



LECCIONES Y ENSAYOS

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

1991

LYE

55

LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano
Doctor Eduardo A. Pigretti

Vicedecano
Doctor Jaime L. Anaya

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Subdirector
Profesor Consultor Doctor Carlos J. Colombo

Consejo Asesor
Prof. Héctor Alegría
Prof. Julio C. Cuesto Rúa
Prof. Marcelo U. Salerno
Prof. Marcelo A. Sancinetti
Prof. Horacio Sanguinetti

Consejo Directivo (1988-1990)

Director: Ignacio Adrián Lerer

Subdirector: Eduardo A. Baistrucci

Secretaría de Redacción: Gabriela Lilliana Alonso

Secretarías de Redacción Adjuntas: Viviana Cecilia Krsticevic
Roberto Pablo Saba

Secretario del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas
Estadísticas (COLAPJE - Zona Sur): Ariel Edgardo Dulitzky

Redactores: Cecilia Rossi
Javier Rodríguez Galli
María Laura Velasco
Mario Alberto Villar
Mariano Godachevich
Christian Courtis
Mary Beloff
Patricio Cabrera Filisoni
Miguel Alberto Sama
Sergio Albornoz
Hernán Verly
Carlos Mitzelman
Alberto Fernando Föhrig
Beatriz Margarita Campos
Martín Moncayo von Hase

Colaboradora en el exterior: Silvana Bacigalupo (España)

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

LECCIONES Y ENSAYOS

1991

LyE

55



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1991

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

Correspondencia: Diríjase a

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones

Figueras Alcorta 1263 - CP-1425
Buenos Aires - Argentina

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.
Lavafile 1236 - (1048) Buenos Aires

ISSN: 0024-0079

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

EDITORIAL

"La Facultad de Derecho no sólo debe formar buenos abogados sino buenos ciudadanos, logrando de ellos la superación del hombre ...sin espíritu crítico, que forma ese rebaño de gentes irresponsables, que ignora los ideales de una democracia y las libertades esenciales para que una democracia funcione. Nunca sería más improductiva la labor de la Facultad y más inútilmente onerosa para el país si entrega diplomas de capacitación al que no la tiene en el orden profesional y al que carece de la personalidad moral que debe tener el ciudadano de una democracia, de lo cual la Universidad debe ser responsable".

"Lecciones y Ensayos" es un ámbito dentro de la Facultad donde, en un espíritu de tolerancia y pluralidad ideológica, se intenta lograr los objetivos que tan claramente planteara el doctor Ahumada en el párrafo citado.

Desde 1987, fecha en la que se reedita la revista después de un oscuro período de ausencia, hemos realizado numerosos congresos, conferencias, seminarios, incentivando la vida intelectual de la Facultad.

A través de cada uno de nuestros actos se evidenció una fuerte vocación por la libertad y la democracia. Proyectamos un cambio en las condiciones de ingreso al cuerpo directivo de la revista que relativizaba el criterio absurdo y obsoleto del promedio; permitimos el ingreso de estudiantes que demostraron que el pensamiento incisivo y los valores cívicos no van necesariamente de la mano de un ocho de promedio general.

Desde principios de 1990 se nos ha privado del local donde realizábamos nuestras reuniones y desde donde organizábamos las actividades; sufrimos numerosas dificultades administrativas; en diciembre se vence el contrato con la editorial de la revista.

"Lecciones y Ensayos" pretende seguir en pie como tribuna para la discusión académica y como paradigma de la vida democrática. Procuramos colaborar en la misión de la Universidad de formar no sólo buenos profesionales sino buenos ciudadanos para que el esfuerzo de la Nación no sea estéril.

Es por eso que retomando los ideales de la Reforma Universitaria afirmamos que con nuestra revista "contamos para el país con una vergüenza menos y una libertad más. Los dolores que quedan son las libertades que faltan".

DE LECCIONES Y ENSAYOS N° 1

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

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

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

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

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

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

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

IGNACIO WINICKY

ÍNDICE

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

LECCIONES

Dáuria, Aníbal A., <i>Apuntes para un enfoque pragmático de los derechos humanos y su fundamentación</i>	13
Fernández Segado, Francisco, <i>Reflexiones en torno a la composición del Tribunal Constitucional de España</i>	33
Gargarella, Roberto, <i>Constitución y principios democráticos. Acerca de la irrelevancia moral de la Constitución</i>	61
Milde, Michael, <i>Funciones legislativas de la OACI</i>	97
Mosset Iturraspe, Jorge - Alterini, Atilio Anibal, <i>La reforma de la responsabilidad médica: ¿responsabilidad o seguro?</i>	115
Vinuesa, Raúl Emilio, <i>La responsabilidad del Estado frente a las desapariciones forzadas de personas según la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	131

ENSAYOS

Abregú, Martín, <i>El crimen televisivo. De la violencia en la comunicación y de la comunicación de la violencia</i>	153
Alonso, Gabriela Liliana, <i>Fertilización "in vitro": una afirmación de vida</i>	173

Baistrocchi, Eduardo A. - Rodríguez Galli, Javier, <i>Hacia la protección del consumidor. La responsabilidad por daños al consumidor en el proyecto de ley de los doctores Atilio A. Altetini, Roberto López Cabana y Gabriel A. Stiglitz</i>	219
Beloff, Mary Ana, <i>Individualización de la pena. ¿Más allá del bien y del mal?</i>	247
Correa, Rosaria, <i>Derecho procesal constitucional-Derecho constitucional procesal, una misma disciplina</i> ..	265

CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

Courtis, Christian, <i>En nombre del juego</i>	273
--	-----

HOMENAJES

Sanguinetti, Horacio, <i>Recordando a Ignacio Winizky</i> ..	287
--	-----

MISCELÁNEA

Cuentos	295
Ficción jurídica	305
¿Lo sabía?	309

LECCIONES

APUNTES PARA UN ENFOQUE PRAGMATISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU FUNDAMENTACIÓN

ANIBAL A. DÁURIA

A) INTRODUCCIÓN

1. UBICACIÓN DEL TEMA

No es fácil hallar un significado claro y preciso a la expresión "derechos humanos". Suele decirse que tales derechos pertenecen —por naturaleza— a todo ser humano, sin más razón que ser humano. Es decir, no se trata de derechos reconocidos a los individuos en tanto comerciantes, turistas, automovilistas o profesionales, sino en tanto hombres.

Sin embargo, el planteo del tema es mucho más complejo. Incluso dejando de lado la dificultad que implicaría intentar definir en forma unívoca el concepto de "ser humano", quedaría aún por aclarar el significado del giro "tener un derecho humano", y en qué contexto debería entenderse la expresión.

Podría sostenerse que "tener derecho" equivale a poseer la facultad de acudir a los organismos estatales con la intención de hacer reconocer una pretensión frente a otros que la desconocen. Pero cuando se dice que "tal gobierno viola los derechos humanos" no es aquello precisamente lo que se desea significar. En efecto, una persona puede tener la facultad de acudir a los órganos estatales a reclamar, independientemente de la actitud que el Estado adopte frente a esos reclamos.

También podría argüirse que "tener derecho" significa ser beneficiario de un interés protegido jurídicamente. Pero

tampoco es éste el sentido en que —según parece— debe interpretarse la expresión “tener un derecho humano”. Ocurre que cuando afirmo que “la legislación de tal Estado vulnera los derechos humanos”, estoy implicando, precisamente, que hay ciertos intereses que no reciben protección jurídica.

No deseo extenderme en este tipo de disquisiciones. Sólo quiero establecer que la expresión “derechos humanos” debe entenderse en un contexto no jurídico. Pero ¿significa algo “tener un derecho” en un contexto no jurídico? ¿Qué contexto del discurso es éste: moral, ideológico, político? ¿Son estos conceptos tan distintos, o sólo se trata de términos con diferente carga de emotividad pero con igual referencia? Intentar una respuesta es más que difícil; además, desborda el objetivo de este ensayo. Personalmente, no voy a rotular ni motejar el contexto discursivo en que la expresión “derechos humanos” cobra importancia. Sólo diré, al respecto, que la finalidad de las declaraciones internacionales sobre derechos humanos es, especialmente, presentar “modelos” a los Estados en los cuales inspirar sus respectivas legislaciones.

En otras palabras, sostener que “todos los hombres tienen ciertos derechos humanos” (aunque jurídicamente no los tengan) parece querer decir, en realidad, que “todos los hombres deberían tener ciertos derechos”. Ahora bien, la inclusión de ese “deberían” implica claramente una valoración, es decir, la emisión de un juicio acerca de la “bondad” o “justicia” del ordenamiento jurídico en cuestión. La discusión se centra, entonces, en el viejo problema de los “valores” —¿qué son? ¿en qué consisten? ¿tienen existencia independiente del sujeto?—.

2. UN MODO DE VER LAS COSAS

El tema de la relatividad o la trascendencia de los “valores”, tan recurrente de un tiempo a esta parte, no ha sido siempre, sin embargo, la obsesión de la filosofía moral. En sus orígenes helénicos, la ética centraba su atención en torno de la “virtud”, cualidad que consistía en la adecuación de la conducta a las expectativas de un rol social. Se era un esclavo virtuoso, un guerrero virtuoso o un gobernante virtuoso en la medida en que el comportamiento de éstos era acorde con lo que se esperaba de sus respectivos roles¹.

¹ Mac Intyre, A., *Historia de la ética*, capítulos I, II, III y IV.

Sin embargo, si bien los valores no constituían un problema filosófico esto no implica que se negara su existencia como tales. Por el contrario, ocurre que ni siquiera podía dudarse acerca de su objetividad; como su existencia objetiva era presupuesta, no significaban un problema para la filosofía moral.

En aquellos remotos tiempos parecía no tener cabida la moderna distinción entre un plano normativo y otro descriptivo del discurso. En la filosofía clásica griega, el Ser, lo Perfecto, lo Bueno y lo Belle —conceptos tan vagos como ambiguos para nosotros— se correspondían mutuamente. El "mundo de las ideas" de Platón no era una posibilidad o un deseo; era real y objetivo. En términos de David Apter —destacado politólogo norteamericano— aquellas comunidades vivían en un universo simbólico altamente consummatorio en cuanto a los valores sociales. No se entendía la noción de valores instrumentales. Su concepción del mundo no diferenciaba lo sacro de lo profano; todo tenía significado trascendente¹.

La mitología griega, plena de dioses humanizados y hombres divinizados, constituye una prueba significativa de lo que aquí se afirma.

3. OTRO MODO DE VER LAS COSAS

Quizás hayan sido los sofistas, con Protágoras a la cabeza, quienes causaron las primeras rajaduras en aquella concepción dominante —casi monopolítica— del universo. Sin embargo, se necesitaron varios siglos para que todo ese edificio simbólico trascendente comenzara a desmoronarse.

