación", establecidas por el decr. 879/88, concluyendo que si bien el criterio gubernativo no es reprochable pues el déficit y la dificultad de pago del Estado son de público y notorio conocimiento, el equívoco viene por el "exceso": el pago en cuotas anuales presupuestarias y discrecionalmente fijables, sin tope legal, desvanece las esperanzas de justicia, ra-

zonabilidad y constitucionalidad. El autor considera que más conveniente hubiera sido seguir el modelo del derecho público provincial, con sus constituciones locales, que desde hace más de un siglo, viene diciendo que "en caso de imposibilidad financiera de pago de las sentencias, reenvían la misma a la Legislatura para que arbitre cómo cumplir y si ésta guarda silencio o permanece inactiva, la prerrogativa, el beneficio, el privilegio cesa, caduca, decae". Analiza luego, y compara con el nacional, el régimen de pago de las sentencias contra las provincias, explicando cuáles son los principios normativos de las constituciones provinciales y el texto de alguna de ellas.

Finalmente, se pregunta a manera de conclusión: ¿Qué es el presupuesto y qué debe ser el presupuesto? En la práctica administrativa, dice que el presupuesto es sólo un instrumento contable de previsión y *ex post* es sólo un balance de resultado, habiendo perdido su importancia como instrumento jurídico institucional de gobierno y de control. "El presupuesto, aparece ahora, sólo como una estimación o cálculo aproximado del déficit fiscal, sujeto a ajustes contingentes degradándose como instrumento idóneo de la política económica".

¿Qué debe ser el presupuesto? La respuesta a este interrogante, es fundamental. Dromi lo contesta desde la triple visión política, económica y jurídica. Manifiesta que en lo político, debe rescatar su rol de instrumento de gobierno y control.

Como instrumento de gobierno, debe expresar financieramente la orientación de la política económica y el programa de obras, servicios y cometidos estatales, y como instrumento de control debe facilitar la fiscalización del Legislativo al Ejecutivo: preventiva (autorización del gasto con la sanción del presupuesto) y represiva (aprobación o rechazo de la cuenta de inversión).

En lo económico, debe ser la herramienta de la que se vale la planificación, y finalmente en lo jurídico, debe ser una ley en todos los sentidos, restableciéndose la plenitud orgánica y funcional del Poder Legislativo y superando las teorías extrañas a nuestro derecho constitucional que confieren al presupuesto el carácter de acto administrativo.

El Capítulo III y último, lo dedica al estudio de la cuenta de inversión y lo divide en cuatro secciones, a saber: a) Introducción; b) Contenido del control; c) Alcance del control, y d) Conclusión.

Como sabemos, el artículo 67, inc. 7º, de la Constitución, establece como atribución del Congreso de la Nación... "aprobar o desechar la cuenta de inversión". Si bien ésta es la denominación constitucional, el *decr. ley 23.354/56*, conocido como ley de contabilidad, lo denomina "cuenta general del ejercicio". Dromi sostiene, que más que cuenta de inversión se trata de cuenta de gastos, pues siguiendo a lo observado por Rafael Bielsa, el concepto de gasto hace referencia a lo consumido mientras que la inversión es el empleo de recursos en una actividad productiva o no, consumible o compensada con otro bien equivalente. Por lo tanto, dice, se trata de verificar lo gastado y no de fiscalizar la inversión. "Como no se puede controlar más allá de lo que se autorizó a gastar, la cuenta es nada más que de gastos", por lo tanto el deber ser "es cuenta de inversión", pero el ser es "cuenta de gastos o cuenta general del ejercicio".

Respecto del alcance del control, lo divide metodológicamente como explica, en diez aspectos: 1) Por el objeto ¿financiero, patrimonial o de gestión? Concluye diciendo que el control es financiero y patrimonial y no de gestión, aunque realmente sería necesario incorporar este control de gestión pues permitiría una más amplia participación del Congreso optimizando el uso de recursos y logrando más eficacia en la satisfacción de las necesidades públicas. 2) Por la naturaleza ¿legislativo, administrativo o judicial? La aprobación o no de la cuenta de inversión, para el autor es un acto administrativo con forma de ley, expresión de la función administrativa. 3) Por la oportunidad ¿preventivo, concomitante o represivo? El Parlamento —dice— realiza sobre la gestión patrimonial financiera del Estado un triple control: preventivo al fijar el presupuesto, autorización para gastar; represivo, aprobación o desestimación de la cuenta de inversión, y concomitante, a través de la interpretación de los funcionarios responsables. Giuliani Fonrouge, en su obra *Derecho financiero*, sostiene que nuestra Constitución nada dice del control preventivo y "podría sostener eficazmente que la acción del Congreso sólo puede ejercitarse en ocasión de presentarle la cuenta de inversión, al final del ejercicio y no antes". Nosotros compartimos la opinión del autor, abonada también por el profesor Juan Carlos Luqui, quien sostiene que para poder "aprobar, o desechar la cuenta de inversión el Congreso debe poseer una completa información lo más precisa y ordenada posible para dar un juicio al respecto. Por ese motivo, es que, y en uso de los poderes implícitos del art. 67, inc. 28, de la Const. Nacio-

nal, dicta la ley de contabilidad... Se trata de una de tantas leyes dictadas para poner en ejecución los poderes antecedentes", consideramos entonces que la función del control ejercida por el Parlamento, es también, concomitante. 4) Por el órgano ¿intra, inter o extra-organico? El control que ejerce el Poder Legislativo, a través de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración, creada por la ley 14.179, es un control entre órganos que atañe al mantenimiento del equilibrio de la división tripartita del Poder. 5) Por la iniciativa ¿de oficio o a instancia de parte? El control se realiza de oficio por así determinarlo la norma constitucional sin perjuicio del deber del Poder Ejecutivo de remitir los estados contables, conforme lo establece la ley de contabilidad. 6) Por la materia ¿de legitimidad o de oportunidad? El control comprende a ambos. Por un lado la fiscalización de las razones jurídicas (de legitimidad estricta) y "razones políticas (conveniencia) del obrar administrativo financiero patrimonial. El Congreso está facultado no sólo para controlar la legalidad sino también la oportunidad, esto es si hubo buena o mala administración de los fondos públicos, es decir "que la discrecionalidad (razonabilidad, no desviación de poder y buena fe) y su sucedánea obligada, la oportunidad son quehaceres públicos fiscalizables". 7) Por el procedimiento ¿administrativo o legislativo? Luego de hacer un análisis de las normas legales aplicables, y de relatar cuál ha sido la suerte de las cuentas generales de ejercicio a partir de 1864, sostiene que la aprobación de la cuenta de inversión comprende diversas etapas que se verifican en sede administrativa y en sede legislativa. Considera que "el acto de control-aprobación es formalmente una ley pero materialmente un acto administrativo, pues el Congreso ejerce actividad administrativa cuando controla a la Administración Pública. Discrepa con el último párrafo del art. 40 de la ley de contabilidad, que expresa que "si al clausurarse el quinto período ordinario de sesiones posterior a su presentación no existiera pronunciamiento del Congreso, la cuenta general del ejercicio se considerará automáticamente aprobada". Considera que este párrafo es inconstitucional en lo que se refiere a la aprobación automática.

