

LECCIONES Y ENSAYOS

LECCIONES

BARBER, ROBERT S.: *Separación de poderes en los Estados Unidos: resumen y actualización.*

GHESI, CARLOS ALBERTO: *Los límites del derecho como orden social justo (reflexiones para la posmodernidad jurídica).*

HENDLER, EDMUNDO S.: *Proyecto de ley: Juicio por jurados.*

ENSAYOS

BUNGE CAMPOS, LUIS MARÍA: *Cross examination.*

TAMARONE, MARCELO RAFAEL: *Responsabilidad civil de los padres frente a sus hijos por la transmisión de enfermedades hereditarias.*

URETONE, FERMÍN PEDRO: *La Universidad.*

FERRANTE, MARCELO: *El convidado de piedra: sobre el rol de la víctima en el proceso penal.*

PETRASSO, HERNÁN WALTER: *Impugnación de las decisiones assemblearias.*



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



LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Prof. Andrés A. J. D'Alesio

Vicedecano

Prof. Guillermo E. Mancayo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director

Prof. Héctor Raúl Sandler

Subdirector

Mary Ana Beloff

Secretario

Carlos Parise

Consejo asesor

Prof. Héctor Alegria

Prof. Julio C. Cueto Rúa

Prof. Marcelo U. Salerno

Prof. Marcelo A. Sarcinetti

Prof. Horacio Sanguinetti

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Director: Maximiliano A. Batiata

Subdirector: Leandro Martín Passarella

Secretario de Redacción: Silvia G. Peratelli

Colaboradores: Denise Bloch
Marta Cristal
Leonardo Filippini
Agustín Fish
Juan F. Freire Aurich
Graciela Ledezma
Ezequiel Nino
Daniel A. Raizman
Julieta Rossi
Eliana Santanastaglia

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

LECCIONES Y ENSAYOS

1995 - 63



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

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

Correspondencia: Dirigirse a
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones

Figueras Alcorta 2263
1425 - Buenos Aires - Argentina

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

I.S.S.N.: 0034-0079

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

EDITORIAL

"Corresponde al Congreso... la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna;... que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales..."

art. 75, inc. 19, CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Desde hace un tiempo a esta parte, cualquier tensión nos es presentada como un desarreglo semántico respecto del cual sólo resta establecer un acuerdo lingüístico más versátil. Esta habilidad negociada resulta imprescindible (nos explican), ya que la eficiencia implica, necesariamente, la neutralización del conflicto.

La actividad académica no escapa, lamentablemente, a un discurso tan empobrecido y menos aún al miserable entuerto semiológico que supone.

Con cinismo intolerable se diluye el diálogo: nadie niega que la enseñanza superior deba ser autónoma (nos tranquilizan) pero existen diferencias (nos subestima la precariedad del argumento) en el contenido referencial que unos y otros asignamos al término.

El problema así planteado se enerva, y resulta soluble mediante una nueva convención nominal. Como conclusión sombría, la garantía de la libre determinación académica, cuestión que alguna vez creímos agotada, vuelve a ser legítimamente objeto de transacciones.

La inocua identidad universitaria que propone la Ley de Educación Superior, posibilita a las Facultades dejar de lado algunos principios que tradicionalmente caracterizaron a la

enseñanza pública, al mismo tiempo que somete la evaluación institucional y la acreditación de las carreras de post-grado y de algunas carreras de grado al control de los mecanismos de regulación del gobierno.

En idéntico contexto, una inquietante involución al pasado más terrible ha desterrado ciertas lecturas inconvenientes de los planes de estudio del nivel pre-universitario.

Por fortuna, y a pesar de la homogeneidad anhelada, el conocimiento científico seguirá nutriéndose, esencialmente, con el disenso, el respeto a la crítica y el libre juego de las opiniones adversas.

En esta inteligencia elemental confiamos. _

En ella, intentamos mantener este espacio.

ÍNDICE

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

LECCIONES

Barker, Robert S., Separación de poderes en los Estados Unidos: resumen y actualización	13
Gherzi, Carlos Alberto, Los límites del derecho como orden social justo (reflexiones para la posmodernidad jurídica)	23
Hendler, Edmundo S., Proyecto de ley: Juicio por jurados	33

ENSAYOS

Bunge Campos, Luis María, Cross examination	45
Tavarone, Marcelo Rafael, Responsabilidad civil de los padres frente a sus hijos por la transmisión de enfermedades hereditarias	63
Ubertone, Fermín Pedro, La Universidad	79
Ferrante, Marcelo, El convidado de piedra: sobre el rol de la víctima en el proceso penal	85
Petrazzo, Hernán Walter, Impugnación de las decisiones asamblearias	115

LECCIONES

SEPARACIÓN DE PODERES EN LOS ESTADOS UNIDOS: RESUMEN Y ACTUALIZACIÓN

ROBERT S. BARKER*

Hace más de doscientos años, Thomas Jefferson, hablando sobre la organización y estructura del gobierno, dijo:

"La concentración de todos los poderes del gobierno en las mismas manos es precisamente la definición de gobierno despótico... El gobierno por el que luchamos era uno no sólo fundado en los principios de la libertad, sino uno en el cual los poderes del gobierno estarían tan divididos y balanceados entre varios cuerpos de magistratura... que ninguno podría sobrepasar sus límites legales sin ser efectivamente controlado y limitado por los otros... Por esa razón... los poderes ejecutivo, legislativo y judicial deben ser distintos y estar separados, para que ninguna persona ejerza los poderes de más de uno de ellos al mismo tiempo"¹.

Jefferson también dijo:

"Deberíamos organizar nuestro gobierno en: 1) una república federal general, para todos los asuntos extranjeros y federales; 2) el Estado, para los asuntos concernientes a los ciudadanos exclusivamente; 3) los condados, para las tareas y asuntos del mismo; y 4) los distritos, para los pequeños y

* Profesor de Derecho, Duquesne University School of Law; Profesor Adjunto de Derecho, University of Pittsburgh School of Law. Presidente del Comité de Derecho Constitucional de la Federación Interamericana de Abogados.

¹ "Notes on the State of Virginia", Query XIII, Dumbould, Edward, *The Political Writings of Thomas Jefferson: Representative Selections*, The Liberal Arts Press, New York, 1955, p. 103.

numerosos asuntos del vecindario. Así en el gobierno, como en todos los asuntos de la vida, es por división y subdivisión de tareas que todas las cuestiones, pequeñas o grandes, pueden ser manejadas a la perfección².

De esta manera, para Jefferson, la "separación de poderes" tenía por lo menos tres dimensiones: primero, el reparto del poder gubernativo entre cuerpos separados del gobierno. (Es lo que generalmente se entiende como "separación de poderes" en su sentido estricto). Segundo, la división de poder de tal manera que la autoridad de uno de los poderes en un asunto dado, es limitada por la autoridad de otro de los poderes sobre el mismo asunto u otro relacionado. (Es lo que generalmente se conoce como sistema de "límites y contrapesos"). Y tercero, una división vertical de poder gubernamental de tal manera que cada tarea del gobierno es responsabilidad de la unidad gubernamental más pequeña capaz de cumplirla. Este es el principio de subsidiariedad, y el mismo, por supuesto, incluye al federalismo. Para Jefferson aquel principio era un elemento de la separación de poderes.

Todos estos aspectos de la separación de poderes están reflejados en la Constitución escrita en Filadelfia en 1787. Parte del poder gubernamental es dado al gobierno nacional, mientras que el resto permanece en los Estados, estableciendo así el principio federal³.

El poder del gobierno federal está dividido entre las tres ramas: legislativa, ejecutiva y judicial, lo que constituye la "separación de poderes" en sentido estricto⁴. Más aún, el ejercicio del poder por cualquiera de los tres poderes del gobierno federal está limitado de varias maneras por los poderes dados a los otros dos, estableciendo así el principio de límites y contrapesos. Por ejemplo, el poder legislativo del Congreso de los Estados Unidos está limitado y contrapesado por el veto presidencial⁵; y la facultad del presidente de designar embajadores, jueces federales y altos funcionarios federales

² *Letter to Samuel Kercheval*, Monticello, 1816, en Edward Dumbauld, *supra*, n. 1, pp. 117-118.

³ *Constitution of the United States of America* (hereinafter, *U.S. Constitution*), amend. X.

⁴ *U.S. Constitution*, arts. I, II, III.

⁵ *U.S. Constitution*, art. I, § 7.

está limitada por el requisito constitucional de que esos nombramientos obtengan el consentimiento del Senado⁶.

Este método de separación de poderes también se ha llevado a cabo, dentro de cada Estado, en su propia constitución estatal a través de la división del poder gubernamental estatal entre los tres poderes del gobierno del Estado; la creación de mecanismos de límites y contrapesos entre los tres poderes del gobierno estatal, y la delegación del poder gubernamental a dos niveles inferiores de gobierno local, condados y municipios⁷.

A fin de evaluar la separación de poderes en los Estados Unidos, es importante recordar lo siguiente:

Los requisitos constitucionales de separación de poderes dependen, para su efectividad, del control judicial. Desde *Marbury v. Madison*⁸, resuelto en 1803, los tribunales de los Estados Unidos siempre han ejercido la revisión judicial; es decir que éstos, en el curso de un proceso, pueden determinar si una ley u otro acto gubernamental relevante al caso viola alguna garantía constitucional, y si lo hace, rehusarse a dar efecto a la ley o acto inconstitucional.

La revisión judicial es, por su naturaleza, un medio de control del poder de otra rama del gobierno. En *Marbury*, la Corte Suprema de los Estados Unidos limitó el poder gubernamental, al sostener que el Congreso no podía ampliar la jurisdicción original de la Corte Suprema más allá de los límites establecidos por la Constitución de los Estados Unidos. Durante los dos últimos siglos, la Corte Suprema de ese país ha sido efectiva en su trabajo de mantener la separación constitucional entre los poderes dentro del gobierno nacional. Dos casos proveen buenos ejemplos de lo dicho:

En 1952, durante la Guerra de Corea, el Sindicato de Trabajadores del Acero anunció su intención de iniciar una huelga en contra de los mayores fabricantes de acero de los Estados Unidos. Pocas horas antes del momento previsto

⁶ U.S. Constitution, art. II, § 2.

⁷ Se pueden encontrar los textos de las constituciones de los cincuenta Estados en *Legislative Drafting Research Fund of Columbia University, Constitutions of the United States, National and State* (Dobbs Ferry, Oceana Publications, New York, 1993), la cual se actualiza periódicamente.

⁸ 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

para el inicio de la huelga, el presidente Truman expidió una orden dirigida al secretario de Comercio para que tomara posesión de las acerías y las mantuviera trabajando. El secretario así lo hizo y las acerías continuaron operando, ahora bajo control del gobierno. El presidente informó inmediatamente al Congreso de su acción, pero el Congreso no tomó ninguna medida.

Las compañías de acero rápidamente demandaron al secretario de Comercio, argumentando que la toma de las acerías era inconstitucional y que el presidente había excedido en sus poderes constitucionales. En respuesta, éste dijo que sus poderes constitucionales de jefe del Poder Ejecutivo y comandante en jefe de las fuerzas armadas le daban suficiente autoridad para actuar como lo había hecho.

La Corte Suprema, por voto de seis a tres, decidió que el presidente se había excedido en sus poderes, y ordenó que las acerías fueran entregadas a sus dueños⁹. También determinó que la acción del presidente había sido de naturaleza legislativa y por lo tanto fuera de sus poderes de jefe del Ejecutivo. La Corte continuó diciendo que mientras los poderes del presidente como comandante en jefe son importantes, esos poderes son los más relevantes en el real teatro de operaciones militares, y disminuyen considerablemente lejos del campo de batalla.

El caso dio lugar a cinco opiniones concurrentes. Una de ellas, la del juez Robert H. Jackson, se ha convertido en el marco jurídico para analizar conflictos entre el Congreso y el presidente.

Los principios de la opinión están a continuación:

1º Cuando el presidente actúa con el consentimiento explícito o implícito del Congreso, la cuestión constitucional es si la acción presidencial está dentro de la totalidad de los poderes del gobierno federal. (Aquí la presunción favorece la constitucionalidad).

2º Cuando el presidente actúa en un área de autoridad concurrente, y el Congreso mantiene silencio, la cuestión es, considerando solamente los poderes constitucionales presidenciales, ¿tiene el presidente autoridad suficiente para hacer lo

⁹ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 72 S. Ct. 863, 96 L. Ed. 1153 (1952).

que ha hecho? (La respuesta probablemente dependa de la magnitud de la urgencia).

3^o Cuando el presidente actúa en contra de los deseos del Congreso, la Corte debe considerar los poderes constitucionales del presidente, y subrayar el poder del Congreso en el asunto. (Estos casos son muy difíciles porque está en peligro el equilibrio constitucional)¹⁰.

Otro caso muy importante y muy conocido de los últimos años, es el de *Estados Unidos v. Nixon*¹¹, decidido en 1974. En ese caso, una corte penal federal, que conocía el asunto de Watergate, ordenó que el entonces presidente Nixon enviara a la Corte varias cintas y documentos de conversaciones presidenciales. Nixon se rehusó a entregarlos, diciendo que el puesto de presidente tiene un privilegio, implícito en la separación constitucional de poderes, de no divulgar comunicaciones presidenciales. La Corte Suprema, por unanimidad, decidió en contra del presidente, expresando que mientras exista un "privilegio ejecutivo" de naturaleza constitucional, este privilegio no es absoluto y, en todo caso, es necesario pesar los intereses del sistema judicial contra los intereses invocados por el ejecutivo. Dieciséis días después, el presidente Nixon dimitió¹².

La Corte Suprema ha sido más exitosa protegiendo la separación de poderes dentro del gobierno federal que protegiendo al federalismo —la división constitucional de poder gubernamental entre el gobierno federal y los Estados. El problema se inició a principios de este siglo, cuando la Corte Suprema comenzó a interpretar en forma muy estricta los poderes del Congreso contenidos en el artículo I, sección 8, de la Constitución, referidos a la regulación del comercio interestatal. Por ejemplo, la Corte dijo que las condiciones de trabajo en la mayoría de las industrias eran algo esencialmente local, y en consecuencia estaban fuera del ámbito del poder del gobierno federal para regular el comercio inter-

¹⁰ 343 U.S. at 635-638, 72 S. Ct. at 870-871, 96 L. Ed. at 1189-1200.

¹¹ 418 U.S. 683, 94 S. Ct. 3096, 41 L. Ed. 2d. 1089 (1974).

¹² "Letter Resigning the Office of President of the United States, August 9, 1974", en *Public papers of the Presidents: Richard Nixon, 1974*, p. 623. Véase también, "Statements Announcing Availability of Additional Transcripts of Presidential Tape Recordings", *Public Papers, supra*, pp. 621-622.

estatal¹⁵. Por esa razón, la Corte declaró inconstitucionales algunas leyes diseñadas para mejorar las condiciones de trabajo y enfrentar la Gran Depresión de los años '30¹⁶.

Pero a partir de 1937, la Suprema Corte empezó a cambiar su opinión sobre la Cláusula de Comercio, con lo cual permitió al gobierno federal enfrentar problemas sociales y económicos en el ámbito nacional¹⁷. De hecho, como una aparente reacción contra el enfoque demasiado restrictivo que se había tomado anteriormente, la Corte, durante los años '40, '50 y '60, interpretó la Cláusula de Comercio en forma tan amplia que casi no había actividad, por pequeña o local que fuera, que no pudiera ser regulada por el gobierno federal¹⁸.

Pero en abril de 1995, la Corte Suprema, por voto de cinco a cuatro, en el caso *United States v. López*¹⁹, declaró inconstitucional una ley federal que prohibía la posesión de armas de fuego en zonas escolares. La Corte dijo que el Congreso de los Estados Unidos había sobrepasado su facultad constitucional de "regular el comercio entre los distintos Estados" porque la posesión de armas en zonas escolares locales no tenía conexión sustancial con el comercio interestatal. Así, el alto tribunal afirmó el principio constitucional de que el gobierno nacional es un gobierno de poderes limitados y no de poderes generales, principio clave del federalismo. Es de esperar que el fallo *López* signifique el logro de un equilibrio razonable y verdaderamente constitucional entre el gobierno nacional y los Estados.

Afortunadamente, y a pesar de los cambios de la jurisprudencia constitucional, la opinión pública de los Estados Unidos ha apoyado constantemente el concepto y la práctica

¹⁵ Véase, e.g., *Hammer v. Dugan*, 247 U.S. 251, 38 S. Ct. 529, 62 L. Ed. 1191 (1918); *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 35 S. Ct. 827, 79 L. Ed. 1579 (1935).

¹⁶ Véase, Robert H. Jackson, *The Struggle for Judicial Supremacy* (Random House, New York, 1941), pp. 48-196.

¹⁷ Véase, e.g., *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1, 57 S. Ct. 615, 81 L. Ed. 893 (1937); *United States v. Darby*, 312 U.S. 100, 61 S. Ct. 451, 85 L. Ed. 609 (1941); *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 63 S. Ct. 82, 87 L. Ed. 122 (1942).

¹⁸ Véase, e.g., *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294, 85 S. Ct. 377, 13 L. Ed. 2d 290 (1964).

¹⁹ En prensa.

del federalismo. En los Estados Unidos la mayor parte de las leyes referidas a contratos, indemnizaciones, bienes, sucesiones y crímenes son estatales, no federales. La mayoría de los juicios son tramitados y decididos en tribunales estatales, no en cortes federales¹⁸, y la mayoría de las decisiones gubernamentales son tomadas por el Estado y los gobiernos locales, y no por el gobierno federal.

Es importante recordar que el federalismo en los Estados Unidos no termina en la distribución vertical o geográfica del poder gubernamental entre el gobierno nacional y los Estados; antes bien, la separación de poder continúa dentro de cada Estado, ya que cada uno de éstos está dividido en condados, con funcionarios elegidos por el pueblo que ejercitan el poder gubernamental en los asuntos locales. Además, dentro de cada condado hay ciudades y otros municipios, con sus propios concejos elegidos por el pueblo, que manejan los asuntos aún más locales¹⁹.

Hace algunos años, se le preguntó al alcalde de una de las ciudades más grandes de los Estados Unidos, cuáles pensaba que eran las diferencias más importantes entre política nacional y política local, a lo que contestó: "*Toda política es local*"²⁰. El alcalde tenía razón, así como Thomas Jefferson hace doscientos años.

Durante el siglo y medio de dominio británico, los residentes de las trece colonias inglesas no tenían voz en el gobierno nacional (es decir, británico). La política nacional era implementada por la Corona y el Parlamento en Westminster sin la participación de dichas colonias²¹. No obstante, los colonos tenían alguna función en el gobierno, cuya estructura variaba según la colonia, y según el momento; de todos modos, los colonos elegían sus propias legislaturas²². En las

¹⁸ Daniel John Meador, *American Courts*, West Publishing Co., St. Paul, 1991, pp. 34-37.

¹⁹ En 1992, en los Estados Unidos había 3.043 condados y 35.962 municipios. United States Department of Commerce, *Statistical Abstract of the United States, 1994*, p. 295.

²⁰ Son palabras de Richard J. Daley, Alcalde de Chicago de 1956 hasta su muerte en 1976.

²¹ Véase, Randolph G. Adams, *Political Ideas of the American Revolution*, 3^o ed., Barnes & Noble, New York, 1958, pp. 42-64.

²² Véase, Clinton Rossiter, *The First American Revolution*, Harcourt, Brace & Co., New York, 1953, pp. 101-104.

villas y condados rurales, el gobierno estaba en gran parte en manos de los residentes²³. Las reuniones del pueblo en Nueva Inglaterra son famosas como expresiones de autonomía. En la parte oeste de algunas colonias, incluida Pennsylvania, la autonomía local era un asunto de necesidad práctica. Muchas veces, durante la Guerra de los Siete Años contra Francia, los colonos ingleses dependían para su defensa de las milicias reclutadas y dirigidas en forma local²⁴. Quince años después, cuando las colonias declararon su independencia de Gran Bretaña, el rol de los pueblos y condados en cuestiones políticas y militares, se hizo aún más importante.

Con el logro de la independencia y la adopción de constituciones republicanas en todos los Estados, el gobierno local se transformó en una parte integrante del sistema constitucional en todos los lugares del país. Con la expansión de los Estados Unidos hacia el Oeste, en el siglo XIX, los pobladores establecieron, por necesidad, gobiernos locales informales, antes que cualquier Estado o autoridad federal se constituyera en las cercanías²⁵.

Hoy el gobierno local es una parte firmemente establecida en la vida pública de los Estados Unidos. En las constituciones de algunos Estados, el derecho del pueblo a dirigir el gobierno de sus propias comunidades está garantizado por la Constitución estatal. En otros Estados, la autonomía local está garantizada por ley. Donde quiera que sea, es una parte de la vida pública largamente establecida y profundamente arraigada²⁶.

Permítanme ilustrar el rol del gobierno local usando el ejemplo de mi propio Estado, Pennsylvania. Pennsylvania tiene una población de casi 12.000.000 de habitantes, y una superficie similar a la de Cuba o Guatemala. Está dividida en sesenta y siete condados, cada uno de los cuales tiene un gobierno elegido. Dentro de cada condado hay municipios. El Estado tiene en total 2.570 municipios, desde Filadelfia, con 1.500.000 habitantes, hasta los pequeños distritos que cuen-

²³ *Id.* at 119-124.

²⁴ Véase Beerstin, Daniel J., *The Americans: The Colonial Experience* Random House, New York, 1958, pp. 347-362.

²⁵ Billington, Ray Allen, *The Far Western Frontier, 1820-1860*, Harper & Row, New York, 1958, pp. 99-102, 237-240.

²⁶ Véase nota 19, *supra*.

tan con algunos miles²⁷. Cualquiera que sea el tamaño del municipio, sus autoridades son residentes del mismo, elegidos por sus vecinos. Normalmente es responsabilidad de los municipios, la policía y los bomberos, el mantenimiento de calles y caminos, la recolección de residuos, y el funcionamiento de las escuelas y bibliotecas públicas²⁸.

Los poderes específicos del condado y el gobierno municipal varían de Estado en Estado, y aun entre distintos lugares de un mismo Estado. Lo importante no es la extensión exacta del poder local, sino el hecho de que los ciudadanos por sí mismos ejercen ese poder. Lo que es aún más importante es que los ciudadanos por sí mismos son responsables por el gobierno, el cual está al alcance de la mano y es una responsabilidad continua.

Cada mes se realizan reuniones de concejos municipales y juntas escolares electivas, y las comisiones de los condados usualmente se reúnen en forma semanal. Todas estas reuniones están abiertas al público. El proceso electoral es continuo porque cada año se eligen funcionarios del Estado, del condado o del municipio. De esta manera los asuntos públicos son materia de constante preocupación, y la relación entre derechos civiles y responsabilidades cívicas es innegablemente clara.

Esta separación de poderes no es garantía de que todas las decisiones gubernamentales sean sabias o justas.

El federalismo permitió la permanencia de la esclavitud en quince Estados por varias décadas, pese a que durante ese tiempo la mayor parte del país se oponía a la esclavitud²⁹.

En 1919, una minoría del Senado de los Estados Unidos impidió que el país integrara la Liga de las Naciones, a pesar de que la Liga era la mayor esperanza del mundo para lograr la paz, y de que el presidente Wilson era su patrocinador³⁰.

Desde 1933 hasta 1937, algunos de los programas sociales y económicos del *New Deal* del presidente Franklin Delano Roosevelt fueron invalidados por la Suprema Corte, aun a

²⁷ Commonwealth of Pennsylvania Department of General Services, *The Pennsylvania Manual*, Vol. 111, 1993, § 8 pa. 6-1 - 6-98.

²⁸ *Id.* at 6-3 - 6-6.

²⁹ Véase Potter, David M., *The Impending Crisis, 1848-1861*, Harper & Row, 1976, *passim*.

³⁰ Véase, Bailey, Thomas A., *Woodrow Wilson at the Great Betrayal* Macmillan, New York, 1945, pp. 190-207.

pesar de que el presidente, el Congreso y la mayoría del pueblo apoyaban esos programas de manera casi absoluta²¹.

Otro ejemplo lo proporciona la historia de los años '50 y los '60: en esos años la segregación pudo sobrevivir por largo tiempo en comunidades pequeñas, luego de haber sido repudiada a nivel nacional²².

Pero estos hechos desafortunados no son argumentos en pro de la concentración y centralización del gobierno. Ellos sólo pueden probar que la gente, en altos cargos o funciones de menor importancia, en grandes o pequeños grupos puede estar equivocada.

La separación de poderes está basada en el conocimiento de que, a veces, la gente toma malas decisiones —usualmente— en forma inadvertida, pero a veces intencionalmente. La separación de poderes toma en consideración los errores, así como también las ineficiencias, en orden de preservar la libertad y la democracia, y dejar abierta la posibilidad de que esos errores, cuando son cometidos, puedan ser corregidos sin afectar la libertad o la democracia.

Esta, por lo menos, ha sido la experiencia de los Estados Unidos. Otros países tienen otras historias, otros recursos y otras posibilidades. Pero queda claro que sin la separación de poderes en todas sus dimensiones, Estados Unidos no habría sobrevivido como una nación democrática, y tal vez ni siquiera como nación.

El historiador Clinton Rossiter, explicando el significado de la autonomía local durante el período colonial (es decir, la separación de poderes originaria en los Estados Unidos), sintetizó la experiencia como sigue:

"Los pocos que participaban en las asambleas (y) reuniones del pueblo... mantuvieron la confianza en el futuro democrático e interpretaron en un pequeño escenario el gran drama del gobierno constitucional, que estaba en el momento de llamar a millones de personas para el elenco de reparto"²³.

A esas palabras, y a las palabras de Jefferson, no tengo nada más que agregar.

²¹ Jackson, *supra*, nota 14.

²² Véase e.g., *Report of the National Commission on Civil Disorders*, U.S. Government Printing Office, Washington, 1968, *passim*.

²³ Rossiter, *supra*, nota 22, p. 113.

**LOS LÍMITES DEL DERECHO
COMO ORDEN SOCIAL JUSTO***
(Reflexiones para la posmodernidad jurídica)

CARLOS ALBERTO GHERSI **

"El filósofo tiene que transformar en herramienta de su investigación cualquier método desde la experiencia histórica y la pragmática que le permite, en la confirmación de su mismidad, dar a los conceptos estirpe y validez. De tal manera, hacer que el diálogo consensual tenga el eco de la autenticidad".

J. HABERMAS

Desde 1989 venimos estudiando los efectos que el ajuste¹ del sistema económico produce sobre el Derecho; habíamos

* Las reflexiones que se intentan hacer en estas notas, tienen su idea embrionaria en una disertación realizada con ocasión de las Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Comercial y Procesal en el Colegio de Abogados de Junín, Peña, de Buenos Aires, celebradas en 1994.

** Doctor en Jurisprudencia. Docente en las Universidades de Buenos Aires, Del Salvador y Belgrano. Ex fiscal de Estado del gobierno democrático del Dr. Alejandro Armendáriz en la Peña, de Buenos Aires. Profesor invitado a la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Porto Alegre, Brasil. Miembro Honorario del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Universidad de Medellín, Colombia.

¹ El ajuste estructural de la economía en la Argentina y sus efectos en el Derecho, ciclo de conferencias a cargo de Carlos A. Ghersi, con la coordinación de los Dres. Eduardo Barbier y Diego Zentner, en la Asociación de Abogados de Buenos Aires, en 1990.

tenido la suerte de analizarlo con respecto a los países centrales, verbigracia Alemania, Japón, E.E.UU. e Inglaterra² principalmente, y sabíamos que tarde o temprano la situación se presentaría en las naciones periféricas, pero el problema era que, seguramente, los efectos serían mucho más dañinos, por la característica de franca vulnerabilidad³ de estos países.

Esta última afirmación, está, por otra parte, avalada por toda la *historia*⁴ de los Estados subdesarrollados y su relación con los centrales, especialmente desde la crisis del capitalismo a principios de los años setenta⁵.

La Argentina comenzó a transitar el ajuste desde la década de los '90⁶ —si consideramos en este aspecto la década de los años '80 como de algunas meras iniciativas que no pasaron de ser tales— con el advenimiento del segundo gobierno desde la reinstauración de la democracia.

Nuestro país se caracterizó porque durante la *modernidad*, se diseñó como tendencia (sin perjuicio de las irrupciones institucionales) una corriente doctrinaria y jurisprudencial *progresista y solidaria* que se plasmó en textos legales de avanzada, superando la *doctrina de los derechos individuales*, y arribando al concepto de masificación o, dicho con mayor precisión, la *colectivización de los derechos del hombre*⁷.

² "Ajuste estructural y comportamiento de la economía", *Informes OCDE*, n.º 24, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, Madrid, 1990; "Resquite estructural en la República Federal de Alemania y Japón", *Informes OIT*, n.º 24, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

³ Las estructuras económicas, sociales, sindicales y jurídicas después de "la política de Martínez de Hoz" iniciada en el proceso militar desde 1976 habrán quedado debilitadas. Véanse Barsky, Osvaldo - Bocca, Arnoldo, *Respuesta a Martínez de Hoz*, Imago Mundi, Buenos Aires, 1991.

⁴ Halperin Donghi, Tullio, *El Espejo de la Historia. Problemas Argentinos y Perspectivas Latinoamericanas*, Sudamericana, Buenos Aires, 1987. Kenneth Galbraith, John, *Historia de la Economía*, Ariel, Buenos Aires, 1991.

⁵ Hirsch, J., Bonenfeld, W. y otros, *Los Estudios sobre el Estado y la Reestructuración Capitalista*, Cuadernos del Sur, Buenos Aires, 1992; O'Connor, James, *Crisis de Acumulación*, Península, Barcelona, 1987.