Puede encontrarse en Hume un importante punto de referencia en esta larguísima evolución. Este filósofo escocés postuló en forma clara y tajante la hoy clásica separación entre dos planos diferenciados del discurso: el ser y el deber ser; las cosas como efectivamente son y las cosas

¹ Apter, David, *Estudio de la modernización*, p. 116. Según este autor, esas comunidades conformaban sistemas políticos teocráticos —en un sentido amplio— en los cuales "no hay distinciones agudas entre el universo natural y el Estado, ni existe tampoco una línea divisoria precisa entre los vivos y los muertos, ni entre el Estado real y el trascendente, vale decir, entre el reino del hombre y el reino de Dios. Las leyes tienden a vincularse con las costumbres, el ritual y otras prácticas religiosas que se originan en la profecía —ya sea de oráculos o personales— o por decreto".

como quiero que sean o como creo que deberían ser. . . Suele reconocerse en este simple principio el fundamento de la ciencia moderna. También en él se apoyan influyentes escuelas filosóficas de nuestro siglo, específicamente el empirismo lógico.

A partir de aquí, la certeza objetiva —fundada en la verificación empírica— caracteriza a los enunciados descriptivos o sintéticos. Por otro lado, el relativismo y el subjetivismo son característicos del discurso valorativo. En otras palabras: "el cielo es azul" es objetivamente cierto en tanto pueda verificarse que el cielo es efectivamente azul (Tarski); en este contexto parecería tonto sostener que "deseo que el cielo sea azul" o "creo que el cielo debería ser azul". En cambio, afirmar que "es injusto pagar impuestos" significa simplemente emitir una apreciación personal no susceptible de verdad o falsedad; pretender darle un alcance mayor constituye un sinsentido.

4. EL UTILITARISMO: UN COMPLEMENTO

Ahora bien, no puede decirse que tal relativismo axiológico constituya una doctrina ética. Simplemente describe una situación real, sin pretensiones de prescribir conductas a seguir. Nadie discutirá que, de hecho, los hombres sostienen múltiples y diversas escalas de valores, muchas veces incompatibles y en conflicto. Pero, si del relativismo moral no puedo derivar ninguna pauta para dirimir socialmente estos conflictos interéticos, ¿cómo saber qué escala de valores implementar políticamente en la comunidad? El utilitarismo, partiendo de una base ética relativista, ofrece un método: la mayor felicidad para el mayor número.

Pocas doctrinas filosóficas han sido tan distorsionadas y mal interpretadas como el utilitarismo. Sin embargo, no pretendo aquí contestar críticas ni objeciones. Sólo quiero subrayar que la filosofía utilitarista debe comprenderse en un nivel metadoctrinario, es decir, no como un código ético particular, sino como un método para resolver controversias entre diversas morales enfrentadas.

A continuación expondré los lineamientos básicos del utilitarismo de John Stuart Mill³, autor que presenta ciertas diferencias respecto a J. Bentham.

³ Mill, John S., *El utilitarismo*

a) En primer lugar, según Mill, el utilitarismo renuncia a probar su propia bondad, pues debería, en ese caso, referirse a su propia utilidad, lo que implicaría caer en la paradoja de la autorreferencia. Los fines últimos no pueden probarse; la bondad de algo sólo puede demostrarse con relación a otro bien cuya bondad se presuponga⁴.

b) Para el utilitarismo, entonces, el fin último es un hecho que se presupone: la búsqueda de la felicidad (aumento del placer y disminución del dolor). Todos los bienes que los hombres buscan son medios para la felicidad o son parte de una concepción personal sobre la felicidad. De esta forma, la pauta para decidir entre prescripciones éticas en controversia es la de la mayor felicidad para la mayor cantidad de individuos⁵.

c) Según Mill, el motivo personal de un agente para realizar una acción es independiente de la "moralidad" (éase "utilidad") de la acción en sí. En efecto, es posible realizar acciones nobles (útiles para el mayor número) persiguiendo fines egoístas, por ejemplo, una recompensa pecuniaria. Así, el interés personal no es necesariamente incompatible con la felicidad de la mayoría (se trata de una llamativa analogía con la idea de la "mano invisible" de Adam Smith).

d) Por último, corresponde señalar nuevamente que el utilitarismo, más que un código ético, es un criterio o técnica para disminuir los conflictos morales que se producen por la convivencia en sociedad. El mismo contenido conceptual del término "utilidad" es relativo y, por ende, cambiante. No en todo momento ni en todas partes se halla placer de la misma manera. Para conocer la cantidad de felicidad que algo puede proporcionar —v.gr., una conducta—, el utilitarismo se apoya en el método de ensayo y error. Supone la capacidad del hombre para aprender de las experiencias pasadas.

Expuesta brevemente en estos cuatro ítems (a, b, c, y d) la técnica utilitarista, corresponde retomar ahora el hilo de mi narración.

⁴ MILL, *El utilitarismo*, capítulo I. Ésta es la concepción instrumental de los valores que William James extendió a la noción de "verdad".

⁵ Conviene señalar, sin embargo, que Mill, a diferencia de Bentham, admite niveles cualitativamente superiores o inferiores de placeres. ("Es mejor ser Sócrates insatisfecho que un cerdo satisfecho".)

5. TENDENCIA CONTEMPORÁNEA: ¿UN TERCER MODO DE VER LAS COSAS?

Hasta ahora se ha sostenido que el mundo antiguo difícilmente podía desdoblarse lo real y lo valorativo. En cambio, la moderna mentalidad científica (¿ideológica?) distingue claramente entre hechos objetivos y valoraciones personales. Esto constituyó un importante avance del relativismo. Sin embargo, esa misma línea divisoria del ser y el deber ser significó también un límite de contención a la contingencia y la subjetividad. En efecto, al tiempo que se admite el relativismo en un plano, digamos, "axiológico", o "valorativo", se sostienen certezas objetivas y verificables en otro plano, llamémosle "epistemológico".

En épocas recientes, aunque con importantes precursores en la historia del pensamiento, surgen intentos de penetración relativista en lo que hasta ayer fuera el inexpugnable ámbito de la ciencia. Se trata de desobjetivizar las verdades empíricas. Se tambalea el fuerte de la objetividad científica. Las investigaciones de Thomas Kuhn sobre "paradigmas"; la crítica de Paul K. Feyerabend a la epistemología y a la metodología científica; la moderna teoría de la comunicación humana, expuesta, por ejemplo, por Paul Watzlawick; la influencia de la Escuela Crítica de Frankfurt; todos constituyen importantes aportes y fundamentos para el nuevo relativismo radical que amenaza desterrar a la historia la clásica separación entre hechos y valores, entre ser y deber ser. Tanto es así que en epistemología ya casi no se habla de objetividad sino de intersubjetividad. La certeza absoluta pierde terreno. Ya no hay lugar para verdades objetivas, sean metafísicas o empíricas.

Si se pregunta a una mente científica cómo separar lo descriptivo de lo valorativo, contestará: "fácil: descriptivo es lo que percibo con los sentidos; valorativo, todo lo restante".

Contaré al respecto una simple anécdota. En cierta ocasión, polemiqué con un amigo quien sostenía, firmemente convencido, la existencia objetiva de ciertos valores. Ante mi obcecada "miopía axiológica", mi interlocutor decidió poner fin a la discusión, de la siguiente manera: "Hay dos posibilidades: o bien usted miente al sostener que no percibe como evidentes ciertos valores que yo sí percibo, o bien realmente no los percibe, en cuyo caso me apeno por usted

porque se encuentra privado de uno de sus sentidos". Según esta última posibilidad, yo sería algo así como un "ciego del alma", un "sordo espiritual", o algo por el estilo.

Dicho esto, debo confesar que yo sostendría la misma posición en caso de que la discusión, en lugar de referirse a la justicia, se refiriese, por ejemplo, a la existencia objetiva de una mesa. En otros términos: si alguien se negara a reconocer que la mesa está allí, delante de sus propios ojos, yo pensaría que, o bien miente al decir que no la ve, o bien no la ve porque es ciego. ¿Es en realidad tan fácil y evidente distinguir lo descriptivo de lo valorativo?

6. BREVE RECAPITULACIÓN

En síntesis, las eternas discusiones de filosofía moral acerca de la objetividad o subjetividad de los valores están afectadas, desde el vamos, por las múltiples y diversas percepciones individuales que del mundo hay. Cuando un objetivista sostiene que algo es justo, en realidad está describiendo una cualidad, de la misma manera que si hablara del tamaño o del color; en su construcción de la realidad el principio de Hume no tiene cabida. Por otra parte, el "relativista a medias" sostendrá que un enunciado del tipo "esto es justo" es una apreciación personal sin realidad fuera del sujeto que lo afirma, mientras que un enunciado del tipo "esto es verde" constituye una descripción de la cualidad objetiva de algo, independiente del propio sujeto; su concepción del mundo distingue entre juicios de valor y juicios objetivamente verificables. Por último, el "relativista radical" sostiene que es tan subjetivo y contingente afirmar que algo es justo como afirmar que algo es verde; su representación del universo vulnera el principio de Hume, pero relativizándolo todo.

Mi intención hasta aquí ha sido fundamentar la siguiente apreciación: a los efectos de intentar superar las controversias filosóficas acerca de los valores, el problema moral no puede separarse del problema gnoseológico; ambos conforman un mismo problema. La forma de encararlo es evitar los prejuicios que impiden la comunicación entre las diversas puntuaciones de la realidad que tiene cada uno de nosotros. A mi juicio la única corriente del pensamiento capaz de hacer algún aporte en este sentido, es la vertiente norteamericana del pragmatismo.

B) PRAGMATISMO

7. LA ALTERNATIVA DEL MÉTODO PRAGMATISTA

Se ha dicho que el principio de Hume representa un importante hito en la historia del pensamiento⁴. Esto es así, especialmente, porque separa dos concepciones (percepciones, construcciones, puntuaciones) bastante distintas acerca del mundo. A modo de tipos ideales, tales puntuaciones de la realidad –según la terminología de Watzlawick⁵– fueron caracterizadas bajo los nombres de "objetivismo" y "relativismo a medias".

También he insinuado que el utilitarismo clásico de Bentham y Stuart Mill, si bien significa un intento importante para saltar del relativismo a la acción, no logró superar las barreras comunicacionales impuestas por el principio de Hume. Así, el utilitarismo limitó su propio campo de aplicación, presuponiendo la validez de la distinción establecida por el filósofo escocés⁶.

A continuación, haré una exposición general de los lineamientos básicos del método pragmatista. A estos efectos, me apoyaré principalmente en el pensamiento de William James y John Dewey. Sin embargo, introduciré las apreciaciones personales que estime convenientes.

En primer lugar, hay que subrayar que el pragmatismo no es una filosofía sustancialmente distinta del utilitarismo; más bien es un sucedáneo de éste. En efecto, no obstante las diferencias –no siempre secundarias–, tanto el uno como el otro son propuestas de criterios para sobrellevar la discusión e intentar una superación práctica en las cuestiones filosóficas. La particularidad del pragmatismo, al decir de Dewey, radica en que elimina no sólo todo prejuicio metafísico, sino también todo prejuicio epistemológico. En este sentido podría decirse que el utilitarismo tradicional es un "pragmatismo a medias", de la misma manera que su corre-

⁴ En el mismo sentido, Bann, S. I. - Peters, R. S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, p. 13-16.