El profesor Juan Carlos Luqui en su trabajo sobre presupuesto, siguiendo a Bielsa, sostiene que la norma mencionada es "antirrepublicana", que es mucho más grave que inconstitucional. 8) Por el sujeto ¿administración centralizada o descentralizada? Conforme lo dispone la ley de con-

tabilidad, se aplica el control a la administración central y a una parte de los entes descentralizados, que son los autárquicos de carácter institucional; también quedan sujetos a la ley de contabilidad supletoriamente los entes de gestión económica bajo régimen jurídico de empresas del Estado, y totalmente excluidos los entes de gestión económica bajo el régimen jurídico de sociedad del Estado. Por lo precedentemente mencionado, Dromi sostiene que la cuenta de inversión sólo alcanza a los organismos y entes que están incluidos en el presupuesto, contrariándose el principio fundamental de la universalidad presupuestaria, por lo cual el sistema de control es anárquico y deficiente. 8) Por la conclusión ¿aprobar o desechar? El Congreso puede aprobar o desechar y dentro de este último caso, puede ser parcial o total. Si es parcial, reenviará al Poder Ejecutivo las partes del balance que fueran deficientes o a su juicio resultaran insuficientes para demostrar el debido manejo de los fondos. En el caso de rechazo total sólo cabe la sanción de la ley. Pero esta ley ¿es susceptible de ser vetada por el Poder Ejecutivo? El autor sostiene que no, porque "no es una ley en sentido material sino un acto administrativo de control, con forma de ley, aunque técnicamente debería serlo con forma jurídica de resolución, y bajo el régimen jurídico del acto administrativo". Pero —dice— si pese a lo expuesto el Poder Ejecutivo veta la ley, le quedaría al Poder Legislativo la solución de insistencia contemplada en el art. 52 de la Const. Nacional. 10) Por los efectos del rechazo ¿veto, impugnabilidad administrativa, responsabilidad pública? Partiendo de la premisa de que el rechazo de la cuenta de inversión es un acto administrativo de control, el autor analiza diversas hipótesis: a) Si el Poder Ejecutivo, aprueba promulgando la ley, considera que no puede impugnar dicho acto. b) Si no lo promulga ni lo veta podría el Ejecutivo solicitar al Legislativo la reconsideración de su resolución administrativa de rechazo de la cuenta (art. 84, de cr. regl. 1759/72). "Si el Poder Legislativo insiste en el rechazo por tratarse de dos órganos de igual jerarquía institucional y de igual competencia territorial, tiene que acudir el Poder Ejecutivo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme al art. 100 de la Const. Nacional para que dirima el conflicto por tratarse de una causa que versa sobre puntos regidos por la Constitución (arts. 87, inc. 7, y 86, inc. 13)".

El rechazo de la cuenta de inversión, no implica de suyo la promoción obligatoria y automática del juicio político, ya que sería la Cámara de Diputados la que debería evaluar

la gravedad de las causas que determinaron su rechazo y la magnitud de las transgresiones jurídicas en que incurrió el Poder Ejecutivo, para establecer la responsabilidad política que dictan los arts. 45, 51 y 52 de la Const. Nacional.

Por todo lo expuesto, el autor considera que si bien la cuenta de inversión o cuenta general del ejercicio es un instrumento constitucional básico, para que el Parlamento ejerza su atribución de control, en la práctica no constituye el medio idóneo para alcanzar el fin para el cual fue creado.

Al final del libro, el profesor Dromi incluye una copiosa bibliografía, que sin duda ayudará a quien quiera profundizar alguno de los puntos motivo del trabajo.

Se trata de una obra que por la claridad de su redacción, será sin duda muy útil para todos aquellos estudiantes de derecho administrativo, de finanzas públicas y de derecho público en general y es de imprescindible lectura para aquellos que como el suscripto, nos dedicamos al estudio de las finanzas públicas, sobre todo en especial a la problemática argentina e institucional de las mismas.

ESTEBAN JUAN URRESTI*

* Profesor titular regular de "Finanzas y Derecho Tributario", Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires; profesor titular de "Finanzas Públicas", Escuela de Economía, Universidad del Salvador; profesor de "Finanzas Públicas", Facultad de Derecho, Universidad de Belgrano.

MISCELÁNEA

CUENTOS

UN MAL DÍA PARA ALBERTO*

Alberto se despertó como todas las mañanas, después de haber dormido ocho horas y veinticinco minutos. Su reloj biológico era más exacto que los relojes despertadores. Tanto era así que jamás había utilizado uno de ellos. Como todas las mañanas, se sentó frente al ventanal que daba al puerto, a esperar el amanecer. - El mar estaba tranquilo. Era un inmenso espejo líquido en el que el cielo blanquecino pintaba un paisaje de calma y silencio. Alberto esperó unos instantes, y se extrañó al ver que en el horizonte no aparecía aún la característica mancha naranja brillante que anuncia la salida del sol. Pensó que quizá se había levantado antes de tiempo. Pero su extrañeza se volvió consternación al ver que, en la calle, las casas comenzaban a proyectar sombras alargadas hacia el Este. Creyendo ver visiones, de un salto cruzó la habitación, y entró en el corredor, al final del cual, la puerta, a través de su vidrio inglés, permitía ver un amanecer muy bello, con mil tonalidades de naranja, rojo y nàcar, exactamente en dirección al Oeste. Entró en el baño y, para despejarse, intentó mojarse la cara. Abrió la canilla del agua fría, pero apenas sus manos tocaron el agua, las retiró bruscamente lanzando una imprecación: el agua estaba hirviendo. Cerró la canilla, y abrió la del agua caliente, la que salió completamente fría. Se lavó la cara, se frotó los párpados, y sin estar todavía seguro de estar despierto, se asomó de nuevo a la ventana de la calle.

Ya había algunos movimientos en la ciudad. El ver el espectáculo cotidiano lo tranquilizó un poco, pero inmedia-

* Eduardo Díaz Rasmilich.

tamente lo invadió un asombro sin límites, al ver que dos o tres automóviles se acercaban por la calle, pero circulando en reversa; llegaban al semáforo de la esquina, se detenían estando encendida la luz verde, y continuaban su marcha en retroceso al encenderse la roja.