⁶ Abalo - Armada y otros, *La Fe de los Conservadores. 14 Miradas sobre el Plan de Convertibilidad*, Unidos, Buenos Aires, 1992.

⁷ Ghersi - Di Próspero - Vergara, *Derecho Civil, Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1993, pa. 195 y sigs.

Conviene hacer un poco de historiografía jurídica para ir centrando nuestra problemática y desnudar los bajos perfiles de la propuesta de esta posmodernidad neoliberal.

En la Constitución de 1853 se plasmaron los *derechos individuales*, en donde el nacimiento del Estado-Nación encuentra sus *límites* frente a la persona humana y especialmente, por qué no decirlo, frente al *patrimonio privado*.

Es que era precisamente la hora de afirmación de los derechos de la burguesía⁸ en el despertar de la independencia americana.

Hubo de transcurrir casi un siglo, la revolución rusa del '17, la crisis de los años '30, dos guerras mundiales, para que se incorporaran los *derechos sociales*⁹ a través del artículo 14 bis, en 1957, reflejo de la derogada Constitución de 1949.

En el ámbito del Derecho Civil, el más común de los derechos, numerosos congresos y jornadas fueron convocando a los más ilustres juristas, cuyo punto más alto y brillante estuvo en el Congreso de 1961 en Córdoba, de donde Borda extrajo y modeló la reformulación de 1968 del Código de raíz imperial.

Introduce principios esenciales que mutan la decreciente ideología liberal de nuestro Derecho, haciéndolo más solidario y social, verbigracia como el principio sociológico del reconocimiento de la *desigualdad* genética y natural de los seres humanos generando una protección al minusválido¹⁰, al in-

⁸ Lefebvre, George, *La Revolución Francesa y el Imperio*, FCE, México, 1986; Jaures, Jean, *Los Causas de la Revolución Francesa*, Crítica, Barcelona, 1982; Soboul, Albert, *La Revolución Francesa*, Tecnos, Madrid, 1983.

⁹ Ghersi, Carlos A., *Conceptos Modernos de Responsabilidad Civil*, Diké, Colombia, 1985.

¹⁰ Lipari, Nicola, *Derecho Privado. Un Ensayo para la Enseñanza del Derecho*, p. 342. "La normativa contenida en el art. 1341, predispueta para garantizar una igualdad de posiciones en el momento de la conclusión, aparece así vacía de eficacia, por lo cual se ha intentado individualizar los medios idóneos para garantizar la protección del contratante débil en la fase dinámica de la relación, buscando los criterios mediante los cuales se puede juzgar de la existencia de una cláusula truca así como los medios para el ejercicio de un recurso de mérito sobre el contenido contractual con el fin de establecer una posición de equilibrio que el sistema predispueta para la fase normativa del contrato no ha conseguido garantizar plenamente. Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1974.

culto, etcétera, logrando de esta forma una verdadera realización axiológica del Derecho; los principios de buena fe y abuso del Derecho; etcétera.

Concomitantemente, se inicia el desarrollo de los derechos personalísimos y ambientales como respuesta a una nueva agresión al ser humano en su hábitat espiritual y material¹¹.

Los derechos personalísimos apenas logran incorporación en el artículo 1071 bis del Código Civil, del derecho a la intimidad y en cuanto los derechos ambientales es el 2618, también del Código Civil, que incorpora a través del daño industrial¹², un modesto arriete para el respeto ecológico y que por suerte tienen hoy un desarrollo importante, tan es así que se han concretado en la reformulación constitucional de 1994.

Los derechos del consumo¹³, se incorporan en la ley 24.240 con considerable atraso, pues el mundo hoy se preocupa de los derechos de los subconsumidores y de los usuarios de los servicios privatizados que día a día ven más recortados sus derechos.

Sin embargo, no debemos dejar de mencionar que la mencionada Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor era ya insuficiente desde su formulación en el Congreso y luego devino en prácticamente inservible por el veto caprichoso del Poder Ejecutivo, por lo que una reglamentación que legisla —desnaturalizando ciertos aspectos— más que reglamentar, representa un decrecimiento en la protección del ser humano, en una faceta muy importante: la de consumidor y usuario (sin perjuicio de que algunos capítulos de la mencio-

¹¹ Ghersi, Carlos, La responsabilidad por el impacto ecológico de las fuentes de energía, derecho del hábitat familiar, en *Modernos Conceptos de Responsabilidad Civil*, Dika, Colombia, 1995, p. 166.

¹² "El derecho de todo habitante a que no se modifique su hábitat constituye un derecho subjetivo. En efecto la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo, defender su hábitat constituye una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensas", Juzgado nro. 2 en lo Contencioso Administrativo, Capital, 10-V-1983, "Kattan, Alberto E. y otro o Gobierno Nacional", J.L., t. 1983-D-576.

¹³ Ghersi, Carlos A. y colaboradores. *Derechos y Responsabilidades de Empresas y Consumidores*, Mera, Buenos Aires, 1994.

nada ley, como los atinentes a contratos de adhesión, publicidad, ventas domiciliarias, etcétera, sean rescatables y útiles como modificatorios del Código Civil).

Como en un andarivel paralelo los derechos económicos: el derecho a un trabajo, a un salario justo, a beneficios sociales, a vacaciones, etcétera, se fueron plasmando durante la modernidad con su culminación en una Ley de Contrato de Trabajo y una colectivización¹⁴ de esos derechos de los trabajadores, importante y trascendente, más allá de las corrupciones sindicales¹⁵ o los abusos en su aplicación.

No obstante que la enumeración es muy breve, podemos decir que en la modernidad y especialmente desde la mitad de este siglo hasta la década de los '90, se consolidó un orden social justo.

Sin embargo, desde el comienzo de la actual década el impacto del *plan de ajuste del sistema de economía capitalista* está operando un retroceso en ese derecho como orden social justo.

La prevalencia y las apetencias del sistema por sobre el hombre son las características sobresalientes de esta posmodernidad¹⁶ que se ha instalado entre nosotros apresurada-

¹⁴ Sebrelli, Juan José, *El Ascenso a la Modernidad*, Sudamericana, Buenos Aires, 1991.

¹⁵ James, Daniel, *Resistencia e Integración. El Peronismo y la Clase Trabajadora Argentina, 1946-1976*, Sudamericana, Buenos Aires, 1990; Halperin Donghi, Tulio, *La Larga Noche de la Argentina Peronista*, Ariel, Buenos Aires, 1994.

¹⁶ Vergopoulos, Epistas, *El Nuevo Sistema del Mundo*, p. 161. La apertura de las nuevas fronteras nacionales constituye, sin duda, una tendencia característica de nuestra época. El discurso dominante en la actualidad pone en el centro de la reflexión contemporánea tres nuevos conceptos-clave: desregulación, liberalización, globalización. Algunos ya se apresuran a anunciar el fin del capitalismo nacional (Petrella, 1989), pero otros, que siempre sostuvieron la predominancia del sistema mundial sobre las formaciones nacionales, hoy rehúsan ver en la globalización actual, algo más que un importante componente de la ideología burguesa (Sweezy, 1992). El actual retroceso de las formas tradicionales de control estatal sobre la economía parece sugerir el apogeamiento, tanto de la diferenciación espacial del mundo, como el del Estado-Nación, como marco de referencia e intervención adecuadas". Ediciones, Buenos Aires, 1993, trad. Cohen & Asociación Internacional de *Le Nouveau Système du Monde*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993.

mente. Como dice William Snavely¹⁷: "El sistema económico, cualquiera que fuera, debe resolver los problemas básicos del hombre en la sociedad y lo peligroso es que en esta posmodernidad sólo se ocupa de él mismo —como sistema— y del capital".

El tinte social del Derecho, marcó a la modernidad con un sello especial, la consolidación de los derechos económicos que posibilitaron en las personas, en general, una mejor calidad de vida y una movilidad social importante¹⁸, como presagiaban Adam Smith y Ricardo, en los albores del modelo capitalista.

Sin embargo, comenzaron a aparecer los ataques contra la estabilidad laboral, pretendiendo una flexibilidad que colóque al trabajador bajo el poder del empresario; los accidentes son cuantificados y segmentados, como si el ser humano pudiera dividirse en partes.

La educación y la salud públicas y gratuitas, que habían sido el orgullo de Sarmiento y los baluartes de la socialización de los derechos, son hoy dejados a la suerte de las privatizaciones como una mercancía más, colocada en el mercado y, como dice Francesco Galgano¹⁹: "...para la práctica del mercado la única necesidad es la solvencia y la rentabilidad" y agregaríamos nosotros, los pobres no son solventes, ni sus economías hogareñas rentables y la exclusión por la educación y la salud son precisamente una forma insoslayable —como decía el Principito— de discriminación²⁰.

Lo justo del Derecho social de fines de la modernidad pasa hoy por los fríos números del ministro de Economía, que cosifica a los jubilados, a los maestros; que da órdenes a los jueces... se produce así el control del Estado sobre el indivi-

¹⁷ Snavely, William P., *Teoría de los Sistemas Económicos. Capitalismo, Socialismo y Corporativismo*, FCE, Madrid, 1946.

¹⁸ Giddens, Anthony, *Consecuencias de la Modernidad*, Alianza, Madrid, 1990, p. 20: "El desarrollo de las instituciones sociales modernas y su expansión mundial han creado oportunidades enormemente mayores para que los seres humanos disfruten de una existencia más segura y recompensada que cualquier tipo de sistema premoderno".

¹⁹ Galgano, Francesco, *Las Instituciones de la Economía Capitalista. Sociedad Anónima, Estado y Clases Sociales*, Ariel, Barcelona, 1990.

²⁰ Cfr. Schultz, Theodore W., *Invertiendo en la Gente*, Ariel, Barcelona, 1985.

duo —supuestamente libre— en las seudodemocracias de finales de este siglo²¹.

Decimos en el ejercicio de nuestra docencia que el Derecho es un orden y que ese orden debe estar basado en la división e independencia de poderes y en el sistema federal, ¡así nació la República! Sin embargo, hoy comienzan a ceder sus cimientos: la seudodemocracia no es suficiente para que tenga vigencia una efectiva división de poderes, que es hoy una mera formalidad, sin legitimidad; el federalismo no es más que una desarticulación histórica desde un proceso lineal llevado a cabo por el gobierno central, con desintegración social²², haciendo uso de las herramientas de la escuela de la derivación.

En suma, la *modernidad* nos había posibilitado alcanzar un *Derecho como orden social justo*, y sus límites estaban en la ética y en la teleología del sistema como integridad; esta posmodernidad, con su ajuste, lo está desintegrando, tornándolo peligroso y nuevamente individualista —como diría Jean Baudrillard, el reciclaje de la historia²³— para poder así quebrar al ser humano y posibilitar una más fácil dominación.

Esto ya lo adelantó Galbraith²⁴ a fines de la década de los '60: "el mundo se encamina a la preservación del gran capital, el sistema y la exclusión de grandes masas de seres humanos"; en la Argentina el proceso cuenta, sin duda, con formidables discípulos.

¿Es que el Derecho debe encontrar sus límites en la economía o más precisamente en la economicidad?

¿Es entonces el Derecho un mero tributario de la economía?

¿Es el Derecho, *Derecho*, con los límites impuestos por el sistema económico?

²¹ Cfr. Benedicto, Jorge - Rainera, Fernando (comp.), *Las Transformaciones de la Política*, Alianza, Barcelona, 1992, y Couffignal, Georges (comp.), *Democracias Posibles. El Desafío Latinoamericano*, PCE, Buenos Aires, 1992.

²² Ghersi, Carlos, "Mercosur, Economía y Derecho (Política de integración y exclusión social)", *L.L.*, 14-III-1995.

²³ Cfr. Baudrillard, Jean, *La Nación del Fin. La Huelga de los Acontecimientos*, Anagrama, Barcelona, 1993.

²⁴ Cfr. Kenneth Galbraith, John, *La Anatomía del Poder*, Plaza & Janés, Barcelona, 1989.

¿Es más importante la normología de Kelsen que la axiología de Jiménez de Asúa, de Stammler o de Cossío?

Entendemos que no. Definitivamente no.

La profundidad del *ahora* hace necesaria la advertencia, para colocar como centro de la discusión científica y académica —ya que los poderes políticos no desean hacerlo— la concepción misma del Derecho, su valor como *categoría teleológica*.

En este sentido, sostenemos que el Derecho es un sistema que debe asegurar la *convivencia social* —no la dominación— *preservando la calidad de vida* por medio de la *redistribución de los beneficios económicos* producto del crecimiento y el desarrollo —no la concentración de riquezas—, *evitando las marginaciones* de cualquier tipo —económicas, culturales, etcétera— pues de lo contrario entraremos en el siglo XXI de la mano de la *esclavitud consentida* por el miedo y la necesidad.

Debemos entonces cuestionar²⁶ estos límites meramente economicistas, sin *legitimidad*, más que la natural lógica del mercado, inaplicable a cuestiones sociales *fundantes*.

Recordar que el centro del Derecho es el ser humano²⁶ y no el mercado y que las interrelaciones entre aquéllos —la intersubjetividad de Cossío— sólo pueden hacerse en un marco de ética, equidad y justicia.

En todo este hacer de una *contra-cultura* que debe emprenderse, es importante el rol de las universidades y el Estado.

Especialmente en las primeras la Facultad de Derecho, que es donde se nutre principalmente el poder, debe concebirse entonces la *enseñanza con sentido axiológico y teleológico* y no como un mero medio de disciplinamiento social, concentración de riqueza y poder.

Tampoco debe estar ausente el nuevo *rol del Estado*, que ha sido vaciado con la única finalidad de *dejar hacer a los poderosos del sistema* y generar así más desigualdad y más marginación²⁷.

²⁶ Cfr. Pompeu Casanovas - Maresca, Juan José (comp.), *El Ámbito de lo Jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994.

²⁶ Cfr. González Pérez, Jesús, *La Dignidad de la Persona*, Civitas, Madrid, 1986, y Fernández Sessarego, Carlos, *Protección Jurídica de la Persona*, Universidad de Lima, Lima, 1992.

²⁷ Cfr. Minujín, Alberto y Kessler, Gabriel, *La Nueva Pobreza en la Argentina*, Planeta, 1996.

Hoy, es cierto, no se concibe más a un Estado empresario, pero su cometido pasa por el *control de lo privado*, por el desarrollo de una verdadera opción educativa, de una cobertura social de salud y la ancianidad.

El sistema político debe ser revitalizado, desde la realidad y no desde las formas, respetando la división y la independencia de poderes, consolidando el sistema federal, e integrándonos al mundo con bases sólidas, de pie, exigiendo la igualdad de trato y de oportunidades, para un desarrollo con justicia social y no un crecimiento económico para alimentar simplemente un sistema.

Hemos querido traer estas reflexiones, que están dirigidas especialmente a los alumnos y docentes de esta casa de estudios²⁸, para que la discusión científica sea hilo conductor del futuro, donde la participación y la disidencia sean el motor de una nueva sociedad argentina, con un Derecho social justo.

²⁸ Ha ingresado a la docencia universitaria en 1964, de la mano de mi querido maestro Don Luis María Boffi Beggara; he pasado por lo agradable —sentirme útil para la sociedad— y lo desagradable —los dos cesantías de los gobiernos totalitarios—, pero después de treinta años, es realmente una enorme emoción el escribir por primera vez para *Lecciones y Ensayos*, la revista de "mi" Facultad y más placer me produce por haber sido los alumnos quienes me han invitado a hacerla. Gracias, muchísimas gracias.

Proyecto de ley
JUICIO POR JURADOS*

EDMUNDO S. HENDLER

**IMPLANTACIÓN DEL JUICIO POR JURADOS
EN CAUSAS CRIMINALES**

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La participación ciudadana en la administración de justicia, categóricamente reclamada en nuestro texto constitucional a través de sus reiteradas referencias al juicio por jurados en causas criminales, está lejos de constituir una singularidad del ordenamiento constitucional argentino. Muy por el contrario, es una modalidad vigente en la mayoría de los países más avanzados del mundo. Sin hacer una enumeración completa sino solamente una muestra ilustrativa, de los países del continente europeo pueden citarse los siguientes: Alemania, Austria, Bélgica, Checoslovaquia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Rumania, Suecia y la ex Unión Soviética.

* Proyecto presentado por el autor en ambas Cámaras del Congreso de la Nación el 5-XII-1994. (Senadores 152/94; Diputados 313/94).

Con el ampliamente conocido modelo clásico del jurado, o bien a través de un sistema de tipo escabinado adoptado por varios de esos países, o por medio de los "asesores populares", que predominaron en aquellos que recibieron la influencia de la ex Unión Soviética, en todos ellos existen mecanismos que contemplan la intervención de ciudadanos en la decisión de los procesos penales. A esa enumeración deben añadirse los ejemplos más característicos de Inglaterra y los de los cincuenta Estados de Norteamérica, así como el caso de Brasil en la parte Sur de nuestro continente.

Tampoco cabe suponer que se trate de una tendencia anacrónica proveniente de constituciones y leyes del siglo pasado. Lo prueba la Constitución española dictada en 1978, la reforma de Brasil de 1988 y la nueva Constitución adoptada en la ex Unión Soviética en 1990. En el caso de Japón, uno de los países del mundo industrializado actual en que, por excepción, no existe, sino de manera muy limitada, alguna participación ciudadana en la justicia¹, se registra un importante movimiento de opinión que propicia la reimplantación del jurado, suprimido durante la guerra mundial, en 1943².

De los diferentes modelos que ofrece la legislación comparada pueden distinguirse, como ya se ha advertido, tres modalidades distintas: 1º) la del jurado clásico de doce ciudadanos deliberando bajo directivas del juez profesional pero en forma autónoma, 2º) la del tipo escabinado en la que los ciudadanos, en número variable, deliberan formando un colegio único con los jueces profesionales, y 3º) la de los asesores populares, en la cual los ciudadanos son elegidos para actuar durante cierto tiempo al igual que otros funcionarios políticos. De todos esos modelos, el que cuenta con mayor arraigo de consenso en su vigencia es, a la vez, el más antiguo y, por lo tanto, el más asentado en la experiencia histórica. Es ése el modelo que inspira el proyecto que aquí se somete: el clásico de doce jurados de estilo anglosajón. Una de sus ventajas —y no la de menor significación— es su amplia difusión a través

¹ Por una ley dictada en 1948 se estableció un comité de supervisión del Ministerio Público compuesto por once ciudadanos que tiene algunas reminiscencias del Gran Jurado o Jurado de Asociación.

² Conf. Shiratori, Yuji, "La procédure pénale japonaise - Son histoire et son actualité", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n° 3, julio-septiembre, 1993, pp. 525-540.

de los medios masivos de comunicación. Merced al cine y a la televisión, el sistema de enjuiciamiento con un jurado de estilo clásico es, hoy en día, ampliamente conocido en todos los sectores de la población de nuestro país.

En el proyecto que se propone a continuación, la intervención del jurado está circunscripta a los casos de mayor gravedad³. La limitación halla precedentes en prácticamente todos los países en que rige la institución. Pero no obedece solamente a razones de practicidad. Está implícito que se trata de garantizar el respaldo del consenso comunitario en aquellos casos en que la determinación a adoptar tiene consecuencias vitales para el destino de una persona. El carácter optativo de esa intervención, dependiente de la decisión del acusado, halla igualmente antecedentes abundantes en Derecho Comparado. Se ratifica de ese modo su sentido de garantía para el ciudadano.

En cuanto a la aptitud para desempeñarse como jurado, se procura establecer el mínimo posible de requisitos con miras a lograr el máximo de participación. En la actualidad, en los países de Europa y en los Estados Unidos, se tiende a lograr que la composición del jurado refleje, en la mayor medida posible, una sección transversal de la sociedad, sin excluir a ninguno de sus sectores. De allí que sea inconveniente el establecimiento de mayores requerimientos para el desempeño, como podrían serlo la aprobación de estudios de nivel superior al primario. A la ventaja de la mayor preparación que eso significa se le contraponen una desventaja muy importante: el riesgo de que queden excluidas las capas sociales menos favorecidas que suelen ser aquellas, precisa-

³ Los delitos más importantes que quedan comprendidos en la delimitación por el máximo de la pena indicado en el proyecto son: los homicidios (arts. 79, 80 y 82, Cód. Pen.); las lesiones gravísimas calificadas (art. 82, Cód. Pen.); el abandono seguido de muerte agravado por el vínculo (art. 107, Cód. Pen.); la violación (arts. 119, 122 y 124, Cód. Pen.); la corrupción o prostitución de menores de doce años o por medios calificados (art. 123, inc. 1ª, Cód. Pen.); el secuestro con fin coercitivo (art. 142 bis, Cód. Pen.); los robos agravados, por homicidio, por violencia, uso de armas, lugar o banda (arts. 185 y 188, Cód. Pen.); el secuestro extorsivo (art. 170, Cód. Pen.); diversos tipos de hechos vinculados con estupeficientes (arts. 5º, 6º, 7º, 8º y 10, ley 23.737); el contrabando de estupeficientes y de armas o explosivos (arts. 866 y 867, ley 22.415); los robos agravados en casos de automotores (art. 38, dec. ley 6562/58 ratif. por ley 14.467).

mente, a las que pertenecen muchos de los individuos que deben ser juzgados.

Los delitos que en definitiva resultan de competencia del jurado, de todos modos, son aquellos cuya apreciación depende, en mayor medida, de matices vitales y de hecho. Las cuestiones complejas que en esos casos pueden presentarse son más bien de índole no jurídica. De cualquier manera, aun esa clase de complejidades tienen que ser allanadas por los jueces profesionales.

Las instrucciones que deben ser impartidas a los jurados acerca del Derecho aplicable en cada caso constituyen uno de los mecanismos más importantes con los que se articula el funcionamiento del sistema. Esas instrucciones son el fundamento jurídico de la decisión y constituyen la vía para permitir recursos a instancias superiores. Con ellas se reemplaza la motivación de las sentencias que se exige para las que son dictadas por tribunales letrados. Por eso es que está previsto, siguiendo lo que es una práctica forense usual en los tribunales de los Estados Unidos, la iniciativa de las partes, la posibilidad de controversia, la determinación del juez y la constancia escrita, lo mismo que las reservas en disconformidad que pueden servir para los recursos posteriores.

Iguales provisiones se adoptan en el proyecto para las preguntas que deben someterse al veredicto del jurado. Es obvia la importancia de la manera en que se formulen esas preguntas y los resguardos están constituidos por la iniciativa y control recíproco de las partes sujetas a la determinación del juez. También caben, desde luego, por tratarse de aspectos jurídicos y de procedimiento decididos por un tribunal, las revisiones en instancias superiores.

Se encuentran expresamente excluidas de la consideración del jurado las complicadas cuestiones del concurso de delitos, lo que no impide que, en respuesta a preguntas separadas que puedan sometersele, se pronuncie acerca de distintas configuraciones legales posibles. El control recíproco acerca de la manera de formular las preguntas y la exclusiva determinación judicial sobre la existencia y la clase de concurso que pueda darse, resultan la manera apropiada de atender esa clase de cuestiones. Igualmente se trata de aspectos susceptibles de recursos a otras instancias.

Los recursos del tipo del de casación, como por ejemplo el que contempla el artículo 456 del Código Procesal Penal de la

Nación (ley 23.984), se adaptan perfectamente para permitir la revisión, tanto de la aplicación de la ley sustantiva indicada en las instrucciones, como de las normas de procedimiento aplicadas. No se ha entendido necesario, en consecuencia, incluir disposiciones especiales sobre este aspecto.

Otro detalle significativo del proyecto es la obligatoriedad de registrar taquigráficamente o en cintas todo el debate.

La índole oral del juicio y la gravedad de los casos sometidos al jurado explican la necesidad de ese resguardo.

Finalmente, se prevé una metodología de censura del trámite de manera de evitar la indebida influencia que puede tener la discusión sobre las penas a imponer antes de juzgar sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

II. PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO 1º. CASOS Y CUESTIONES EN QUE ENTIENDE EL JURADO

1.1. Todo acusado en causa criminal a quien se impute un delito al que corresponda una sanción cuyo máximo sea superior a diez años de pena privativa de libertad, tendrá derecho a ser juzgado con intervención de un jurado de doce ciudadanos.

1.2. Corresponderá al jurado, en ese caso, bajo la dirección del tribunal competente, conocer sobre los hechos imputados y determinar si el acusado es culpable o inocente. La ley aplicable y todas las cuestiones de Derecho así como la determinación de la pena que queda imponer, serán siempre de incumbencia del tribunal.

ARTÍCULO 2º. APTITUD PARA SER JURADO, RECUSACIONES

2.1. Podrán ser jurados todas las personas mayores de edad que sean plenamente capaces, que sepan leer y escribir y no tengan impedimento para ejercitar sus derechos políticos.

2.2. Los jurados podrán ser recusados por las mismas causas por las que pueden serlo los jueces. Además, podrán ser recusados sin expresión de causa hasta seis de ellos a pedido de la defensa y hasta cuatro a pedido de la acusación.

ARTÍCULO 3º. EJERCICIO DEL DERECHO AL JUICIO POR JURADOS

3.1. El derecho reconocido por el artículo 1º deberá ser ejercitado en la primera oportunidad en que el procesado sea convocado ante el tribunal de enjuiciamiento. También podrá ser puesto de manifiesto antes de la elevación a juicio ante el tribunal que entienda en esa etapa del proceso.

3.2. Cuando en una misma causa haya más de un acusado y uno de ellos ejercite el derecho conferido por esta ley, los demás serán también juzgados con el mismo jurado. No obstante, si cualquiera de ellos pidiera expresamente ser juzgado sin jurado, deberá realizarse un juicio separado.

3.3. El derecho a recusar sin causa a los jurados se limitará a cuatro para cada acusado si el total de ellos son dos o tres. Si son más se limitará a tres por cada uno.

ARTÍCULO 4º. LISTA PARA LA SELECCIÓN DEL JURADO

4.1. El tribunal de enjuiciamiento comunicará a todas las partes intervinientes cuando alguno de los imputados haya ejercitado el derecho del artículo 1º y requerirá del secretario del tribunal electoral que remita una lista de treinta ciudadanos, domiciliados dentro de su jurisdicción territorial y en condiciones de prestar servicio como jurados, con especificación de sus datos identificatorios y el domicilio registrado por cada uno de ellos.

4.2. Si el número de procesados fuera tal que, en razón de las posibles recusaciones, pueda presumirse insuficiente una lista de treinta candidatos, el tribunal, al tiempo de requerir dicha lista, ampliará su número al que estime razonablemente necesario para permitir las recusaciones autorizadas.

ARTÍCULO 5º. AUDIENCIA DE SELECCIÓN Y RECUSACIONES

5.1. Una vez recibida la lista el tribunal fijará audiencia para la selección previa del jurado que deba intervenir en el caso, citando por cédula o personalmente a las partes y a todos los integrantes de la lista.

El día de la audiencia y en presencia de las partes, se procederá a desinsacular al azar doce de los integrantes de la lista que se encuentren presentes y se los invitará a ingresar a la sala. A continuación se los interrogará acerca de cuestiones que resulten relevantes para apreciar su aptitud para

desempeñarse en el caso y la eventual concurrencia de causales de recusación. Las partes podrán proponer otras preguntas y el tribunal las formulará si las considera pertinentes, cuidando de no causar mortificaciones o indagaciones innecesarias sobre aspectos de la vida privada de los candidatos.

5.2. Concluidas las preguntas cada parte expresará las recusaciones que crea oportunas y el tribunal resolverá en el acto, después de escuchar brevemente a la contraparte, haciendo lugar o no a la recusación. A continuación se procederá a desinsacular al azar entre los restantes integrantes de la lista presentes el número necesario para reemplazar a los recusados y se invitará a ingresar a la sala a los sorteados procediendo con ellos en igual forma con los interrogatorios y recusaciones y así sucesivamente hasta completar el panel definitivo de doce ciudadanos.

ARTÍCULO 6º. CUESTIONES PREVIAS: POSTERGACIÓN

6.1. La audiencia prevista en el artículo 5º no será fijada cuando existan incidencias previas o pruebas que deban diligenciarse antes del juicio. Recién se procederá a fijarla cuando hayan concluido tales incidencias o diligencias.

6.2. La audiencia para el juicio se fijará al concluir la de selección y deberá tener lugar en el más breve lapso posible a partir de entonces para poder cursar las citaciones y efectuar los preparativos imprescindibles. En ningún caso ese lapso deberá exceder de los treinta días.

ARTÍCULO 7º. INDICACIONES AL COMIENZO DE LA AUDIENCIA

7.1. Antes de declarar abierto el debate en la audiencia fijada para el juicio, el tribunal instruirá brevemente a los jurados sobre su función y el comportamiento a observar durante el acto. Los interiorizará del planteo sustancial del caso y podrá también señalar las cuestiones relevantes a las que deberá prestarse atención.

7.2. A continuación cada parte, comenzando por la acusación, podrá hacer un alegato breve de presentación señalando su enfoque del caso y los hechos que se propone demostrar.

ARTÍCULO 8º. DETERMINACIÓN DE LAS INSTRUCCIONES

8.1. Los jurados decidirán exclusivamente sobre los hechos debiendo ajustarse a las indicaciones sobre el Derecho que serán dadas por el tribunal luego de concluida la presentación de las pruebas y los alegatos finales de las partes.