⁵ Watzlawick, Paul, *¿Es real la realidad?* Confusión, distorsión, comunicación.

⁶ Para una crítica pragmatista del utilitarismo, ver Dewey, John, *La reconstrucción de la filosofía*, p. 188.

lativa puntuación del mundo es del tipo "relativista a medias".

William James —filósofo pragmatista y prominente psicólogo— advirtió el obstáculo comunicacional que representaban las diversas representaciones de lo que suele llamarse "realidad". Como consecuencia de esto, esquemáticamente caracterizó dos tipos de "temperamentos filosóficos" que, aparentemente, se corresponden con lo que aquí se ha escrito. En su Conferencia primera sobre pragmatismo (*El dilema actual en la filosofía*), James dice: "Históricamente, hallamos los términos 'intelectualismo' y 'sensualismo' usados como sinónimos de 'racionalismo' y 'empirismo'. La Naturaleza parece combinar frecuentemente con el intelectualismo una tendencia idealista y optimista. Por su parte, los empiristas suelen ser materialistas, y su optimismo es decididamente condicional y trémulo. El racionalismo es siempre monista. Parte del todo y de las ideas universales y se preocupa mucho de la unidad de las cosas. El empirismo comienza en las partes y hace del todo una colección, no sintiendo, por tanto, aversión a llamarse pluralismo. Corrientemente el racionalismo se considera más religioso que el empirismo, pero hay mucho que decir sobre esta pretensión, como veremos. Es una pretensión justa cuando el individuo racionalista es un hombre de sentimientos, y cuando el empírico se enorgullece de ser testarudo. En este caso el racionalista, por lo general, se mostrará partidario del llamado libre albedrío, y el empírico será fatalista, según los términos vulgares. El racionalista, finalmente, será de temperamento dogmático en sus afirmaciones, mientras que el empírico parecerá más escéptico y abierto a la discusión"⁹.

El pragmatismo propone una técnica, un método, para abordar las discusiones, superando los problemas comunicacionales surgidos de las diversas percepciones del mundo.

Por pragmatismo suele entenderse dos cosas perfectamente separables¹⁰. Por un lado, el término se refiere a una concepción instrumental de la verdad; esta concepción, no obstante su interés y originalidad, no es propiamente el tema que me ocupa¹¹. Por otro lado —y esto sí es lo que

⁹ James, William, *Pragmatismo. Un nuevo nombre para algunos antiguos modos de pensar*, p. 37.

¹⁰ James, William, *El significado de la verdad*.

¹¹ Para un conocimiento adecuado de la teoría instrumental de la verdad, me remito a las dos obras de James citadas en la bibliografía.

aquí importa— significa un método para abordar problemas. En este segundo sentido, todo el método pragmatista puede resumirse así: a) trasladar el planteo del problema al análisis concreto de alguna situación específica, y b) paralelamente, interrogarse acerca de las consecuencias que los posibles cursos de acción puedan producir. Al primer principio se lo puede llamar "principio de particularidad", y al segundo, "principio de consecuencias".

Según estos principios, sólo los problemas concretos son reales problemas; por lo tanto, a problemas concretos corresponden soluciones concretas, particulares. Se rechaza toda apelación a principios generales, fines últimos o leyes inmutables. Cada situación establece sus propias prioridades¹². Dice Dewey: "El sentido práctico de la situación —es decir, la acción que es precisa para satisfacerlo— no es evidente por sí mismo. Es preciso buscarlo. Existen deseos en pugna y bienes aparentes que constituyen un dilema... Es preciso, por consiguiente, llevar a cabo una investigación; observar la conformación detallada de la situación; el análisis de sus distintos factores; la aclaración de lo que es oscuro; el apartamiento de los rasgos más vivaces e insistentes; el rastrear las consecuencias de los distintos modos de acción que se nos sugieren; el mirar la decisión a que hemos llegado como hipotética y de tanteo hasta que hayamos hecho la cuenta de las consecuencias previstas o supuestas que nos llevaron a su adopción para ver el saldo que presentan con las consecuencias reales"¹³.

Si las consecuencias prácticas de afirmar la verdad o la falsedad de un juicio son las mismas en uno u otro caso, la discusión es puramente semántica¹⁴. Un ejemplo aclarará la propuesta pragmatista.

A y B son médicos que intentan solucionar el problema estomacal que aqueja a C. Mientras A sostiene que C se encuentra afectado por la enfermedad "x", B está convencido de que la enfermedad que ocasiona el dolor es "y". Si C fuera un pragmatista y tuviera apuro en hallar solución a su problema de salud, lo primero que haría sería ver si la discusión entre A y B tiene algún sentido en la práctica. A estos fines, C debería preguntar a A cómo curaría la enfermedad "x", y a B, cómo curaría la enfermedad "y". Si la

¹² Dewey, *La reconstrucción de la filosofía*, p. 180.

¹³ Dewey, *La reconstrucción de la filosofía*, p. 175.

¹⁴ James, *Pragmatismo y El significado de la verdad*.

respuesta de A acerca de "x" fuera igual a la de B respecto de "y", entonces, la polémica sería puramente semántica. Si las respuestas difirieran, y C estimara en algo su salud, le convendría consultar urgentemente a un tercer médico. Es importante señalar que lo que hace que la discusión sea o no puramente semántica, según el pragmatismo, no tiene nada que ver con los síntomas que definen a cada enfermedad —como podría sostener un empirista lógico—, sino los cursos de acción que propone cada médico.

Personalmente estoy convencido de que una recepción del pragmatismo en el ámbito político constituiría un importante refuerzo cultural del sistema democrático. En efecto, la desdogmatización ideológica que tal método implica, disminuiría la intensidad del conflicto, eliminando los problemas aparentes o semánticos que, a manera de cortinas de humo, impiden o demoran la solución real de los problemas concretos. En otras palabras: no importa si la propiedad es o no un derecho natural; tampoco importa si existirá alguna vez un paraíso socialista; lo que interesa es cómo solucionar, aquí y ahora, el problema del niño que tiene hambre y frío y el problema de los semáforos que no funcionan.

En síntesis, el pragmatismo es una propuesta para saltar del relativismo radical a la acción. Por relativismo radical debe entenderse el reconocimiento de que hay muchos y variados puntos de vista acerca de todo, y no hay razón para discriminarlos por prejuicios de ninguna índole, sean metafísicos o epistemológicos. El pragmatismo anota a su favor dos tantos: no acepta teorías infalibles y unifica el problema gnoseológico con el moral¹⁵.

Así como el utilitarismo de Stuart Mill renunciaba a probar su propia bondad, el pragmatismo (radicalización de aquél, no obstante algunas diferencias) no puede dar prueba de su verdad; sólo le cabe decir que es práctico. Se lo toma o se lo deja.

C) APLICACIONES Y CONCLUSIONES

8. IRNATURALISMO Y RETROSPECTIVA PRAGMATISTA

Es necesario diferenciar la idea medieval sobre un orden natural objetivo y la concepción iluminista de los dere-

¹⁵ Dewey, *La reconstrucción de la filosofía*, p. 182.

chos naturales propia de los siglos xvii y xviii. Según el método pragmatista, la distinción debe hacerse atendiendo a las consecuencias prácticas que aquellas doctrinas produjeron en sus contextos socio-históricos.

La concepción medieval no hablaba de derechos de los hombres (desconocía la noción de "derecho subjetivo"). Se trata más bien de la postulación de un orden universal armónico, justo, acorde a la voluntad de Dios. Toda la filosofía medieval está volcada a la teología. Es una concepción religiosa que ubica a cada hombre y a cada elemento del Universo en "su lugar" propio y fijo. Toda la escolástica medieval postula la existencia de ese orden natural y objetivo. Las diferencias entre los teólogos y filósofos se dan sólo respecto de los medios por los cuales se conoce ese orden. Unos verán en la razón un complemento de la fe, complemento apto para acceder a ese orden de las cosas cuya existencia no es puesta en duda. Otros desearán la vía racional, depositando exclusivamente en la fe el acceso al conocimiento de la voluntad divina (tal como la famosa expresión de Tertuliano: "creo porque es absurdo").

Estas diferencias se manifiestan en la gran disputa filosófica de la Edad Media: la denominada cuestión de los universales. Los "realistas" (en realidad "idealistas") sostenían la realidad —en sentido platónico— de las ideas, independientemente de las cosas. Los "nominalistas" vetan en las ideas simples convenciones basadas en datos provenientes de los sentidos, coleccionados y combinados por semejanza.

En esas posiciones puede verse por qué algunos confiarán más en la razón y otros la limitarán. Dice, al respecto, José María Valdeverde: "...los nominalistas propugnan una relación con Dios menos racional y más intuitiva, mística y sentimental, aceptando incluso el absurdo de Tertuliano. Pero los otros, 'realistas' o 'racionalistas', no son menos religiosos; para ellos, la razón es un camino más digno de confianza hacia Dios: *fides quaerens intellectum* (la fe buscando la intelección)"¹⁶.

Sin embargo, el resultado práctico era el mismo en uno u otro caso: la postulación de un orden natural universal con el cual se debía estar acorde, respetando los roles que habían sido asignados a cada hombre y a cada cosa.

¹⁶ Valdeverde, José M., *Historia del pensamiento*, t. I, p. 271.

La doctrina de los derechos naturales, propia de los siglos xvii y xviii, centra su atención en el individuo (se aprecia aquí claramente el paso de una cosmovisión teocentrista a otra antropocentrista).

Según el iusnaturalismo iluminista, todo hombre tiene por naturaleza ciertos derechos que la sociedad —y, por ende, el derecho positivo— no puede dejar de reconocer. Es más, la sociedad política sólo tiene sentido y justificación en tanto garantice esos derechos naturales de los individuos (especialmente la propiedad, la libertad religiosa y la libertad de contratar).

Esta teoría de los derechos naturales subjetivos, en realidad, supone también la existencia de cierta normatividad natural.

La diferencia con la concepción objetiva del orden natural, según Benn y Peters, está en la acentuación que se pone en los individuos¹⁷.

Los efectos prácticos de esta doctrina son bien conocidos. La teoría de los derechos naturales como derechos subjetivos inalienables fue una bandera de lucha contra el absolutismo y todo el Ancien Régime. Fueron credo de los revolucionarios ingleses (1688), norteamericanos (1776) y franceses (1789).

Como conclusión y resumen de esta breve comparación, puede coincidirse con las siguientes líneas de Benn y Peters: "mientras en las teorías medievales se proclamaba la racionalidad de los órdenes sociales establecidos como partes del orden del universo, la doctrina moderna formulaba reclamos a las autoridades eclesiásticas y políticas establecidas, al adquirir una mayor fluidez la estructura social. La idea de que todo hombre tenía un puesto y una función fijos en un orden establecido de antemano, comenzó a resquebrajarse frente a un individualismo arrollador, que se expresaba teológicamente en el protestantismo, económicamente en el capitalismo mercantilista, y política y filosóficamente en la teoría de los derechos naturales y el contrato social. La nueva teoría estaba destinada a ser, no una justificación, sino una crítica del orden social existente; el tono adoptado por ella fue radical, y su pretensión postrera, revolucionaria"¹⁸.