Salió a la calle. Su mente se negaba a aceptar lo que sus ojos le decían que ocurría: un camión recolector de residuos pasaba lentamente mientras sus tripulantes bajaban del depósito bolsas y cajas de basura y las dejaban en las puertas de las casas. Estuvo a punto de gritarles a los hombres del camión, para preguntarles qué demonios estaban haciendo, pero algo en su subconsciente le dijo que no lo hiciera. Volvió a entrar en la casa, y se apoyó en la mesa de la cocina, intentando descubrir qué era lo que estaba ocurriendo. Mil ideas disparatadas pasaron fugazmente por su pensamiento. Pensó en algún ataque de seres extraterrestres, o en una guerra química con gases que habían hecho perder la razón a toda la gente; también pensó en que podía ser ese día alguna fecha especial, algo así como el Carnaval, o el día de los Inocentes, y hasta pensó en algún complot contra el gobierno. Tenía la vista fija en la mesa, y súbitamente reparó en el receptor de radio. Con una sonrisa de esperanza, lo encendió y sintonizó la emisora que transmitía el programa que él escuchaba todas las mañanas: "Amanecer musical". Oyó una melodía extraña, disonante, quebrada, algo que jamás había oído antes. Luego oyó que una voz que le sonaba conocida cantaba esa melodía, pero en un idioma absolutamente incomprensible. No se parecía a ningún idioma que Alberto conociera. Pensó que quizá fuera alguna canción del lejano Oriente, y esa lengua, algún dialecto regional hindú o algo así. Luego, la canción terminó bruscamente y un locutor, cuya voz Alberto reconoció, ya que era el habitual conductor del programa, dijo: "Artanis knarf rop kroy wen kroy wen", y luego comenzó a hablar rápidamente, siempre en ese idioma incomprensible para Alberto. (Si él hubiese podido grabar esta frase, y luego pasar la cinta de atrás para adelante, habría podido oír: "New York, New York por Frank Sinatra"). Desconectó el aparato, salió nuevamente sintiendo que los latidos de su corazón eran cada vez más violentos. Había un boy-scout parado en el sector destinado al cruce de calle. Vio que una anciana se le acercaba, lo tomaba del brazo, y con una sonrisa lo ayudaba a cruzar; levantaba su bastón en posición horizontal para detener a los automovilistas, que frenaban, los dejaban pasar, y seguían retrocediendo.

Con los ojos desorbitados, corrió hacia la avenida, en la que se encontraba el cuartel de la policía. Al doblar la esquina, se encontró con un cuadro orwelliano: un hombre, completamente borracho, llevaba a empujones a un agente hacia la entrada del edificio. Alberto los siguió a pocos pasos de distancia. Entró tras ellos, y ahogó un grito de alarma al ver que el beodo abría una celda, en la que había varios policías más, introducía a su prisionero allí, tras lo cual sacaba de su bolsillo una petaca, bebía un largo sorbo, y pasándose la lengua por los labios, salía tambaleándose a la calle.

Alberto se sentó en las escaleras del cuartel, tratando de ordenar sus ideas. Cada vez estaba más convencido de que toda aquella pesadilla era una mala pasada que su imaginación le estaba jugando. No podía haber enloquecido el mundo, quedando cuerdo sólo él. La gente en la calle parecía comportarse normalmente, como si todo fuese como debía ser. Nadie se veía como hipnotizado ni dominado por algún poder invisible. Todos hacían todo al revés, pero con la apariencia de tener la plena seguridad de que ése y no otro era el modo correcto de hacerlo. Alberto, completamente aturdido, miraba con expresión vacía el sol que iniciaba su camino a través del cielo, rumbo al Este. No comprendía nada. La noche anterior, cuando se había acostado en su cama, todo era normal; al levantarse, el universo obedecía a leyes completamente opuestas. Miró el reloj electrónico con calendario que había en la pared de la oficina, y sintió que se le erizaba el cabello de la nuca: él se había dormido, según recordaba, aproximadamente a las 21:45 del 14 de marzo. De acuerdo con ello, y considerando que había dormido ocho horas y media, debían ser en ese momento las 6:15 del 15 de marzo. El reloj marcaba las 20:30 del 13 de marzo, y, lo que era peor, el indicador de segundos iba en cuenta regresiva: 39-38-37, etcétera.

Sintiendo que el corazón iba a estallarle, mordiéndose los labios para no romper en llanto, salió casi corriendo a la acera. Mecánicamente se encaminó al hospital. Su cerebro no lograba articular pensamiento alguno. Sólo su instinto de supervivencia le indicaba que necesitaba una fuerte dosis de algún sedante. Entró en el hospital por la puerta principal. No había nadie a la vista. Con mano temblorosa abrió la puerta del consultorio del médico de guardia, y miró hacia adentro. Se le aflojaron las piernas al ver lo que allí ocurría: el médico, acostado sobre una camilla, era auscultado por un individuo que tenía una terrible herida cos-

tante en el brazo izquierdo, de la que manaba sangre a borbotones, quien, al ver a Alberto, le dijo: "¡Por favor, espere afuera! En cuanto termine con el doctor lo atiende a usted". Alberto retrocedió, con el rostro desencajado y mortalmente pálido, negando febrilmente con la cabeza, balbuceando incoherencias, y saltó del hospital a la carrera. Por las calles ya se veían cientos de automóviles circulando en reversa. De pronto, un ruido le hizo volver la cabeza, y vio un enorme perro ovejero alemán huir despavorido, lanzando aullidos lastimeros, perseguido por un pequeño gatito blanco.

Presa ya de un ataque de histeria, Alberto comenzó a correr en dirección a su casa.

Los obreros de la empresa de demoliciones, que estaban construyendo un edificio, los abogados que concurrían a los tribunales a presentar las pruebas que enviarían a sus clientes a prisión por el resto de sus vidas, los lustrabotas que embadurnaban con crema de leche los zapatos negros de los ejecutivos, los niños que acudían a la escuela a enseñar a sus maestros historia y geografía, los bomberos que estaban preparando la nafta y los fósforos para iniciar el incendio que los piromaniacos correrían a extinguir, los mendigos que daban una moneda a todo el que pasaba junto a ellos, los feligreses de la iglesia que se aprestaban a celebrar la misa que el sacerdote oíría, todos se asombraron al ver a aquel hombre que corría por la calzada, cayéndose y levantándose, con los ojos bañados en lágrimas, gritando con voz ronca y entrecortada por sollozos: "¡Malditos! ¡Malditos! ¡Pretenden volverme loco! ¡Malditos!".