8.2. Para impartir las instrucciones el tribunal requerirá, al comienzo de la audiencia o antes de ella, al fiscal y a los abogados de cada parte, que indiquen por escrito las que consideren pertinentes entregando copia a las demás partes. Antes de conferir la palabra para los alegatos finales se interrumpirá la audiencia y el tribunal, con el fiscal y los abogados, se reunirán a conferenciar sin la presencia del jurado. En esa ocasión el fiscal y los demás abogados podrán formular las objeciones que tengan a las instrucciones propuestas por las otras partes. El tribunal decidirá sobre las objeciones y hará conocer su decisión sobre las instrucciones a impartir pudiendo agregar todas las que considere apropiadas aunque no hubieran sido requeridas o excluir las propuestas aunque no fueran objetadas. El fiscal y los demás abogados podrán hacer constar en acta si tuvieran cualquier objeción a lo decidido.

ARTÍCULO 9º. PREGUNTAS Y VEREDICTO

9.1. El veredicto del jurado se expresará, por regla general, respondiendo por sí o por no a la pregunta sobre si el acusado es culpable o inocente del delito del que se lo acusa, entendiéndose que en esa pregunta está implícita la consideración de cualquier causa de justificación, inculpabilidad o exención por otros motivos. Si hubiere varios acusados la pregunta se formulará independientemente para cada uno de ellos.

9.2. Si el caso tuviere cuestiones cuya complejidad lo hiciera conveniente, como así también si se tratase de la acusación por distintos hechos o se hubieran propuesto diferentes calificaciones legales, podrán formularse al jurado preguntas separadas. La forma de las preguntas podrá ser propuesta por las partes en ocasión de la indicación escrita a que se refiere el artículo anterior y será discutida, decidida y objetada también en oportunidad de la reunión para conferenciar a que se refiere dicho artículo.

9.3. En ningún caso el jurado decidirá acerca de si hay, o de qué clase es, un concurso de delitos. La formulación de

preguntas separadas no incidirá tampoco en esa cuestión siendo atribución del tribunal establecer si concurre un único hecho o si se trata de alguna de las especies de concurso de delitos previstas en la ley.

De resultar apropiado podrán formularse al jurado preguntas alternativas en forma subsidiaria. El tribunal deberá cuidar en todos los casos que las preguntas no den lugar a confusión.

ARTÍCULO 10. INDICACIÓN DE INSTRUCCIONES Y PREGUNTAS

10. Concluida la conferencia a la que se refieren los artículos anteriores se reanudará la audiencia y, luego de escuchar los alegatos finales o antes de ello si el tribunal lo considera más conveniente, se harán conocer al jurado las instrucciones así como la pregunta o preguntas a las que deberá responder con su veredicto, de todo lo cual quedará constancia detallada en el acta. También se asentarán en el acta las objeciones pero no serán informadas al jurado.

ARTÍCULO 11. DELIBERACIÓN

11. A continuación los jurados pasarán a deliberar en un recinto aislado al que nadie tendrá acceso. Un funcionario del tribunal permanecerá de custodia en la puerta del recinto y transmitirá cualquier requerimiento que los jurados le hagan. Por su intermedio y con autorización del tribunal podrán ser llevados al recinto, si los jurados lo piden, los documentos o las piezas de convicción que se hubieran presentado en la audiencia. También por su intermedio se hará saber al tribunal cuando se haya alcanzado el veredicto.

ARTÍCULO 12. ACLARACIÓN SOBRE LAS INSTRUCCIONES

12. Si durante la deliberación surgiera la necesidad de aclaraciones sobre las instrucciones recibidas el jurado las especificará en un memorándum escrito que será llevado al tribunal por el mismo funcionario. El tribunal, entonces, previa nueva conferencia con los abogados en la que se discutirán las aclaraciones a brindar, reabrirá la audiencia pública y expresará las aclaraciones de las que igualmente se dejará constancia detallada en el acta.

ARTÍCULO 13. VOTACIÓN

13.1. Cuando se trate de un delito que tuviera prevista una pena privativa de libertad cuyo máximo exceda de quince años, el veredicto deberá ser dictado por unanimidad. En los demás casos bastará que concuerden en él las dos terceras partes del jurado. Para la absolución de los cargos bastará con que haya simple mayoría. Si ninguno de estos resultados fueran alcanzados se anulará lo actuado y se proveerá, a requerimiento del Ministerio Público, a sustanciar un nuevo juicio seleccionando un nuevo jurado. Antes de proceder de esa manera el tribunal podrá exhortar a los jurados invitándolos a deliberar nuevamente para alcanzar algún acuerdo.

13.2. Al hacer conocer su veredicto, el jurado expresará el resultado de la votación en números sin especificar quiénes votaron en uno u otro sentido.

ARTÍCULO 14. REGISTRO DE LAS AUDIENCIAS

14.1. El desarrollo de la audiencia será registrado por taquígrafos, o con grabaciones de sonido o de sonido e imagen según disponga el tribunal. Podrán emplearse simultáneamente más de uno de esos medios.

14.2. El secretario del tribunal quedará a cargo de la conservación de los registros tomados previa identificación de ellos por los taquígrafos o los técnicos según el caso. Igualmente se conservarán por el secretario los escritos de las partes proponiendo instrucciones o preguntas al jurado, así como las actas de las conferencias del juez con los abogados.

ARTÍCULO 15. AUDIENCIA Y RESOLUCIÓN POSTERIORES

15.1. Una vez pronunciado el veredicto el jurado quedará relevado de su función y el tribunal lo autorizará a retirarse. La audiencia proseguirá a continuación o en la oportunidad que se fije para tratar cualquier cuestión legal que hubiera quedado pendiente.

15.2. Si el veredicto hubiera sido de culpabilidad el tribunal podrá recabar las informaciones que fueran pertinentes para graduar la sanción a aplicar y, en ese caso, fijará un día y hora posterior para resolver con audiencia de las partes.

ENSAYOS

CROSS EXAMINATION

LUIS MARÍA BUNGE CAMPOS

I. INTRODUCCIÓN

El interrogatorio de los testigos en el procedimiento anglosajón ofrece una característica peculiar: en principio está dividido en dos partes: el examen directo y la *cross examination*. El examen directo es el realizado por la parte que ofreció al testigo y la *cross examination* es el examen al que lo somete la contraparte. El objeto de este trabajo es analizar y comparar con nuestro sistema este segundo examen del testigo, la *cross examination*.

Luego del examen directo del testigo, la parte opuesta a la que lo ofreció puede entonces repreguntarle¹. El objeto de la repregunta es testear la credibilidad del testigo, modificar o explicar lo que éste expuso en el examen directo —es aquel al que lo somete la parte que lo ofrece— o directamente desacreditar la credibilidad de los dichos del testigo.

A) El testigo adverso y el testigo hostil

Una de las grandes dificultades que se nos plantean al tratar este tema es que en nuestro sistema la vigencia del

¹ Repregunta es la traducción más ajustada que encontré de *cross examination*, aunque no refleja cabalmente la idea; en ese sentido Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, T. II, 3ª ed., Buenos Aires, 1925, p. 94, prefiere hablar de contra-examen: "El testigo que sale victorioso de este examen y contra-examen se aguilata en su valor y merece verdadera fe".

principio de adquisición procesal, crea la ficción de la imparcialidad del testigo. En el sistema anglosajón es claro que el testigo pertenece a la parte que lo ofrece, por ende es adverso a la otra parte. El testigo de cargo es adverso a la defensa y el testigo de descargo es adverso a la acusación. Esta es la idea que subyace en todo el sistema de *cross examination* y es la base a partir de la cual debemos analizar el instituto. Stephen² señala que la realidad es que el litigio es un sustituto de una guerra privada y es, o al menos debe ser, conducido en un espíritu de hostilidad que muchas veces es ferviente e incluso apasionado. Ningún hombre permitirá ser privado de algún bien, de la libertad o hasta de la vida sin ofrecer la más denodada resistencia a su alcance o sin perseguir, y en muchos casos derrotar, a su oponente y sus partidarios. El objeto de las reglas de procedimiento es ubicar esta guerra dentro de razonables límites y prevenir a los combatientes de infligirse uno al otro heridas que no sean esenciales al propósito del combate³. Un caso aparte es el del testigo *hostile*: este testigo, si bien es ofrecido por una de las partes está vinculado a la contraparte, lo cual hace presumir su hostilidad (un pariente o amigo del acusado ofrecido por la fiscalía, por ejemplo). En este caso se invierte la regla que no permite someter a *cross examination* a su propio testigo y las preguntas del examen directo no tienen las mismas limitaciones⁴.

B) Objeto de la *cross examination*

El objeto de la *cross examination* es la averiguación de la verdad. Por medio de ella se testea la veracidad y credibilidad del testigo. El Derecho anglosajón le asigna una enorme

² Stephen, James Fitzjames, *A History of the Criminal Law of England*, Vol. I, London, 1883.

³ Esta concepción es propia de la época en que Stephen escribe; basta recordar la concepción de la acción en Francia como el derecho armado de caso y lance en guerra.

⁴ Ver caso "Chambers vs. Mississippi" más abajo.

⁵ Estas limitaciones al modo de realizar el examen directo, como se verá más adelante, surgen de la idea de la *acquiescencia* del testigo con el interrogador que lo ofreció. La principal limitación se vincula con la idea de que el interrogador conduzca al testigo con el modo de hacer las preguntas (*leading questions*).

importancia en este aspecto. Para el *American Jurisprudence*⁶ es el test más elevado y más indispensable conocido por la ley para el descubrimiento de la verdad y afirma que es el medio principal para testear la credibilidad de un testigo y la veracidad de su testimonio. Stephen⁷, en forma coincidente, considera que la *cross examination* es un medio absolutamente indispensable para el descubrimiento de la verdad.

C) El derecho de repreguntar

El derecho de repreguntar al testigo del adversario es absoluto⁸; y no un mero privilegio. Es un derecho fundamental; básico en el sistema judicial anglosajón y es concebido como un elemento fundamental de un juicio justo y de la correcta administración de justicia. En los juicios penales reconoce raigambre constitucional en la enmienda 6ª "...; será confrontado con los testigos que se presenten en su contra;... ", la jurisprudencia americana afirma que el principal y esencial propósito de la confrontación es asegurar la oportunidad para la *cross examination*. Es interesante señalar que en este punto el *American Jurisprudence* afirma textualmente que la omisión de la *cross examination* es un error constitucional de primera magnitud, citando abundante jurisprudencia⁹; creo que la afirmación de error de primera magnitud impediría considerarlo un error inocuo. Este principio de que la *cross examination* es una salvaguarda esencial ha sido la principal justificación para desechar los testimonios de oídas¹⁰.

⁶ El *American Jurisprudence* es una publicación de carácter oficial, en forma de enciclopedia (ordenada sistemática y alfabéticamente) que desarrolla toda la temática jurídica tanto legislativa como jurisprudencial. El carácter oficial de esta publicación, sumada a su monumental envergadura, hacen que no tenga parangón alguno con nuestra literatura jurídica.

⁷ Stephen, James Fitzjames, *A History of Criminal Law of England*, cit.

⁸ Todos los números entre paréntesis hacen referencia a un parágrafo del *American Jurisprudence*; vez "Witnesses", que es la bibliografía básica de este trabajo, cuando se trate de otra obra se hará constar al pie.

⁹ *Casey East vs. United States* (Apelac. Distr. Columbia) 328 A 2d 378; *Haffa vs. United States* 385 US 293; *Greenbaum* 201 NY 343 y otra jurisprudencia citada en *Am. Jur.*, vez "Witnesses", § 464.

¹⁰ Cleary, Edward W. (ed.) "McCormick on Evidence" (en adelante Cleary). El testimonio de oídas (*hearsay*), al que se hace referencia en el caso *Dutton vs. Evans*, es el caso del testigo que manifiesta lo que otro le

D) Historia

Stephen, en la obra citada, señala que la *cross examination* es una característica del sistema de enjuiciamiento anglosajón tanto civil como penal y difícilmente alguno de los contrastes entre el sistema anglosajón y el continental, impresiona tanto al abogado inglés como su ausencia en el sistema continental. El mismo autor enseña que, en un principio, cuando los prisioneros no tenían asistencia legal, ellos mismos repreguntaban a los testigos en su contra, siendo esta repregunta muy poco importante; cuando se les autorizó la asistencia legal para repreguntar, mas no para hablar por ellos, la repregunta tendió a transformarse en un discurso realizado bajo la forma de preguntas; y fue entonces donde adquirió este carácter.

II. CONSECUENCIAS DE LA NEGATIVA O AUSENCIA DEL DERECHO A REPREGUNTAR

1) Si una parte testimoniando en su propio beneficio se niega injustificadamente a responder preguntas necesarias para completar la *cross examination*, está generalmente aceptado que su adversario se halla habilitado para que el testimonio obtenido en el examen directo del testigo sea eliminado¹¹.

2) Un testigo puede, también, negarse a ser repreguntado, o a responder preguntas conducentes del repreguntador. En este punto la solución aparece como menos clara (Cleary). Pero las opiniones de algunos jueces y autores parecen tender a una solución similar al caso anterior, es decir, excluir el testimonio directo; no obstante, hay quienes sostienen que esto debe ser dejado al arbitrio del juez¹². Finalmente, exis-

dijo acerca del caso. Por ejemplo, si A es acusado de homicidio y en el juicio B declara que C le dijo que A es el autor, la garantía contenida en la 6ª enmienda se cumplirá en la medida en que A confronte —y someta a *cross examination*— a C, no alcanzando en principio con confrontar a B.

¹¹ Cleary (ed.) "McCormick on Evidence", citado.

¹² Una de las características más salientes del procedimiento anglosajón es la amplia discrecionalidad del juez en su función de conducir el debate.

ten opiniones en el sentido de que si el privilegio contra la autoincriminación es invocado en la repregunta acerca de cuestiones relativas a la credibilidad del testigo o que pueden ser consideradas colaterales o inmateriales, no se excluye el testimonio directo, o, al menos, el juez debe tener un área de discrecionalidad al efecto.

3) El testigo puede caer enfermo o tender a caer enfermo, o ser mentalmente incapaz previamente a que la *cross examination* comience o termine. Muchos de estos casos implican una sospecha de simulación, especialmente cuando el testigo es parte y, en consecuencia, se excluirá el testimonio directo. En los casos de testigos que no son partes usualmente se arriba a la misma solución.

4) El testigo muere antes de la *cross examination*; también aquí se señala que la parte privada de la repregunta tiene el derecho de solicitar la exclusión del testimonio directo. A menos, señala Cleary, que la muerte ocurriera en una prórroga de la repregunta solicitada o consentida por el repreguntador¹². También explica Cleary que no se da en el caso de testigos de cargo en casos penales.

A) Pluralidad de acusados

Si hay pluralidad de acusados, cada uno tiene el derecho de repreguntar a los testigos de cargo, pero su derecho a repreguntar a los testigos de sus coacusados no es tan absoluto ya que no son, en principio, testigos adversos; y, como dijimos, este instituto presupone la adversidad entre el testigo y el repreguntante.

B) Personas sujetas a *cross examination*

Regla general: la regla general es que todos los testigos de un parte pueden ser sometidos a *cross examination* por la otra parte sin excepción alguna. Esto incluye tanto a los testigos ofrecidos por la parte y a los convocados por el tribunal, como a los testigos de cuestiones preliminares, de mera formalidad en los documentos escritos. Sin embargo, si un testi-

¹² Esto es muy relativo, ya que el mismo autor en una nota a pie de página cita a Wigmore, destacando que los casos que Wigmore trae son de incapacidad y no de muerte.

go es llamado por error, sea por el tribunal o a pedido de parte (puede tratarse de un homónimo, por ejemplo) y se descubre el error antes del examen directo, no se le podrá repreguntar.

Acusado en juicio penal: ésta es una situación especial; el acusado que voluntariamente se ofrece como testigo en su favor y se presta al examen directo se somete a la repregunta por parte de la fiscalía con la misma extensión que la que se le realiza a un testigo de descargo y no podrá oponer a la repregunta el derecho consagrado en la 5ª enmienda (nadie está obligado a declarar contra sí mismo).

Testigo de la parte: una parte no puede repreguntar a su propio testigo. El propósito de la *cross examination* es verificar la veracidad en los dichos del testigo adverso. Un testigo propuesto por una parte sólo podrá ser repreguntado por la parte que lo ofrece si su testimonio perjudica a la parte que lo ofreció, en ese caso deviene un testigo hostil (caso *Chambers, infra*). Y el derecho de repreguntar en estos casos deja de ser absoluto y queda a merced de la discrecionalidad del tribunal.

Coacusados: Cuando dos personas son acusadas y juzgadas juntas y una declara en su favor incriminando a la otra, el coacusado tiene derecho de repreguntarle; principalmente cuando el coacusado no tuvo noticia previa del testimonio incriminante.

C) Forma del interrogatorio

A diferencia del examen directo, la repregunta se realiza usualmente por medio de preguntas conducidas¹⁴. El propósito del repreguntador es debilitar el efecto que produjo en el jurado el testimonio directo y, además, el testigo es generalmente poco cooperativo con el repreguntador. En consecuencia el peligro de aquiescencia del testigo con las sugerencias

¹⁴ Esta es la traducción más ajustada que encontré del término *leading questions* que hace referencia a las preguntas conducidas u orientadas.

del interrogador no está aquí presente, como sucede con el examen directo.

III. EXTENSIÓN DEL EXAMEN

La principal cuestión referida a este problema es hasta dónde llega el examen en la repregunta, es decir, si debe limitarse a las cuestiones acerca de las cuales el testigo ha declarado en el examen directo, o se puede extender hacia otras cuestiones del caso. Aquí juegan dos reglas: la *regla inglesa*, que es la más amplia, por la cual se puede extender el interrogatorio hacia todos los tópicos vinculados con el caso aunque no fueran objeto de la deposición del testigo en su examen directo, y la *regla americana* —que prevalece en la mayoría de las jurisdicciones de la Unión— que confina la *cross examination* a los temas surgidos de la declaración del testigo en su examen directo. La regla general, sin embargo, es la discrecionalidad del tribunal y sólo en el caso de claro abuso de dicha discrecionalidad que cause un perjuicio demostrable hacia la parte agraviada es que interferirá un tribunal revisor. La discrecionalidad del tribunal en este tema ha sido caracterizada como amplia. La jurisprudencia ha sostenido que es de la esencia del juicio justo que se le otorgue una razonable amplitud al repreguntador, aunque el mismo no pueda afirmar qué hechos podrían surgir de una razonable repregunta; esta es la otra cara de la discrecionalidad de la Corte.

A) *La regla inglesa*

Mientras la gran mayoría de los tribunales en los Estados Unidos se ajustan a la regla de que la repregunta debe estar circunscrita a los hechos y circunstancias traídos por el examen directo o conectados con temas objeto de la declaración del testigo en el examen directo, la regla en los tribunales ingleses no confina la repregunta dentro de esos límites, sino que el nuevo examen puede versar sobre todos los temas vinculados al caso, hayan sido objeto de examen directo o no. Esta regla inglesa es seguida en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos. Bajo esta regla cuando un testigo es aportado voluntariamente por una parte, el tri-

bunal no puede restringir el derecho de repreguntar respecto de los puntos acerca de los cuales la parte que lo ofreció realizó su examen.

B) La regla americana

La regla americana restringe el derecho de repreguntar a los temas acerca de los cuales el testigo declaró en el examen directo y hechos y circunstancias vinculados con su testimonio; pero niega este derecho hacia otros temas vinculados con el caso. Este es el sistema adoptado por la legislación federal (*Federal Rules of Evidence*). La razón subyacente en esta restricción es promover el orden y el método en la presentación del caso. A cada parte se le brinda una oportunidad para presentar su visión del caso sin la introducción de temas no vinculados a él. Se debe observar, sin embargo, que la regla simplemente niega a la parte el derecho de insistir en la repregunta sobre temas acerca de los cuales el testigo no declaró; el tribunal, en su discrecionalidad, puede permitir dicha repregunta. La regla general es que no se le puede preguntar a un testigo nada que no tienda a rebatir, acusar, modificar o explicar su testimonio. Si una parte quiere examinar a un testigo sobre temas no declarados en su examen directo, podría llamarlo como testigo propio y someterlo a su propio examen directo.

C) La discrecionalidad del tribunal

La regla americana reconoce como límite la discrecionalidad del tribunal; si el tribunal lo permite, se podrá apartar de dichas limitaciones en su repregunta, pues así lo determinan las *Federal Rules of Evidence*. Teniendo en cuenta lo dicho previamente acerca del abuso.

D) Límites de la regla

La principal excepción de la regla americana es cuando la línea de interrogatorio elegida por el repreguntante tiene por objeto desacreditar al testigo como tal o testear su precisión, inteligencia, imparcialidad, memoria, veracidad, carácter o credibilidad, lo importante es que esta línea de interrogatorio razonablemente conduzca a develar estas importantes cuestiones. Por ejemplo, en un caso de homicidio es correcto inte-

rogar al acusado acerca de sus malas relaciones con la víctima, aunque esto no se haya planteado en su examen directo¹⁵.

E) Casos penales

Es muy especial la situación del acusado en un caso penal; aquí su derecho a repreguntar a los testigos es amplísimo y el tribunal rara vez se interpondrá en su derecho, a menos que haya un claro abuso de éste¹⁶.

Identificación: los acusados tendrán gran latitud en la repregunta de los testigos de identificación, a fin de testear la identificación, los medios de observación y la memoria del testigo¹⁷.

Casos sexuales: el acusado será autorizado con la mayor latitud a repreguntar a la denunciante (*prosecutrix*)¹⁸.

F) Consecuencias prácticas de las reglas restrictivas

Algunas veces se ha señalado que la diferencia esencial entre ambas reglas (la americana y la inglesa) es el momento o el estadio en el cual un testigo puede ser llamado a declarar acerca de los hechos objeto de las preguntas. La diferencia entre las reglas afecta principalmente al orden de las pruebas. Bajo la regla inglesa el testigo puede ser interrogado sobre la nueva cuestión en la repregunta, mientras que en la regla americana el repreguntador puede posponer las preguntas hasta el momento de ofrecer pruebas y entonces llamar al testigo y probar esos mismos hechos. Aunque, a menos que la pregunta sea vital para su defensa y el repreguntador se encuentre muy confiado en la posibilidad de una respuesta favorable, tomará un considerable riesgo si convoca a un testigo de la contraparte como propio. Obtener concesiones de un testigo adverso mientras su historia está fresca vale la pena, llamarlo luego es mucho menos efectivo. La regla americana presenta muchos efectos colaterales; los tribunales

¹⁵ *People vs. Tice*, 131 NY 651, 30 NE 494.

¹⁶ *State vs. Rodriguez*, 23 NM 156, 167 P 426.

¹⁷ *People vs. Struck*, 29 Ill, 2d 310, 194 NE 2d 236. *People vs. Watkins*, 23 Ill App 3d 1064, 320 NE 2d 59.

¹⁸ *People vs. Hurlburt*, 166 Cal App 2d 234, 333 P2d 82, 75 ALR2d 590.

que han adoptado esta regla restrictiva frecuentemente afirman que si el repreguntador, aun sin objeción, repregunta sobre un elemento nuevo, convierte al testigo en suyo¹⁹. Esto está consagrado en las *Federal Rules of Evidence*. Siendo así, ya no podrá llevar adelante el interrogatorio por medio de preguntas conducidas o dirigidas y caerá en la regla que impide interpelar a su propio testigo. Finalmente, la regla restrictiva se puede transformar en una regla de exclusión y no en una demora; dicha situación se da cuando un testigo tiene el privilegio de no ser convocado como testigo por la parte contraria, como ser en los casos del acusado o de la esposa del acusado que no pueden ser convocados como testigos de cargo; esto puede evitar que el fiscal pregunte acerca de nuevos hechos en un estadio posterior si no lo hace en la *cross examination*.

(3) Méritos de las reglas americana e inglesa

La principal virtud reconocida a la regla restrictiva es la de que tiende a requerir a las partes a presentar los hechos en los que fundamentan sus pretensiones en el orden debido, es decir, primero los hechos en los que el demandante tiene la carga de la prueba; luego aquellos que el demandado tiene que probar, siguiendo los estadios prescriptos. Con esto se evita el peligro de que una de las partes al presentar "sus" hechos sea interrumpida, en la repregunta, por la introducción de nuevos hechos que constituyan parte "del caso del adversario". Esto, si resulta permitido, debilita el impacto y la persuasión de los hechos del examinador directo. De este modo se altera el orden en la presentación de "sus casos", y lo que debería ser la melodía de un solista se convierte en un contrapunto. Debe recordarse, apunta Cleary, que todas las reglas relativas al orden en la presentación de la prueba, el orden del *common law* de probar por "casos" o estadios son, en alguna medida, arbitrarias. No se podría escuchar a dos testigos al mismo tiempo, de modo tal que existen reglas relativas al orden de la exposición que determinan quién llamará a los testigos y en qué orden. Por otra parte, la regla inglesa demuestra su mérito en razones de economía y de

¹⁹ *State vs. Sparr*, 100 W.Va 121, 130, en Cleary "McCormick on Evidence", citada.

celeridad procesal. Es por ello que la Comisión para la mejora de las leyes sobre pruebas de la American Bar Association para los años 1938-38 se pronunció claramente en favor de la regla inglesa.

H) El arte del repreguntador

Clearly trae un párrafo acerca del tema que contiene normas aleccionadoras, las que me permito resumir aquí.

- 1) La clave es la preparación.
- 2) No repreguntar sin un propósito.
- 3) Repreguntar para el jurado y no para el cliente.

4) Hacer uno o dos goles y terminar en un punto alto²⁰
(Cuando encuentre petróleo deje de aburrir)²¹.

IV. JURISPRUDENCIA

1) *Dutton vs. Evans* (Corte Suprema de U.S.A., 1970, 400 U. S. 74, 91 S. Ct. 210, 27 L. Ed. 2d 213)

Hechos: En el Estado de Georgia tres oficiales de policía fueron asesinados, la policía formó cargos contra tres hombres: Evans, Williams y Truett. Evans y Williams fueron acusados por un Gran Jurado, mientras que a Truett se le otorgó inmunidad²² a cambio de su testimonio. Uno de los veinte testigos de cargo era un hombre llamado Shawm, quien había estado prisionero en una prisión federal con Williams en la época en que éste fue llevado a Georgia para su arraigamiento²³. El testimonio de Shaw en su examen directo se refirió a una conversación mantenida con Williams al regresar éste

²⁰ *Make one or two points; end on a high note.*

²¹ *When you have struck oil stop boring.*

²² La inmunidad de los testigos es una institución muy empleada en los Estados Unidos; la inmunidad permite al testigo autoincriminarse en la declaración. En consecuencia un testigo "inmunizado" no podrá ampararse en el derecho que le otorga la 5ª enmienda.

²³ El arraigamiento, que bien puede traducirse como "arraigo", es un acto procesal de suma importancia en el procedimiento americano; es el momento en el cual el acusado es llevado a la presencia del juez y presenta su plea (declaración) declarándose culpable o inocente.

desde Georgia. "¿Cómo te fue?", preguntó Shaw, a lo que Williams respondió: "Si no fuera por ese (...) de Alex Evans no estaríamos ahora en esto". El defensor objetó este testimonio sobre la base que era de oídas (*hearsay*) y, en consecuencia, violatorio del derecho constitucional de confrontar a los testigos de cargo de Evans. La objeción fue denegada y, en su oportunidad, el defensor repreguntó a Shaw. Evans fue condenado a muerte, la apelación fue denegada y llegó a la Corte Federal por vía de *habeas corpus*.

Los votos de la Corte: 1) El voto mayoritario (Stewart, Chief Justice, White y Blackmun). No se discute, ni podría hacerse, que el derecho constitucional de *confrontation* requiere que no se introduzcan testimonios de oídas. Sin embargo, el testimonio cuestionado, no involucra pruebas de ningún modo cruciales o devastadoras. En ese juicio no menos de veinte testigos de cargo fueron escuchados. El defensor de Evans tuvo oportunidad de repreguntar a todos ellos. El testigo más importante, por lejos, fue el testigo presencial que describió todos los detalles del triple homicidio y que fuera largamente repreguntado. El testimonio cuestionado tenía una importancia periférica (se aplicaba al cargo de *conspiracy*²⁴, mas no al de homicidio). Evans, en definitiva, no fue privado de su derecho de *confrontation*, Blackman acota que si existió error este fue inocuo (*harmless error*, doctrina sentada en *Chapman vs. California*). A este voto mayoritario concurre el juez Harlan.

2) El voto minoritario: (Marshall, Black, Douglas y Brennan). Las preguntas a plantearse son las siguientes: ¿Se le proporcionó al acusado el derecho de confrontar los testigos en su contra? ¿Y si no fue así, fue la negativa de ese derecho constitucional inocua más allá de toda duda razonable? El hecho es que Evans fue condenado en parte por una declaración incriminatoria e implicante atribuida a un supuesto cómplice que no testificó y que, en consecuencia, no pudo ser interrogado acerca del significado o la veracidad de sus dichos.

²⁴ La *conspiracy*, que bien pueda traducirse como conspiración o confabulación, tal como lo hace Edmundo Hendler (*El Derecho Penal en los Estados Unidos de América*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1932, ps. 89 y sigs.) es una figura autónoma, que puede definirse como el acuerdo entre dos o más personas para cometer cualquier delito; no obstante la complejidad de la figura supera esta definición y el alcance de este trabajo, por lo que me remito a la excelente obra del Dr. Hendler citada.

2) *Chambers vs. Mississippi* (Corte Suprema de U.S.A., 1973, 410 U.S. 284, 93 S. Ct. 1038, 35 L. Ed. 2d 297).