¹⁷ Benn - Peters, *Los principios sociales y el Estado democrático*, p. 108.

¹⁸ Benn - Peters, *Los principios sociales y el Estado democrático*, p. 108.

9. APRECIACIÓN PRAGMATISTA DE LAS ACTUALES DECLARACIONES DE DERECHOS HUMANOS

En cuanto a los actuales "derechos humanos", ¿qué puede decirse? A primera vista, parecerían ser una reformulación de los derechos subjetivos naturales de los siglos xvii y xviii. La diferencia estribaría, aparentemente, en una ampliación de la nómina de derechos. Mientras los derechos naturales clásicos contemplaban al hombre en tanto individuo aislado, la contemporánea concepción de los derechos humanos lo encuadran en sus múltiples relaciones sociales, culturales, políticas, económicas, laborales, familiares, ambientales, etcétera. Además, se dice, ya no basta la abstención del Estado en ciertas esferas reservadas a los individuos; hoy se exige que el Estado efectúe acciones tendientes a promover el bienestar y el desarrollo de cada uno de sus integrantes.

Ahora bien, si se intenta analizar estos derechos según sus posibles consecuencias, es decir, según la óptica pragmatista, debería reconocerse, ante todo, que el tema suele plantearse a un nivel tal de generalidad y descontextualización —p.ej., las declaraciones internacionales— que impide derivar acciones o consecuencias concretas.

Los derechos naturales de los siglos xvii y xviii tuvieron una finalidad manifiestamente revolucionaria, pues se intentaba —y se logró— subvertir el orden socio-político establecido. La doctrina iluminista de los derechos naturales fue una herramienta política al servicio de quienes se opusieron al absolutismo. De aquella teoría se derivó la práctica revolucionaria contra quienes negaban aquellos derechos detentando el poder político en forma casi ilimitada. Es importante señalar que los poderosos de aquellos tiempos no sólo desconocían tales derechos con sus acciones, sino también con sus palabras; esto es una diferencia más importante de lo que parece respecto de los actuales derechos humanos.

Pero los listados contemporáneos de "derechos humanos" son, al menos verbalmente, reconocidos y exaltados universalmente. Las declaraciones internacionales de derechos humanos han sido firmadas por Estados y gobiernos tan numerosos como heterogéneos. ¿Es posible derivar de estos manifiestos alguna consecuencia práctica, revolucionaria o conservadora? A tal nivel de generalidad, no es mucho lo que puede decirse. Una aplicación concreta no

puede ser deducida de enunciados tan generales e, incluso, vagos. Sin embargo, es esa misma amplitud y generalidad lo que permite que estas declaraciones sean apoyadas por gobiernos y personas que, en los hechos, discrepan profundamente en cuanto a su aplicación específica.

Sintéticamente: no puede deducirse ninguna consecuencia práctica significativa acerca de las actuales declaraciones enumerativas de derechos humanos. Ni siquiera puede decirse, con alguna seguridad, que ellas tengan efectos conservadores ni reformistas, pues hoy en día —a diferencia de los siglos xvii y xviii— los derechos humanos, en cuanto expresión gramatical, son sostenidos y defendidos por Estados, organismos y personas de las más variadas e incompatibles ideologías. A lo sumo, y citando nuevamente a Benn y Peters, puede admitirse que: "sirven para llamar la atención sobre intereses importantes compartidos por la mayoría de los hombres, como el interés por la vida, en el poder disfrutar a solas de la propia intimidad, en la seguridad personal y en la seguridad patrimonial. Admitir tales intereses como 'derechos naturales' es prever que sólo pueden ser limitados por razones muy especiales: siempre el peso de la prueba corresponderá, y muy seriamente, a quien pretenda dejarlos de lado"¹⁶.

10. PRAGMATISMO Y ARGUMENTACIÓN

Otra consecuencia del análisis pragmatista de los derechos humanos es que muchas de las discusiones relativas al trasfondo axiológico del tema aparecen como puramente semánticas. En efecto, al situar al problema en el nivel de las consecuencias prácticas, muchas de las ocasionales polémicas entre exponentes de diversas doctrinas pueden presentarse como carentes de sentido.

Si, como sostiene el pragmatismo, el sentido de todo pensar es actuar, la finalidad implícita en toda discusión —donde se confrontan argumentos de todo tipo— es obtener de la contraparte algún comportamiento o conducta específica. En esto consiste convencer. Ahora bien, no importa cómo se autorrotule cada polemista (utilitarista, iusnaturalista, emotivista, intuicionista); si ambos coinciden en las

¹⁶ Benn - Peters, *Los principios sociales y el Estado democrático*, p. 117.

conductas a seguir en una situación concreta según sus respectivas posiciones o doctrinas, ambos están hablando de lo mismo. Sólo son diferentes los términos que cada uno utiliza. Un ejemplo: si A y B coinciden en condenar la pena de muerte, poco importa si uno se dice iusnaturalista y el otro no. Para el pragmatismo, tal discusión no sería más que semántica. La idea que B—utilitarista— tiene de “la mayor felicidad para el mayor número” coincide, en este caso, con la idea de A acerca del orden natural. Por el contrario, si A y B coinciden en sus argumentaciones y teorías, pero disienten en su aplicación práctica, acá la discusión sí tiene sentido.

Ambos utilizan un mismo rótulo para referirse a distintas acciones. Es evidente que la idea ética de uno no es igual que la del otro, por más que ambos se declaren de la misma escuela. En este caso la discusión cobra sentido práctico: convencer, no sólo al otro sino a los terceros, de la “bondad” de la propia concepción.

En esa última situación se nos presentan dos clases posibles de argumentación: a) argumentos del tipo “por qué”, y b) argumentos del tipo “para qué”. En a se invocan “causas” (p.e., la voluntad de Dios o el orden natural), mientras que en b se invocan “consecuencias o utilidades”. Pero ocurre que, si como se desprende del pragmatismo, el sentido de toda discusión es convencer—obtener cierta conducta de otros—, el primer tipo de argumentación, aunque resulta eficaz en ocasiones, encuentra un límite, más allá del cual se vuelve estéril.

Si un demócrata liberal defiende, ante un totalitario, la “justicia” de preservar un ámbito amplio de libertad individual frente a los órganos de gobierno, podrá alegar cualquier tipo de argumentos “causales”. Podrá, por ejemplo, remitirse a la dignidad del hombre, en cuanto ser creado a imagen y semejanza de Dios; si convence—en cuanto a comportamientos concretos—, la discusión habrá terminado. En caso contrario, puede seguir intentando con argumentos causales. Sin embargo, una vez empleado todo su arsenal de “por qué”, si no intenta explicar los “para qué” de su posición, estimo que la otra parte tendrá todo el derecho a suponer que actúa de acuerdo con la ley natural, la voluntad divina o lo que fuere, no tiene ninguna consecuencia benéfica; la supuesta voluntad divina y el supuesto orden natural son, en este caso, tan arbitrarios como la propia posición totalitaria frente a los derechos individuales.

11. **UN EJEMPLO DE ARGUMENTACIÓN UTILITARIA:
STUART MILL Y SU ENSAYO "SOBRE LA LIBERTAD"**

¿En qué consisten los aquí denominados "argumentos utilitarios"? Considero que el ejemplo por excelencia lo constituye el ensayo de John Stuart Mill *Sobre la libertad*²⁴. A continuación, haré una breve exposición de los "para qué" que brinda Mill en favor de las libertades individuales. Antes, sin embargo, es necesario dejar bien sentado que el pragmatismo no desecha, a priori, los argumentos no utilitarios (causales). Simplemente aporta una herramienta adicional en caso de que aquéllos resulten ineficaces. Es como un az en la manga. Si los argumentos utilitarios tampoco resultan, el pragmatismo no puede brindar ninguna otra solución más que un sano consejo: abandonar la discusión.

El ensayo de Mill *Sobre la libertad* data de 1859, por lo que es anterior a su trabajo acerca del utilitarismo. Sin embargo, en líneas generales, ambos ensayos guardan entre sí un alto grado de coherencia argumentativa.

a) El objetivo que se propone Mill en su obra es sentar un límite a la acción colectiva sobre el individuo, pues, sostiene, es tan temible la tiranía de la mayoría como la de una minoría. A este efecto, establece un principio que puede presentarse bajo tres facetas: 1) la defensa propia es lo único que permite a un individuo turbar la libertad de otro; 2) la fuerza contra un individuo sólo puede emplearse para impedir que perjudique a otros; 3) argüir el propio bien del individuo no es razón suficiente para coartar su libertad.

b) El propósito de Mill es fundamentar, específicamente, la libertad de pensamiento y discusión, sin recurrir a argumentos teológicos ni iusnaturalistas. No da "por qué" sino "para qué". Su argumento principal es el propio perjuicio que cada miembro de la sociedad —pertenzca a una mayoría o a una minoría— sufriría si tales derechos no fueran admitidos ni garantizados. Sostiene Mill que si una opinión es correcta, impedir su discusión prohibiendo la expresión de ideas contrarias, sólo contribuye a la debilitación de aquélla, pues, a la larga, se olvidarían los fundamentos en que se apoya. En efecto, la única razón para afirmar la

²⁴ Mill, John S., *Sobre la libertad*.

verdad de una opinión es que, no obstante permitirse su intento de refutación, esto no se haya logrado. Por otro lado, si tal opinión es incorrecta, impedir su discusión nos priva de conocer la verdad. En uno u otro caso, todos nos vemos perjudicados porque, o bien perdemos la oportunidad de mejorar y cambiar nuestras ideas, o bien de reforzarlas. Cabe señalar que John Stuart Mill, anticipándose ya a la concepción pragmatista norteamericana²¹, considera que la verdad de una afirmación es parte de su utilidad y, por ende, cuestión opinable (capítulo II).

c) Otra razón que da Mill, en la misma línea de argumentación, es que nada que se haya hecho se hubiera hecho si primero no lo hubiese hecho alguien. En otras palabras, todo es fruto de la originalidad; la libertad y la diversidad son la única fuente segura de progreso, ya que cada individuo significa un centro autónomo de creación e inventiva.

d) En el capítulo V de su obra, Mill esboza algunas aplicaciones de su idea. El comercio, por ejemplo, puede dejarse librado a los individuos en la medida en que ello signifique mayores beneficios para la sociedad en su totalidad, pero no hay objeción en contra de la intervención en el mercado en la medida en que esto represente un mayor bienestar para el mayor número. Relacionado con lo anterior, sostiene Mill que el Estado, para asegurar la libertad individual de todos sus integrantes (que, como se vio, es de interés público), debe intervenir para proteger a los débiles frente a los poderosos; éste es el fundamento de la legislación obrera, social y sanitaria. Por otra parte, tampoco es conveniente que el Estado monopolice la educación ni la actividad empresarial, pues ya se señaló la utilidad social que representa la originalidad y la diversidad (capítulo III de la obra referida). Además, en lo político, arguye Stuart Mill, si se aumentan innecesariamente las funciones de gobierno, se crea un factor de inestabilidad, ya que, al esperar todo del Estado, también se lo responsabilizará de todo; esto abre el camino a las revoluciones.

e) Finalmente, J. S. Mill concluye su ensayo prefigurando una vez más las tesis pragmatistas: no cabe concebir ninguna regla absoluta que separe la acción del gobierno y la esfera individual; se trata de una cuestión de detalle que

²¹ Es interesante recordar que James dedica a Mill una de sus obras y lo reconoce como inspirador y precursor de la filosofía pragmatista.

debe compatibilizar descentralización, eficacia e información. Pero siempre hay que tener presente que el Estado que anula a sus individuos termina por no servir de nada a nadie.