Cuando llegó a su casa, entró llevándose sillas y mesa por delante, abrió de un empujón la puerta de su dormitorio, se subió a un taburete, y descolgó de la pared su bien cuidado rifle calibre 22, que en tantas cacerías lo había acompañado. Con violencia abrió un cajón, tomó un puñado de cartuchos, llenó el cargador, y blasfemando en voz baja abrió la ventana, apuntó a la multitud que hormigueaba en la calle, y tiró del gatillo...

Naturalmente, el proyectil salió disparado hacia atrás. En su camino se encontraba la frente sudorosa del desafortunado Alberto.

EL DETALLE QUE EDMUNDO OLVIDÓ PREVER*

Edmundo Varetti había sido compañero mío en el secundario. Después de eso, perdí contacto con él por mucho tiempo. Supe por boca de unos amigos que estuvo estudiando oratoria, cosa que siempre le había apasionado, y que había hecho un viaje por la India, investigando no se qué antigua secta. Hombre inteligente, Edmundo Varetti, aunque sus largas disquisiciones y conjeturas sobre el ser y el no ser (leía mucho a Sartre y a Descartes) solían aburrirme. Claro que entonces yo era un adolescente que sólo pensaba en las muchachas y la salida del fin de semana.

Volvimos a encontrarnos hace poco, cuando yo salía del banco. Oí que alguien me llamaba, y cuando miré hacia el lugar de donde provenía la voz, su amplia sonrisa me saludó desde detrás de una tupida barba. Lo reconocí inmediatamente. Hay rasgos en las personas que el tiempo no logra cambiar: el brillo de la mirada, ciertos gestos, cierta manera de hablar. Nos abrazamos y palmeamos, lo invité a tomar un café, le pregunté por su familia, me contó que él tampoco se había casado aún, que su madre, viuda desde hacía muchos años, estaba muy bien, le conté de mi trabajo y mi vida, y me invitó a cenar en su casa.

El día de la cita acudí puntualmente a la dirección que me había indicado. Me recibió con un disco de sinfonías de Mozart, porque sabía que era mi compositor favorito. La cena, que había comprado en un restaurante chino, estuvo espléndida. Luego vino la sobremesa, y allí fue cuando me contó aquello.

Comenzó relatándome que había logrado hallar la perfecta combinación de elementos que le permitían convencer de cualquier cosa a cualquier persona. Sus estudios de oratoria, combinados con algunos conocimientos de hipnosis adquiridos en el lejano Oriente, habían hecho de él una persona capaz de hacer creer a todos aun lo más disparatado. El secreto, según él, consistía en pronunciar determinadas palabras de determinada manera, intercalarlas en el discurso, y adoptar ciertas posiciones, miradas y gestos cui-

* Eduardo Díaz Razmilich.

dadosamente estudiados y ejercitados. Me contó que había empezado, como era previsible, haciendo que las personas se creyeran gallinas o perros, o haciéndolos retroceder en el tiempo hasta que se comportasen como lactantes; pero había llegado, según él, el momento de realizar un experimento verdaderamente grande: convencer a todos, absolutamente todos, de algo totalmente increíble. Me preguntó qué era lo que yo jamás podría llegar a creer. Yo ensayé algunas respuestas sobre la imposibilidad de creer en aquello de lo que no se tienen pruebas, o que está contra la lógica, pero Edmundo me interrumpió para decirme que estaba olvidando un detalle obvio: lo que es imposible de creer es la inexistencia de lo evidente; a nadie se le puede hacer creer que no existe aquello que tiene ante sus ojos. Sin embargo, él se creía capaz de hacerlo. Y me propuso ser testigo de su éxito. Lo que se proponía hacer era convencer a la humanidad de que él, Edmundo Varetti, no existía ni había existido jamás.

Con escepticismo y curiosidad a la vez, convine en volver a encontrarme con él al día siguiente, para comenzar el trabajo.

Nos reunimos temprano, y salimos a la calle. Edmundo me entregó dos pequeños cilindros de goma, y me dijo que los usara para taparme los oídos. Yo no debía oír sus palabras, porque entonces yo también creería en su inexistencia. Lo miré esperando ver una sonrisa de sorna, pero estaba hablando en serio. Me tapé los oídos, y seguí a Edmundo hasta la estación del subterráneo. Lo vi pararse frente a la ventanilla de venta de fichas, y hablar con el empleado; luego, simplemente saltó por encima del molinete, sin que el hombre se inmutara. Compré una ficha, pasé y le pregunté qué había hecho. Me contestó que sólo había hecho creer al empleado que Edmundo Varetti no existía ni había existido jamás. Por lo tanto, aquél no vio nada cuando Edmundo pasó sin pagar. Luego, en el andén, se subió a uno de los poyos allí instalados, y comenzó a hablar a los que esperaban el tren. A los pocos minutos, se bajó del poyo y, al ver aproximarse la máquina, saltó a las vías. Los que estaban en el andén no hicieron gesto ni comentario alguno. Sólo se preguntaron por qué el conductor había frenado tan bruscamente. Todo me resultaba increíble. Cuando el maquinista bajó de la cabina, creí que haría detener a Edmundo por la policía, pero bastaron unas palabras de mi amigo para que el enfurecido empleado volviera tranquilamente a su puesto. Yo no salía de mi asombro. Edmundo

me dijo que aún no había visto nada. Tomamos el subte, y viajamos hasta un barrio retirado. Salimos a la superficie, caminamos por calles empedradas y llegamos a una modesta casa con un pequeño jardín. Era la casa de la madre de Edmundo. Él me pidió que lo esperase afuera, y entró por la puerta de atrás. A los pocos instantes salió y me dijo que golpeará la puerta, y con cualquier excusa preguntara por él. Así lo hice, y me atendió una anciana muy amable. Dije ser un encuestador, y le pregunté si tenía hijos. Me dijo que no. Le agradecí la atención, y me volví hacia Edmundo, que estaba junto a mí. Todo aquello era totalmente imposible, pero estaba ocurriendo.