Hechos: En el Estado de Mississippi dos policías, Forman y Liberty, ingresaron a un bar con el fin de detener a un joven llamado Jackson. Este se resistió y un grupo hostil de unas cincuenta o sesenta personas se reunió. Durante la conmoción se efectuaron cinco o seis disparos. Forman observó que Liberty sufrió varios impactos en su espalda, y que antes de morir efectuó disparos con su arma antimotín (*riot gun*) hacia el callejón desde donde parecían venir los disparos, hiriendo a un hombre en la espalda y la nuca, Leon Chambers. Forman no pudo ver quién disparó sobre Liberty, ni a quién alcanzaron los disparos de este último. Uno de los alguaciles afirmó haber visto a Chambers efectuar los disparos, por lo que se lo acusó del homicidio de Liberty. Gable McDonald estaba en la muchedumbre esa noche, y poco después de ese día se mudó a Louisiana. Tiempo después confiesa el hecho frente a los abogados de Chambers, declarando que le dijo a un amigo, Williams, que había matado a Liberty, usando su propia arma (una pistola .22); afirmó, también que su confesión era voluntaria y que nadie lo había compelido a realizarla. La confesión fue transcrita, firmada y testimoniada y McDonald fue detenido. En la audiencia preliminar repudió su confesión, señalando que lo habían persuadido a realizarla, jurando que no había estado en la escena del crimen. En el juicio varios testigos afirmaron haber visto a McDonald con el arma homicida y uno de ellos afirmó haberlo visto matar a Liberty. McDonald no fue citado como testigo por el Estado, por lo que fue llamado por Chambers. Por lo tanto no era, en principio, un testigo adverso (aunque fuera hostil). Una regla de *common law* del Estado de Mississippi veda la *cross examination* de su propio testigo y, al mismo tiempo, impedía a Chambers ofrecer testigos que desacreditaran el testimonio brindado por McDonald.

El fallo (unánime, según el voto del juez Powell): El derecho del acusado al debido proceso es, en esencia, el derecho a una oportunidad justa de defenderse contra las acusaciones del Estado. Los derechos de confrontar y repreguntar testigos y ofrecerlos en su propio beneficio han sido reconocidos como esenciales al debido proceso. A Chambers le fue negada la oportunidad de someter a McDonald a la repregunta. El derecho a la *cross examination* está implícito en el

derecho constitucional de *confrontation*. La regla del *common law* del Estado de Mississippi descansa en la presunción —sin considerar las circunstancias del caso— de que una parte que llama a un testigo invoca su credibilidad. La disponibilidad del derecho de confrontar y repreguntar a un testigo cuyo testimonio resulta dañino al acusado no puede depender de quién inicialmente lo ubicó en el estrado, si el Estado o el acusado. En consecuencia, a Chambers le fue negado el derecho a un juicio justo y conforme a las reglas del debido proceso.

V. LA REPREGUNTA EN EL SISTEMA ARGENTINO

La garantía de la sexta enmienda: es interesante destacar que la garantía contenida en la sexta enmienda de la Constitución de U.S.A. no tiene un parangón directo en la nuestra; además la palabra *confrontation* contenida en dicha Constitución ha tenido diferentes interpretaciones en las traducciones a las que fuera sometida. Florentino González, quien puede ser considerado el primer profesor de Derecho Constitucional de nuestra Facultad²⁸, en el texto que empleara en sus cursos trae una traducción de la Constitución de los Estados Unidos en la que traduce *confrontation* como "careo"; "... y a ser careado con los testigos que declaren contra él"²⁹. Su sucesor en la cátedra, José Manuel Estrada, hace otra interpretación de este término en su *Curso de Derecho Constitucional* al hablar del derecho de defensa en juicio dice: "Esta libertad implica la de usar todos los medios que conduzcan a desvirtuar las presunciones adversas a los acusados, entre los cuales contamos, en primera categoría, el dere-

²⁸ La cátedra de Derecho Constitucional se crea en el año 1869, siendo su primer profesor titular Domingo Faustino Sarmiento quien, en ese momento, ocupaba la presidencia de la Nación, por lo que quedó a cargo de su suplente, Florentino González, quien luego fuera designado titular hasta 1875, año en el que fuera reemplazado por José Manuel Estrada, quien la ejerciera hasta 1884. No está de más recordar que ni Sarmiento ni Estrada tenían título de abogados. Florentino González fue el coautor, junto con Victorino de la Plaza, de un código de enjuiciamiento penal que consagraba el juicio por jurados (Proyecto González-De La Plaza).

²⁹ González, Florentino, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 2ª ed., París, 1871, p. 484.

cho de *controvertir* las deposiciones de los testigos contrarios;²⁷ (la bastardilla me pertenece). Joaquín V. González nada dice al respecto en su *Manual de la Constitución Argentina*, pudiendo lo mismo afirmarse del *Manual* del Dr. Bidart Campos. Lo hasta aquí afirmado nos conduce a una conclusión evidente: las traducciones expuestas de *confrontation* como "careo" o "controvertir", dejan fuera de lugar el derecho constitucional a repreguntar al testigo, reduciéndolo a instancias procesales. La pregunta que podemos efectuarnos es si el derecho constitucional de confrontar a los testigos que se presentan en su contra no integra la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio contenida en nuestra Constitución. La respuesta, a mi criterio, debe ser afirmativa; la defensa en juicio implica necesariamente la posibilidad de poner en duda lo afirmado por los testigos en contra nuestra.

Diferente concepción: La repregunta, tal como se la entiende en el proceso anglosajón, parte de una diferente concepción del proceso. El sistema acusatorio pone en cabeza del fiscal la instrucción de la causa, asemejándose a nuestro proceso civil y no a nuestro proceso penal; allí el fiscal realiza los actos de la investigación y ésta nunca es un acto de raíz jurisdiccional, son los ensayos de una obra que se estrenará con el juicio y tendrá por público a un jurado. Obviamente, dentro de esta concepción del proceso penal, son inconcebibles las tachas de testigos, por ejemplo. ¿De qué forma podrá ponerse en duda ante un jurado popular en testimonio? Como vimos, no existe en el sistema anglosajón otra forma de hacerlo que no sea a través de la repregunta. En nuestro sistema, en cambio, existe una acumulación de prueba realizada durante el sumario a espaldas de las partes; tal como dice Vélez Mariconde en el Código Federal, el defensor llega tarde. Conocemos las limitaciones que el artículo 180 del derogado Código de Procedimientos imponía en materia de pruebas a las partes. Concebimos al testigo como un auxiliar del juez (Oderigo)²⁸ y no como un aliado de la parte que lo ofrece, tal

²⁷ Estrada, José Manuel, *Obras Completas*, T. VI, 1ª ed., Buenos Aires, 1901, p. 180.

²⁸ Oderigo, Mario, *Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 294.

como sucede en el sistema anglosajón. Debo destacar que el principio de adquisición procesal se corresponde a un sistema inquisitivo en el que los testigos pertenecen al tribunal. En el sistema inquisitivo puro esta pertenencia es tan clara que a los testigos el tribunal podía, incluso, someterlos a tormento. Oigamos a Jofré, tal vez uno de los más lúcidos críticos del Código de Obarrio: "El juez de instrucción ha trabajado en silencio, durante días, semanas o meses, recibiendo declaraciones de testigos, oyendo a los peritos, constatando presunciones, verificando visitas domiciliarias y tratando por todos los medios de poner en evidencia la culpabilidad del acusado. Su obra es perfecta, la ha ido fabricando pieza a pieza, con cariño y a veces hasta con pasión, pero es la obra de un solitario a quien nada perturba, de un unilateral a quien nadie contradice, de un autoritario a quien nadie vigila (...). En ninguna legislación está más desamparada que en la nuestra la posición del acusado, se le somete a juicio sin garantías de que no se ha procedido con pasión, irreflexión o ligereza" (*op. cit.*, p. 137).

*El Plenario*²⁹: En el Plenario aparece el derecho de repreguntar con una importantísima limitación: los testigos del Sumario sólo serán citados a ratificar su declaración si su testimonio fuere observado. Aquí tenemos otro retroceso y no pequeño, pues la Ley 15, Título 7, libro 2 de la *Recopilación*, establecía que todos los testigos examinados en el Sumario, sin citación del reo, debían ratificarse en sus declaraciones en el término de prueba, porque, de lo contrario sus declaraciones no tendrían ninguna validez. Es claro que en nuestro sistema el Sumario tiene mayor entidad que el Plenario, por lo que es innecesario recordar qué importancia tiene en la práctica la prueba en el Plenario. Volviendo a Jofré (*op. cit.*, ps. 141/2) nuestro Código "se olvida que las pruebas del sumario tienen el defecto de que han sido recibidas sin la intervención del acusado y que en buena lógica, jamás deberían servir para fundamentar una sentencia condenatoria". Esta realidad cotidiana en la que vivimos, de pruebas recibidas sin

²⁹ Cuando hablamos de "Sumario" y "Plenario", hacemos referencia a las dos etapas en las que se divide el proceso penal inquisitivo, términos empleados por Obarrio en su Código de Procedimientos en materia penal. El sistema actual se divide en Instrucción y Juicio.

la intervención del acusado es, como vimos, absolutamente impensable en el sistema anglosajón.

La cuestión en el Proyecto Maier: El Proyecto Maier es donde más lejos ha llegado el derecho de repreguntar, no obstante en la Exposición de Motivos se afirma "sin alcanzar el modo del Derecho anglosajón (*cross examination*), pero acercándose a él". Efectivamente, en el artículo 314 del Proyecto se dispone que al finalizar el relato que el testigo hace por indicación del presidente del tribunal, éste "concederá el interrogatorio a aquel que lo propuso y, con posterioridad, a los demás intervinientes que lo deseen interrogar, en el orden que considere conveniente"; asimismo se otorga la moderación del debate al presidente con una discrecionalidad que lo acerca a la regla americana. Como vemos se aparta de la tradición de efectuar el interrogatorio por intermedio del tribunal.

La cuestión en el Código vigente sancionado por la ley 23.984: La norma aplicable en este punto es el artículo 309 que dice: "Los jueces, y con la venia del presidente y en el momento en que éste lo considere oportuna, el fiscal, las otras partes y los defensores, podrán formular preguntas a las partes, testigos, peritos e intérpretes"²⁰. No obstante, trae una importantísima modificación en cuanto a las ratificaciones de los testigos del Sumario; así el artículo 355 dice "... También podrán manifestar que se conforman con la lectura de las declaraciones testificales y pericias de la instrucción. En caso de conformidad de las partes a este respecto, y siempre que el tribunal lo acepte, no se citarán esos testigos o peritos". Como podemos observar, la norma presenta cierta analogía con las estipulaciones²¹ del Derecho anglosajón.

²⁰ Un abogado formado en el Derecho anglosajón objetaría severamente el hecho de que un juez interroge a un testigo o, peor aún, al imputado. En esta concepción estas preguntas no son propias de un árbitro imparcial, tal como debe ser en la concepción anglosajona el juez. No obstante, hay algunas diferencias visibles en cuanto a la actuación de los jueces en Gran Bretaña (donde participan más) y los Estados Unidos (donde son meros observadores y árbitros).

²¹ Las estipulaciones en el proceso anglosajón son hechos no controvertidos acerca de los cuales no se realiza medida de prueba alguna. Se pueden verificar antes del juicio, caso en el que son leídas al jurado luego de las declaraciones iniciales e una parte puede ofrecer una estipulación sobre un punto determinado en el transcurso del mismo juicio.

Principales diferencias: Las principales diferencias observables entre ambos regímenes son: 1) La repregunta en nuestro sistema no existe en realidad, ya que quien primero pregunta no es quien aportó al testigo sino el tribunal. El derecho de las partes se limita, en el Sumario, a proponer o sugerir preguntas que quedan sometidas a la discrecionalidad del juez de Instrucción, y en la ley 23.984 a preguntar, en el momento que el juez lo disponga y con su venia.

2) Incluso el derecho de preguntar a los testigos por las partes dista de ser absoluto.

3) La negativa del tribunal a una pregunta de una de las partes no da lugar a recurso alguno. Mientras, como vimos, en el sistema anglosajón se puede revisar si existió abuso por parte del juez y dicho abuso causó un perjuicio comprobable al apelante.

4) La ausencia de la obligatoriedad de la ratificación de los testigos del Sumario en el Plenario, dificulta enormemente la repregunta en éste.

A) Un fallo alentador

Respecto del Código vigente, la jurisprudencia ha dado un paso adelante en el sentido de superar las limitaciones apuntadas. Se trata del caso *Romero* del Tribunal Nacional Oral Federal n° 1 del 25-X-1994 (publicado en *J. A.*, del 21-VI-1995, p. 59). En esta causa el tribunal oral decretó la nulidad del debate por deficiencias en la defensa técnica del imputado por parte de un defensor particular; entre otras deficiencias el tribunal apuntó especialmente la falta de repregunta a los testigos de cargo, como puede verse en el siguiente párrafo: "En el caso, la falta de intervenciones tendientes a hacer valer los derechos de Romero fue aquí progresiva y observada por los firmantes con preocupación, sobre todo cuando depusieron los testigos del procedimiento policial y las personas que fueron detenidas junto con el encausado; una de estas últimas —Alcaraz— vertió expresiones de algún modo incriminatorias para el imputado, sin que tampoco el letrado formulase pregunta alguna". Entiendo que fallos como éste significan un verdadero avance del derecho de confrontar a los testigos; derecho que, como afirmamos, bien puede considerarse implícito en la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES FRENTE A SUS HIJOS POR LA TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES HEREDITARIAS

MARCELO RAFAEL TAVARONE

I. GENERALIDADES

La cuestión a analizar, versa sobre si existe o no derecho a una indemnización a favor de una persona, por los daños sufridos a raíz del padecimiento de enfermedades hereditarias o taras mentales congénitas o, dicho con mayor completitud, trataremos de dilucidar si los padres de una persona deben responder ante ésta por el solo hecho de haberle transmitido una enfermedad hereditaria —un daño genético, digamos— a través de la procreación natural, esto es, por medio del coito y sin fecundación asistida, por cuanto este último es un tema que merece un análisis aparte, que excede los límites del presente trabajo.

II. LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA

El tema no ha sido muy abordado aún en la Argentina, pero de todos modos, existen ya —aunque pocas— algunas opiniones doctrinarias vertidas acerca del mismo.

Encontramos la opinión del Dr. Zannoni, quien se manifiesta en contra de la posibilidad de que los padres tengan que responder civilmente ante sus hijos por la transmisión de males congénitos o hereditarios¹.

¹ Zannoni, Eduardo A., "Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (con especial referencia a la manipulación genética y ferti-

Afirma el destacado autor que, de acuerdo con los principios imperantes en materia de responsabilidad civil, no es posible fundar de modo alguno la antijuridicidad del acto de la procreación —que sería el que origina el “daño” sufrido por el hijo—.

Sostiene el Dr. Zannoni, que si se parte de suponer la ilicitud del coito en aquellas personas que pueden transmitir enfermedades infecciosas o hereditarias, el Estado no tendría más remedio que prohibir el coito —el coito fecundante, al menos—, en tales circunstancias.

Observa también que dicha prohibición constituiría un inadmisibles avance sobre la privacidad de las personas².

El Dr. Tobias, por su parte, opina que el hijo que padece la transmisión de una enfermedad hereditaria tiene, como opción diferente a la de no haber sido concebido enfermo, la de no haber recibido el don de la vida.

Es decir, que el reclamo al que apunta la indemnización del daño sufrido por la transmisión de una enfermedad hereditaria, mediante la concepción, se refiere directamente al cuestionamiento del acto mismo de procreación, es decir, que para no padecer la enfermedad que lo afecta, el hijo no debió ser concebido.

Se pregunta el citado autor, si el Derecho puede tutelar el “no ser concebido” como un interés legítimo, y asimismo, si la nueva situación del hijo constituye un cambio o circunstancia desfavorable con respecto a su estado anterior, es decir, la no existencia.

El Dr. Tobias concluye, por un lado, que el supremo valor que el Derecho otorga a la vida humana, no permite considerar que la nueva situación del hijo constituye una situación desfavorable respecto de la que tenía antes de su concepción, y, al mismo tiempo, concluye que el Derecho no puede tutelar el interés de no ser concebido³.

lización asistida”, en *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Mosser Iturrage*, ps. 619 y sigs.

² Conf. Zannoni, Eduardo A., *op. cit.*, ps. 627-628.

³ Tobias, José W., “Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres por la transmisión de enfermedades”, L.L., 1992-B-836.

En la doctrina extranjera, Trabucchi se manifiesta también en contra de tal imputación de responsabilidad⁴.

Sostiene este autor que no existe tal derecho al resarcimiento por parte del hijo, "... sobre todo porque a los padres el hijo les debe, de cualquier modo, la vida, aquella vida que la naturaleza ofrece"⁵.

Pantaleón Prieto se manifiesta también en contra de tal derecho al resarcimiento⁶.

Expresa el catedrático español, que responsabilizar a los padres por la transmisión de enfermedades genéticas o infecciosas a sus hijos, a través de la concepción natural, implicaría una ilegítima restricción al derecho fundamental que tiene toda pareja de planificar su propia reproducción, amparado por el artículo 18.1 de la Constitución española, en cuanto garantiza el derecho a la intimidad familiar. De lo contrario, si no fundamos la responsabilidad de los padres en la ilicitud del acto de procreación, según el autor español, estaríamos frente a una responsabilidad por acto lícito, sin fundamento legal alguno.

Volviendo a la doctrina nacional, encontramos la opinión del Dr. Banchío, quien considera que sí existe responsabilidad de los padres frente a sus hijos, por transmisión de enfermedades hereditarias a través de la procreación natural⁷.

⁴ Trabucchi, Alberto, "La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità", en *Rivista di Diritto Civile*, 1982, p. 617 y sigs.; aunque debemos señalar que no nos ha sido posible la consulta directa de esta obra, por lo que nos hemos valido —por considerarla harto suficientemente confiable— de la cita que realiza el Dr. Carlos Enrique Banchío en su trabajo "Daño genético y responsabilidad civil", al que nos referiremos más adelante.

⁵ Trabucchi, Alberto, "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del garista", en *Rivista di Diritto Civile*, sett.-ott. 1986; *Dottrina*, p. 598; traducción libre.

⁶ Pantaleón Prieto, Fernando, "Procreación artificial y responsabilidad civil", ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, 1987, en "La filiación a finales del siglo XX - Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Madrid, 1988, p. 246 y sigs.; cit. por Banchío en "Daño genético y responsabilidad civil".

⁷ Conf. Banchío, Enrique C., "Daño genético y responsabilidad civil", en *Responsabilidad por Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Bustamante Alaña*, p. 157 y sigs.

Según la opinión del autor mencionado, el principio *semínam laedere* contenido en el artículo 1109 de nuestro Código Civil, debe conducirnos a admitir la pretensión indemnizatoria del hijo en contra de sus padres, por el daño genético o hereditario⁸.

Asimismo sostiene el Dr. Banchio, que las tendencias imperantes en el moderno Derecho de Daños también deben conducirnos a la misma conclusión, aludiendo al hecho de que, modernamente, la ilicitud de una acción no constituye un elemento estrictamente necesario para fundar la responsabilidad civil, dado que a lo que hoy se estaría prestando mayor atención, es al daño "injustamente sufrido", y no al daño "injustamente causado".

Encontramos también la opinión del Dr. Parellada, quien sostiene que los padres se encuentran obligados a responder en la situación analizada. Entiende el citado autor, que existiendo razones para considerar antijurídica la conducta de uno de los cónyuges que contagia una enfermedad al otro, debería entenderse, por razones similares, que el Derecho mira con idéntico disvalor la transmisión de enfermedades hereditarias a sus hijos⁹.

Por otro lado, el Dr. Parellada entiende que ningún asombro debe causar el hecho de que los padres deban responder ante sus hijos a pesar de que su conducta no constituya en sí una "conducta antijurídica", y ello debido a que "... el Derecho de Daños reconoce como fuente de la obligación de responder muchos casos en los que la conducta, en sí, constituye un acto lícito..."¹⁰.

III. LA CUESTIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

No ha existido —o al menos, no hemos localizado en los repertorios de jurisprudencia—, caso alguno de semejantes características que haya sido sometido a nuestros tribunales.

⁸ Conf. Banchio, Enrique C., *op. cit.*, p. 166.

⁹ Parellada, Carlos A., "Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético", en *Derecho de Familia. Libro Homenaje a la Profesora María Josefa Méndez Coara*, Rubinzal-Cultroni, Santa Fe, 1991, ps. 410-441.

¹⁰ Parellada, Carlos A., *op. cit.*, p. 410.

Existen, no obstante, pronunciamientos extranjeros, de los cuales creemos que merecen ser tenidos en cuenta los siguientes:

El primero de ellos, fue resuelto por el tribunal italiano de Piacenza el 31-VII-1950¹¹.

El precedente en análisis versaba sobre la procreación natural de un hijo, el cual fue engendrado por sus padres transmitiéndosele sífilis hereditaria.

En el fallo, el tribunal italiano reputó civilmente responsables a los padres por haber engendrado, conociendo el riesgo de la transmisión a que estaba expuesto el hijo.

El fallo en análisis es criticado por el Dr. Zannoni, quien considera que el mismo "... constituyó una sanción arbitraria e inconsulta con los presupuestos de la responsabilidad civil"¹².

Merece también ser tenido en cuenta el precedente *Zepeda v. Zepeda* decidido el 3-IV-1963 por la Tercera División del Tribunal de Apelaciones de Illinois¹³.

Si bien el tema decidido no se refería a la transmisión de una enfermedad hereditaria, el razonamiento seguido por los jueces al fallar el caso, merece toda nuestra atención, dado que desemboca directamente en la cuestión analizada en el presente trabajo.

El demandante, Joseph Zepeda —menor de edad—, se presenta asistido por su madre natural y demanda a su padre natural, Louis Zepeda, reclamándole el resarcimiento por los daños y perjuicios que habría sufrido por el hecho de haber sido concebido como hijo adulterino.

¹¹ *Foro italiano*, 1951-1-391; cit. por Zannoni, Eduardo, op. cit., p. 627. El fallo en cuestión causó una profunda conmoción que llegó mucho más allá del simple debate jurídico. Dentro de la doctrina italiana, la decisión del tribunal de Piacenza fue duramente criticada por la mayoría de los autores.

¹² Zannoni, Eduardo A., op. cit., p. 627.

¹³ 190 N.E. 2d. 849; cit. por Cueto Rúa, Julio, en "Lógica y experiencia en el Derecho (A propósito de *Zepeda v. Zepeda*)", L.L., 1991-D-954 y sigs. La decisión del tribunal de Illinois, constituye una interesante pieza jurídica, que con un típico sello anglosajón, deja de lado por un momento el terreno de la especulación y la elaboración abstracta del Derecho, para analizar con sumo cuidado las consecuencias prácticas de su aplicación, haciendo derivar de esta última circunstancia la solución del caso.

Así pues, planteado el caso, el tribunal debía decidir si Louis Zepeda —padre del menor— debía indemnizar a este último por el hecho de haberle dado la vida, claro que como hijo extramatrimonial —adulterino, para ser más exactos—, y no como hijo matrimonial, concebido en el seno de un matrimonio legalmente constituido.

El tribunal rechazó la demanda, reconociendo que el menor había sufrido determinados daños por su condición de hijo adulterino, pero advirtiendo también que la admisión de la misma habría constituido un alarmante precedente.

El tribunal expresó que, de admitirse la viabilidad del reclamo del menor, podía esperarse en el futuro un aluvión de demandas —a más de las que promoverían los hijos ilegítimos—, en las que "...reclamarían por daños y perjuicios todos aquellos que llegaran a este mundo bajo condiciones que pudieran considerar adversas. Uno podría procurar la indemnización de daños y perjuicios por haber nacido de un cierto color, otro por razones de raza, otro por haber nacido afectado de una enfermedad hereditaria, otro por haber heredado características familiares desafortunadas, uno por haber nacido en el seno de una familia numerosa y desprotegida, otro porque uno de sus padres gozaba de mala reputación"¹⁴.

Obsérvese que el tribunal, con sólo habérsela representado, descartó de plano la viabilidad de una pretensión resarcitoria como la que estamos analizando.

IV. NUESTRA OPINIÓN

A) La gran cuestión: ¿Existir o no existir?

Muy probablemente, de los párrafos que anteceden haya surgido ya el verdadero problema que subyace debajo de esta cuestión.

La pregunta es: ¿Qué es mejor? ¿Nacer afectado por alguna enfermedad hereditaria grave —mortal si se quiere—, o no nacer?

Obsérvese que la respuesta que demos a este interro-

¹⁴ Del fallo *Zepeda v. Zepeda*; según la transcripción que realiza el Dr. Costa Rúa, en op. cit., pp. 958 y 959, la bastardilla es nuestra.

gante será de fundamental importancia en las conclusiones finales que podamos obtener sobre el tema en análisis.

Ello obedece a que si admitimos que nos hallamos ante una circunstancia perjudicial, dañosa, entonces habremos abierto las puertas de la responsabilidad civil, para luego continuar internándonos en ella, y seguir indagando sobre la existencia del resto de sus presupuestos.

Por el contrario, si afirmamos que el hijo al que se le transmitió una enfermedad hereditaria, por el solo hecho de haber sido concebido, no ha sufrido un daño, sino en realidad un beneficio —cual es el de haber recibido la vida—, habremos cerrado definitivamente las puertas de la responsabilidad civil, dado que si no existe daño alguno que resarcir, ningún sentido tiene el proseguir cuestionándose sobre el resto de los presupuestos de la obligación de reparar.

Ahora bien... En el caso fallado por el tribunal de Piacenza... ¿Qué hubiera sido mejor o peor, según el caso, para el hijo afectado de sífilis hereditaria? ¿Nacer enfermo o no nacer? ¿Existir o no existir?

"*Maius est esse et esse miserum, quam non esse*", reza el adagio.

A menudo, las aguas de la filosofía bañan las costas del Derecho, y en ocasiones —como en ésta que estamos analizando— producen verdaderos anegamientos.

Recordemos al filósofo:

"Más de una vez se ha dicho que todo hombre desgraciado prefiere ser el que es, aun con sus desgracias, a ser otro sin ellas. Y es que los hombres desgraciados, cuando conservan la sanidad en su desgracia, es decir, cuando se esfuerzan por permanecer en su ser, prefieren la desgracia a la no existencia. De mí se decía que cuando era un mozo, y aun de niño, no lograron conmoverme las patéticas pinturas que del infierno me hacían, pues ya desde entonces nada se me aparecía tan horrible como la nada misma"¹⁵.

¹⁵ Unamuno, Miguel de, *Del Sentimiento Trágico de la Vida*; Lonada, Buenos Aires, 1977, p. 14; la bastardilla es nuestra. No debemos olvidar que la historia de la humanidad está jalonada de grandes hombres que dejaron su huella para las generaciones posteriores, pese estar afectados, algunos, de enfermedades sumamente graves. Así, podríamos recordar la sordera de Beethoven, o la epilepsia de Alejandro Magno, sólo por mencionar algún ejemplo.

Nosotros creemos que por el solo hecho de existir, el hijo ya ha recibido un —invalorable— beneficio de sus padres.

En este sentido, creemos que existe un primer gran obstáculo para poder afirmar que los padres deben resarcir a sus hijos por la transmisión de enfermedades hereditarias, dado que no podemos admitir que la transmisión de la vida sea equiparable a la causación de un hecho dañoso.

¿Cómo podría el hijo pretender que el padre lo resarza por el hecho de haber heredado un mal congénito? ¿Acaso ese hijo no debe su existencia a ese padre al cual reclama dicho resarcimiento? ¿Acaso no es precisamente ese hecho por el cual se le transmitió el mal congénito el mismo que permitió su llegada a este mundo? ¿Se trata de un hecho dañoso para ese hijo, o en realidad, de un hecho infinitamente beneficioso?

Por otra parte, no ha de escapar a nuestra observación, que la otra posibilidad con que contaba el hijo, en lugar de haber heredado ese mal congénito, era la de nunca haber sido concebido.

Digamos que el "ilícito" que el padre cometió en contra de su hijo fue, nada menos, que el de haberle dado la vida, precisamente...

Lamentablemente, dista mucho de nuestras posibilidades el poder dar una respuesta de orden filosófico a la cuestión, por lo que a continuación, trataremos de esbozar, al menos, una respuesta de orden jurídico.

B) El fundamento de esta responsabilidad

Coincidimos con el Dr. Zannoni cuando alude a la falta de fundamentación de la responsabilidad en análisis.

Por otra parte, de lo expresado en el punto anterior, se preanuncia un dato de relevante importancia en nuestro análisis: para poder hablar de responsabilidad civil, es necesario contar con un elemento cuya ausencia descarta toda posibilidad de continuar analizando los demás presupuestos de la responsabilidad civil; nos referimos, claro está, al daño.

En efecto, al habersele transmitido la vida, al hijo no se le causó daño alguno, sino que, muy por el contrario, se le causó un beneficio, por lo que, no existiendo daño que indemnizar, mal podríamos hablar de "responsabilidad civil".

Desde otro punto de vista, si pretendemos fundar esta

"responsabilidad" a partir de la supuesta ilicitud del acto de procreación natural llevado a cabo por los padres, creemos que el resultado de ello es la construcción de un verdadero "monstruo jurídico".

¿Cómo podríamos decirle a una persona que padece de cualquier enfermedad hereditaria que carece del derecho de engendrar un hijo? La hipótesis es grave.

Consideramos perfectamente válidas y legítimas aquellas medidas de orden sanitario o educativo tendientes a inducir determinadas conductas en aquellas personas que padecen enfermedades con alto grado de riesgo de contagio o de transmisión hereditaria, todo ello con fines de prevención; pero creemos que considerar ilícito el acto de procreación natural llevado a cabo por una persona afectada por alguna enfermedad de las descriptas, constituye un peligroso e inadmisibles avance sobre el ámbito de libertad y de privacidad de los individuos, violatorio a todas luces del artículo 1º de la Constitución Nacional, dado que, entre las acciones privadas de los hombres, si las hay, sin lugar a dudas se encuentra la de engendrar un hijo en forma natural —esto es, por medio del coito—.