12. RESUMEN A MODO DE CONCLUSIÓN

a) Se estableció que el tema de los derechos humanos, en la forma que suele ser presentado, es extrajurídico. Procuré no emplear el rótulo "político", ni "moral", ni "ideológico" para evitar las connotaciones positivas y/o negativas que tales términos conllevan.

b) La cuestión de los valores es el problema que subyace en el tema de los derechos humanos. Se vio que las diferentes concepciones o puntuaciones de la realidad dificultan el entendimiento entre las distintas posiciones y teorías. Mientras unos escinden la realidad entre dos planos (ser y deber ser), los otros la conciben unitaria y objetiva; mientras unos crean los valores, otros los describen. Por esa razón se intenta abordar el problema desde una perspectiva que unifique lo axiológico y lo gnoseológico; una perspectiva sin prejuicios metafísicos, pero tampoco epistemológicos. Este enfoque parece ser característico del pragmatismo de James y de Dewey.

c) De acuerdo con el método pragmatista, se observó que las actuales declaraciones de derechos humanos se presentan a tal nivel de generalidad que impiden derivar de sí mismas consecuencias prácticas concretas y definidas. Incluso, es casi imposible determinar algún sentido político claro que pueda tñirlas de color conservador, reformista o revolucionario (tal como ocurriera en otros contextos históricos y sociales).

d) Otra conclusión pragmatista es que muchas de las polémicas interdoctrinarias de la filosofía moral no son más que semánticas. Esto es así, según el pragmatismo, cuando la conducta a seguir o la consecuencia a esperar son iguales en cada una de las doctrinas contrapuestas. Por el contrario, cuando las discusiones son reales, es decir, cuando se intenta determinar la acción de la contraparte o de terceros, los argumentos esgrimidos pueden ser de dos clases: 1) causales, y 2) utilitarios.

e) El pragmatismo no desecha ninguna de esas líneas argumentales. Simplemente las complementa a los fines

de superar las controversias. Si los argumentos del tipo 1 fracasan, se recurre a los del tipo 2, o viceversa; si ambos fracasan el pragmatismo no tiene más soluciones. Tampoco las tienen las demás doctrinas.

BIBLIOGRAFÍA

- Apter, David, *Ensayo de la modernización (Some conceptual approaches to the study of modernization)*, tr. Marta Silva, Bs. As., Amorrortu, 1970.
- Benn, S. I. y Peters, R. S., *Los principios sociales y el Estado democrático (Social principles and the democratic State)*, tr. R. J. Verengo, Bs. As., Eudeba, 1984.
- Dewey, John, *La reconstrucción de la filosofía (The reconstruction of the philosophy)*, tr. Armando Lázaro Rox, Barcelona, Planeta-Agostini, 1988.
- James, Williams, *Pragmatismo. Un nuevo nombre para algunos antiguos modos de pensar (Pragmatism: a new name for some old ways of thinking)*, tr. Luis Rodríguez Aranda, Bs. As., Planeta-Agostini, 1975.
- *El significado de la verdad (The meaning of truth)*, tr. Luis Rodríguez Aranda, Bs. As., Aguilar, 1980.
- Mac Intyre, A., *Historia de la ética (A short history of ethics)*, tr. Roberto J. Walton, Barcelona, Paidós, 1982.
- Mill, John S., *Sobre la libertad (On liberty)*, tr. Josef Sainz Pulido, Madrid, Orbis SA, 1988.
- *El utilitarismo (Utilitarianism)*, tr. Ramón Castilla, Madrid, Orbis SA, 1985.
- Peirce, Charles S., *El hombre, un signo (El pragmatismo de Peirce) - Antología - (The collected papers of Charles Sanders Peirce)*, tr. José Vericat, Barcelona, Crítica, 1988.
- Valdeverde, José M., *Historia del pensamiento*, Hispanérica.
- Verengo, R. J., *Derechos humanos y derechos subjetivos*, en "Lecciones y Ensayos", 1988, n° 49, p. 111, Bs. As., Astrea, 1988.
- Watzlawick, Paul, *¿Es real la realidad? Confusión, desformación, comunicación*, Barcelona, Herder, 1986.

REFLEXIONES EN TORNO A LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO *

1. INTRODUCCIÓN

El origen de la jurisdicción constitucional no siempre coincide con el inicio del fenómeno constitucional. Si en Estados Unidos la institución de la judicial review no sólo surge casi al unísono que el propio código constitucional, sino que admite ser considerada como algo consustancial a la Constitución (recordemos al respecto la célebre afirmación del juez Charles Evans Hughes: "Vivimos bajo una Constitución; mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es"), en Europa, por el contrario, no sucederá así.

En el fondo de esta divergencia se sitúa la antitética concepción que de la Constitución se tiene en Europa y América. En Estados Unidos, el Estado se constituye originariamente sobre el principio de legitimidad democrática, presentándose la Constitución como la emanación directa de la soberanía popular. En Europa, por el contrario, el Parlamento se afirma como un órgano que representa al pueblo ante el Rey y al que, en consecuencia, se le puede encomendar sin temor la definición y la defensa de los derechos ciudadanos frente a quien, históricamente, aparece como la única amenaza potencial. A ello se unirá el influjo de la doctrina de la infalibilidad parlamentaria, que se conecta con la concepción de la ley como expresión de la voluntad general. Fruto de todo ello será la atribución, especial-

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela.

mente en Francia, de un cierto control de constitucionalidad a órganos políticos.

La primera posguerra marcará un giro radical. Bajo el influjo de Kelsen, el constitucionalismo de esa época comenzará a acoger el instituto del control de constitucionalidad, bien que bajo prismas radicalmente diversos de los que regían en Norteamérica. Por de pronto, frente al llamado "control difuso" americano, que implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar aquellas leyes que juzguen contrarias a la Constitución, el modelo kelseniano plasma en un "control concentrado" que se confía a un sólo órgano, el Tribunal Constitucional, único competente para declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Bien es verdad que no serán tan sólo estas meras apariencias externas (de una pluralidad de órganos legitimados para juzgar acerca de la inconstitucionalidad frente a un único órgano) las que distinguan la jurisdicción constitucional concentrada de la difusa, sino muy profundas divergencias estructurales que responden a filosofías dispares. Hoy, sin embargo, la doctrina se muestra cada vez más proclive al reconocimiento de la superación de la alternativa sistema americano-sistema suítrico. Así, Pizzorusso ha sostenido que es posible combinar ambos sistemas y aun evolucionar hacia un solo sistema común. Y Leopoldo Elia se ha hecho eco de la atenuación de las divergencias entre uno y otro sistema, y en España, otro tanto ha sucedido con Cascajo y Gimeno Sendra.

En la segunda posguerra, nos encontramos con un generalizado desenvolvimiento en Europa de los Tribunales Constitucionales, que Taylor Cole concibe como productos de la reacción frente a un tenebroso pasado. Sin embargo, la nueva dimensión esencial del marco de referencia de la constitucionalidad de las leyes vendrá dada por la ampliación que se produce como consecuencia del abandono de una concepción rígidamente formalista del orden constitucional, para remontarse a un orden de valores subyacente en la Constitución que vincula a todos los poderes del Estado y hacia los que éste debe orientar su potestad normativa.

Gottfried Dietze ha llegado a afirmar que en nuestro tiempo la libertad individual sin la revisión judicial parece impensable, mientras que Mauro Cappelletti ha acuñado como título de una de sus obras la expresión *La jurisdicción constitucional de la libertad*.

2. LA BÚSQUEDA DE UNA INSTANCIA IDÓNEA

Una de las más arduas cuestiones que presenta el control de la constitucionalidad de las leyes es la de encontrar el órgano o instancia idónea para su eficaz desempeño. Ello nos conduce a la problemática del perfil orgánico de las instancias titulares de la jurisdicción constitucional, que a juicio de Taylor Cole, es lo que más ha preocupado siempre en Europa.

Haciendo omisión del Tribunal Supremo norteamericano y de los órganos que asumen la función de control en la Europa de entre guerras, nos referiremos ahora a los rasgos comunes que se desprenden de algunos de los órganos más significativos de la justicia constitucional en Europa (y específicamente, del Tribunal Constitucional Federal, de la Corte Costituzionale italiana, del Tribunal Constitucional austriaco, del Tribunal Constitucional portugués y del Consejo Constitucional francés, bien que teniendo presente respecto de este último que su naturaleza se aproxima más a la de un órgano político que a la de uno jurisdiccional).

La primera cuestión que la doctrina se planteó en torno al tema que nos ocupa fue la de determinar las razones por las que en Europa se prefirió elegir un órgano *ad hoc* al que encargar en exclusiva el control de la constitucionalidad, antes que atribuir esa función a un órgano judicial ya existente.

Cappelletti ha abordado detenidamente este tema. Nosotros nos haremos eco tan sólo de una de sus consideraciones, la que tiene como destinatarios a los jueces. Los magistrados europeo-continentales, señala el profesor italiano, son por lo general magistrados de carrera, poco aptos para asegurar una tarea de control de las leyes, dado que ésta es una función inevitablemente creadora y va mucho más allá de sus funciones tradicionales de "simples intérpretes" y de fieles servidores de las leyes, además de que tales magistrados están habituados por decenios a interpretar la ley con una técnica hermenéutica diferente a la del tipo del *policy-making decisions* que está en cambio inevitablemente implicada en una actividad de control de la validez sustancial de las leyes y de las aplicaciones de la norma constitucional.

Junto con esta argumentación, no podemos dejar de referirnos al influjo que ejercerá en la opción por un órgano único de control el pensamiento kelseniano. El propio ju-

rista vienés abordará, en un conocido artículo (*La garantie juridictionnelle de la Constitution*), el estudio de los rasgos orgánico-estructurales que debían caracterizar a un Tribunal Constitucional.