La tragedia comenzó esa misma noche. Me dijo que el presidente iba a anunciar por radio y televisión un importante plan económico. Seguramente lo vería u oiría todo el país, porque además las emisoras se conectaban en cadena. Fácil le fue a Edmundo entrar en la Casa de Gobierno después de hablar un momento con la guardia. A las veintiuna me instalé frente al televisor, por cierto que con los oídos tapados, cuando de pronto, junto al presidente, vi el rostro de mi amigo. Dijo algo que obviamente no pude percibir, y luego el presidente prosiguió su discurso. A las dos horas, llegó Edmundo a mi casa, con una sonrisa de euforia. Había venido caminando, insultando a la gente por la calle, y nadie le había respondido; había entrado a comercios, apoderándose de mercaderías, sin que los dueños repararan en él; había estado parado junto al cura en una iglesia, y ni éste ni los feligreses le habían prestado atención. El experimento había sido un éxito rotundo. Lo felicité y le pedí disculpas por la incredulidad que había tenido al principio. Luego se despidió y se marchó. Aquella noche dormí un sueño intranquilo, premonitorio quizá. A la mañana siguiente, golpearon a mi puerta, y cuando abrí entró Edmundo, pálido como un cadáver, con la angustia y el terror pintados en su expresión. Se desplomó en un sillón, con la cabeza entre las manos. Extrañado o inquieto le pregunté qué ocurría. Entonces me reveló el terrible error que había cometido: había convencido a todos de que Edmundo Varetti no existía ni había existido jamás. Ahora no podía convencer a nadie de lo contrario, pues para eso debía conseguir que le escucharan, y ¿quién puede escuchar a alguien que no existe ni ha existido jamás? Se había convertido en un fantasma, en un muerto en vida. Cuando comprendí, con espanto, el horrendo destino que le esperaba, me quedé sin palabras, y sólo atiné a sugerirle que fuésemos a tomar un

trago, para tratar de pensar en alguna solución. Ésa fue mi equivocación. Cuando pedí al mozo dos ginebras, y comencé a hablar animadamente con Edmundo, no advertí la mirada de sorpresa y desconfianza que aquél me dirigió. Cuando apareció la ambulancia y dos robustos enfermeros se me acercaron para colocarme el chaleco de fuerza, entendí lo que ocurría, pero ya era demasiado tarde. Ahora estoy en una celda acolchada, en un hospital psiquiátrico. No sé qué habrá sido de Edmundo. Tal vez se haya pegado un tiro. ¡Qué ingrato final! Era el hombre más inteligente que conocí en mi vida, y ahora las pocas personas que puedan llegar a tener alguna noticia de su nombre, creerán que es sólo un personaje ficticio, creado por la imaginación de un escritor aficionado.

CÓMO LLEGUÉ A BARRENDERO*

I

SE ME OCURRE SOLICITAR UNA CÁTEDRA

Cuando apareció el tomo vigesimoquinto de mi obra *Historia comparada de las literaturas quichua y lusitana*; habiendo publicado ya *El madrigal en Andorra* (3 volúmenes); *Las ideas estéticas de Bettinotti* (folleto); *La apendicitis en la antigüedad* (un tomo con infinidad de apéndices); *Antología de poetas tehuelches* (10 volúmenes con los retratos de los autores y sus impresiones digitales); *Horacio se afeitaba solo* (folleto, lujosa edición en papel de barba); *El Dante no pudo haber nacido en Filadelfia* (un volumen en 4º mayor, con vistas de Filadelfia); después de haber dado al mundo, con éstas y otras obras, una verdadera montaña de erudición, me consideré en condiciones de solicitar una cátedra de literatura.

Pues ¡qué! ¿No le habían dado una cátedra a Berruguetti, que sólo publicó el librito escolar *Viva mi patria*? ¿No le concedieron otra a Pérez, cuya obra literaria se reducía a

* Menéndez Calçada, Enrique, *Y nació Jesús a Buenos Aires*, Bs. As., Fátima, 1926. "Lecciones y Ensayos" agradece al doctor Horacio Sanguinetti su colaboración y su buen humor.

una novelita semanal? ¿No obtuvo otra Burrillo, cuya labor pedagógica se limitaba a un cartel mural con el abecedario? ¿No fue agraciado, en fin, con una cátedra de "literaturas precristianas" el bárbaro de Filippini? ¿Qué había publicado Filippini, salvo los anuncios de su casa de remates y comisiones? ¿Y el caso de la señorita Colero? ¿Qué había escrito en su vida la pobre Esther Colero?

Provisto, pues, de una carta de recomendación, me fui a ver al doctor Donkey, quien tenía "vara alta" en el ministerio. El portero del doctor Donkey, luego de justipreciar para sus adentros mi indumentaria, debió declararme sujeto indeseable, porque me ladró estas palabras:

—Es inútil, no se puede ver al doctor. Está muy ocupado.

Insistí:

—Necesito verle... Es urgentísimo...

—Es que, además, no está en casa. —volvió a ladrar el canchero.

—Vengo recomendado por el diputado Caballini... —aventuré, tímido.

—¡Hombre, podía haberlo dicho antes! Pase usted.

Sin enojosas antesalas, penetré al despacho del eminente hombre público.

El eminente hombre público, sentado ante una mesa enorme, sobre la que se amontonaban libros y papeles, parecía absorto en la lectura de un descomunal volumen. Pensé, —vanidoso de mí— si no sería alguna de mis obras.

El eminente hombre público, me tendió afablemente la diestra.

Yo entré al grano tímidamente:

—Disculpe, doctor, que venga a interrumpirle... Ya me imagino que estará ocupadísimo...

—En efecto, señor —contestó el eminente hombre público. —Preparo el dictamen de la comisión de presupuestos, con cuya presidencia me honro, y debo documentarme concienzudamente.

Me fijé, sin querer, en que el librote aquél no era la obra de ningún financista; se trataba de una colección de la revista "L'Amusement", año 1918, primer semestre.

Apenas leída la carta de presentación, el doctor Donkey comenzó a hacer el elogio del doctor Caballini, dedicando

a esa tarea el tiempo que dedicaba generalmente a elogiar a los diputados adictos a la situación.

Por fin, le oí decir.

—¿Una cátedra? ¡Cómo no, amigo! Un hombre tan preparado... No faltaba más... Cuenta con ella. Yo soy muy amigo de los intelectuales. Cuando yo era chico también hacía versos.

Estuve a punto de abrazarle. No lo hice porque me pareció impropio de un erudito.

El doctor Donkey tomó un block de notas que tenía sobre la mesa. En la primera hoja, pude leer:

"Sebastián Pérez. —Un puesto de barrendero".

Debajo de esta anotación, el eminente hombre público consignó esta otra:

Juan Wiseman. — Recomendado Caballini. — Una cátedra de literatura".

Transfigurado, radiante, con el corazón bailándose un shimmy dentro de mi angosto pecho de erudito, abandoné el estudio del doctor Donkey. Tropecé con el portero, embestí varias sillas, estuve a punto de derribar la bastonera. Ya en la calle, respiré a plenos pulmones el aire libre. Me sentía alegre, optimista y feliz.

¡Al fin! ¡Al fin se realizaba el sueño acariciado durante veinte años de vigiliass y sinsabores!