Descartada pues la posibilidad de establecer la ilicitud del acto de procreación, cabe analizar una interesante aserción del Dr. Banchio, quien fundando su opinión sobre el tema en análisis, cita a Alterini y a López Cabana, y trae a colación el hecho de que en materia de responsabilidad civil, las modernas tendencias, hoy aceptadas, apuntan a la reparación del daño causado tanto por los actos ilícitos como por los actos lícitos¹⁶.

Laego continúa el Dr. Banchio: "Esto implica —sin más— el tránsito de un sistema resarcitorio fundado en el principio de la 'responsabilidad sanción', que funcionaba únicamente cuando el daño había sido producto de un obrar ilícito ('injustamente causado'), a una teoría más amplia, de la cual aquélla es sólo un capítulo, la teoría de la 'reparación del daño injustamente sufrido' "¹⁷.

¹⁶ Conf. Alterini, Atílio A. - López Cabana, Roberto, "Responsabilidad civil contractual y extrac contractual: de la diversidad a la unidad", L.L. 1989-C-1194, n° 30, según la cita que realiza Banchio, Enrique C., op. cit. p. 164.

¹⁷ Banchio, Enrique C., op. cit., p. 146.

No dudamos de lo acertadas que resultan las afirmaciones del Dr. Banchio, que constituyen una innegable realidad en la evolución actual del Derecho de Daños, pero no obstante, creemos que deben ser interpretadas en su justo contexto.

La realidad a que hemos hecho referencia en materia de Derecho de Daños alude a la circunstancia descrita por el Dr. Alterini cuando nos dice: "En poco más de un siglo irrumpió la sociedad industrial, que trajo como secuelas el maquinismo y el urbanismo, y desembocó en la sociedad posindustrial (Bell) o —con otras denominaciones— superindustrial (Toffler) o neindustrial (Valaskakis). En ese entorno, las posibilidades de sufrir daños se incrementaron enormemente..."¹⁸.

De modo pues, que las afirmaciones del Dr. Banchio, aludiendo a las modernas tendencias del Derecho de Daños, en cuanto apuntan al resarcimiento del daño "injustamente sufrido", más que del daño "injustamente causado" aluden a la circunstancia de que el hombre está expuesto a sufrir daños de muy diversa índole, ante fenómenos tales como el maquinismo, la utilización de la energía atómica, la urbanización, etcétera, y que por lo tanto se hace imperioso asegurarle una justa indemnización de los daños que dichos fenómenos —muy probablemente— podrán causarle.

Pero estamos refiriéndonos al maquinismo, la industrialización, el uso de la energía atómica, la urbanización... todas ellas, actividades que implican un alto grado de riesgo para todos los individuos que integran la comunidad... ¿Acaso el acto de procreación natural es equiparable a ellas...? Creemos que no.

Introducir la teoría del riesgo en un ámbito como el que estamos analizando, es casi como introducir un elefante en un bazar, con consecuencias ciertamente equiparables en ambos casos...

¹⁸ Alterini, Atilio A., *Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil*, p. 15, la bastardilla es nuestra. No puede dejarse de tener presente, que en nuestro derecho, la responsabilidad objetiva, con el fin de asegurar a la víctima de determinadas hechas dañosas la reparación del perjuicio allí sufrido, tiene un ámbito de aplicación bien establecido, no constituyendo una práctica legislativa ni judicial prudente, el extenderla indiscriminadamente a ámbitos como el de las relaciones de familia, donde muy probablemente nos conduciría a resultados sumamente desvalicacos.

Desde otro punto de vista, el Dr. Parellada se ha cuestionado si nos encontramos ante un caso encuadrable en el artículo 1109 del Código Civil o en el artículo 1113 del citado cuerpo legal²⁹.

La diferencia estaría dada de acuerdo a cómo consideremos a los gametos de una persona, ya separados de su cuerpo.

Si consideramos que los gametos de una persona constituyen una suerte de "prolongación" de esta misma, no se los podría considerar como una "cosa", y nos encontraríamos en un caso encuadrable en el artículo 1109 del Código Civil.

Muy por el contrario, si consideramos que los gametos de una persona son una "cosa", tendríamos que entrar a analizar en qué medida han tenido un rol activo en la causación del "daño", para poder determinar si nos encontramos ante un daño causado "con" la cosa (art. 1113, Cód. Civ., primera parte del segundo párrafo), o de un daño causado por el "riesgo o vicio" de la cosa (art. 1113, segunda parte del segundo párrafo) (!).

Por otro lado, sea cual fuere el fundamento de la responsabilidad de los padres por el daño genético sufrido por hijos concebidos por medio de la procreación natural —si efectivamente semejante responsabilidad tuviera algún fundamento—, creemos que todos deberíamos meditar con mucho cuidado antes de decidirnos a engendrar un hijo.

Debemos recordar que existe un número muy importante de enfermedades que pueden transmitirse en forma hereditaria, o que por lo menos, existe una cierta predisposición a padecerlas entre los individuos pertenecientes a un mismo grupo familiar.

Así las cosas, además de aquellos que padecen Sida, también deberían alarmarse los que se encuentran afectados por sífilis.

También deberíamos ir lamentándonos por todos aquellos que padezcan diabetes, hipotiroidismo congénito, fencetonuria, hipertensión arterial, arterioesclerosis, reumatismo goteo... sólo por mencionar algunas enfermedades.

Pero no sólo en estos casos podría regir la responsabilidad en análisis. ¿Por qué no aplicarla a aquellos casos en que

²⁹ Parellada, Carlos A., *op. cit.*, ps. 411-412.

por la edad avanzada de los padres, existe el riesgo de que el hijo nazca afectado por síndrome de Down (megalismo)?

A esto podría responderse que la responsabilidad en análisis estaría exclusivamente reservada a los casos de transmisión de enfermedades graves o incurables que frustraran el desarrollo de una vida "normal" por parte del individuo²³.

Sin embargo, creemos que con esto se estaría ocultando una contradicción, pues ¿cuál sería el criterio que en cada caso determinaría la gravedad de la enfermedad o la imposibilidad de llevar adelante una vida "normal"? ¿Hasta qué punto enfermedades como las mencionadas más arriba pueden considerarse más graves unas que las otras?

Si postulamos la premisa por la que se afirma que los padres deberán responder por los daños que ocasionen a sus hijos a raíz de la transmisión de enfermedades hereditarias, debemos continuar con el desarrollo del razonamiento, y asumir las consecuencias de las conclusiones que arroje el mismo.

De lo contrario, tendríamos que establecer la responsabilidad de los padres por la transmisión de algunas enfermedades, y no por la transmisión de otras, lo cual pareciera estar indicando la existencia de un cierto grado de incoherencia dentro de la posición que sostiene el deber de responder por parte de los padres en los casos en análisis.

Claro está que las conclusiones que arroja el razonamiento pueden ser ciertamente serias, como apuntáramos más arriba, dado que si continuáramos con la lista de enfermedades hereditarias o de similares características —en el sentido de que existen mayores posibilidades de que sean padecidas por los integrantes de un mismo grupo familiar—, veríamos que —tal vez— sólo existirían unos pocos privilegiados que podrían engendrar un hijo sin el temor de traer al mundo a una suerte de implacable contradictor que les reclamará una indemnización por los daños y perjuicios que le fueron causados al haber sido engendrado heredando las enfermedades de sus progenitores.

Cabe referirse, asimismo, a un interesante argumento dado por el Dr. Parellada, que se refiere al disfavor con que el Derecho mira al contagio de enfermedades entre los

²³ Parellada, Carlos A., *op. cit.*, p. 408.

cónyuges, lo que haría trasladable dicho criterio al caso que estamos analizando²¹.

Entendemos que las razones apuntadas no son aplicables al caso que estamos analizando. De hecho, el Dr. Parellada se refiere a que la jurisprudencia ha considerado que el contagio de una enfermedad venérea entre cónyuges constituye una injuria grave, pero es de destacar que cuando un cónyuge contagia al otro, no le está transmitiendo "don" alguno, en tanto que cuando un padre transmite una enfermedad hereditaria a su hijo, juntamente con ello le está transmitiendo el don de la vida, lo cual descarta toda posibilidad de considerar que nos hallamos ante un supuesto de "daño", a diferencia de lo que ocurre en el caso de los cónyuges.

C) Conclusión

Los trabajos de los Dres. Banchio y Parellada son de un notable valor, dado que incursionan en un ámbito escasamente abordado en nuestro medio, y lo hacen con una notable cuota de originalidad y erudición jurídica, brillantemente combinadas.

No obstante, no coincidimos con sus apreciaciones, dado que entendemos que crear una responsabilidad del tipo de la que hemos estado analizando, equivale a colocar una "espada de Damocles" sobre la cabeza de muchos padres, a quienes no puede preténderseles negar el derecho —básico, elemental, fundamental, inalienable— de toda persona, a engendrar un hijo.

Pretender que esos padres deban resarcir el daño genético causado por la transmisión natural de la vida, equivale a sostener que los mismos carecen del derecho aludido.

Además, debemos tener presente que la transmisión de una enfermedad hereditaria constituye muchas veces —las más de las veces— un hecho azaroso y fortuito, dado que a menudo, se presentan casos de hermanos, de los cuales algunos de ellos han recibido la transmisión de la enfermedad hereditaria, mientras que los otros no la han recibido. Ahora bien, llegados a este punto... si el azar ha decidido que alguna persona haya tenido que padecer una enfermedad hereditaria, sin que sus padres hayan tomado semejante decisión

²¹ Parellada, Carlos A., *op. cit.* en nota 9.

en forma voluntaria ¿por qué debemos responsabilizar a los padres ante el acaecimiento de un hecho cuya producción ha dependido de los inmanejables designios del azar... Distinto sería el caso en el cual los padres, durante el embarazo, no hubiesen tomado las medidas sanitarias y preventivas que hubiesen sido necesarias para que su hijo naciera en perfecto estado de salud, caso en el cual, indudablemente habrían obrado con negligencia, y estarían obligados a reparar el daño causado a su hijo. Pero en los casos en que la transmisión de la enfermedad hereditaria no pudo ser evitada durante el embarazo mediante los tratamientos médicos que fueran del caso, no podemos responsabilizar a los padres por un mal cuya existencia es debida, esencialmente, a los caprichosos designios del azar.

Cabe señalar que otra sería la situación si el hijo hubiese sido concebido por medio de la llamada "inseminación artificial", casos en los cuales podría llegar a responsabilizarse, por ejemplo, al donante de gametos cuando los mismos causaren la transmisión de una enfermedad hereditaria.

Claro está que al respecto deben formularse especiales apreciaciones sobre la filiación del hijo, que exceden los límites del presente trabajo. No obstante, es preciso destacar que constituye un ámbito en el cual nuestras conclusiones podrían llegar a variar sustancialmente, dadas las especiales características que presenta la fecundación artificial.

Creemos que debe arbitrarse otro tipo de medidas ante circunstancias como las que se analizan, tales como las de carácter sanitario o educativo, que induzcan a los padres a prevenir o evitar la transmisión de enfermedades hereditarias a sus hijos. Lo otro, la prohibición lisa y llana de engendrar hijos en forma natural —es a eso a lo que nos conduce la tesis que propone responsabilizar civilmente a los padres por la transmisión de enfermedades hereditarias a sus hijos—, constituye un peligroso avance sobre la esfera privada de los individuos e introduce elementos disociadores de la armonía que debe imperar en el ámbito de las relaciones entre padres e hijos, desde el momento en que estos últimos han recibido de aquéllos el valioso don de la vida —el más preciado don con que se puede contar— y mal podría ser dicha circunstancia, fundamento de un reclamo contra los padres, por los daños (!!) que éstos habrían causado a sus hijos a través de la procreación, lo cual, creemos, lesiona los más elementales pilares de la convivencia humana.

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio, *Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.

— *Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

— *Curso de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989 (en participación con Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M.).

AMEAL, Oscar J., *Curso de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992 (en participación con Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M.).

BANCHIO, Enrique C., "Daño genético y responsabilidad civil", en *Responsabilidad por Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Bustamante Alsina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

BORDA, Guillermo, A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, Perrot, Buenos Aires, 1989.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

LOPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989 (en participación con Alterini, Atilio A. y Ameal, Oscar J.).

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por Daños. Parte General*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1982.

PAPELLADA, Carlos A., "Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético", en *Derecho de Familia. Libro Homenaje a la Profesora Doctora María Josefa Múndez Coiro*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.

PIAGGIO, Arbal N., "Azar y certeza en el derecho de daños", E.D., 152-197.

TORTAS, José, "Acervo de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres por la transmisión de enfermedades", L.L., 1992-B-824.

TRABUCCHI, Alberto, "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", en *Rivista di Diritto Civile*, sett.-ott. 1986, Dottrina.

VELAZCO, José R., "Inseminación artificial: Aspectos a tener en cuenta para una futura legislación" (Ponencia presentada en las III Jornadas de Derecho de Familia y Sucesiones de Marón, octubre de 1993), J.A., 27-X-1993, n° 5852.

ZANCONI, Eduardo A., "Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (Con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)", en *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1989.

LA UNIVERSIDAD

FERMÍN PEDRO UBERTONI

Vuelve, pues, lector amigo, a esa hermosa carretera de Oporto, donde, en un coche, acompañado por el abogado de su tía, va nuestro Alipio en dirección a Coimbra.

Los siete años que allí vivió fueron serenos y graves.

El Conde me dijo muchas veces que la Universidad le produjo una profunda impresión, no tanto como edificio —aunque sea imponente aquel monumento en lo alto del monte, severo y aislado, como una inmutable fortaleza de vetusta ciencia— sino sobre todo como institución. Yo confieso no ser competente, tal vez, para valorar estas cuestiones de enseñanza y de educación. La pobreza de mis padres no me permitió la honra provechosa de ser bachiller, pero habiendo convivido con tantos hombres ilustres, yo soy como aquel antiguo fabricante de ídolos que, a fuerza de vivir entre ellos, guardaba en sus manos y en su túnica algo de sus dorados. Además de eso, en este asunto, como en todos, sigo, por admiración muda y reconocimiento correcto, las ideas y opiniones del Conde de Abraños.

La primera ventaja de la Universidad, como institución social, es la separación que se forma naturalmente entre estudiantes y *hombres comunes*, entre los que sólo viven de revolver ideas o teorías y aquellos que viven del trabajo. Así el estudiante queda para siempre penetrado de esta gran idea social: que hay dos clases, una que sabe y otra que produce. La primera, naturalmente, siendo el cerebro, gobierna; la segunda, siendo la mano, trabaja, y viste, calza, alimenta y paga a la primera.

Dos mundos —como dice nuestro poeta Gavião— que no se pueden confundir y que, viviendo aparte, con fines diferentes, caminan paralelamente en la civilización, uno con el título egregio de bachiller, otro con el nombre emblemático de hombre común. *Bachilleres* son los políticos, los oradores, los poetas y, por adopción tácita, los capitalistas, los banqueros, los altos negociantes. *Hombres comunes* son los carpinteros, los sastres, los albañiles, los tabaqueros... El *bachiller*, teniendo conciencia de su superioridad intelectual, de la autoridad que ella le confiere, dispone del mundo; al *hombre común* le resta producir, pagar para que el bachiller pueda vivir, y rezar al Ser Divino para que proteja al bachiller.

El bachiller, siendo el espíritu, debe impedir que el hombre común, que es sólo la materia, aspire a vivir como él, a pensar como él y, sobre todo, a gobernar como él. Debe mantenerlo, por tanto, en su trabajo subalterno, que es su destino providencial. Y esto porque uno sabe y el otro ignora.

Esta idea de la división en dos clases es saludable, porque así, educados en ella, los que salen de la Universidad no corren el peligro de ser contaminados por la idea contraria, idea absurda, atea, destructora de la armonía universal, de que el hombre común puede saber tanto como sabe el bachiller. No, no puede: luego las inteligencias son desiguales, y así queda destruido ese principio pernicioso de la igualdad de las inteligencias, base funesta de un socialismo perverso.

¿Cómo puede realmente el hombre que todo el día trabajó en su telar, y a la noche, después del caldo de coles, durmió con el sueño brutal de la fatiga física, participar en el gobierno de la cosa pública, al igual que ese otro hombre que conoce las lenguas, tiene los principios de la Introducción a los tres reinos, estudió el Derecho Romano, se penetró del Derecho Canónico, leyó los poetas del siglo, discutió leyes en el Parlamento, administró en los Ministerios?

¡Irrisión!

Otra ventaja de la Universidad es la organización de sus estudios. El Conde la consideraba admirable y la mejor garantía de la Idea Conservadora. Y aquí copio textualmente la relación que acompaña su notable *Proyecto de Reforma de la Enseñanza*:

"Algunos espíritus, ávidos de innovación, aunque en el fondo sinceramente unidos a los principios conservadores,

han sustentado que el sistema del Apunte (como en su jovial lenguaje le llama la juventud estudiosa) es anticuado. Yo considero, sin embargo, al Apunte como la más admirable disciplina para los espíritus mozos. Los estudiantes, habituándose durante cinco años a aprender de memoria todas las noches, palabra por palabra, artículos que hace cuarenta años permanecen inmutables, sin criticarlos, sin comentarlos, ganan el hábito saludable de aceptar sin discusión y con obediencia las ideas preconcebidas, los principios adoptados, los dogmas probados, las instituciones reconocidas. Pierden la funesta tendencia —que tantos males produjo— de querer indagar la razón de las cosas, examinar la verdad de los hechos; pierden, en fin, el hábito deplorable de ejercer el libre examen, que no sirve sino para hacerle un proceso científico a venerables instituciones que son la base de la sociedad. El libre examen es el principio de la revolución. ¿Qué es el orden? La aceptación de las ideas adoptadas. Si se acostumbra a la juventud a no recibir ninguna idea de sus maestros sin verificar si es exacta, se corre el peligro de ver, más tarde, no aceptar ninguna institución de su país sin antes certificar si es justa. Tendríamos entonces el espíritu de la revolución que termina en las catástrofes sociales.

"Hoy, destruido el régimen absoluto, tenemos la feliz seguridad de que la Constitución liberal es justa, es sabia, es útil, es sana. ¿Qué necesidad hay de examinar, discutir, verificar, criticar, comparar, poner en duda? ¡El Apunte es la piedra angular de la Constitución! ¡El bachiller es el germen del Estadista!"

Conozco en la filosofía contemporánea —incluso sin exceptuar los libros de los Thiers, de los Guizot, de los Bastians, de los Pagé— pocas páginas tan profundas. La frase es viril, noble, bien ponderada; la argumentación es sana y cerrada, inexpugnable; la idea tiene la solemnidad severa de un dogma. ¡Noble página! ¡Y pensar que aquel que la escribió no escribiría otra, y reposa bajo el pedestal de su estatua, con las manos en cruz, en la tierra bruta!

No menos maravilloso le parecía al Conde el sistema de las relaciones entre el estudiante y el catedrático.

El hábito de depender exclusivamente del catedrático, de doblarse servilmente delante de su austera figura, de obtener por medio de ruegos que su severidad se ablandé, forma los

espíritus en el saludable respeto a la autoridad. El sentimiento excesivo de la dignidad personal lleva al amor exagerado de la independencia civil. Por este medio cada uno se vuelve o en su propio dueño, o su jefe, o su Rey, o su Dios. ¡Es la anarquía! Así, educado durante cinco años a inclinarse, a solicitar, a sonreír, a obedecer, a lisonjear, a suplicar, a depender, el bachiller entra en la vida pública disciplinada, y, en lugar de ser el hombre que quiere tomar en la vida el lugar que le conviene (lo que sería la desorganización de las posiciones sociales) va humildemente a colocarse, con una sonrisa, en el lugar, en la fila, en el punto que le marcan los que gobiernan. Así se forma una imperecedera armonía social.

JOSÉ MARÍA EÇA DE QUEIROZ
(1845-1900)

Fragmento extraído de *El Conde de Abrantes*,
Ayacucho, Buenos Aires, 1945, ps. 47-50
(traducción de Guillermo Cabanellas, adaptada).

NOTA COMENTARIO

Conviene aclarar que no son ésas las ideas de Eça de Queiroz, graduado él mismo en Derecho en la Universidad de Coimbra. Comenzó a ejercer la abogacía, pero muy pronto abandonó esta profesión para dedicarse —con éxito— al periodismo, la literatura y la carrera consular.

El que se expresa es el personaje Z. Zagallo, a quien el autor (en carta a su editor) califica de "idiota". Los párrafos entrecuillados corresponden al personaje "el Conde de Abrantes", de quien (en la misma carta) Eça de Queiroz dice que es "un bribón, un pedante y un burro".

Bajo la forma de los elogios que continuamente va haciendo Zagallo, la obra toda es una dura crítica a la sociedad y a la política portuguesa de su tiempo.

Fue escrita en 1878, y no se publicó en vida del autor: tal vez por fundadas aprensiones del editor... o acaso también las del propio autor. Seguramente la obra contenía alusiones

a los poderosos de la época, demasiado claras por entonces para los lectores que conocían el ambiente.

Fallecido Eça de Queiroz en 1900 en París (donde era el cónsul de Portugal), la obra todavía permanecía inédita muchos años más, hasta 1925. En castellano recién se publicó por primera vez en 1945.

La adaptación de la versión castellana apunta a dar al lector actual contenidos más directamente reconocibles, aun a costa de la estricta literalidad de los textos originales. Así, como ejemplo, la palabra *fútrica* (usada por el autor) es el término —ciertamente despectivo— que los estudiantes de Coimbra aplicaban (y quizá todavía aplican) a los que no son estudiantes. Esa palabra a nosotros hoy no nos evoca absolutamente nada. Por eso hemos usado reiteradamente la frase "el hombre común". ¿De qué nos habría servido el *fútrica* apareciendo a cada momento en el texto como contrafigura del *bachiller*?

Espero que el lector me sepa consentir estas libertades.

**EL CONVIDADO DE PIEDRA:
SOBRE EL ROL DE LA VÍCTIMA
EN EL PROCESO PENAL***

MARCELO FERRANTE

"... la condición para que pueda establecerse el Derecho Penal es que la víctima sea excluida de su posición natural junto al delincuente."¹

INTRODUCCIÓN

Actualmente puede decirse que el tema del rol de la víctima en el Derecho Penal, en general —esto es, incluyendo al Derecho Procesal Penal— es un tema de moda, surgido como reacción a una historia de unidireccionalidad del Derecho Penal, orientado sólo hacia el "delincuente". En general, esta moda puede caracterizarse como una tendencia a la "revalorización" del papel del interés de la víctima del hecho punible dentro de las prácticas penales estatales, de modo conjunto, subsidiario o excluyente del viejo interés punitivo del Estado.

En general, podría distinguir cuatro modelos de análisis de este tema en la actualidad. El primero, el abolicionista, parte de la crítica radical al poder penal estatal, a la defini-

* Este trabajo fue presentado en el curso de grado *Régimen del Proceso Penal*, dictado por el Prof. Edmundo Henríquez durante el 1^{er} cuatrimestre de 1994, en la Facultad de Derecho de la U.B.A.

¹ Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, ps. 92-93.

ción de determinados actos como delitos, a la expropiación, por parte del Estado, de la facultad de los individuos de resolver por sí sus propios problemas, y, por lo tanto, postula el valor de las soluciones compositivas de los conflictos interindividuales. El segundo, tesis llamada del *Derecho Penal de triple vía*, plantea la necesidad de incorporar la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito como una manifestación más del poder coercitivo estatal, como un fin más del Derecho Penal, acaso más útil o eficaz². Un tercer modelo, intrasistémico, que plantea supuestos en los que el interés individual de la víctima coincide con el interés coactivo público, que se mantiene intacto. Es decir, un modelo que prevé casos en los que el ofendido por el hecho punible puede ser, dentro de un proceso penal, "representante" del interés punitivo público. Un cuarto modelo es el que tiende a reducir los perjuicios que acarrea para la víctima el Derecho Penal, tal como hoy se mantiene. Este modelo puede ser presentado en dos variantes: por un lado, la protección administrativa de la víctima en el proceso penal y, por otro, la supresión de las consecuencias penales que impiden o reducen las posibilidades de llegar, en instancia civil, a la reparación del daño causado por el delito.

Sin embargo, en la base del análisis del tema, desde cualquiera de las perspectivas de aproximación posibles, aparece la antinomia entre los conceptos de Derecho Penal, según sus características históricas definicionales, y el predominio del interés de la víctima. De gran parte de lo escrito en los últimos años sobre este tema, parece surgir que entre los conceptos Derecho Penal e interés de la víctima no hay tal antinomia. Empero, en rigor, esa ausencia de antinomias sólo puede desprenderse de una redefinición de los conceptos en los que se apoya el Derecho Penal que, por lo menos en general, aún no se ha hecho³.

² Cfr. Roxin, C., "La reparación en el sistema de los fines de la pena", en AA.VV., *De los Delitos y de las Víctimas*, Maier, J.B.J. comp., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 128 y sigs.

³ Para un ejemplo de trabajo sobre el rol de la víctima en el proceso penal sobre la base de una redefinición de conceptos, cfr. Bavino, A., "La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos", en *Lecciones y Ensayos*, n° 59, Facultad de Derecho, U.B.A., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 19 y sigs.

Por tanto, si bien es posible que, en términos prácticos, la inclusión, cada vez mayor, de la relevancia del interés del ofendido en el Derecho Penal tenga consecuencias positivas —desde uno o más puntos de vista—, desde la perspectiva de un análisis teórico la satisfacción del interés de la víctima o, mejor, la privatización de los conflictos que subyacen a esas situaciones que denominamos *delitos*, como fin principal del Derecho Penal, sólo es posible si, previamente, se redefinen las funciones del Estado moderno y, consecuentemente, su forma de legitimación.

¿Es posible concebir un Estado sin Derecho Penal? o, mejor aún, ¿es posible que un Estado no tenga interés en dominar los conflictos de los individuos a él sometidos? Estas preguntas no serán —ni pueden ser— respondidas en este trabajo. Pero sus respuestas son las necesarias para plantear un cambio radical con relación al Derecho Penal subjetivo del Estado actual.

No hay Derecho Penal si no existe una pretensión punitiva o represiva pública. El interés del Estado por la sanción de quien infringe sus normas define al Derecho Penal. La discusión alrededor de la primacía de la voluntad de la víctima del delito, frente a la voluntad estatal, es una discusión sobre las bases del Derecho Penal. La posibilidad de llevar a cabo esa discusión bajo un título como "la incorporación de la víctima en el Derecho Penal" puede ser políticamente útil, pero resulta, creo, teóricamente oscuro.

Por ello, en este trabajo intentaré, partiendo de una concepción histórica del Derecho Penal, analizar cuáles son las mayores posibilidades de incorporación de la pretensión de la víctima en el marco de un proceso penal, esto es, ¿hasta qué punto puede el Estado hacer primar el interés del ofendido por la comisión de un ilícito penal, cuando mantiene su interés por un control público de la represión ante la infracción normativa?

I. EL DERECHO PENAL NACIÓ SIN VÍCTIMAS

El Derecho Penal nace cuando los individuos pierden la posibilidad de resolver por sí mismos algunos de sus propios conflictos interindividuales, en favor del soberano al que de-

bían obediencia y, posteriormente, en favor del Estado. La aparición de un interés supraindividual —o público, si se quiere— en la observancia de las normas y, consecuentemente, la publicidad —o supraindividualidad— de la pretensión represiva surgida de la inobservancia de la ley, fue lo que transformó los procedimientos de solución de conflictos interpersonales en Derecho Penal y, concomitantemente, el daño en infracción, falta o ilícito. El "conflicto penal" es una particular relación entre un poder político centralizado —Estado, soberano— y un individuo que se ha rebelado contra él, desobedeciéndolo. Quien resulta damnificado por esa desobediencia es, con relación a ese "conflicto penal", un tercero ajeno al problema. La situación problemática trabada entre el desobediente y el tercero dañado por él, no agrega ni quita nada al "conflicto penal"; sólo puede ser un conflicto paralelo en el que el Estado no tiene ningún interés.

Si pretendiera asignar responsabilidades respecto de la incorporación a la teoría penal del *problema del rol de la víctima* podría, tal vez, situar en primer lugar a los teóricos del abolicionismo⁴. Según las palabras de Nils Christie —acaso el más completo de los autores abolicionistas— "los conflictos del delito se han transformado en una pertenencia de otras personas —principalmente de los abogados— o, han sido redefinidos en interés de otras personas" como consecuencia de "una despersonalización de la vida social" que resulta, a su vez, consecuencia de las mismas condiciones estructurales de la sociedad actual⁵. "El sistema de control punitivo actual representa una de las tantas oportunidades perdidas de involucrar a ciudadanos en tareas que tienen una importancia inmediata para ellos. La nuestra es una sociedad de monopolizadores de tareas"⁶.

⁴ Para una exposición completa de la problemática de la víctima en el marco de la literatura abolicionista, véase Bevino, A., "La víctima como preocupación del abolicionismo penal", en *De los Delitos y de las Víctimas*, cit., p. 262 y sigs.; para una muestra de las ideas abolicionistas directamente de sus autores, v. AA.VV., *Abolicionismo Penal*, Stan Cohen comp., trad. de Ciaferdini, M., Ediar, Buenos Aires, 1980.

⁵ Christie, N., "Los conflictos como pertenencia", en *De los Delitos y de las Víctimas*, cit., p. 158 y sigs. (las palabras citadas las extraje de ese texto en p. 165 y 167).

⁶ *Ibidem*, p. 169-170.