Parte Kelsen de que no se puede proponer una solución uniforme para todas las Constituciones; por el contrario, la organización de la jurisdicción constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada Constitución. Ello no será obstáculo para que Kelsen efectúe algunas consideraciones de alcance y valor generales.

a) Así, en primer término, entiende que el número de miembros de los Tribunales Constitucionales no deberá ser muy elevado.

b) En segundo lugar, en lo que al modo de reclutamiento de los magistrados se refiere, considera que no se puede propugnar sin reservas ni la simple elección parlamentaria, ni el nombramiento exclusivo por el jefe del Estado o el Gobierno. Quizás, apunta Kelsen, podrían combinarse ambas fórmulas.

c) En tercer término, el que ha sido considerado como "el jurista del siglo xx" subraya especialmente la conveniencia de una cualificación técnica de los magistrados. En la jurisdicción constitucional deben tener lugar adecuado los juristas de profesión.

d) En cuarto lugar, el fundador de la Escuela de Viena se inclina por la conveniencia de excluir de la jurisdicción constitucional a los miembros de instancias políticas.

e) Por último, Kelsen rechaza todo posible influjo político en la jurisprudencia constitucional; sin embargo, admite como posible que los especialistas, consciente o inconscientemente, puedan dejarse influir por consideraciones políticas. Si este peligro es particularmente notorio, el jurista vienés se inclina por aceptar más que una influencia oculta, y por tanto incontrolable, de los partidos políticos, una forma de participación legítima de éstos en la formación del Tribunal, por ejemplo, cubriéndose una determinada parte de los jueces del Tribunal a través de una elección parlamentaria en la que se habrá de tener en cuenta la fuerza relativa de los diferentes partidos.

En cualquier caso, Kelsen, en su conocida controversia con Carl Schmitt, rechazará la consideración de éste de que la justicia constitucional no conduce a jurificar la política, sino a politizar la justicia.

En todo caso, no podemos dejar de admitir que esa polémica en torno a la "politicidad" del juez constitucional está permanentemente abierta.

El punto de partida clásico de esta controversia es la cuestión de la tensión entre política y derecho, que inquiere si los graves problemas políticos que se someten a la decisión del Tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial. Por nuestra parte, creemos con Heinrich Triepel que es preciso partir de la clásica consideración de que el derecho público no es actuable sin consideración a la política. Es obvio que conceptos como Estado de derecho, Estado social, libertad, igualdad, etc., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto.

Consecuentemente, la justicia constitucional óptima no se asienta en una consideración del órgano titular de ella como una instancia puramente técnica según los esquemas kelsenianos de la pureza metódica, apartándolo de la realidad vital del Estado, que es dinamismo político; de ser así, el logro de a living Constitution, una Constitución viva, viviente, acorde en definitiva, con la realidad social, conseguido en Norteamérica a través de la judicial review sería una mera utopía.

Cappelletti ha llegado a admitir que, en ocasiones, la hermenéutica constitucional es una actividad más próxima a la actividad del legislador y del hombre de gobierno que a la de los jueces comunes. Ahora bien, esta consideración, por lo demás cierta, no puede hacernos incurrir en el extremo opuesto de pensar que las decisiones de los Tribunales Constitucionales se han de adoptar por motivos de oportunidad o conveniencia política; de ser así se incurriría en lo que, en una obra clásica, Eduard Lambert denominara "el gobierno de los jueces". Bien al contrario, como advierte Hans Joachim Fallér, las decisiones de los Tribunales Constitucionales son actos intelectuales de conocimiento jurídico y no actos de voluntad política.

A la vista de cuanto hemos dicho se impone una reflexión final. La interdependencia entre lo político y lo jurídico contribuirá decisivamente a perfilar la peculiar fisonomía de los Tribunales Constitucionales, tal como con relación a Alemania ha reconocido Theodor Maunz. Y Leibholz, en similar dirección, significa que el conflicto latente entre el elemento político, en movimiento constante, y el jurídico,

preferentemente en inalterable reposo, o para expresarlo de otra manera, entre existencialidad y normatividad, dará tanto al derecho constitucional como a la jurisdicción constitucional su propia y peculiar impronta.

3. RASGOS ESTRUCTURALES DE ALGUNOS ÓRGANOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

Tras las consideraciones que preceden, hemos ya de centrarnos en los rasgos genéricos que se pueden entresacar del análisis de la composición y estatuto jurídico de los miembros de algunos órganos de la justicia constitucional (República Federal Alemana, Italia, Austria, Portugal y Francia).

a) Ante todo, diremos que el número de miembros integrantes de estos órganos oscila, en los cinco estudiados, entre los nueve del Consejo Constitucional francés y los dieciséis del Tribunal Constitucional Federal alemán, pasando por los trece del Tribunal portugués, catorce del austríaco y quince de la Corte italiana.

b) En todos estos órganos participa el Parlamento en la elección.

En Alemania, es especialmente destacado su papel, pues los dieciséis miembros del Tribunal son elegidos, por mitad, por el Bundestag y el Bundesrat, y otro tanto cabe decir de Portugal, en donde la Asamblea de la República elige a diez de los trece integrantes del Tribunal.

En Austria, aunque también intervienen las dos Cámaras del Parlamento, el papel preponderante corresponde al Gobierno federal, quien propone al presidente, vicepresidente y seis miembros del total de catorce que integran el Tribunal Constitucional.

En Italia y en Francia, la composición de sus respectivos órganos de control de constitucionalidad es más equilibrada en cuanto en su elección participan tres instancias diferentes: el Presidente de la República, el Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras y las supremas magistraturas ordinaria y administrativas, en Italia, y los Presidentes de la República, de la Asamblea Nacional y del Senado, en Francia.

En definitiva, a la vista de la procedencia de los jueces constitucionales, se aprecia con nitidez una clara primacía

parlamentaria. Nosotros destacáramos asimismo la funcionalidad del procedimiento tripartito italiano, que se vincula, según Pizzorusso, a la función arbitral que entre los diversos poderes del Estado cumple la Corte Constitucional.

c) Esta primacía parlamentaria nos conduce a la problemática de la influencia de los partidos políticos en las propuestas de magistrados constitucionales. Hemos de decir al respecto que en una democracia de partidos, el influjo de éstos en cuantas decisiones competen al Parlamento es evidente. Esta circunstancia suscita el temor ante el peligro de politización partidista, que puede propiciar que el Tribunal Constitucional se convierta en una especie de tercera Cámara, lo que frustraría de raíz su posible funcionalidad.

A evitar ese peligro se enderezan, sin embargo, un conjunto de mecanismos legales, entre los que debemos referirnos ante todo a la exigencia de mayorías cualificadas. La necesidad de alcanzar estas mayorías ofrece la ventaja de obligar a un cierto consenso entre las fuerzas políticas, lo que a su vez conduce a que los magistrados constitucionales puedan gozar de una amplia legitimación parlamentaria.

Ello es importante, pues no cabe ignorar que, como pusiera de relieve Mortati, al referirse a los debates constituyentes italianos, un control de constitucionalidad que se lleve a cabo por un órgano que fuese un simple reflejo de las fluctuaciones de la opinión pública, limitándose a registrar la voluntad de los partidos de la mayoría, perdería su razón de ser, la cual sólo quedará satisfecha cuando se confiera a los jueces una relativa independencia de las fuerzas políticas. "Una Corte *longa manus* de las Cámaras y de los partidos —ha señalado recientemente el profesor La Pergola—, sólo es concebible en un régimen asambleario, no en una democracia constitucional".

d) De cierta importancia en orden a la independencia y calidad de la jurisdicción constitucional son el periodo de duración del cargo y la posibilidad de reelección.

De la duración del cargo depende, como dice Albrecht Weber, la continuidad, la petrificación o la capacidad innovativa de la jurisdicción constitucional. Contra lo que pueda pensarse, la independencia de los jueces constitucionales no sólo se garantiza a través de un nombramiento vitalicio, sino que podrá hacerse, asimismo, por medio de un nombramiento de duración limitada. En todo caso, quizá tenga más trascendencia para la independencia judicial la imposibilidad de reelección.

En cuanto a la elección vitalicia, al margen ya del Tribunal Supremo norteamericano, cuyos miembros desempeñan sus cargos según la conocida fórmula de "mientras observen buena conducta", fórmula defendida por Alexander Hamilton en la Convención Constituyente, y respecto de la cual, como recuerda Charles Evans Hughes, habría una sorprendente unanimidad de opiniones; al margen, decimos, de este caso, la elección vitalicia se conoce también en Austria, en donde, sin embargo, se fija como límite máximo la edad de 70 años.

En todo caso, no cabe ignorar los graves inconvenientes que se derivan de la duración vitalicia del cargo de juez constitucional. A ellos se ha referido Zagrebelsky, quien advierte acerca de la dificultad que ello entrañaría para garantizar un mínimo de correspondencia entre las orientaciones del juez constitucional y aquellas otras que emergen de los órganos representativos.

En los órganos de la justicia constitucional de los restantes países, el período de nombramiento varía sustancialmente, oscilando de los doce años de los magistrados del Tribunal alemán a los seis del portugués, pasando por los nueve años de los miembros de la Corte italiana y del Consejo Constitucional francés.

Especial interés para la salvaguarda de la independencia del Tribunal tiene asimismo, como ya dijimos, la imposibilidad de reelección de los magistrados constitucionales. La doctrina, en general, se ha inclinado a favor de esta apreciación.

Tanto en Italia como en la República Federal Alemana, puede hablarse de una irreelegibilidad absoluta; y a nuestro modo de ver, otro tanto puede decirse de Francia, pese a que el art. 56 de la Constitución de la Quinta República no deje del todo claro esta cuestión, que, como nos recuerda François Luchaire, por lo demás, nunca ha sido del todo zanjada.

No sucede así en Portugal, en donde la ley 28/82, del 15 de noviembre, de organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, ha venido a posibilitar la reelección de los jueces del Tribunal, lo que puede comprenderse si se advierte que el período de ejercicio de sus funciones es de tan sólo seis años.

e) Otro aspecto de interés nos viene dado por la cualificación técnico-jurídica exigida para poder acceder como miembro del Tribunal. A este respecto, hemos de decir

que la normativa constitucional, o en su caso, de desarrollo constitucional, se nos aparece en todos los países analizados, con la sola salvedad de Francia, como especialmente homogénea. En efecto, siguiendo los consejos de Kelsen, se trata de exigir que quienes se incorporen a los órganos encargados de velar por la constitucionalidad de las leyes sean personas dotadas de un determinado bagaje de conocimientos jurídicos.

La doctrina ha considerado imprescindible esta cualificación, llegando incluso a considerarla, como es el caso de Pietro Virga, como la única circunstancia capaz de evitar que los órganos de la jurisdicción constitucional incurran en un acentuado carácter político.

f) Debemos referirnos por último a la independencia y *status* jurídico de los magistrados constitucionales.

Como refiere Albrecht Weber, la independencia personal y objetiva de los magistrados resulta indispensable en orden al desempeño neutral de su función. Esta independencia, unas veces se encuentra explícitamente consagrada, mientras que la mayoría de las ocasiones es fruto de la independencia judicial, constitucionalmente garantizada, de todos los magistrados.

En todo caso, de forma indirecta, la independencia judicial se deduce de la inamovilidad, del fuero jurisdiccional y de la inmunidad, así como del régimen de incompatibilidades, régimen que tiene, a nuestro juicio, un indudable interés.

Como pauta general, cabe decir que rige la incompatibilidad con el mandato parlamentario o con cualquier otro mandato representativo a nivel estatal, federal o regional. A ello se une la incompatibilidad con cualquier cargo público o actividad profesional. Sin embargo, la cuestión más polémica se suscita en torno a la posible incompatibilidad con la pertenencia a partidos o con el desempeño de cargos o funciones directivas en ellos. A este respecto, hemos de decir que en Italia se prescribe la interdicción de toda actividad inherente a una asociación o partido político, lo que debe entenderse en el sentido no tanto de prohibición de afiliación, cuanto en el de prohibición de toda actividad política.