... ¡Al fin iba a tener una cátedra!...

II

RECIBO UNA COMUNICACION EXTRAÑA

Los veinte días subsiguientes fueron de intensa emoción para mí y para los míos. Esperábamos de un momento a otro la llegada del anhelado nombramiento.

Mi excelente esposa, la mujer abnegada que durante tantos años, en las horas que los quehaceres domésticos le dejaban libres, copiaba con su linda letra redonda los indecifrables caracteres, tan pronto arábigos como cuneiformes, con que yo borroneaba kilos y kilos de cuartillas; mi esposa, la cónyuge fiel, la confidente juiciosa, la madre amante, la colaboradora eficaz, veía realizarse, por fin, lo que había sido siempre nuestro común sueño dorado.

Aparecíame cercano el instante en que me sería dado llevar a los míos un pedazo de pan oficial; en que los labios de toda una humilde familia probarían al fin mieles hiblesas del presupuesto, esa gran colmena en que por cada abeja hay tantos zánganos.

Pero pasaba el tiempo; corrían los días, galopaban las semanas, y no llegaba la anhelada credencial.

¡Al fin!... He aquí que una mañana, a la bella hora en que el sol remontándose en Oriente inspira cantos jubilosos a los poetas y feos palabrotas a los dependientes que tienen que bajar los toldos, el cartero se detuvo en mis umbrales. Era portador de un sobre de considerables dimensiones, con membrete oficial. Mi mujer recibió la carta y vino triunfante hacia mí, que, arrebujado en el lecho, medía el pro y el contra de levantarme con el frío que hacía, sin tener cátedra y habiendo pignorado la ropa de abrigo.

—¡Juan! ¡El nombramiento! ¡El nombramiento!

Estas exclamaciones triunfales despertaron en toda la casa un eco jubiloso. Los chicos, los pobres chicos, se pusieron a palmotear de alegría.

Arrebaté de las manos de mi cónyuge la sagrada plica. Me fijé con extrañeza en que no procedía del Ministerio de Instrucción Pública, sino de la Municipalidad de la Capital, dirección de limpieza.

¿Qué diablos tenía yo que ver con la dirección de limpieza? ¿Era aquélla una sangrienta ironía motivada por mi forzoso estado de desaseo?...

Lef, estupefacto, esta comunicación:

"Señor Juan Wiseman.

Muy señor mío: Me complazco en comunicar a usted que con esta fecha ha sido admitido como peón de limpieza a las órdenes de esta dirección, debiendo presentarse a tomar servicio dentro de un plazo de tres días.

Salúdole atte." Y debajo de una especie de rosquilla de fideo caligráfica, léíase: "Director de limpieza de la Capital".

III

ME FAGOCITAN LA CÁTEDRA

Volví inmediatamente a ver al doctor Donkey. Resultó que al redactar mi recomendación para ante el ministro, se había equivocado poniendo en lugar de mi nombre el de un

sujeto que solicitaba un puesto de barrendero; asimismo, en la carta que escribió al intendente municipal recomendando al aspirante a barrendero, había puesto mi preclaro nombre.

Insinué aterrado —aterrado por la cultura pública—, no por mí:

— ¡Así que ese sujeto!...

— Ese sujeto debe hacer varios días que desempeña la cátedra de "Literatura del Renacimiento" en la Facultad de Filosofía y Letras.

— Pero, ¿cómo puede haberse atrevido un analfabeto a aceptar una cátedra?

— La práctica lo autorizaría: no es el primer caso en nuestro país. Aparte de eso, usted sabe que la penuria económica obliga a muchas indignidades, incluso a verdaderas canalladas...

Oculté la cara entre las manos, pronto al sollozo.

El doctor Donkey trató de reanimarme:

— No se desconsuele usted... Esto se arreglará... Veré al ministro, veré al intendente. Tal vez se pueda "desfacer el entuerto", como dijo Quevedo.

— Cervantes — atiné a corregir.

— No vamos a discutir por eso. Lo importante es que usted se haga cargo de la cátedra que le estaba destinada, y esto se conseguirá tan pronto como el ministro sepa que ha habido un error. Iré personalmente a verle.

— ¿No convendrá que le envíe los cuarenta y dos volúmenes de mis obras completas?

— Phs!... Más eficaz será que yo lo llame aparte y le diga dos palabritas. El pobre ministro, desde que se enfermó del hígado, no lee más que "La medicina doméstica".

— Pero, en fin, usted me promete...

— Descuide usted, amigo Waserman.

— Wiseman — corregí.

— Wiseman, eso es. Pierda cuidado. Todo se va a arreglar.

Me despedí de mi protector. Salí cabizbajo, llena el alma de sombríos y oscuros temores.

¡Casualidad funesta! Frente a la puerta del eminente hombre público, en la vereda, había uno de esos recipientes de forma generalmente cilíndrica que el vulgo denomina

"tachos de basura", y que sólo extremando el eufemismo pueden algunos denominar "bomboneras". Y en el preciso instante en que yo salía — ¡oh, visión espantosa, visión horrenda!— un barrendero, provisto de pala y escoba, colmaba el tacho de referencia

con la materia en que continuamente
trabajando se halla,
cuyo nombre se sabe, aunque se calla.

He citado, casi sin querer, los más espirituales versos de don Félix María de Samaniego. Es inútil: la erudición rebosa por todos mis poros. Sudo sabiduría, o —para hablar con propiedad científica— el proceso diaforético es en mí un proceso pedagógico.

IV

NO HAY MAL QUE POR BIEN NO VENGA

Revolví Roma con Santiago, anduve de Ceca en Meca para entrar en posesión de la cátedra que un aspirante a barrendero me usurpaba villanamente. Recorrí todos los ministerios, hablé con una enormidad de empleados, hice largas antesalas sin otra compañía que la de los negros al servicio del Estado y la de los pensamientos que me dominaban, más negros aún, si cabe. ¿Con qué resultado? Con el único resultado de haber adquirido sólidos conocimientos en lo que se refiere a las carreras de caballos.

Los estudiantes de la Facultad se levantaron en son de airada protesta cuando, humildemente, expuse el caso a un grupo de ellos, pidiendo justicia. Me negaron todo derecho a ninguna clase de reclamaciones. Es más: prorrumpieron en exclamaciones que no deberían emplear los catecúmenos de la ciencia de las ciencias.

- ¡Zanahoria!
- ¡Burro!
- ¡Que lo lleven al Open Door!