Por ello, el cambio necesario para revertir, de algún modo, esa situación puede ser descripto, en palabras de Christie, de la siguiente manera: "... si la situación fuera conformada de tal manera que la cuestión central no fuera atribuir culpas, sino profundizar una discusión sobre lo que podría hacerse para deshacer lo hecho, entonces la situación podría cambiar. Y esto es exactamente lo que debería suceder al reintroducir a la víctima en el caso"⁷. Como se ve, Christie no está pensando en introducir a la víctima al Derecho Penal, sino, por el contrario, en quitarle al Estado el monopolio del poder sobre la solución de los conflictos interindividuales, en general⁸. Sin embargo, históricamente, ese poder de control ha defnido al Estado moderno.

Detectar en la historia un momento, o proceso limitado en el tiempo, en el cual irrumpe un poder superior a los individuos implicados en un problema, como interesado en alguna solución determinada de ese problema, no aparece como una tarea simple o llana. Los estudios sobre las formas jurídicas de Grecia y Roma antiguas muestran cómo esas sociedades, de modo más o menos similar y más o menos cambiante según las épocas, poseían cierto concepto de *pretensión pública*, o *supraindividual*, con relación a la realización de determinados efectos como consecuencia de algunas situaciones dadas entre los individuos.

Esta acción pública, es decir, la ejercida por quien representa —accidental o institucionalizadamente, según los casos y el momento histórico— a la sociedad, al grupo, al poder o a quien lo detenta, da carácter *penal* a la relación. A su vez, la *publicidad* de esa acción convierte al proceso en el que esa acción es ejercida en un proceso con singulares características: el ritual se convierte en un proceso penal.

⁷ *Ibidem*, p. 172.

⁸ Con relación a las condiciones en las que un cambio en las formas jurídicas represente "abolición penal" en la obra de este autor, véase Christie, N., *Los Límites del Dolor*, 1ª edición, trad. de Mariluz Casa, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, caps. X y XI, pp. 110 y sigs.; ver también, en general, del mismo autor, "Las imágenes del Hombre en el Derecho Penal moderno", en *El Pensamiento Libertario*, Ferrer, C., comp., Nordan-Comunidad, Montevideo, 1992, t. II, pp. 163 y sigs.; también, *La Industria del Control del Delito*, trad. de Sara Costa, Del Puerto, Buenos Aires, 1990.

El análisis de Foucault en este sentido es particularmente interesante⁹. Foucault toma dos momentos de la historia griega: el primero, la Grecia arcaica, representado a través del conflicto trabado entre Antíloco y Menelao en la *Ilíada* de Homero¹⁰. En los juegos dados a la muerte de Patroclo se realizó una carrera de carros que consistía en recorrer un circuito de ida y vuelta, en el que el punto más lejano, aquel que marcaba el fin de la "ida" y el comienzo de la "vuelta", era una baliza. Los carros debían girar pasando lo más cerca posible de aquella baliza. En ese lugar se colocó a una persona (testigo) como forma de controlar la regularidad del giro de los carruajes. Antíloco y Menelao, ambos competidores, lucharon por el primer lugar. Al fin, el que primero llegó a la meta fue el joven Antíloco. Menelao denunció, frente al tribunal que daría el premio, que Antíloco había cometido una irregularidad. Así se trabó el conflicto entre el Atrida y el joven aqueo. Sin embargo, la solución no dependió del testigo parado en la baliza. En ningún momento se apeló a la verdad de los hechos acontecidos. Simplemente Menelao lanzó un desafío:

"Ea, Antíloco, criado por Júpiter, ven aquí; y puesto, como es costumbre, delante de los caballos y el carro, teniendo en la mano el flexible látigo con que los guiabas y tocando los corceles, jura, por el que ciñe y sacude la tierra, que si detuviste mi carro fue involuntariamente y sin dolo"¹¹.

Antíloco renunció a ese desafío, no juró, y reconoció así que había cometido la irregularidad. Así, "no se pasa por el testigo sino por una especie de juego, prueba, por una suerte de desafío lanzado por un adversario al otro. Uno lanza un desafío, el otro debe aceptar el riesgo o renunciar a él. Si lo hubiese aceptado, si hubiese jurado realmente, la responsabilidad de lo que sucedería, el descubrimiento final de la verdad quedaría en manos de los dioses y sería Zeus, casti-

⁹ Cfr. Foucault, M., *La Verdad y las Formas Jurídicas*, 2ª edición, trad. de Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 1991, conferencia segunda, pá. 35 y sigs.

¹⁰ Este conflicto aparece en el canto XXIII de la *Ilíada*. Ver, por ejemplo, la edición de Editorial Cumbre, México, 1962, trad. de Luis Segalá y Estalella, pá. 363 y sigs.

¹¹ De la traducción de Segalá y Estalella, ya citada, p. 377.

gando el falso juramento, si fuese el caso, quien manifestaría con su rayo la verdad"¹².

Este proceso de resolución de conflictos intersubjetivos, sólo entre sus participantes, sólo entre los individuos implicados, este proceso subjetivo de establecimiento de la verdad jurídica a través de mecanismos cuyas reglas las imponen los mismos individuos en conflicto, característico de la sociedad griega arcaica, aparecerá luego en la Alta Edad Media, como lo que hoy se denomina *Derecho Germánico*.

El segundo momento es el de las tiranías de finales del siglo -VI y comienzos del -V, en la Tebas de Edipo contada por Sófocles¹³. En esta tragedia, Tebas se encuentra sometida a una peste trágica y demoledora. El oráculo de Delfos señala que la peste es consecuencia de una maldición de los dioses caída como castigo por la falta: el asesinato de Layo, anterior rey de Tebas. También dice la voz de Apolo que la forma de liberar a Tebas de esa maldición consiste en la expiación de aquella falta. La orden es mandar al exilio al asesino.

Si bien las palabras de los dioses, a través del oráculo y del adivino Tiresias, recomendaron a Edipo que él mismo debía irse al exilio —pues él había matado a Layo—, no fueron suficientes para determinar la aplicación de la sanción. No fue sino hasta que dos sencillos hombres, un esclavo y un pastor, dieron su testimonio, confirmando la profecía divina, que se aplicó la sanción: Edipo fue exilado. Aparece así un nuevo mecanismo de producción de verdad: el desafío respaldado por la mirada de los dioses es reemplazado por la vulgar mirada de los hombres, el saber empírico.

Durante toda la obra lo que está en juego es el poder de Edipo, su capacidad para ser rey. Hay un interés objetivo, público, de por medio: quien haya asesinado a Layo no puede ser el rey; el rey no puede traer, por sí, maldiciones a Tebas. Pero para determinar la dimisión del tirano, la sentencia de Apolo no es suficiente. Sólo la verdad, lo realmente acontecido —expresada por la conjunción de la predicción divina y el testimonio humano— determinan la "solución" a los ojos de aquel interés objetivo.

¹² Foucault, *op. cit.*, pp. 40-41.

¹³ Me refiere a la tragedia *Edipo Rey*, de Sófocles. Puede verse, por ejemplo, la traducción de Angel María Garibay K., *Sófocles: Las Siete Tragedias*, Porrúa, México, 1991, pp. 119 y sigs.

"Y en su carácter de jefe de justicia, como soberano, Edipo convocará en ese momento al último testigo: el esclavo Citerón. Amenazándolo con la tortura, le arrancará la verdad y cuando ya se sabe quién es Edipo y qué había hecho —parricidio, e incesto con la madre—, ¿cuál es la respuesta del pueblo de Tebas? 'Nosotros te llamábamos nuestro rey', lo cual significa que el pueblo de Tebas, al mismo tiempo que reconoce en Edipo a quien fue su rey, por el uso del imperfecto —llamábamos— lo declara ahora destituido, y lo despoja de los atributos de la realeza"¹⁴.

Así, puede verse cómo la "publicización" de la pretensión formaliza, da parámetros objetivos, al proceso de solución del conflicto. Mientras las pretensiones enfrentadas eran las de dos individuos, iguales en esencia, su capacidad, su fuerza, su suerte, en fin, ellos mismos eran los que determinaban el contenido de la solución. La transformación del conflicto en público acarrea, a su vez, la introducción de criterios objetivos de solución: la verdad única e indivisible determina la consecuencia. La búsqueda de esa verdad —con límites situacional y temporalmente variables— se convirtió en el único fin posible del proceso de solución de esos conflictos en los que concurre la pretensión pública.

Este proceso de expropiación del poder de la víctima es particularmente ilustrativo en la historia alemana, en los procesos de formación de Estados sobre los pueblos germanos. Por lo tanto, a continuación, haré una breve síntesis del proceso en el que aparece, se *insenta*, el conflicto Estado —o poder político central— *us. infractor* en la historia germana, caracterizando antes a los "procesos penales"¹⁵ de Roma, pues son las formas jurídicas romanas aquellas a las cuales se acudirá en la formación de los Estados medievales: "Cada vez que sobre las ruinas del Imperio Romano comienza a esbozarse un Estado y empieza a nacer la estructura estatal, el Derecho Romano, viejo derecho de Estado, se revitaliza"¹⁶.

¹⁴ Foucault, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵ Si es que se los puede llamar así.

¹⁶ Foucault, *op. cit.*, conferencia tercera, p. 68.

1.1. Derecho Romano, viejo derecho de Estado

Al igual que a Grecia de los siglos -IV y posteriores, suele atribuirse a Roma la secularización de la persecución penal, en el sentido de que la pretensión penal comienza allí a ser dirigida a la reconstrucción, dentro del procedimiento, de un acontecimiento histórico, hipotéticamente ya sucedido, que se atribuye al acusado¹⁷. Las transacciones o acuerdos entre víctima y victimario quedan fuera del ámbito de estos procedimientos. Roma, como la Grecia luminosa, había dividido, institucionalmente, los ámbitos privado y público. En este último, el de los delitos, de los conflictos entre un individuo y la sociedad o el emperador, no hay lugar para la transacción: no hay un lenguaje común entre los individuos y el poder político central (o quien lo detenta); *sólo la verdad es común a todos*. Esta escisión entre el poder político central —voluntad del soberano durante el Imperio, o ciudadanos en ejercicio de la soberanía durante la República— y los individuos determina la división de esferas de regulación jurídica: privada y pública¹⁸.

Por tanto puede afirmarse que el Derecho Romano es el modelo de regulación jurídica del Estado. De ahí que, tras la caída del Imperio, la formación de los Estados europeos haya sido acompañada de la recepción, en el medievo, de las viejas instituciones romanas.

Si bien existen profundas diferencias entre el procedimiento por *questiones* o *accusatio*, típico de la República romana, y la llamada *cognitio extra ordinem*, característica

¹⁷ Cfr. Meier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal Argentino (DPPA)*, T. 1 b, Hammuráti, Buenos Aires, 1989, p. 35; cfr. también Vález Maricónde, A., *Derecho Procesal Penal*, T. I, 3ª ed., Marcos Lerner, Córdoba, 1982, p. 41.

¹⁸ En el Derecho Romano, al igual que en el griego, existe, dentro del derecho público, una división que resulta sorprendente: la división entre delito público y delito privado. Estos últimos, que se mantienen en los derechos actuales, representan la rara conjunción entre una respuesta pública como la pena a un hecho que sólo lesiona un interés particular —las acciones por adulterio, injurias y falsis, en los casos de suposición de parte, son los ejemplos de acciones de ejercicio privado por parte del ofendido en el Derecho Romano—. Más adelante volveré sobre estos —llamados ahora— delitos de acción privada. Sobre la división en el Derecho Romano, véase Vález Maricónde, *op. cit.*, T. I, ps. 33 y sigs. y Mommsen, T., *El Derecho Penal Romano*, trad. de P. Dorado, Temis, Bogotá, 1976, p. 365.

del Imperio, puede decirse que ambos son procesos penales, en su sentido actual¹⁹. Ambos reglamentan el modo de administración de un derecho de coacción de la unidad soberana —emperador o sociedad en su conjunto— frente al individuo que actúa de modo indebido. Ambos reglamentan la forma de hacer valer legítimamente una pretensión pública, dejando de lado la satisfacción de intereses privados ajenos a la relación cuestionada: el poder político frente al hipotético infractor. Incluso —con relación a sus semejanzas esenciales—, debe resaltarse que los dos tipos de procedimientos coexistieron durante el Imperio²⁰, esto es, la *cognitio extra ordinem* no excluyó a la *accusatio*, sino que la primera fue prevista sólo para delitos específicos. Sin embargo, tanto razones estructurales, como la transformación de los órganos de administración de justicia, cuanto razones coyunturales, como la decreciente cantidad de acusaciones populares, tuvieron por consecuencia que las formas típicas de la *cognitio* desplazaran al "... edificio procesal tan bien construido por la *accusatio*"²¹.

Intentaré, ahora, dar algunas de las notas definicionales de estos modelos procesales, fundamentalmente sus regímenes de acción penal y prueba, para demostrar cómo el modelo mismo de proceso penal, como proceso de actuación de una ley penal —o de coacción estatal—, se estructura a partir de la exclusión del interés personal de la víctima.

No puede dudarse de que los procedimientos imperiales fueron el "germen de la Inquisición"²². Los *stationarii* de la

¹⁹ Excluyo de mi análisis a la *cognitio*, proceso de la etapa de la Monarquía en Roma, pues se afirma que: "No se concieron normas generales procesales a las cuales sujetarse para el ejercicio de este derecho de coacción y penal". Así es que, por su informalidad, tal procedimiento en ningún caso ha podido ser, directamente, antecedente de los derechos estatales que se crearon sobre las ruinas de Roma. Cfr. Mommsen, T., *Compendio del Derecho Público Romano*, trad. de P. Dorado, La España Moderna, Madrid, p. 308.

²⁰ La subsistencia de la *accusatio* durante el Imperio se debe, según Manzini, al "sentimiento de veneración por la arqueología jurídica (tan profundo entre los romanos)". Manzini, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. I, trad. de S. Santa Malenda y M. Ayerra Bedin, Ejes, Buenos Aires, 1951, p. 7, cit. por Maier, *DPPo*, cit., nota 47, p. 48.

²¹ Cfr. Maier, *DPPo*, cit., ps. 47 y sigs.

²² Cfr. Vález Maricónde, *op. cit.*, T. I, p. 52: "Es el germen del régimen inquisitivo que después renacerá vigoroso en el seno del Derecho Canónico".

ciudad de Roma, y los *curiosi*, en las provincias del Imperio, funcionarios imperiales que comunicaban a los magistrados todos los delitos de los que conocían²³, son el antecedente de los procuradores de las monarquías medievales. Ellos dan muestra de que la promoción de la voluntad de aplicar una pena a un infractor era, sin dudas, una atribución oficial, pública, en fin, del emperador.

También, en la facultad de los *praefecta urbi* y de los *praefecta vigillum* —delegados imperiales para administrar justicia en la ciudad de Roma²⁴— de iniciar el procedimiento penal por iniciativa propia —*ex officio*— puede verse el derecho de acusar sólo como un atributo de la soberanía —y, por tanto, nunca un derecho individual²⁵.

La misma conclusión se extrae del régimen de la prueba durante el Imperio romano. La sentencia debía ser el resultado del *arbitrium iudicantis*, esto es, "el fruto de la subjetiva apreciación del juzgador", pero una apreciación que debía dirigirse a la reconstrucción histórica de un acontecimiento, guiada por la certeza moral del juez²⁶: "Aun sin declarar sobre qué pruebas preestablecidas debía formar su convicción, el Derecho Romano no abandonó al juez en el curso de impresiones subjetivas, intuitivas o impulsivas, y así quiso que la certeza moral fuese demostrada más por el cálculo y el pensamiento que sentida"²⁷.

Del análisis de la *accusatio* republicana no surge sino la misma conclusión: los mecanismos de producción de la verdad jurídica están basados en parámetros objetivos —averiguación de la verdad material— pues la pretensión punitiva es una atribución pública que excluye las posibilidades de composición, transacción o arreglos subjetivos. La "solución" del caso penal se fundamenta, únicamente, mediante criterios objetivos e igualitarios de justicia; la facultad de "hacer justicia" es, a su vez, una atribución estatal, una manifestación de soberanía.

²³ Cfr. Maier, *DPPo*, cit., T. II, p. 50.

²⁴ *Ibidem*, pp. 48-49.

²⁵ Cfr. Vélez Maricónde, *op. cit.*, T. I, p. 48.

²⁶ Cfr. Maier, *DPPo*, cit., T. II, p. 51.

²⁷ Salvatù, G., "Note per la storia del procedimento penale", en *Atti della Reale Accademia di S. Morali e Politiche*, vol. 45, Napoli, 1918, p. 333, cit. per Vélez Maricónde, *op. cit.*, T. I, p. 51.

El delito fue, durante la República romana, un atentado a las condiciones mínimas de coexistencia de la comunidad y, por lo tanto, cualquier ciudadano podía perseguir penalmente como *representante ocasional de la comunidad toda*. El sentido público de la labor del *accusator* es claro: él no podía enfrentar directamente al infractor sino que necesitaba de la autorización del *pretor* o *questor*, quien debía, primero, admitirla. A su vez, si había varios que pretendieran acusar en un mismo juicio era también el *pretor* quien elegía al que tomaría el rol de *accusator*, basándose en criterios de justicia y según las posibilidades de abandono de la acusación y no según el interés de los postulantes²⁸. El interés exclusivamente público en las consecuencias del juicio es también palmario en el régimen de responsabilidades del *accusator* para los casos de inacción, abandono o desistimiento infundados de la acción (*tergiversatio* y *prevaricatio*), casos en los que no podía arribarse a una sentencia condenatoria —*se procedat iudex ex officio*—.

En cuanto a la prueba —igual a lo que después mantuvo el Imperio— no fue sino el conocimiento histórico lo que determinó el contenido de las sentencias: "La prestación de la prueba no reposa aquí sobre los elementos formales que se admiten en derecho privado (la *sponsio* y el juramento), porque éstos no pueden dar jamás la convicción de la realidad del delito pretendido, sin la cual el tribunal represivo no puede condenar"²⁹.

En síntesis, si el Derecho Romano es el modelo jurídico del que se apropian los Estados europeos en sus procesos de formación, puedo afirmar que el Derecho Penal y sus procesos de aplicación, ya desde su invención, excluyen, por definición, a la víctima del hecho que causa la reacción penal estatal. Si puede entenderse por *inquisición* al "sistema según el cual el Estado toma en sus manos el conflicto, sustrayéndolo de sus protagonistas de carne y hueso, amenaza contra quien reputa culpable con el ejercicio de la violencia (la pena estatal, máxima expresión del poder coactivo del Estado) y persigue esa solución del conflicto directamente —*de officio*—, con sus propios funcionarios (la policía, el ministerio público, incluso los

²⁸ Cfr. Maier, *DPPs*, cit., T. I, p. 41-42.

²⁹ Vélez Maricónde, op. cit., T. I, p. 41, con referencias bibliográficas.

³⁰ Maier, J. B. J., "Entre la inquisición y la composición", en *No Hay Derecho*, año 2, nra. 6, junio de 1982, p. 28, pto. 1.

jueces), sin atención al interés concreto de los protagonistas²⁰, entonces, todo proceso penal, así como la historia lo ha definido a partir de Roma, es inquisitivo.

1.2. *Historia germánica: de la composición a la inquisición*²¹

En las sociedades germánicas anteriores a la creación, en el siglo VI de nuestra era, del Imperio merovingio, los conflictos interindividuales eran solucionados mediante procedimientos similares, en general, a aquellos que atribuí a la Grecia arcaica a partir del conflicto entre Antileco y Menelao.

En primer lugar, los pueblos germanos no conocieron la noción de falta o infracción. El delito era un quebrantamiento de la paz que acarrecaba la *pérdida de la paz* para quien lo cometía. En otros términos, el delito es el daño, y sólo él; no existe sino como consecuencia de que alguien se declara a sí mismo víctima y pretende realizar, en perjuicio de quien declara como aquel que quebrantó su paz, su venganza. El Derecho no es más que la reglamentación de esa subjetiva y personal venganza: ritualizada guerra individual, ritualización de la lucha entre los individuos. "El Derecho Germánico no opone la guerra a la justicia, no identifica justicia y paz, sino, por el contrario, supone que el Derecho es una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza. El Derecho es, pues, una manera reglamentada de hacer la guerra"²².

En segundo lugar, la realización de un daño —comisión de un delito— sólo puede generar la reacción de la víctima o de su grupo familiar. No existe acción pública, no hay un interés coactivo público²³: un individuo actúa, otro se consi-

²⁰ Para el proceso de transformación de las formas jurídicas de la historia germana, en lo que hace al tema de este trabajo, véanse, en general, Maier, *DPPa*, cit., T. 1b, pá. 23 y sigs. y 69 y sigs.; Vález Maricande, *op. cit.*, pá. 63 y sigs.; Foucault, *op. cit.*, conferencia tercera, pá. 63 y sigs.; Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pá. 92 y sigs.; Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de la edición alemana de J. L. Mercuriano Samaniego, Comares, Granada, 1993, pá. 80 y sigs.; Zúñ. H., *Introducción a la Política Criminal*, trad. de M. Izquierdo Macías-Picavea, Edersa, Madrid, 1979, pá. 173 y sigs.

²¹ Foucault, *op. cit.*, pá. 68-67.

²² Hay algunos casos en los que interviene la comunidad, por considerarse afectada, y exige reparación a un individuo, colectivamente. Esos

dera ofendido por esa acción; se trata el conflicto entre el ofendido y el ofensor; la lucha entre ambos dará la razón al vencedor. Las reglas de la lucha, los juegos de prueba, las pautas con arreglo a las cuales se determinará la victoria o el fracaso, son previamente establecidas y consentidas por las partes en conflicto. La autoridad sólo aparece cuando la lucha se lleva a cabo y, por supuesto, su función consiste, únicamente, en el control del cumplimiento de las reglas.

En tercer lugar, el conflicto, en tanto que puramente privado, da lugar a instancias de composición que evitan el paso a la guerra. La lucha, el enfrentamiento, la enemistad entre personas y tribus puede ser sustituido por consensos reparatorios —a través de la entrega de bienes, por ejemplo—: los individuos en conflicto son los únicos que poseen un interés relevante con relación a aquél; su voluntad define el conflicto y también su solución.

La atomización social y política de los pueblos germanos generaba su correspondiente modo de resolver conflictos, acorde con sus formas de transmisión y apropiación de los bienes y del poder. La aparición del Imperio merovingio, con las invasiones de Clodoveo (desde el 482 al 511) supuso la aparición de un poder estatal, centralizado y personificado en la figura del rey. Ello, a su vez, implicó la aparición de nuevos bienes que debieron protegerse: la fidelidad al monarca, la paz pública, la moneda y, desde la conversión de Clodoveo al cristianismo en el 496, la religión cristiana. El derecho imperial romano dio al Imperio merovingio parte de su estructura jurídica. El interés del rey en la solución de los litigios y en el mantenimiento de la *Königsfriede*²⁴ tornó los convenios reparatorios o acuerdos sobre la enmienda en obligación de enmendar, y le sumó, en algunos casos, la vieja pena pública de los romanos²⁵; incluyó, de modo subsidiario para los casos en que no existiera reclamo de la víctima, un proceso especial

casos eran los de homosexualidad, traición (cfr. Foucault, *op. cit.*, p. 66), desertión y delitos contra el culto (cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 81).

²⁴ Paz del rey, que sustituye a la anterior idea de la pérdida de la paz, entendida como la paz del que cometió el delito, y ésta como la privación de la paz de la víctima. En esta "nueva" idea de que el delito priva de su paz al rey reside todo el derecho penal.

²⁵ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 82.

de persecución oficial, la *Rügeverfahren*²⁶. En síntesis, declaró la muerte de la composición, entendida como "... el sistema según el cual los protagonistas concretos del conflicto social arbitran, en principio, su solución, sistema en el cual la voluntad de ellos gobierna el conflicto"²⁷.

La historia que siguió, luego del apogeo del Imperio carolingio y de su disgregación como consecuencia del Tratado de Verdún (en el 843), si bien está cargada de idas y vueltas, de tensiones y distensiones, entre el antiguo Derecho Germánico y las instituciones del Derecho Romano, receptadas por primera vez por Clodoveo, determinó la muerte del poder de solución de los conflictos como exclusiva atribución de los directamente implicados en ellos.

El creciente poderío de la iglesia católica, consolidado durante el reinado de Carlomagno, radicalizó esa tendencia hasta que, en el siglo XII, el papa Inocencio III, tomando las formas jurídicas del Imperio romano tardío, modificó totalmente las formas del Derecho Canónico a través de la creación de la Inquisición²⁸.

Es alrededor del siglo XII cuando se extiende por toda Europa, a través de la iglesia, el fenómeno conocido como la recepción del Derecho Romano —Canónico—. Y, en el Sacro Imperio Romano Germánico, esto significó el golpe de gracia a las antiguas formas germánicas, en favor de la Inquisición, en favor de las formas jurídico penales, en favor del control estatal de los súbditos.

Así se establece definitivamente una serie de instituciones que redefinen el conflicto y los intereses en juego²⁹. De aquí en más los individuos pierden el derecho de resolver, regular o irregularmente, sus litigios: el poder político —y judicial— los somete e impone sus reglas y "soluciones". Aparece, a su vez, la figura del *procurador*, representante oficial del soberano: "Cada vez que hay un crimen, delito o pleito entre

²⁶ Cfr. Maier, *DPPs*, cit., T. 1b, p. 27.

²⁷ Maier, "Entre la inquisición y la composición", ya citado, p. 28, pts. 1.

²⁸ Cfr. Maier, *DPPs*, cit., T. 1b, ps. 56 y sigs.; también, y en especial, Held, R., "On Inquisition", punto segundo de la introducción a *Inquisition. A Selected Survey of the Collection of Torture Instruments from the Middle Ages to our Times*, Aron & Aron, Asleikton, Nottinghamshire, 1991, ps. 11 y sigs.

²⁹ Cfr., por todos, Foucault, op. cit., ps. 75 y sigs.

los individuos, el procurador se hace presente en su condición de representante de un poder lesionado por el solo hecho de que ha habido delito o crimen. El procurador deblará a la víctima pues estará detrás de aquel que debería haber plantando la queja diciendo: 'Si es verdad que este hombre lesionó a este otro, yo, representante del soberano, puedo afirmar que el soberano, su poder, el orden que él dispensa, la ley que él estableció, fueron igualmente lesionados por este individuo. Así, yo también me coloco contra él' ⁴⁰.

El tercer fenómeno de relevancia es la aparición de un nuevo concepto: la infracción. Si la ley representa la voluntad del soberano, toda violación de ella deja de ser solamente la ofensa a un individuo, un daño, sino, fundamentalmente, resulta ahora una ofensa a la voluntad del rey. La infracción, la desobediencia, comienza a ser la materia del conflicto penal.

Por último, se generaliza la *pena pública*, ahora entendida como multa y confiscación. La ofensa al Estado, producida por la infracción, hace necesaria la reparación del autor en favor de la autoridad atacada por la desobediencia.

En síntesis, la indagación, la averiguación irrefrenada de la verdad, determinada por el único interés público en juego, define el nuevo instrumento de los Estados-nación surgientes: el Derecho Penal. La reparación privada queda ahora sólo reservada en un plano secundario, el civil.

En la historia alemana la consagración más acabada de este "nuevo" modelo se logra con la *Keyser Karls des fünfften, und des heyligen Römischen Reichs peinlich Gerichtsordnung*, conocida por su nombre latino *Constitutio Criminalis Carolina*⁴¹ de 1532. El advenimiento de la modernidad traerá consigo una nueva —y última— reforma procesal en toda Europa, la reforma iluminista de fines del siglo XVIII y principios del XIX. Sin embargo, al igual que lo dicho con relación a las formas jurídicas romanas —aunque en un orden inverso—, en relación con el tema de este trabajo, la humanización del iluminismo europeo no transformó sino que, antes bien, mantuvo aquellos conceptos sobre los que se apoyó el

⁴⁰ *Ibidem*, p. 76.

⁴¹ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 88. Para una descripción y análisis del modelo procesal impuesto por la Carolina, véase Maier, *DPPa*, *cit.*, T. II, ps. 49 y sigs.

Derecho Penal como consecuencia del surgimiento de los Estados nacionales a partir de los siglos XII y XIII: el interés público en la aplicación de la ley penal; la persecución penal oficial; el ilícito como desobediencia; la objetividad de los mecanismos de producción de verdad jurídica y de las reglas procesales. En fin, el Estado.

II. EL ESTADO FRENTE A LA VÍCTIMA

La historia alemana es, en el sentido descripto, la historia del Derecho Penal de Occidente: "Estado y Derecho Penal —o sistema penal— son, así, realidades culturales consustanciales, que se implican"⁴². Otra cita puede caracterizarnos, una vez más, a este derecho penal que aún se mantiene:

"...de sistema penal sólo puede hablarse en conexión con la creación de un poder político central, en grandes estructuras políticas, que alejan a sus súbditos del ejercicio cotidiano del poder político, esto es, desde la creación del Estado-nación, que termina con las soberanías locales (siglo XIII); desde allí en adelante existe, en grandes proporciones, [pena estatal, persecución penal pública, extrañamiento de la víctima, persecutores públicos, policial, todos conceptos que, si bien no son sinónimos, al menos se implican entre sí. El sistema penal, la pena, la persecución de la infracción por órganos del propio Estado, incluso la justicia penal, representan la necesidad del Estado de un sistema jurídico de control social, de control de sus súbditos..."⁴³.

Así, entonces, el Estado actual, más allá de la tendencia de revalorización del interés de la víctima, mantiene el clásico conflicto Estado/infractor montado sobre el conflicto interindividual; es decir, mantiene su interés de reprimir al desobediente, dejando, de ese modo, a la víctima y a la composición en un segundo plano. Sin embargo, el Estado moderno asume, y así pretende justificarse, el deber de proteger a los ciu-

⁴² Cfr. Maier, J. B. J., "Democracia y Administración de justicia penal en Iberoamérica", en *Lecciones y Ensayos*, n° 50, Facultad de Derecho, U.B.A., Abeldo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 50.