En Austria, la misma Constitución determina que no podrán pertenecer al Tribunal Constitucional personas que sean empleados o funcionarios de cualquier índole de algún partido político.

Y en Portugal, la ley 28/82 prescribe que los jueces del Tribunal Constitucional no podrán ejercer ninguna función en los órganos de partidos, asociaciones políticas o fundaciones con ellos conexas, ni desenvolver actividades político-partidistas de carácter público. Asimismo, durante el período de desempeño del cargo de juez del Tribunal quedará en suspenso la afiliación en partidos o asociaciones políticas.

El reverso de estas situaciones nos lo ofrece Francia. Aquí la situación es enteramente opuesta, pues, como señala François Luchaire, nada impide a un miembro del Consejo Constitucional desempeñar una determinada actividad política, ni incluso presentarse a unos comicios. En lógica sintonía con ello, los miembros del Consejo pueden militar en formaciones políticas, bien que un decreto de 13 de noviembre de 1959 les prohíba ocupar en el seno de un partido o grupo político cualquier puesto de responsabilidad o de dirección.

Lo anómalo de tal situación ha llevado a René Chiroux a referirse a que el status de los miembros del Consejo se caracteriza hoy en Francia por su hipocresía, tras lo cual, se inclina por una reforma que asegure una auténtica independencia de los miembros del Consejo. A nuestro modo de ver, es claro que la independencia de los magistrados constitucionales, como advierte La Pergola, sólo se encuentra en su propia conciencia; sin embargo, parece indudable que un estatuto jurídico que propicie una actividad política sin fronteras, chocará de modo frontal con la naturaleza jurisdiccional propia de la función que deben cumplir los Tribunales Constitucionales.

4. PERFIL ORGÁNICO DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1931

Hechas estas consideraciones generales de derecho comparado, vamos a abordar a continuación, bien que sumariamente, el planteamiento del tema que nos ocupa en la Constitución de 1931.

Comenzaremos señalando que el llamado Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República no fue fruto inspirado de un designio unívoco, sino resultado final de diversos ensayos y tanteos, que a su vez, no son sino la

consecuencia última de una serie de contradicciones subyacentes en el propio constituyente.

El confusionismo, que presidiría todo el proceso de construcción jurídica de la institución, propiciaría lo que Almagro Nosete ha llamado una "guardiana de soluciones" que afecta prácticamente a la totalidad de aspectos que perfilan su modelo concreto de funcionamiento.

Ya en el seno de la Comisión Jurídica Asesora que elaboraría el texto del Anteproyecto de Constitución, como habría de revelar uno de sus más destacados miembros, el maestro Posada, una de las cuestiones debatidas en mayor grado sería la organización del Tribunal.

La confusión la encontramos asimismo, a nivel de enunciación de propósitos, en el discurso de presentación del Proyecto de Constitución a la Asamblea Constituyente, pronunciado por don Luis Jiménez de Asúa, quien manifestaría que el Tribunal de Garantías que creaba el Proyecto era parecido en parte al de Austria, "pero, sobre todo—diría el ilustre profesor—, es una síntesis del Tribunal Constitucional de Norteamérica, del Juicio de Amparo de México y del de Conflictos de Francia". Curiosa síntesis ésta entre órganos y procedimientos de difícil, por no decir imposible, encaje.

Por lo demás, en el debate constituyente se aprecia una falta de convicción acerca de lo que entraña la jurisdicción constitucional y un proceso de acentuamiento del componente político del Tribunal. Finalmente, a la vista del art. 122 de la Constitución y de su ulterior desarrollo en la ley orgánica de Tribunal, de junio de 1933, cabe hacer las siguientes consideraciones críticas:

a) En primer término, estamos ante un órgano que con sus veinticinco miembros se presenta como excesivamente amplio y numeroso.

b) En segundo lugar, su mixtura y heterogeneidad habrían necesariamente de dificultar el cumplimiento de sus, por lo demás, muy dispares funciones.

c) En tercer término, la independencia del Tribunal de Garantías respecto de otros órganos constitucionales quedaba bastante en entredicho a la vista de su composición. La designación parlamentaria de su presidente; el hecho de que dos de sus miembros no sólo hubiesen de ser elegidos por las Cortes, sino que compatibilizasen su función de vocales del Tribunal con el ejercicio del mandato parlamentario, lo que les convertía en juez y parte; en fin, la interven-

ción gubernamental en el nombramiento de los presidentes del Tribunal de Cuentas y del Alto Cuerpo consultivo de la República, ambos miembros natos del Tribunal de Garantías; todo ello, en definitiva, hacía dudar muy seriamente de la independencia real de los miembros de este órgano.

d) En cuarto lugar, la inexigencia constitucional de una mínima cualificación técnica respecto de los vocales del Tribunal de Garantías, circunstancia que se haría más patente aún tras la elaboración de la ley de junio de 1933, haría posible, como recordaría don Niceto Alcalá Zamora, que "los partidos todos convirtiesen la holgura discrecional para designar los vocales en apasionamiento sin límites para imprimir, mediante aquéllos, a la institución, una manifiesta tendencia política".

e) Por último, como reconocería el maestro Posada, los vocales representantes de las regiones habrían de constituir el portillo principal por el que se introdujo el factor político en el Tribunal.

A la vista de las precedentes consideraciones, no debe extrañarnos que los partidos, en la línea de hiperpoliticismo que les caracterizó durante la Segunda República, hicieran de las elecciones de vocales del Tribunal campo abonado para su enfrentamiento político. El Tribunal de Garantías se convertiría de este modo en una nueva arena política, y las primeras elecciones de vocales representantes de las regiones, celebradas en septiembre de 1933, corroboran cumplidamente esta apreciación.

5. EL DEBATE CONSTITUYENTE Y LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tras las consideraciones que preceden, hemos de centrarnos ya en la configuración del Tribunal Constitucional, tal y como se contempla en el art. 159 de la Constitución española y en su preceptivo desarrollo en la ley orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Conviene comenzar poniendo de relieve que, en alguna medida, el debate constituyente sobre el título IX del código fundamental reproduce situaciones ya planteadas con anterioridad en los procesos constituyentes de otros países europeos. El profesor De Vega, a este respecto, ha llegado a hablar de un verdadero mimetismo en relación con el proceso constituyente italiano.

El análisis de los debates constituyentes nos muestra que en ningún momento se esgrimieron argumentos contrarios a la institución. Las enmiendas tuvieron un carácter fundamentalmente técnico, afectando cuestiones de detalle, circunstancia que quizá pueda explicarse por el generalizado consenso en torno al tema por parte de las dos grandes formaciones parlamentarias, UCD y PSOE.

De otro lado, conviene indicar, de la misma manera que hace Giancarlo Rolla, que en los trabajos constituyentes la influencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República fue esporádica y del todo marginal. Peces Barba, miembro de la ponencia constitucional, pondría de relieve a este respecto, en el pleno del Congreso de los Diputados, cómo el sistema de elección por el que optaba nuestro código constitucional suponía un indudable progreso sobre los viejos sistemas de elección corporativa, en clara referencia a la Constitución de 1931, afirmación con la que estamos plenamente conformes.

En cualquier caso, el trasfondo de los debates constituyentes iba a dejar entrever una polémica ya tradicional en la literatura jurídico-política: la legitimidad democrática de los magistrados del Tribunal, cuestión que Mauro Cappelletti ha considerado como el "formidable problema" del control judicial de constitucionalidad, y que se suscita al abordar la función y la legitimidad democrática de unos individuos (los jueces) relativamente exentos de responsabilidad, que llenan con su propia jerarquía de valores o "predilecciones personales" los recipientes relativamente vacíos de conceptos tan vagos como "libertad", "igualdad", "sensatez", "ecuanimidad" y "proceso conforme a derecho".

Nos defendremos —dada su trascendencia, aun cuando con brevedad— en este "formidable problema".

En su conocida obra *Democracia y desconfianza*, John Hart Ely se ha planteado la misma temática al advertir cómo la función central de la revisión judicial es al mismo tiempo su problema nuclear, que no es otro sino el de que un órgano que ni ha sido elegido, ni es políticamente responsable, se dirige a los órganos representativos del pueblo indicándoles que no pueden gobernar como quisieran.

A la vista de esta problemática, un amplio sector doctrinal, a cuyo frente se sitúa el propio Cappelletti, entiende que es de todo punto necesario evitar un error muy difundido: el de identificar democraticidad con representatividad popular. La legitimación o "investidura democrática" del

juez, dice el profesor italiano, no deriva, a diferencia de lo que ocurre con los órganos políticos, del hecho de que presente a un electorado frente al que sea responsable directa o indirectamente. Si proyectamos esta idea hacia el juez constitucional, podremos afirmar con Leopoldo Eina que la legitimación de un Tribunal Constitucional no deriva de la elección popular, sino de la función que desempeña, de custodia de la Constitución, lo que nos conduce a una legitimación secundum quid.

Más aún, Vezio Crisafulli considera inevitable la ausencia de legitimación democrática en estos órganos, pues sólo así podrá asegurarse la indispensable neutralidad política del juez constitucional. Y Gustavo Zagrebelsky, en análogo dirección, puntualiza que la inclusión de un componente político en los órganos de la justicia constitucional no debe pretender explicarse como un intento de dotar al órgano de una legitimación democrático-representativa. Bien, al contrario, añadiremos nosotros, la presencia de ese componente político (que, p.ej., se detecta en el papel dominante de los órganos políticos con vistas a la elección de magistrados) se justifica por las propias peculiaridades de la hermenéutica constitucional.

La interpretación constitucional, como ya hemos tenido ocasión de advertir, es una tarea técnica muy delicada que exige tanto unos profundos conocimientos de las técnicas jurídicas como una acentuada sensibilidad política. Y es que, como el juez Holmes afirmara, las disposiciones constitucionales no son fórmulas matemáticas cuya esencia esté en la forma, sino instituciones orgánicas vivas cuya significación es vital y no formal.

En la misma línea, los profesores mexicanos Carpizo y Fix Zamudio han puesto de relieve que no es posible desconocer que la función de la revisión judicial es en parte política, aunque se ajuste a criterios y procedimientos jurídicos. Y entre nosotros, Lucas Verdú ha precisado que la diferenciación de la interpretación constitucional respecto de la del derecho positivo ordinario se ha ido acentuando con el devenir del tiempo, al pasarse de una consideración estrictamente formal apoyada en los postulados teóricos de la rigidez constitucional y de la supremacía de la Constitución, a una estimación del conjunto de valores que inspiran el orden constitucional democrático, a una postura de defensa de estos valores, a la tendencia a realizarlos y, en definitiva, a cumplir una misión integradora del Estado a través de la institución que examinamos.

En definitiva, pues, el elemento político, presente de una u otra forma en la jurisdicción constitucional, tiene su razón de ser no tanto en la búsqueda de un mecanismo de legitimación democrática, cuanto en la propia peculiaridad de la labor que realizan estos órganos.