La causa de semejante acogida era que estaban satisfechísimos con los métodos didácticos del barrendero fracasado, quien, con tal de cobrar su sueldo a fin de mes, no se preocupaba mayormente de que los alumnos supiesen o no qué estupideces había escrito "ese Petrarca" a "ese Sannazaro" de mil demonios. El decano también estaba muy

Contento con el barrendero-catedrático, que obedecía sin chistar a todo cuanto le mandaban y que, por otra parte, no eclipsaba a ninguna de las eminencias de la casa.

Insistí en mi pretensión: ¡vano empeño! Mil estudiantes se levantaron contra mí como un solo hombre, es decir, como un solo jumento; doscientos estudiantes se irguieron en mí contra como una sola arpa.

¿Qué remedio, ante la pavorosa amenaza del hambre, cuyo espectro, cerniéndose sobre mi modesto hogar, parecía querer agarrotar diez gargantas queridas?... Acepté el puesto de barrendero, y barro. Hace ya cuatro años que yo, Juan Wiseman, erudito, con cuarenta y dos volúmenes publicados, barro las calles de Buenos Aires.

He concluido por habituarme al oficio, y hasta le he encontrado su poesía y su encanto. Ese encanto y esa poesía resaltarán en las páginas de un libro que preparo, y que vendrá a cerrar la serie de mis obras. Se titula "Memorias de un sabio que llegó a barrendero".

Diré más: teniendo en cuenta la incapacidad de la mente humana para discernir lo que es Mal y lo que es Bien -puesto que ignoramos en absoluto si seríamos o no más felices en caso de que las cosas ocurriesen de modo distinto a como han ocurrido-, yo mismo no estoy seguro de que, incorporándome a su personal, no me haya hecho un inmenso favor la Dirección de Limpieza. Razonando de este modo, tengo además la satisfacción de conformarme a uno de los más saludables principios del budismo, adoptado y fundamentado posteriormente por Schopenhauer.

En fin, ha sido para mí una satisfacción -todo lo pueril que se quiera- poder imprimir unas tarjetas de visita que dicen:

JUAN WISEMAN
Escotólogo



FICCIÓN JURÍDICA

LA PRIVATIZACIÓN DE LA PENA DE MUERTE*

Para no quedar fuera de las "ondas" vigentes en la actualidad en nuestro país, se me ocurre que podemos conjugar dos de ellas. Por un lado nos encontramos con la "onda" privatista, que postula como dogma sagrado que el Estado no debe intervenir en lo que el particular puede realizar con mayor eficiencia; por el otro podemos apreciar la "onda" represiva, que clama por un aumento de las penas y, en muchos casos, por la pena de muerte. Por ello, propongo la implementación y privatización de la pena de muerte. La implementación, para que los tribunales puedan contarla como alternativa a la pena privativa de libertad. La privatización, para que la ejecución de la pena quede a cargo de un particular y no del Estado. Evitaríamos, de este modo, cualquier posible huelga de verdugos descontentos por sus bajos ingresos y, además, que el Estado tenga que crear un nuevo empleo: el de verdugo.

Como primera medida y para librarnos de los objetores de conciencia, mi propuesta prevé una encuesta dirigida a todos los ciudadanos con derechos políticos preguntándoles si están a favor o en contra de la pena de muerte. Así, a todos los ciudadanos que brinden su aquiescencia se los anotaré en un registro del cual se iría tomando el nombre de la persona a citar cada vez que haya un condenado a muerte.

Una vez firme la sentencia condenatoria, y lo antes posible, ya que la eficiencia no admite demora alguna, se realizará el sorteo entre los ciudadanos registrados al efecto, citándose al que saliera beneficiado. Ya presente en la sala de ejecución dicho ciudadano, se procederá a inmovilizar al reo (con cadenas, por ejemplo) y aquél, en ejercicio de su legítimo derecho de aplicar la pena, dará muerte al condenado sin más ayuda que el uso de sus propias manos.

Sabrán disculpar los lectores lo inmaduro de mi propuesta, ya que cabrían agregados que contemplen situacio-

* Alberto Bovino.



LECCIONES Y ENSAYOS

no previstas en ella, tales como la actualización del registro para que las nuevas generaciones vayan accediendo a él; la previsión de admitir el uso de un garrote para el caso de extrema debilidad del ciudadano; el llamado a licitación para que una empresa se haga cargo del cadáver; la posibilidad de licitar la misma ejecución entre todos los ciudadanos del padrón cuando el delincuente sea muy odiado por el conjunto de la población; etcétera.

Pero al menos tal cual está formulada permitirá al ciudadano la participación en el proceso de ejecución de las penas, quien, después de exterminar al delincuente que ha perdido el derecho a la vida en una sociedad sana, ordenada y justa, podrá retornar a su hogar con la satisfacción del deber cumplido.

ASPECTOS LEGALES DE LA LOCACIÓN O ENAJENACIÓN DE INMUEBLES HABITADOS POR ESPECTROS*

Paul Tabori, en su *Historia de la estupidez humana* (Bs. As., Siglo Veinte, 1985, p. 194-196), nos comenta que, en el año 1700 de nuestra era —apenas cuarenta y ocho años antes de editarse la célebre obra de Charles Secondat, barón de la Brède y de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*—, un profesor de la Universidad de Halle (ciudad de la actual Alemania Oriental), Samuel Stryk (Strykius), también decano de la Facultad de Derecho, dio a luz un estudio titulado *De iure spectrorum*, en el que trató acerca de “los problemas legales y las complicaciones provocadas por las acechanzas de fantasmas y de espectros”, complicadísima materia, en lo que hace a su aspecto jurídico, a la que brindó diversas soluciones, de las cuales nosotros queremos recordar aquí —con Tabori— las que conciernen a los entuertos resultantes de la locación o enajenación de bienes inmuebles “encantados”.

Apunta Tabori al respecto que —según la obra de Stryk arriba citada— “los fantasmas originaban muchas dificultades en los casos de arriendos de propiedades. ¿Tenía derecho el inquilino a dar por cancelado el contrato si en la vivienda aparecían fantasmas? Si los ‘espectros’ eran ‘soportables’ —es decir, si por ejemplo sólo producían algunos ruidos o

* Luis Guillermo Blanco.

gritos atenuados en partes alejadas de la construcción. El contrato conservaba su validez. En los casos más graves el inquilino podía rescindirlo. El propietario de la casa estaba obligado a aceptar la situación... salvo en el caso de que pudiera probar que no había existido perturbación antes de la llegada del inquilino, y que todos los inconvenientes habían sido provocados por la mudanza de los nuevos ocupantes (probablemente porque éstos habían concitado a la enemiga de algunos espectros o trasgos)".

"En caso de encantamiento probado -acota Tabori-, se invalidaba el contrato de venta. Si un yerno recibía de su suegro una casa encantada como parte de la dote de su esposa, podía devolverla y exigir la entrega de su valor en efectivo. Además, los propietarios de casas embrujadas podían solicitar que se las liberara de impuestos".