⁴³ Maier, "Entre la inquisición y la composición", ya citado, p. 28, pta. 2.

dedados del delito, y, en consecuencia, demuestra su fracaso concreto frente a cada víctima. Por tanto, ante ese incumplimiento, este Estado no puede causar más perjuicios a la víctima que los sufridos por el propio delito⁴⁴ y, en consecuencia, como por una suerte de *sentimiento de culpa*, toma a su cargo ciertas acciones en beneficio de la víctima. Así es como surgen leyes como la ley alemana de "Indemnización de Víctimas de Delitos Violentos" de 1976, o, en general, seguros sociales estatales con el fin de reducir los perjuicios de la comisión "no controlada" de delitos⁴⁵.

Por otra parte, dentro ya de las posibilidades de introducción del interés de la víctima en las prácticas penales, no sorprendería que, como consecuencia derivada de los principios definicionales del Estado y del Derecho Penal, esa introducción sólo procediera en la medida en que tal interés coincida con el estatal. A continuación intentaré describir y analizar, de algún modo, las formas de aparición de la víctima en el proceso penal actualmente vigente en distintos regímenes procesales y las formas de incorporación posibles, según los límites propios del derecho penal⁴⁶.

III.1. La víctima como sujeto del y en el proceso penal

1) La separación entre ámbitos jurídicos civil y penal ha llevado a que la víctima del delito ocupara, dentro del proceso

⁴⁴ Cfr. Schneider, H. J., "La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, año 12, 1987, ps. 307 y sigs., en especial p. 310.

⁴⁵ Sobre la ley citada, cfr. Esser, A., "Acercas del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", en AA.VV., *De los Delitos y de las Víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, ps. 14 y sigs., en especial p. 28; sobre el tema en general y en particular sobre los EE.UU., cfr. Stark, J. - Goldstein, H., *The Rights of Crime Victims*, Bantam Books, Toronto-New York-London-Sydney-Auckland, 1985, en especial ps. 291 y sigs.

⁴⁶ Cfr. para ello, en general, Esser, A., *op. cit.*, ps. 18 y sigs.; en el mismo volumen, Meier, J. B. J., "La víctima y el sistema penal", ps. 181 y sigs. y Hirach, H. J., "Acercas de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal", ps. 91 y sigs.; con relación al rol de la víctima en el Derecho argentino, exclusivamente, cfr. Córdoba, J.F., "La posición de la víctima", en AA.VV., *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, Meier, J. B. J., comp., Del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 81 y sigs.

penal, el rol de objeto del procedimiento, de órgano de prueba. Así, desde la perspectiva hoy más tradicional, el ofendido apareció como víctima-testigo. Actualmente, aun en los casos en los que no se admite demasiado la introducción de su interés como determinante en el proceso penal, se prevén medidas legislativas tendientes a "subjetivizar" a la víctima y convertirla, si no en sujeto procesal, en un sujeto particularmente importante dentro del proceso penal. Por ello, tales medidas suelen crear o fortalecer los medios de protección de la víctima, en tanto que sujeto, dentro del proceso. En ese sentido, son un ejemplo de tales medidas los artículos 79 a 81 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto establecen los derechos de los que goza, en general, el ofendido: trato digno y respetuoso, protección de su integridad personal, derecho de información en el proceso (CPr.P Nación, 79), derecho a ser acompañado, en algunos casos, por un abogado, a ser comunicado de sus facultades en el proceso (CPr.P Nación, 80), etcétera. A su vez, la creación de la Oficina de Asesoramiento y Asistencia a Víctimas y Testigos, creada por la Ley de Implementación y Organización de la Justicia Penal (ley 24.121, arts. 82 y 83) responde, también, a este fin de protección⁴³.

2) Acaso la mayor deuda del Estado para con la víctima se relacione con su actividad como denunciante. Suele decirse —muchas veces sobre la base de investigaciones empíricas— que la amplia mayoría de los procesos penales se inician a partir de la denuncia de la víctima de un delito⁴⁴.

Esta denuncia consiste sólo en poner en conocimiento de los órganos encargados del impulso de la acción penal —o también de un magistrado— la noticia *crimínis* necesaria

⁴³ Sobre las críticas de la implementación de la Oficina de Asesoramiento, véase Córdoba, *op. cit.*, pp. 100 y 101. Con relación a este tipo de medidas de protección de la víctima, puede verse la "Primera ley para el mejoramiento de la situación del ofendido en el procedimiento penal" (Ley de Protección de la Víctima) de la República Federal Alemana de 1986 (BGBl. I, p. 2496); para su análisis véase Hirsch, *op. cit.*, pp. 98 y sigs.

⁴⁴ Cfr. Maier, "La víctima y el sistema penal", *cit.*, pp. 217-218, donde afirma que esa mayoría conforma casi el 90% de los casos; así concluye que "al derecho procesal penal ha podido arrosar con sus facultades (las de la víctima), como sujeto de Derecho en el procedimiento, pero no ha podido prescindir de ella". Las estadísticas son similares en otros países, véase, *inter alia*, Schneider, *op. cit.*, p. 309.

para que éstos reaccionen dando inicio al proceso penal en virtud de la hipotética comisión de un delito de acción pública (CP, 71). La retractación no conlleva, por sí, ningún efecto conclusivo del proceso: una vez comunicada al Ministerio Público, por ejemplo, aquella noticia *crimínis*, se genera en cabeza de aquél el deber de impulsar la acción penal como consecuencia de la vigencia, en nuestro medio, del principio de legalidad en la persecución penal (CP, 71; CPr.P Nación, 5^o).

3) Existen, en el Derecho vigente (CP, 72), algunos casos en los que el ofendido conserva cierto poder de disposición sobre la acción penal; son los llamados *delitos de instancia privada* —o más descriptivamente, *delitos de acción pública dependiente de instancia privada*—. En ellos el Estado, si bien mantiene un interés coactivo —público—, lo subordina a la voluntad de la víctima, por considerar que el interés individual de ella es superior al estatal. La impunidad del autor del ilícito es menos gravosa, a los ojos del Estado, que la afectación del interés individual del ofendido que puede resultar de la promoción y desarrollo del proceso penal. Es, en otras palabras, una manifestación más de aquella especie de *sentimiento de culpa estatal* que mencioné anteriormente.

Coherentemente con tales argumentos se debería prever la posibilidad de retractación de la instancia por el legitimado para habilitarla; pues el incremento de perjuicio como resultado del procedimiento penal puede ser advertido por la víctima en un momento posterior a aquel en que formuló la autorización, o, por otra parte, dicha autorización puede haber estado determinada por un error que no permitió al ofendido obrar de otro modo. Sin embargo, la ley argentina nada dice con relación a esta facultad⁴⁹.

4) En general, todos los sistemas penales establecen un grupo del universo total de delitos —regularmente de muy escasa extensión— que sólo pueden ser perseguidos penalmente por la víctima: son los denominados *delitos de acción privada*⁵⁰. Ellos son una extraña —y radical, por cierto— excepción a la regla que estructura y define al proceso penal

⁴⁹ El Proyecto de CPr.P para Guatemala de 1990 prevé la retractación en su artículo 24.

⁵⁰ El argentino no es excepcional en este sentido. Cfr. CP, artículo 73.

común, esto es, a la oficialidad, entendida como la "reacción directa del Estado ante la noticia criminis y apropiación del conflicto para su solución, *de oficio*"⁸¹.

Esta excepción al principio de oficialidad de la persecución penal suele estar fundamentada en que el interés represivo público, en estos delitos, sólo aparece en tanto el delito sea valorado por la víctima como una ofensa. Así, se afirma, es recomendable la ampliación del ámbito de delitos de acción privada como vía óptima de privatización del Derecho penal⁸².

Es cierto que en los procesos por delitos de acción privada la víctima participa decisivamente en la persecución penal, contando con poder de disposición de la acción⁸³ y que, por tanto, si se observa dogmáticamente el principio de la ampliación de facultades procesales de la víctima, el ensanchamiento de la esfera de influencia de la acción penal privada es el medio más adecuado de satisfacción de dicho principio.

Es en esa dirección que se ha propuesto, en conjunto con la introducción del principio de oportunidad⁸⁴ en la persecución penal, la posibilidad de transformación de la acción penal pública en privada en los casos en que, en razón de criterios de oportunidad, el Estado demuestra su carencia de interés coercitivo y el ofendido expresa su interés de perseguir penalmente.

Sin embargo, según creo, el avance de la acción penal privada frente al retroceso de la acción penal pública, como consecuencia de la pérdida de interés estatal en la persecución penal de determinadas conductas, no parece una medida adecuada.

⁸¹ Maier, "La víctima y el sistema penal", cit., p. 236.

⁸² Cfr., *inter alia*, Maier, *idem*; Córdoba, *op. cit.*, ps. 82-83.

⁸³ Cfr., por ejemplo, CPr.P de la Nación, artículos 415 y sigs. y, en especial, 420, 424 y 425.

⁸⁴ Con relación al principio de oportunidad, véase Maier, *DPPa*, cit., T. I, ps. 233 y 555 y sigs. En cuanto a la previsión legislativa de ese principio, véase *GGP* alemana, artículos 153 a 154, véase, a su vez, su análisis comparativo con el Derecho argentino en Maier, J. B. J., *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, Vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1978-1982, ps. 125 y sigs.; véase, también, su regulación en el Proyecto de CPr.P de la Nación de 1986, artículo 230 y Proyecto de ley complementaria de reformas al CP, artículo 71 bis y en el Proyecto de CPr.P para Guatemala de 1990, artículo 248.

La pena estatal, esto es, el ejercicio de la violencia por parte del Estado en perjuicio de un individuo, sólo puede justificarse por razones de necesidad: "Un sistema penal —puede decirse— está justificado únicamente si la suma de las violencias —delitos, venganzas y puniciones arbitrarias— que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas"⁵⁵. Es decir, sólo puede legitimarse la mínima violencia necesaria para cumplir los fines asignados al Estado, en general, y al Derecho Penal, en particular. Todo otro ejercicio de violencia está vedado.

Por lo tanto, la inexistencia de un interés público en la persecución penal, expresada por medio de la no promoción de la acción penal o el archivo, por criterios de oportunidad, de las ya promovidas, o por medio de la supresión de la persecución pública, indica que la no aplicación de una pena al infractor, desde el punto de vista del Estado, no afecta, en ese caso, a la superación del sistema social o a las condiciones mínimas de coexistencia —por mencionar dos fines generalmente atribuidos como legitimantes de la pena estatal—. Por lo que, la pena conseguida como consecuencia de un interés punitivo privado —en ejercicio de la acción penal privada, cualquiera sea su origen— se presenta, en principio, como violencia innecesaria, injustificada.

Entonces, a diferencia de lo que se acostumbra "recomendar"⁵⁶, la cuidadosa revisión de toda la parte especial del Código Penal y de las leyes penales especiales debe impe-

⁵⁵ Ferrajoli, L., "El derecho penal mínimo", trad. de Bergalli, R., en *Poder y Control*, PPU, Barcelona, n.º 9, año 1986, p. 39. No pretendo con esta cita referir a la tesis legitimamente expuesta por Ferrajoli en el artículo mencionado sino que, solamente, me atrevo a utilizar sus palabras fuera de contexto. Vale agregar, como contraprestación por el uso descontextuado de sus palabras, que Ferrajoli entiende, al menos en el artículo citado, que la imposición del castigo sólo puede adquirir un sentido legítimo si a través de ella se reduce la violencia que generaría el hecho de no imponerlo. Por lo tanto, en esta concepción, la víctima juega un papel importante: un hecho puede ser presupuesto de un castigo sólo si es potencial generador de violencia como reacción a ese hecho, reacción que, en general, está a cargo de la víctima y de los individuos cercanos a ella. Así lo entiende también Bavino en "La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos", cit., ps. 28 y sigs.

⁵⁶ Cfr. nota 52.

riosamente realizarse, pero no ya para convertir los delitos de acción pública en delitos de acción privada sino para excluirlos de la regulación penal y, a lo sumo, convertirlos, exclusivamente, en ilícitos civiles.

Lo dicho vale también para la transformación, en casos concretos, de la acción penal pública en privada, como consecuencia de la retracción de la primera por razones de oportunidad. Si lo que se pretende es que la víctima pueda controlar la decisión del Ministerio Público de clausurar la persecución penal, o no iniciarla, podría preverse la posibilidad de impugnación de esa decisión por parte de la víctima —aun cuando no fuera parte en el proceso ni pretendiese serlo—, para provocar una revisión y control, jurisdiccional o interno —dentro del Ministerio Público—, de dicha decisión.

5) En los procesos por delitos de persecución oficial es, ahora, ampliamente aceptada la participación del ofendido en la pretensión penal junto al Ministerio Público. Se trata de la incorporación de la víctima como *querrelante*²⁷. Una vez superada la discusión en torno de la posibilidad de incluir al querrelante en el proceso penal²⁸, resta la decisión respecto del modo de inclusión del querrelante, es decir, en cuanto a sus atribuciones. Así, existen, básicamente, dos modalidades: por un lado, la del *querrelante conjunto*, acusador autónomo situado al *lado* del Ministerio Público. La querrela conjunta implica la autonomía y plenitud en la actuación material de la pretensión punitiva pública, en manos de un individuo ajeno al Estado, ejercida paralelamente a la ejercida por el

²⁷ Para este tema véase, en general, Clarid Olmedo, J.A., *Derecho Procesal Penal*, T. II, Marcos Lerner, Córdoba, 1984, pp. 30 y sigs.; Binder, A. M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1983, pp. 306 y sigs.; para un análisis del querrelante en el CPPr de la Nación, Tarría, M. C., "El querrelante", en AA.VV., *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, cit. pp. 69 y sigs.

²⁸ Me refiero a las veces contrarias a la introducción de esta figura provenientes de la escuela procesalista de Córdoba y que tuvo su máxima expresión en el CPPr cordobés de 1939, obra de Alfredo Vilas Maricando y Sebastián Soler, seguidoras de la doctrina plasmada en los CPPr italianos de 1913 y 1930. Frente a ellos se encontraba el viejo CPMP nacional y, entre otros, su autor, Manuel Obarrio, para quien: "No es posible, en mi concepto, desentender en la persona damnificada el derecho de velar por el castigo del culpable...", cit. Nota explicativa del proyecto, publicada en la edición de Abelardo Perrot del CPMP, Buenos Aires, 1985, p. 13.

representante estatal. El viejo CPMP nacional regulaba, en sus artículos 170 y concordantes, un sistema de querrela conjunta. Este querellante tenía una única limitación en comparación con el Ministerio Público. La CSJN no le reconoció, por lo menos como regla, legitimación para interponer recursos extraordinarios ante ella²⁸.

Por el otro, la del querellante adhesivo, más o menos accesoria de la acción penal oficial, esto es, supone necesariamente la pendencia de la acción oficial. En general, su actividad está limitada a adherir a la acusación del Ministerio Público y a provocar el desencadenamiento de mecanismos de control judicial o jerárquicos —dentro de la estructura interna del Ministerio Público— sobre la legalidad de la actuación del acusador oficial. El CPPr nacional, actualmente vigente, regula esta figura, permitiendo al querellante adhesivo: a) generar un incidente mediante el cual la Cámara de Apelaciones controla la decisión de no acusar del representante del Ministerio Público (art. 348); b) apelar las resoluciones del juez de instrucción con relación a los autos de procesamiento y de falta de mérito (art. 311), al archivo (art. 195), al sobreseimiento (art. 337) y a las excepciones (art. 345); c) debe correrse vista sobre la clausura de la instrucción y la elevación a juicio (art. 346) y sobre las excepciones interpuestas (art. 340); d) debe notificársele la producción de reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones (art. 201); e) debe notificársele la designación de peritos y otorgársele la posibilidad de proponer peritos de parte (arts. 258 y 259); f) es consultado en los juicios correccionales sobre la omisión de recepción de pruebas si el imputado confiesa su culpabilidad (art. 408); g) puede intervenir en la discusión final del debate (art. 393); h) puede interponer autónomamente recurso de casación e intervenir en su sustanciación (art. 460)²⁹.

²⁸ Cfr. CSJN, Fallos, 260:114, con referencias jurisprudenciales. Sin embargo, luego de este precedente la Corte dictó otra totalmente opuesta, cfr. Fallos, 268:266, donde afirmó: "Todo aquel a quien la ley le reconoce personería para actuar en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal —art. 18 de la Constitución Nacional— sea que actúe como acusador, acusado, demandante o demandado" (la bastardilla es nuestra).

²⁹ También el Proyecto de CPPr nacional de 1986, artículos 269 y 329 y el Proyecto de CPPr para Guatemala de 1990, artículos 289 y 360 incluyen la querrela *por adhesión* que, en general, supone facultades simi-

Usualmente se argumenta en favor de la figura del querellante adhesivo que la incorporación de un querellante conjunto radicaliza la ya existente desigualdad procesal entre acusador y acusado, creando una doble acusación, perjudicando, aún más, sus posibilidades de defensa.

Empero, en rigor, no es la incorporación del querellante al proceso lo que maximiza el desequilibrio existente en perjuicio de los derechos defensivos del imputado. Ese intolerable desequilibrio, esa exagerada carga, es la consecuencia de la acción de dos acusadores y no del querellante. Por lo tanto, aparece como viable, y como particularmente esperable, que en determinados casos el Ministerio Público pudiera delegar a la víctima el ejercicio de la acción, quedando aquél como controlante o supervisor de la actividad del querellante⁶¹. Existen innumerables razones posibles por las que el Estado podría estar interesado en delegar el ejercicio de la acción penal para casos concretos, en la víctima; por ejemplo en los casos en que, por los conocimientos del ofendido, técnicos o sencillamente relativos a los hechos que se imputan en el proceso, éste resultara más idóneo para cumplir la función persecutoria⁶².

Si bien esto aparece, a primera vista, como una posibilidad de incorporar el interés de la víctima al sistema penal, ello, en caso de darse, no es más que una consecuencia secundaria. La razón que justifica esta delegación es la posibilidad de maximizar la eficacia en la consecución del interés punitivo estatal a través de acusadores particulares tanto o más idóneos que los acusadores públicos. Obviamente, sin el concurso de la voluntad de la víctima —acusador particular— este modelo de ejercicio de la acción penal no tiene aplicabilidad.

largo a las previstas en el CPPr nacional. La diferencia más relevante reside en que en estos proyectos el querellante adhesivo no puede recurrir en casación autónomamente. La interposición de este recurso cuando el fiscal no lo interpone o cuando aquél es más amplio que el interpuesto por el Ministerio Público, provoca un control jerárquico interno, dentro de este organismo.

⁶¹ Esta alusión fue incluida en el Proyecto de CPPr para Guatemala, artículos 17 y 294, tercer párrafo. Para su formulación teórica véase Maier, "La víctima y el sistema penal", cit., ps. 237 y sigs.

⁶² Este sería, también, un medio adecuado para aligerar de trabajo a los organismos estatales lo que, por cierto, mejoraría las condiciones en las que se llevarían a cabo las funciones propias del órgano de persecución penal.

Este sistema de delegación puede enriquecerse con la ampliación del concepto de víctima con respecto a los bienes colectivos o intereses difusos. Así, puede preverse la posibilidad de incorporación, como querellante adhesivo o, en caso de existir la figura de la delegación descripta, como acusador público accidental, de asociaciones intermedias dedicadas a la defensa de esos bienes jurídicos o cuyo objeto los alcance⁶³.

En último lugar, con relación a la participación de la víctima en la pretensión punitiva pública, es valorable positivamente la incorporación de la facultad de impugnar las resoluciones conclusivas aun cuando ésta no fuese parte en el proceso, provocando así un mayor control en la toma de ese tipo de decisiones, cuando son tomadas en contra de la voluntad del ofendido. También, por otra parte, no es desdeñable la posibilidad de que la víctima sea oída antes de la clausura del debate, así como es oído el imputado⁶⁴.

6) El último punto que abordaré es el relativo a la *reparación civil del ofendido dentro del proceso penal*. La víctima, u otros en su representación, puede plantear, ya en el procedimiento penal, su pretensión reparatoria⁶⁵, constituyéndose en actor civil. Es interesante la posibilidad de la inclusión, en el proceso penal argentino, del *civilmente demandado*, es decir, quien debe responder, según la ley civil, por el que cometió el daño⁶⁶ y, a su vez, la citación en garantía del asegurador, en su caso⁶⁷. Esta posibilidad de ingresar la cuestión civil al procedimiento penal había sido rechazada por el movimiento legislativo que derivó en la sanción del

⁶³ Esta posibilidad fue prevista en el CPr.P modelo para Iberoamérica, artículo 78, y en el Proyecto de CPr.P para Guatemala de 1990, artículo 7, inc. 4°. Con relación a provisiones semejantes en el nuevo CPr.P italiano y en la moderna jurisprudencia francesa, véase, Eser, *op. cit.*, pp. 38 y sigs.

⁶⁴ Esta facultad de ser oído antes de la clausura del debate y antes, a su vez, de que se le conceda la última palabra al imputado, fue prevista en el Proyecto de CPr.P para Guatemala de 1990, artículo 359.

⁶⁵ Sobre el tema de la acción civil en el proceso penal, véase Núñez, R. C., *La Acción Civil en el Proceso Penal*, 2° ed., Córdoba, 1982; Clará Olmedo, *op. cit.*, T. II, pp. 137 y sigs.; desde la perspectiva del derecho comparado, Eser, *op. cit.*, pp. 24-26 y 32 y sigs.

⁶⁶ Cfr. CPr.P de la Nación, artículos 87 y sigs., 97 y sigs. y conss.

⁶⁷ Cfr. Ley de Seguros 17.418, artículos 117, *in fine*, y 118. Cfr. a su vez, Clará Olmedo, *op. cit.*, pp. 145-146 y 162-163.

CPMP de 1888, ahora derogado y, sin embargo, fue luego receptada, en el ámbito nacional, por vía jurisprudencial.

Esta tramitación del reclamo indemnizatorio civil de modo paralelo y accesorio de la pretensión penal, es hoy indiscutido por su practicidad y economía. Empero, su uso es, en la práctica, bastante poco habitual.

Pero, más allá de ello, aparece actualmente una tendencia a incorporar la posibilidad de la reparación civil dentro del proceso penal pero de una forma diversa de la anterior, acaso como una "ampliación del valor de la autonomía de la voluntad individual en la solución de casos penales"⁹⁸. Se trata de supuestos en los que la pretensión penal queda condicionada al fracaso de la reparación del daño ocasionado por el delito o al intento de composición entre los individuos en conflicto.

Estas vías de reparación suelen incluirse en la figura procesal denominada *suspensión del proceso a prueba*, o en instancias conciliatorias previas a la sustanciación del juicio similares a las previstas para los procedimientos por delitos de acción privada. En esencia, estas figuras pueden tener un sentido idéntico.

La suspensión del proceso a prueba "... es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal en favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imparta el tribunal para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico-penales posteriores. Si se transgrede o cumple insatisfactoriamente la prueba, el tribunal, previa audiencia en la que interviene el imputado, tiene la facultad de revocar la medida y retomar la persecución penal contra él"⁹⁹.

Si bien esta figura tiene su origen en la tendencia a la consecución de fines preventivo-especiales por el Derecho Penal —la *diversión* del Derecho norteamericano—, el conte-

⁹⁸ Maier, "La víctima y el sistema penal", cit., p. 239.

⁹⁹ Marino, E., "Suspensión del procedimiento a prueba", en *El Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, cit., p. 29.

nido de la prueba por medio de la que se condiciona la continuación del ejercicio de la acción penal puede determinar la consecución de fines distintos como, por ejemplo, la solución privada del conflicto subyacente al hecho punible por la vía de la composición. Esta afirmación deja latente una pregunta cuya respuesta resulta imprescindible para la valoración de este instituto procesal: ¿es la suspensión del proceso penal a prueba el medio indicado para "privatizar" la solución de los conflictos que aparecen detrás de los delitos penales? Para intentar arribar a una respuesta analizaré, primero, los contenidos posibles de la prueba con relación a la reparación del daño ocasionado por el delito.

Si, al suspender el proceso a prueba, el Estado impone al procesado el deber de reparar el daño que ocasionó, no está incorporando a la víctima al proceso penal sino, antes bien, transformando el contenido de la pena estatal, de privación de la libertad en reparación económica en favor del ofendido. En otras palabras, sólo cambia un aspecto de la forma de manifestación del poder coercitivo público. Ello puede verse, también, en los casos en los que la acción penal se extingue cuando el imputado no repara totalmente el daño, pero realiza un serio esfuerzo, en la medida de sus posibilidades³⁰. El fundamento de la extinción de la pretensión penal reside, en estos casos, más en la innecesariedad de la pena desde puntos de vista preventivo-especiales que en la composición del conflicto.

Si, por otra parte, la prueba consiste en la tentativa de composición privada del conflicto entre el autor y su víctima, esto es, en los casos en que el Estado asume la posibilidad de que el conflicto se resuelva sin que medie coacción estatal alguna, la acción penal latente no encuentra justificación, pues, de no llegar las partes a un acuerdo conciliatorio, la resolución jurisdiccional *civíl* sería suficiente. En otras palabras, al dejar la solución del conflicto en manos de los individuos interesados, el Estado confirma la innecesariedad, para ese caso concreto, de la pena. Por lo cual, la solución adecuada, según mi criterio, no sería ya la de introducir una

³⁰ Así, por ejemplo, el Proyecto de CPPr nacional de 1986, artículo 281, y Ley complementaria de reformas al CP, artículo 28 bis; Proyecto de CPPr para Guatemala de 1990, artículos 11 y 250.

instancia de composición dentro del proceso penal sino, por el contrario, la de excluir ese conflicto del área de influencia del poder punitivo estatal.

Lo anterior se ve confirmado cuando los teóricos que sostienen ese tipo de soluciones lo reservan, exclusivamente, para los delitos leves y de mediana importancia y cuando se espere en concreto condena de ejecución condicional⁷¹. ¿No será, acaso, que la respuesta punitiva resulta innecesaria para la prevención de las conductas comprendidas dentro del ámbito de la "criminalidad leve y media"⁷²?

Recientemente, por ley 24.317⁷³, se reformó el Código Penal argentino incorporando, entre otros, los artículos: 27 bis, 76 bis, ter y quater, que regulan la suspensión del juicio a prueba. Esta suspensión... responde, sin lugar a dudas, a la comprobación de que, en el caso, la pena es innecesaria por específicos motivos preventivo-especiales. En ella la víctima no cumple ningún papel. Solamente, con relación a ella, el imputado debe, para que prospere su solicitud de suspensión del juicio, ofrecer "... la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente" (art. 76 bis, tercer párrafo). El ofendido no puede más que aceptar, o no, el ofrecimiento del encausado, quedándole la vía del reclamo civil en caso de rechazarlo. A su vez, el rechazo de la víctima al ofrecimiento indemnizatorio del autor en nada afecta la viabilidad de la suspensión del juicio a prueba.

II. CONCLUSIÓN

Como intenté mostrar a lo largo de este trabajo, la tendencia actual a la incorporación del interés determinante de la víctima al proceso penal, no siempre tiene significados claros. Esto resulta evidente en algunos casos como aquellos que suponen la mantención de la vieja pena pública como modo de solución subsidiaria, que surge ante el fracaso de la

⁷¹ Cfr., por todos, Maier, "La víctima y el sistema penal", cit., ps. 230 y siga.

⁷² B.O. n.º 27.885 del 19-V-1994.

composición en el caso concreto, no obstante resultar expresa la ausencia de interés estatal en la persecución penal con relación a esos actos. Son ejemplos de ello, los delitos de acción penal privada, la suspensión del proceso a prueba como medio de arribar a una solución privada del conflicto, etcétera.

Si a ello se le suman los planteos de los teóricos del abolicionismo penal y las concepciones del Derecho Penal de triple vía, en tanto reflejan la ineficacia e innecesaria violencia de la pena —básicamente la privativa de la libertad—, no es difícil arribar a una conclusión que, valga aclarar, resulta obvia:

Los recursos de la teoría penal actual, respecto de la solución del problema de la exclusión de la víctima de las prácticas penales, deben dirigirse a la redeterminación del universo de conductas que el Derecho Penal puede abarcar, excluyendo de él todas aquellas para las que la respuesta punitiva resulte ineficaz, injustificadamente violenta o arbitraria. Así el análisis sobre decriminalización y, en el ámbito del Derecho Procesal Penal, de la introducción de criterios de oportunidad en la persecución penal, son tareas posibles.

El Derecho Penal es un medio de control social, el más violento y tosco, puramente estatal y, mientras exista, no hay lugar en él para la voluntad de la víctima. Como límite, al menos en un Estado de Derecho, ese Derecho Penal estatal no puede causar a la víctima más perjuicio del que el delito le causó. El proceso penal no puede realizarse a costa de la víctima.

En fin, por un lado Leviathan, por el otro, los hombres.

IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES ASAMBLEARIAS

HERNÁN WALTER PETRASSO

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo intentaremos hacer una descripción de la acción de impugnación de las decisiones asamblearias prevista por el artículo 251 de la Ley de Sociedades Comerciales, atendiendo a sus caracteres más salientes: comenzando por tratar de distinguir qué interés otorga la ley a esta acción, para pasar luego a analizar los distintos supuestos de legitimación activa que la normativa abarca.

Nos detendremos en la determinación de los supuestos de nulidades que abarca la norma en cuestión para discernir posteriormente si nos encontramos ante un sistema específico de nulidades societarias o, por el contrario, este sistema complementa el previsto por el Código Civil.

Por último, hemos de tener en cuenta a las distintas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales en torno al plazo que la ley impone para el ejercicio de la acción por ella regulada; como también revisaremos críticamente la doctrina jurisprudencial de la no declaración de la nulidad por la nulidad misma.

II. ANTECEDENTES

Nos proponemos con el presente trabajo realizar una investigación sobre los diferentes matices que presenta lo que la doctrina y jurisprudencia comercialistas han denomi-

nado acción de impugnación de las decisiones asamblearias, regulada por el artículo 251 de la L.S.

La regulación de la acción de nulidad de las decisiones asamblearias, se encontraba en el artículo 353 del Código de Comercio derogado, cuya insuficiencia había sido señalada por la doctrina en repetidas ocasiones, por cuanto quedaban sin aclarar la legitimación activa y pasiva de la misma, como también su plazo de ejercicio.

Con relación a este tema, la doctrina sostenía que el plazo para el ejercicio de esta acción prescribía en el término de tres años a tenor de lo dispuesto por el artículo 848 inciso 1° del mismo cuerpo legal. Por otra parte, es de hacer notar que era ésta la interpretación que la doctrina italiana daba a los artículos 163 y 919 del Código de Comercio italiano de 1882, fuente de los artículos mencionados.

Como consecuencia de esto señalaba la doctrina lo excesivo del plazo trienal. Con relación a ello cabe citar como antecedentes el artículo 384 del Anteproyecto de Ley General de Sociedades, de Carlos C. Malagarriga y Enrique Aztiria, que fijaba en treinta días el plazo para la promoción de la acción.

La ley 19.550, con anterioridad a la reforma de la ley 22.903, establecía que la acción debía interponerse dentro de los seis meses contados desde la clausura de la asamblea, o si ésta estaba sujeta a publicación, dentro de los seis meses de la última publicación respectiva.

La Exposición de Motivos de la ley 22.903 en su capítulo V apartado 17 establece que "...se abrevia el plazo de caducidad a tres meses, computando la necesidad de dar seguridad a decisiones que se vinculan con la estabilidad de un sujeto de derecho que constituye, en definitiva, un orden jurídico de segundo grado; y se determina como punto de partida para la acción impugnatoria la clausura de la asamblea sin distinciones...".

Es así como actualmente nos encontramos con el artículo 251 de la ley 19.550 que establece que: *"Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad. También pueden impug-*

narla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor. La acción se promoverá contra la sociedad, por ante el juez de su domicilio, dentro de los tres meses de clausura de la asamblea".

En una primera aproximación al tema que nos ocupa, podemos advertir que la palabra acción utilizada en la terminología de la ley hace referencia al ejercicio de un derecho.

Existe un derecho subjetivo, que en el campo del Derecho societario, la ley ha estimado necesario proteger o resguardar. A tal fin, la Ley de Sociedades ha definido en qué forma este derecho puede ser ejercido y cuáles son los sujetos que pueden hacerlo valer.

Por otro lado, y de la terminología utilizada por la ley observamos que esta acción tiene por finalidad impugnar, es decir, contradecir, cuestionar en definitiva, la validez de una decisión que ha sido adoptada por la asamblea en violación de la ley, el estatuto o el reglamento.

Al analizar este tema no podemos dejar de puntualizar que la asamblea de accionistas es el órgano de gobierno soberano y a través de ella se forma y expresa la voluntad de la persona jurídica "sociedad".

La asamblea es un acto jurídico (art. 944, Cód. Civ.) y al intervenir en él un número indefinido de voluntades y existir un proceso de deliberación por mayorías para la formación de una declaración de voluntad común, es un acto colectivo.

Esta voluntad común que nace de la asamblea no puede confundirse con la voluntad de los accionistas considerados singularmente.

Pero para que esta voluntad exista y sea válida, es decir, capaz de producir efectos jurídicos, será necesario que se cumplan los requisitos que la Ley de Sociedades establece respecto de las asambleas, con relación a la competencia, forma de convocatoria, plazo, quórum y mayorías.

Es en este punto donde podemos apreciar con mayor claridad la finalidad de la norma que comentamos. En efecto, esta acción tiende a hacer respetar la ley, el estatuto o el reglamento, en cuanto son normas de cuyo cumplimiento se hace depender el nacimiento de la voluntad social dado que, en caso contrario, no existiría voluntad social o ella se encontraría viciada.

III. EL INTERÉS EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Tenemos así entonces descripta la acción prevista por el artículo 251 de la ley 19.550; si bien la norma ha logrado reducir algunos de los problemas que se planteaban en relación a la misma, trataremos de mostrar algunos de los puntos aún no resueltos por la normativa y que han sido objeto de análisis tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

La ley no ha exigido, para la promoción de esta acción, la tenencia de determinado porcentaje de acciones por parte de los accionistas.

La finalidad de la misma es reparar el equilibrio roto como consecuencia del apartamiento de la sociedad, por una decisión de la asamblea, de la ley y de los estatutos. Cuando esto ocurre, sus decisiones pueden ser impugnadas judicialmente.

Es importante distinguir en qué interés ejerce el accionista esta acción, si en el suyo propio o en el de la sociedad.

Por un lado, parte de la doctrina sostiene que esta acción es otorgada al accionista como un derecho particular y privado "...pues es evidente que, en general, ese derecho corresponde a todos los socios para quienes, por algún motivo concreto, el acuerdo asambleario significa una lesión patrimonial a su derecho, por decisiones violatorias del pacto social, de donde la impugnación actúa como factor de defensa social..."¹.

Otro sector de la doctrina y especialmente la mayoría de la jurisprudencia, sostiene que la acción sólo procede en el caso de que se lesione el interés de la sociedad y por consiguiente también el interés del socio como partícipe de la misma, y dicha acción no procede cuando la violación de la norma hubiera lesionado un derecho particular del socio. El accionista ejerce una función social en defensa de la ley y de los estatutos. Pero no en su propio interés².

Pese a ello creemos que asiste razón a quienes sostienen que esta acción se ejerce en interés del propio accionista, ya

¹ Saizet Botes-Saizot, *Las Asambleas*, Abaco, Buenos Aires, 1978, pp. 635 y 636.

² Conf. CNCern., Sala B, 8-II-1986, "Vallejo, Jorge c/Azuarera Bella Vista S.A.", L.L., 1987-A-236; CNCern., Sala A, 11-XII-1986, "Vistalba S.A. c/ Banco de Galicia", L.L., 1987-B-346.

que en varias disposiciones de la ley 19.550 se protegen derechos individuales de los accionistas (arts. 194, 214, 245, 263, etc.), permitiendo la impugnación prevista por el artículo 251 proteger estos derechos, a la par que permite ejercer un poder de control sobre la marcha del ente, al cuestionarse judicialmente la legitimidad del acuerdo societario que contrarió la ley o los estatutos³.

Es el interés patrimonial propio del accionista el que, al ser afectado, pone en marcha esta acción, si la resolución asamblearia no perjudicara al accionista patrimonialmente éste no tendría interés en promover la acción; adviértase que la diferencia con la posición contraria es evidente: unos reconocen sólo derecho a ejercer la acción cuando lo que se afecte sea el interés social y por consiguiente el del accionista; la otra posición reclama que cuando el interés patrimonial del propio accionista se vea afectado, ello solo basta para promover la acción, teniendo ésta como ulterior efecto la defensa del interés social.

Puede esta acción tener como ulterior finalidad, según las circunstancias, el objetivo de determinar la responsabilidad de quienes aprobaron las resoluciones que se declaren nulas y el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados (arg. art. 254, primer apartado de la ley 19.550).

IV. LEGITIMACIÓN

La Ley de Sociedades, en su artículo 251, establece que: "Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad...". Esta norma no impone la obligación de impugnar las resoluciones irregulares, sino que pueden ser impugnadas; esta acción debe ejercerse contra resoluciones de la asamblea y en tanto no haya resolución sobre el mérito de la impugnación, el acto no se paraliza⁴.

³ Ver al respecto Nissen, Ricardo Augusto, "Las minorías y su derecho a impugnar decisiones asamblearias y acuerdos de directorio inválidos", L.L., 1987-D-1173, sec. 408.

⁴ Ver Saast Betas, Miguel A. - Saast, Miguel P., *Sociedades Anónimas. Las Asambleas*, Abaco, Buenos Aires, 1978, p. 636.

A renglón seguido el artículo en cuestión enumera las personas que pueden demandar la nulidad de las decisiones asamblearias, sin que tal orden implique prelación en atención a lo dispuesto por el artículo 253, primer apartado de la ley.

Así tenemos que están legitimados al efecto: los accionistas que no hubieran votado favorablemente en la respectiva decisión; los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada; los accionistas que votaron favorablemente sólo si su voto es anulable por vicio de la voluntad; también pueden hacerlo los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y la autoridad de contralor.

Se discute en doctrina, "...si para poder impugnar las decisiones asamblearias, es preciso acreditar la condición de accionista a la fecha en que la asamblea tomó la decisión impugnada o si es suficiente con serlo a la fecha de ejercicio de la acción de nulidad, pese a que las acciones fueron adquiridas con posterioridad a la asamblea en cuestión"⁶.

Creemos con respecto a esto último que la norma en cuestión al permitir la impugnación por parte de los accionistas ausentes, que acrediten tal calidad a la fecha de la decisión impugnada, nos brinda el criterio para solucionar este interrogante. Para iniciar esta acción en todos los casos, deberá probarse la calidad de accionista a la fecha de la asamblea que se impugna, porque de permitirse que un extraño con relación al hecho que motiva la impugnación pueda cuestionar la validez de la asamblea, se estaría burlando la seguridad jurídica del tráfico comercial de la sociedad, principio rector en cuanto a nulidades se refiere⁷. Por otra parte, la protección está dada al accionista, ya que es él quien evalúa la conveniencia o no de ejercer este derecho, más aún cuando la norma faculta a los accionistas que votaron favorablemente la decisión, impugnar la misma siempre que su voto sea anulable por vicio de la voluntad, lo que pone de manifiesto el eminente carácter subjetivo de la acción⁸.

⁶ Saenz Betas, Miguel A. - Saenz, Miguel P., *op. cit.*, p. 637.

⁷ CNCom., Sala C, 12-V-1986, "Caracas S.A. c/ Comisión Nacional de Valores", L.L., 1986-D-109.

⁸ Conf. CNCom., Sala A, 9-XII-985, "Martínez Furrer c/ Editorial Atlántida", L.L., 1987-A-660.

En síntesis, la nulidad de la asamblea no puede ser perseguida por el accionista que ha adquirido con posterioridad a la asamblea sus acciones, ni por quien ha dejado de ser accionista.

En la norma que comentamos, no se ha previsto el caso del accionista presente, pero que se abstuvo de votar.

Lógicamente, quien se abstuvo de votar, en definitiva no votó, ni prestó conformidad; si la finalidad de la acción es la de tender a asegurar la regularidad del acto asambleario, en la que están interesados no sólo los accionistas sino también la sociedad, debe extenderse la legitimación a este supuesto⁶.

Otro supuesto no contemplado por la norma estaría dado por los terceros respecto de la sociedad, debiéndose distinguir entre quienes no están vinculados con la sociedad, y los que sí lo están como consecuencia del giro comercial de la misma, es decir que mantienen con ella relaciones creditorias.

Para los primeros no cabría ninguna posibilidad de impugnar las resoluciones sociales, porque no tendrían interés legítimo; para los segundos, "... Si la asamblea toma decisiones que en alguna forma reducen maliciosa o fraudulentamente las garantías de sus créditos, pueden impugnarlas o paralizar sus efectos..."⁷.

Con respecto a este tema, se ha sostenido que la solución que brinda la norma en relación al caso, al establecer la responsabilidad solidaria e ilimitada de los accionistas que votaron favorablemente la resolución luego invalidada y que afecta a un tercero que contrató con la sociedad, es incompleta, porque el tercero no contrató con los accionistas, sino con la sociedad, siendo la anterior solución, una responsabilidad de tipo interno. "... El acto tendría validez en relación a la sociedad, por el principio derivado de la apariencia del Derecho en conjunción con la buena fe, sin perjuicio de que el ente social, como persona distinta de los accionistas, deduzca contra éstos las acciones de responsabilidad pertinentes..." "... En el supuesto de que el ente social por cualquier causa legal no

⁶ Conf. CNCem., Sala B, 6-III-1990, "Díaz, Jorge s/ 2H S.A.", L.L., 1990-C-354-I, 1989-B-1547.

⁷ Saast Betes, Miguel A. - Saast, Miguel P., op. cit., p. 642; al respecto ver CNCem., Sala E, 6-II-1986, "Vallejo, Jorge s/ Amecorera Bella Vista S.A.", L.L., 1987-A-236.

podiera satisfacer la obligación debida al tercero, éste por ejercicio de la vía indirecta u oblicua podrá deducir las acciones y derechos que la sociedad tuviera contra los accionistas (arg. art. 1196, Cód. Civ.)¹⁰.

V. MECÁNICA DE LA ACCIÓN

Esta acción deberá promoverse ante el juez del domicilio social, dentro de los tres meses de clausurada la asamblea.

Salvo el caso de suspensión preventiva de la ejecución de la decisión impugnada, establecido por el artículo 252 de la ley 19.550, sólo se proseguirá el juicio después de vencido el término del artículo 251 para promover la acción, o sea tres meses desde la clausura de la asamblea. Esto permitirá saber si existen más impugnaciones, para poder tratarlas en conjunto evitando así resoluciones contradictorias (art. 253, ley 19.550).

Cuando esta acción sea intentada por la mayoría de los directores o de miembros del consejo de vigilancia, los accionistas designarán un representante *ad hoc* en asamblea especial convocada al efecto en la forma prevista para las asambleas especiales (arts. 253 y 250, ley 19.550).

Prevé la ley en su artículo 252 la suspensión preventiva de la ejecución de la decisión asamblearia impugnada, teniendo en miras tal suspensión la protección no sólo del accionista impugnante, en el sentido de impedir que la posterior sentencia carezca de eficacia si se permite la ejecución de decisiones asamblearias irregulares, sino también en beneficio de la propia sociedad, ya que la ley pretende impedir que al amparo de un pedido arbitrario de suspensión de la decisión supuestamente nula se creen perjuicios a la sociedad; es por ello que para la procedencia de esta medida deben cumplirse exigentes requisitos. Procede sólo a pedido de parte, siempre que no existan perjuicios hacia terceros y previa garantía suficiente por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad¹¹.

¹⁰ Argeri, Saúl A., "Invalidez de la asamblea de sociedad anónima y su efecto sobre el acto jurídico realizado en su consecuencia con un tercero", *L.L.*, 1978-D-1249 y sigs.

¹¹ CNCam., Sala E, 31-X-1985, "Anguiera C. c/ Juan B. Justo S.A.",

Existiendo una asamblea que adolezca de defectos que la hagan pasible de impugnación, la ley prevé la posibilidad de la revocación de tal asamblea por otra. Es decir, dar por no tomadas las decisiones consideradas irregulares, extinguiendo así la posibilidad de una acción de impugnación, siempre que la nueva asamblea esté libre de todo vicio.

No prevé la ley la posibilidad de la convalidación de la asamblea que sea pasible de impugnación por vicios, que la hagan en este caso anulable, ya que las asambleas nulas no son posibles de convalidación. Pero ella debe considerarse tácitamente incorporada, ya que si se puede revocar la misma, es posible también por una asamblea regular y libre de vicios sanear una anterior asamblea irregular.

VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN, NULIDADES

Hasta aquí nos hemos ocupado de describir qué tipo de acción es la prevista por el artículo 251 de la ley 19.550; hemos visto quiénes están legitimados para ejercerla, cómo se ejerce, pero no analizamos cuál es el sustrato material de esta acción, es decir, qué tipo de nulidades abarca la norma en cuestión al sostener la misma que "...puede ser impugnada de nulidad...".

A continuación trataremos de explicitar las distinciones entre acto nulo, anulable, nulidad absoluta, nulidad relativa y acto inexistente; categorías que nos servirán para determinar cuál es el alcance de la norma analizada.

Sostiene Borda que: "... Por nulidad debe entenderse la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de la celebración. Tres son, por consiguiente las notas características de la nulidad: 1) está establecida en la ley; 2) importa privar de sus efectos normales al acto; 3) la causa de la sanción es contemporánea a la celebración..."¹². El

L.L. 1986-D-664; CNCern., Sala B, 9-X-1987, "Bellini R. c/ SISA y ot.", L.L. 1988-B-124; CNCern., Sala B, 23-IX-1987, "Mendoza M. c/ Sanatorio S. Patricio S.A.", L.L. 1988-A-378; CNCern., Sala A, 27-VI-1990, "Reca. I. c/ Castelar S.A.", L.L. 1990-B-2393.

¹² Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T. II, 5ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 388.

Código no señala una distinción entre actos nulos y anulables, pero la doctrina, luego de examinar los distintos casos presentados por el Código Civil, ha extraído el siguiente principio "... Acto nulo es aquel cuyo vicio se halla manifiesto, patente, en el acto mismo. En este caso el papel del juez es pasivo: se limita a comprobar la existencia de una invalidez declarada de pleno derecho por la ley. Es una nulidad precisa, rígida, insusceptible de estimación cuantitativa, taxativamente determinada por la ley...". "... En el acto anulable, la causa de la invalidez no aparece manifiesta en él, sino que es necesaria una labor de investigación o apreciación por parte del juez. Por sí misma la ley es impotente para aniquilar el acto. La anulación depende de circunstancias de hecho, es flexible, variable, susceptible de valoración judicial. La invalidez no resulta ya de una simple comprobación de la existencia de presupuestos legales, sino que el juez debe integrar con su juicio lo dispuesto en la norma para llegar a ese resultado..."¹³.

En cuanto a los casos de nulidad absoluta y de nulidad relativa, el Código Civil no enumera los casos, al igual que con los actos nulos y anulables, sino que brinda los principales caracteres de distinción en sus artículos 1047 y 1048.

Así tenemos que la nulidad absoluta obedece a una razón de orden público, de interés social; de ahí que pueda pedirla cualquiera y que, inclusive, el juez pueda y deba declararla de oficio, si apareciera manifiesta aunque nadie la haya alegado; los actos viciados de tal nulidad no son susceptibles de confirmación. Por el contrario la nulidad relativa se establece en interés de las partes intervinientes, únicas que pueden pedirla, siendo susceptible de confirmación. Estas clasificaciones no son paralelas sino que se combinan.

"... La teoría del acto inexistente ha tenido su origen en la doctrina francesa del siglo pasado y se atribuye generalmente a Zachariae...". "... La nulidad supone un *substructum* real, un algo que declarar inválido; pero lo que no existe no puede anularse. Estrictamente el acto inexistente no forma parte de la teoría de las nulidades..."¹⁴.

Señala Williams, citando a Fiorentino quien al comentar el artículo 2377 del Código Civil italiano, fuente de la ley

¹³ Berda, Guillermo A., *op. cit.*, p. 394 - 395.

¹⁴ Berda, Guillermo A., *op. cit.*, p. 408.

19.550 estima "...que corresponde distinguir entre las deliberaciones nulas y las simplemente anulables. La distinción entre deliberaciones anulables y deliberaciones nulas no ha sido efectuada por la ley de manera explícita sino en forma indirecta. No existe en ella una definición expresa de deliberación nula, ni una enumeración de las causas de nulidad, salvo con relación a algunas deliberaciones como ser aquellas que tienen objeto imposible o ilícito a que alude el artículo 2379 del Código Civil italiano en forma expresa, por lo cual entiende que, al no existir en el artículo 2377 del citado Código referencia al régimen característico de los actos nulos, todas las demás deliberaciones inválidas —las no comprendidas en el artículo 2379— quedan sometidas al régimen de los actos anulables..."¹². Cabe destacar que el Código Civil italiano remite expresamente, en su artículo 2379, a las normas del Derecho común en materia de nulidades y sólo para deliberaciones nulas por imposibilidad o ilicitud del objeto.

Por ello y teniendo en cuenta que una asamblea está compuesta por numerosos actos de los cuales pueden surgir fallas, siendo éstas de distinta magnitud y no determinando la ley qué incidencia ejercen sobre la validez del acto asambleario tales irregularidades¹³, es necesario remitirse a las normas del Derecho Civil en lo referente a las nulidades de los actos jurídicos. Esto es así en atención a que aquello que no está previsto específicamente por el Código de Comercio, según su artículo 207, debe regirse por el Derecho Civil, y no estando previstas ni clasificadas las nulidades asamblearias, podemos concluir que las disposiciones sobre dichas nulidades dispuestas en la Ley de Sociedades complementan el régimen común y no conforman uno nuevo¹⁷, distinción que hacen algunos autores, basados en que nuestra ley, a diferencia de su fuente, no distinguió entre actos nulos y anulables, abarcando a ambas categorías y sujetándolas al plazo de caducidad en ella establecido.

¹² Williams, Jorge N., "La impugnación de las decisiones asamblearias nulas y el artículo 251 de la ley 19.550", L.L., 1983-C-1059, *see. doct.*

¹³ SC Buenos Aires, 4-XII-1990, "Salgado *c/* Falleschi", DJBA, 141-4137.

¹⁷ Conforme CNCCom., Sala E, 23-V-989, "Larrosa D. *c/* Argentina Citrus S.A.", L.L., 1989-E-289.

Conforme lo expuesto, podemos concluir que si bien el artículo 251 de la ley 19.550 no formula ninguna distinción y abarca todo tipo de nulidades, ya sea nulidades absolutas o nulidades relativas, quedando excluidas aquellas que se refieren a supuestos que no tengan que ver con las decisiones assemblearias, como normativa de fondo a falta de normas específicas, se debe aplicar el régimen general de las nulidades previsto por el Código Civil.

VII. CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN

Otro tema que se pone de manifiesto al analizar esta norma, es determinar qué clase de plazo es el previsto por la norma para el ejercicio de la acción; si éste es un plazo de prescripción o un plazo de caducidad. La distinción interesa porque según sea una u otra postura, las diferencias se ven en las conclusiones a las que se arriban.

Hemos de señalar brevemente algunas diferencias entre prescripción y caducidad: en la prescripción el Derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde por negligencia en usarlo; en la caducidad el Derecho nace sometido a un término fijo de duración, prescindiéndose de toda consideración de negligencia en el titular. El término de caducidad en algún caso puede ser convencional; el plazo de prescripción es siempre legal y finalmente una de las más importantes diferencias es que desde el punto de vista procesal, la prescripción debe oponerse como excepción y no puede ser declarada de oficio porque su beneficio es renunciable. La caducidad es automática, extinguiendo el derecho, y debe ser declarada de oficio si es advertida por el juez.

Ya señalamos anteriormente que el artículo 251 de la ley 19.550 se inspira en el artículo 2377 del Código Civil italiano. La doctrina y jurisprudencia italianas son unánimes en admitir que se trata de un supuesto de caducidad.

En nuestro país la jurisprudencia y la doctrina en general, coinciden en señalar también que este plazo es un plazo de caducidad. Las razones en que se sustenta esta posición aluden a la necesidad de disipar situaciones de incertidumbre e inseguridad, en un ámbito donde la trascendencia económica de este tipo de actos requiere seguridad y estabilidad en las decisiones adoptadas. Por otra parte, éste es el sentido

que se le ha dado en la Exposición de Motivos de la ley 22.903¹⁸.

Con este alcance debe interpretarse la norma en cuestión en lo que se refiere al plazo para interponer la acción de impugnación.

Se impone la necesidad de hacer una distinción en este caso, relacionada con la posibilidad de que existan actos asamblearios nulos o anulables donde la nulidad sea absoluta; el interrogante que surge es si este plazo de caducidad también abarca a esta clase de acciones.

En cuanto a este tema la doctrina no es uniforme. Por ejemplo, Zaldivar opina que vencido el término el derecho de accionar caduca, pero "...no se produce la caducidad si la decisión es violatoria de una norma de orden público..."¹⁹. Williams sostiene que "...las acciones de impugnación de las decisiones asamblearias, sean anulables, sean nulas, quedan encuadradas en el artículo 251 y sujetas al plazo de caducidad que el mismo establece..."²⁰, dado que este autor participa de la opinión más arriba expuesta con relación a considerar la especificidad del régimen de nulidades societario y en el carácter imprescriptible de las acciones de nulidad absoluta y sus efectos retroactivos atentatorios contra la seguridad del tráfico negocial societario.

Consideramos que si bien el principio que debe guiarnos en la apreciación del plazo previsto por la norma es un criterio, que permita dejar a salvo actos asamblearios que por el marco de relaciones económicas en el cual se insertan requieren de seguridad, ante la eventual contingencia de la promoción de acciones que impugnen las mismas éste no puede ser invocado cuando se alegan supuestos de nulidad absoluta, donde se halla en juego el orden público.

Si bien estabilidad y seguridad son elementos importantes en materia societaria que nos imponen el deber de

¹⁸ Fargesi, Heracio P., "Caducidad o prescripción de la acción de nulidad de asambleas de sociedades por acciones", L.L., 1975-A-1063, see. doc.; Migliarè, Francisco, "Carácter del plazo fijado por el artículo 251 de la Ley de Sociedades", L.L., 1979-B-394; CNCCom., Sala B, 2-XI-1990, "Jarex el Gasarito S.A.", L.L., 1991-A-1163.

¹⁹ Zaldivar, Manuel, Ragazzi y Rovira, *Cuadernos de Derecho Societario*, T. II, 2^a ed., p. 393, edición 1975.

²⁰ Williams, Jorge N., op. cit., p. 1061, en el mismo sentido Saast Betea-Saast, op. cit., pp. 653 y 654.

evaluar con criterio restrictivo la procedencia de una nulidad siguiendo el principio de conservación de los actos jurídicos; estos valores no pueden ubicarse por encima del orden público; por otra parte éste es el criterio seguido por la mayoría de nuestros tribunales²¹.

III. LA NULIDAD POR LA NULIDAD MISMA

Al respecto del fallo "Vistalba S.A. y otros c/ Banco de Galicia y Buenos Aires" pronunciado por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con fecha 11-XII-1986 (L.L., 1987-B-346), en el que se decidió que "... el pedido de nulidad de una decisión asamblearia formulado por los actores constituye un pedido de nulidad por la nulidad misma cuando en ningún caso aquéllos podrían mediante el empleo del sistema de voto acumulativo en esa asamblea haber obtenido en la elección de directores y síndicos, ... la elección de un solo miembro en aquellos órganos. ...En consecuencia, la sentencia nulificante no tendría ningún efecto práctico pues en una nueva votación y aun teniendo que cubrir el máximo de directores, la mayoría volvería a obtener idéntico resultado"; Nissen sostiene, comentando el fallo, que se ha incorporado un nuevo requisito "...no previsto legalmente: que el o los accionistas tengan un interés concreto en la nulidad, interés que deberá trascender en la nueva decisión asamblearia que sea consecuencia de la invalidez decretada judicialmente...". "...De lo contrario y según esta orientación pretoriana, la nulidad sería declarada sólo en interés de la ley y para preservar finalidades técnicas o abstractas, sin remediar perjuicios efectivos o concretos..."²².

A los fines de determinar claramente la procedencia de esta nueva doctrina, es necesario hacer hincapié en que el artículo 251 requiere como punto de partida para el ejercicio de la acción, la violación en la asamblea de accionistas, es

²¹ CNCCom., Sala D, 13-V-1991, "Cuffia José c/ La Concordia Cía. de Seguros S.A.", L.L., 1991-B-2153; CNCCom., Sala B, 2-XI-1990, "Jares D. c/ Gascarbo S.A.", L.L., 1991-A-1165.

²² Nissen, Ricardo Augusto, "Las minorías y su derecho de impugnar decisiones asamblearias y acuerdos de directorio inválidos", L.L., 1987-D-1173, sec. doc.

decir en la formación de la voluntad social de normas legales o estatutarias. De ello se deduce entonces y ya lo hemos aclarado con anterioridad que los vicios que afectan la decisión asamblearia pueden ser tanto formales como sustanciales, la ley no hace distinción.

No establece la ley como requisito el interés personal del accionista, ni el interés social, sólo destaca el hecho objetivo de la violación normativa.

Admitir la doctrina jurisprudencial analizada lleva a desproteger a las minorías, al accionista individualmente considerado, desvirtuando el sentido de la acción, otorgada eminentemente en defensa del interés particular del accionista.

Por atender a la magnitud de la declaración de invalidez de una decisión asamblearia, no debe dejarse de lado el interés individual del accionista, ni tampoco puede hacerse futurología jurídica en relación a lo que decidirá una asamblea posterior como consecuencia de la declaración de nulidad de una asamblea que le antecede.

El accionista en estos casos ejerce esta acción para tutelar su interés personal en el funcionamiento de la sociedad, en la cual él está interesado, a la vez que ejerce un poder de control y de vigilancia, en beneficio de la sociedad.

IX. CONCLUSIÓN

Entendemos que la acción de impugnación de las decisiones asamblearias previstas por el artículo 251 de la ley 19.550, es otorgada al accionista en razón de su interés personal, abarca todas las clases de nulidades que puedan presentarse; no configurándose un sistema específico de nulidades societarias, lo que nos lleva a aplicar en su interpretación el régimen general de las nulidades de los actos jurídicos que prevé el Código Civil. El plazo de ejercicio de esta acción es un plazo de caducidad, que sólo afecta a los casos de nulidades relativas, y no a los casos en que se pone en juego el orden público. No puede darse cabida a la doctrina de la nulidad por la nulidad misma, en tanto ésta impone como requisito no previsto por el artículo 251, el tener un interés que trascienda a la nueva decisión asamblearia que se tome como consecuencia de la invalidez decretada judicialmente de la asamblea anterior.

Se terminó de imprimir el día 11 de diciembre
de 1995, en Aires GRÁFICAS CAVALI, S.R.L.,
sita en la calle Nicaragua 4462, Buenos Aires,
República Argentina