A todo este respecto, por nuestra parte, si bien lamentamos profundamente que Vélez Sársfield no haya previsto soluciones normativas específicas para el tema en examen, creemos que, en materia de locación de inmuebles provistos de aparecidos y/o duendes, de ello acontecer, sería de aplicación en la especie lo indicado por nuestro Código Civil en sus normas concernientes a los vicios redhibitorios (art. 2164 y ss.), ello así, considerando a los espectros y/o martínicos como vicios ocultos de la cosa locada que la hacen impropia para su destino, pudiendo entonces el locatario optar entre rescindir el contrato o pedir una reducción del alquiler (arts. 1064, inc. 5°, y 1252).

En efecto, si la existencia de una gran cantidad de parásitos que hacen imposible la vida del locatario y su familia en la finca arrendada, como así también la de numerosas molestas ratas, tal como nos lo informa Guillermo A. Borda (Tratado de derecho civil. Contratos, Bs. As., Perrot, 1974; t. I, p. 538-539), han sido judicialmente reputadas como constitutivas de vicios redhibitorios, creemos que, de igual modo, la existencia de insoportables fantasmas o duendes en el inmueble locado debe llevar al mismo resultado.

Por supuesto, el locador estará libre de responsabilidad por tales vicios si el locatario, por ejemplo, fuese brujo o desempeñase otra actividad similar, pues sería aquí de aplicación lo indicado por la norma del art. 2170, por cuanto el seguro debería conocer de la existencia de dichos seres "por su profesión u oficio".

Lo mismo para el caso de la compraventa de inmuebles afectados por espantos y afines, pudiendo aquí el adquiren-

16) optar por ejercer la pretensión redhibitoria o la quanti minoris (arts. 2174 y 2175). Por otra parte, como nuestra normativa legal de derecho de familia no contempla a la institución de la dote —lo que el Código Civil así denomina no es tal, sino el conjunto de los bienes propios de la esposa: art. 1243—, nada necesitamos apuntar al respecto, aunque bien vale aclarar que de ser un bien inmueble encantado el objeto de una donación nupcial (arts. 1217, inc. 3º, 1230 y ss.), cabría la responsabilidad del donante por vicios redhibitorios, en los casos en los que ella es procedente (art. 2145 y siguientes).

Así las cosas, para finalizar, debemos decir que, a nuestro parecer, no es recomendable que los propietarios de inmuebles encantados soliciten a la autoridad competente que se les libere de sus respectivos impuestos y demás gravámenes inmobiliarios, ello así, simplemente, porque tales pedidos jamás podrían prosperar, por cuanto la voracidad fiscal suele también presentar terroríficos matices esotéricos.

¿LO SABÍA?

MATRIMONIO, MORAL Y MEDIO AMBIENTE (MILITAR)

Art. 681. — El militar que contrajere matrimonio contrariando las leyes orgánicas o los reglamentos, será reprimido con destitución o suspensión de empleo no menor de seis meses si es oficial y con destitución o remoción de clase si es suboficial o clase.

Cabe destacar que la omisión de pedir autorización es una grave falta disciplinaria cuando el sujeto activo es un oficial. La norma que comentamos tiende a preservar el elevado nivel moral que debe caracterizar a los cuadros de las Fuerzas Armadas y a sus familias.

Básicamente, la infracción la comete el militar que se case sin la correspondiente venia expresa de la superioridad.

La jurisprudencia militar, al respecto, ha dicho: "En cuanto al delito de desobediencia que se le atribuye a N.N., éste se encuentra plenamente probado. En efecto, surge de lo actuado que el nombrado oficial deliberada y conscientemente omitió pedir autorización para contraer su primer matrimonio, incurriendo por lo tanto, en la infracción prevista en el art. 681, del Cód. de Justicia Militar que se reprime ejecutivamente con destitución o suspensión de empleo.

MISCELANEA

En el caso en examen aprecio que el citado oficial debe ser castigado con destitución, por cuanto su proceder en la emergencia afecta gravemente la ética que está obligado a mantener en todo momento un oficial, ya que se casó sabiendo que su contrayente estaba moralmente desprestigiada en el medio ambiente" (26/9/1963; B/JM, n° 13, p. 2116).

OSCAR IGOUNET Y OSCAR IGOUNET (H.)
Código de Justicia Militar, anotado

LAS RAZONES DE BIELSA

"Las leyes impositivas pueden ser retroactivas porque son impositivas".

RAFAEL BIELSA
Citado por Dino Jarach en su Curso de derecho
tributario, p. 84.

UNA CUESTIÓN DE PRIORIDADES

El 27 de enero de 1967 Argentina, bajo el gobierno de hecho de la llamada "Revolución Argentina", firmó el "Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio extraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes", siendo aprobado y sancionado el 4 de diciembre de 1968 por ley de facto 17.989.

El 22 de noviembre de 1969 se firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, siendo aprobada por el Congreso de la Nación el 1° de marzo de 1984 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 19 de dicho mes.

Es decir que nuestro país tardó un año, diez meses y nueve días para aprobar un tratado sobre "exploración y utilización" del espacio extraterrestre, y en cambio para aprobar un pacto sobre derechos humanos necesitó solamente catorce años, tres meses y nueve días. Cuestión de prioridades, ¿no?

ARIEL E. DULITZKY

CUANDO NO VIENEN TUS BESOS HACIA LOS MÍOS

La posición de Severino es, indudablemente, la más firme, la que mejor contempla las diversas condiciones en que puede ser cometido el delito, al que le da, a mí parecer, con-

formas las circunstancias respectivas, su verdadera acepción jurídica.

Para este penalista decir que el beso, en sí mismo, no es delito, poco o nada significa. Si genéricamente puede ser concebido como el contacto que se procura por medio de los labios, concretamente, de acuerdo con los casos, puede variar, asumiendo significados muy distintos según la intención que lo informe y los modos de realización que asuma. Es, precisamente, sobre la interpretación de estos casos particulares que la doctrina y la jurisprudencia divergen tan profundamente. En síntesis, pueden distinguirse en el beso, dentro de este segundo plano, por la intención que lo determine, dos categorías primarias: amor reverencial y, por lo tanto, beso reverencial o afectuoso; amor sexual y, por lo tanto, beso erótico.

LORENZO CARNELLI

¿Puede constituir el beso violento un delito de injuria?
LL, 14-1, secc. jurisprudencia extranjera.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en EDITORIAL ASTREA, Lavalle 1206, e impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2633, Capital Federal, en la segunda quincena de diciembre de 1989.