6. EL ARTICULO 159 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Retornando al art. 159 de nuestra "Magna Carta" política*, hemos de decir, a la vista de su contenido, que nos hallamos ante una norma que, desde una óptica comparada, se sitúa a mitad de camino entre aquellos preceptos, en exceso casuistas, acaso en algún momento reglamentistas, cual sucede con los artículos correspondientes de las Constituciones austríaca y turca, y aquellos otros que apenas si se circunscriben a trazar un somero diseño del órgano que nos ocupa, al objeto de que sea el legislador ordinario quien lo perfile, como sería el caso de los preceptos equivalentes de la Ley Fundamental de Bonn y de los textos constitucionales de Grecia y Portugal. Quizás el precepto más equiparable al nuestro sea el art. 135 de la Constitución italiana.

Entrando ya en el análisis del perfil orgánico de nuestro Tribunal abordaremos, sucesivamente, el número de magistrados que lo integran, su origen tripartito, los mecanismos que sirven de contrapeso frente a una hipotética politiza-

* Título IX: Del Tribunal Constitucional. Art. 159. 1) El Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey: de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. 2) Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. 3) Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres. 4) La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial. 5) Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

ción partidista y, por último, nos referiremos a cómo ha operado la normatividad vigente en la realidad de los nombramientos de jueces constitucionales.

7. EL NÚMERO DE MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Hemos de convenir con Kelsen en que el número de miembros de un órgano como el que analizamos no ha de ser demasiado elevado, dado que su función no es la discusión de cuestiones políticas, sino la interpretación de la Constitución. Por otro lado, como indicara Tomás Villarroya, el número reducido puede contribuir a la formación de un espíritu corporativo que dote al Tribunal de cohesión y prestigio, y a sus fallos, de la mayor autoridad y calidad posibles.

El número de doce magistrados puede considerarse, a nuestro juicio, mesurado y prudente; es similar, como ya tuvimos ocasión de ver, al de otros órganos análogos en Europa; sin embargo, ofrece un aspecto polémico: se trata de un número par, cuestión ya advertida en el debate constituyente, en el que los senadores Sánchez Agesta y Ollero Gómez alzaron sus voces en pro de la conveniencia de un número impar —p.ej., quince— de magistrados. Con ello se hubiera soslayado la dificultad de un posible empate de votos, que parece conducir irreversiblemente al "voto de calidad" del presidente, a fin de salir del posible impasse a que pudiera llegarse.

Entre la doctrina, Almagro Nosete, situándose en una posición minoritaria, ha relativizado la importancia de esta cuestión. Por nuestra parte, creemos que aun siendo cierto que las múltiples variantes a que responde la expresión de voluntad de un órgano colegial, no pueden ser puntualmente previstas en sede normativa es evidente que el número par de magistrados aumenta de modo considerable el peligro de empate a la hora de adoptar una decisión por parte del órgano en cuestión.

En caso de empate, la ley orgánica del Tribunal ha recurrido al voto de calidad del presidente, circunstancia no sólo anómala, sino que, como ha puesto de relieve el profesor Alzaga, puede complejizar y politizar en exceso la elección del presidente del Tribunal. El tema, por lo demás, presenta una hondura jurídica mayor, al conectarse con la posición jurídica de igualdad de los magistrados, lo que ha preocupado especialmente a la doctrina italiana. Por lo demás, no estamos ante una hipótesis puramente especulativa

o de laboratorio, sino que en cuatro ocasiones una sentencia se ha tenido que decidir en atención al voto de calidad del presidente.

Dada la imposibilidad de modificar el número de magistrados, a salvo, claro es, una reforma constitucional, nosotros nos inclinariamos, al igual que hace Giustino D'Orazio en Italia, por la conveniencia de un sistema que atribuyera un contenido jurídico concreto a la paridad de votos, en vez de hacer depender el fallo de la voluntad presidencial. Esta es, por ejemplo, la fórmula alemana, por cuya virtud, "en el supuesto de empate de votos, no cabe constatar una infracción de la Constitución". Se opta, pues, por una presunción de constitucionalidad de la norma recurrida, salvo que una mayoría de jueces constata formalmente que la norma fundamental ha sido conculcada.

8. ORIGEN TRIPARTITO DE LOS MAGISTRADOS

Abordaremos ahora la cuestión del origen tripartito de los integrantes del Tribunal. En la propuesta de los magistrados intervienen los restantes órganos constitucionales, esto es, el Gobierno, las dos Cámaras y el Consejo General del Poder Judicial. En principio, esta circunstancia, abstractamente considerada, hay que juzgarla positiva, pues, como señala García Pelayo, con ella se acentúa la significación integradora del Tribunal.

Ahora bien, la crítica se torna en negativa a la vista del modo específico como se reparten los magistrados entre los diversos órganos constitucionales, dado el excesivo peso de los órganos políticos en la elección.

Si atendemos al hecho de que las relaciones entre los distintos poderes se canalizan en un régimen parlamentario a través de los partidos, puede vislumbrarse la posibilidad, en verdad preocupante, de que un solo partido con una significativa mayoría en ambas Cámaras, y que a la vez forma Gobierno, pueda llegar a controlar el nombramiento de los magistrados constitucionales, lo que pondría en grave peligro esa función de equilibrio constitucional que ha de desempeñar nuestro supremo intérprete de la Constitución. A todo ello habría que unir una consideración adicional: la minusvaloración del Poder Judicial.

A la vista de estas circunstancias, nuestra doctrina ha advertido acerca del peligro de politización; politización,

diríamos nosotros, que debe entenderse no como la total ausencia de valoración política de las cuestiones que se someten al Tribunal, sino como la posible metamorfosis de la naturaleza de sus resoluciones, que pasarían de ser declaraciones de conocimiento jurídico a configurarse como expresiones de voluntad política.

Éste es el caso del profesor Trujillo, que ha mostrado su preocupación por las posibles coloraciones políticas que pudieran acompañar a los compromisos que han de preceder a las correspondientes propuestas de nombramiento. El propio Burdeau, refiriéndose de modo específico a nuestro Tribunal, ha dicho que por su composición, es un órgano de dominante política.

Bien es verdad que no faltan juicios opuestos, entre los que se encuentra el del profesor La Pergola, quien considera que el diseño de nuestro Tribunal Constitucional es uno de los rasgos más felices del conjunto del texto constitucional. Y entre nosotros, el profesor De Esteban se muestra conforme con esa "dominante política" a que se refiriera Burdeau, rechazando toda concepción "purista y asexual" del Tribunal, por entender que éste debe reflejar de alguna manera la composición de fuerzas en el Parlamento a fin de hacer válidas jurídicamente las pretensiones mayoritarias de cada momento que no excedan de una interpretación adecuada y progresiva de la Constitución.

Por nuestra parte, quisiéramos efectuar varias consideraciones en torno a la cuestión que ahora nos ocupa.

a) En primer lugar, en Europa, los órganos de la justicia constitucional se nos presentan como órganos de carácter técnico, pero, en buena medida, de designación política, esto es, por órganos de naturaleza política. Es el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán. Y ello no ha propiciado —el caso alemán es patente— una politización de estos órganos.

b) En segundo lugar, parece indudable que el Tribunal Constitucional interpreta un derecho, como es el constitucional, de claro contenido político. A ello hay que añadir que en muchas ocasiones las demandas planteadas ante él son la formulación en términos de litis jurídica de cuestiones o conflictos políticos, lo que tiene como consecuencia que sus decisiones, aun orientadas y fundamentadas en parámetros y valores jurídicos, tengan una significación y unos efectos no sólo para el ejercicio de las actividades políticas del Estado, sino también respecto de las posiciones

de los partidos políticos. Por todo ello, parece comprensible que los órganos políticos, y aun la misma clase política, deseen hacer oír su voz en el momento de la elección de los magistrados, posibilitando al mismo tiempo que las personas propuestas, además de un elevado bagaje de conocimientos técnico-jurídicos, posean una cierta sensibilidad política.

c) En tercer término, no podemos ignorar que nuestro código constitucional ha diseñado un órgano relativamente homogéneo, lo que no hubiera sido posible de intervenir en la elección de sus miembros órganos ajenos a los del Estado (bien regionales o autonómicos, bien corporaciones sociales, etc.), o de no exigirse indiscriminadamente una especialización técnico-jurídica. Este rasgo de la homogeneidad del Tribunal, que lo aparta radicalmente del Tribunal de la Segunda República, nos parece un dato enormemente positivo.

d) En cuarto término, afirmar apriorísticamente que el diseño actual del Tribunal conduce de modo inexorable a su politización no parece razonable, ni se puede sustentar en una fundamentación mínimamente objetiva.

e) En quinto lugar, creemos que el Tribunal Constitucional debe responder, en términos generales, a las corrientes de opinión existentes en el país; debe sintonizar con el sentir social; no puede ser un órgano desvinculado de la sociedad, y desde este punto de vista, estamos de acuerdo con el profesor De Esteban en la inconveniencia de una concepción "purista y asexuada" de los magistrados, lo que no debe entenderse en el sentido de que propongamos una perfecta sintonía del Tribunal con las mayorías parlamentarias en cada momento existentes; sería un grave error que el Tribunal reflejara miméticamente el perfil político-parlamentario; ello lo convertiría en una especie de tercera Cámara.

f) En último término, pensamos que lo importante no es tanto buscar un modelo ideal, que creemos no existe, sino conseguir un acuerdo mayoritario entre las diferentes fuerzas políticas por virtud del cual éstas se comprometan a admitir que, independientemente de cualquier coyuntura política concreta, el principio rector que habrá de regir las propuestas de magistrados habrá de ser el de la búsqueda de un consenso lo más amplio posible en torno a las personas de los propuestos.

A cuanto acabamos de exponer hemos de añadir que tanto la Constitución como la ley orgánica del Tribunal

Constitucional han previsto un conjunto de frenos u obstáculos que se oponen al peligro de vinculación partidista de los magistrados constitucionales. A esos mecanismos vamos a pasar a referirnos a continuación.

Seis son los mecanismos legales que se orientan en la dirección apuntada:

1) La exigencia de una mayoría cualificada de tres quintos para las propuestas provenientes del Congreso, del Senado y, desde la ley orgánica 6/85, también del Consejo General del Poder Judicial.

2) El largo periodo de nueve años de desempeño del cargo de magistrado.

3) La renovación parcial del Tribunal.

4) La irrevocabilidad inmediata de los miembros del Tribunal.

5) La exigencia constitucional de una cierta cualificación técnico-jurídica para poder ser propuesto magistrado.

6) La concreción de un estatuto jurídico para los magistrados similar al de los miembros del Poder Judicial, en el que tiene un peso específico propio el régimen de incompatibilidades.

Nos referiremos ahora, de modo sumario, a los cinco primeros mecanismos.

9. EXIGENCIA DE UNA MAYORÍA CUALIFICADA PARA LA ELECCIÓN

La exigencia de una mayoría cualificada para que puedan quedar formalizadas las propuestas de magistrados del Congreso, Senado y, tras la ley orgánica 6/85, del Consejo General del Poder Judicial, es un requisito que se sitúa en la línea ya seguida en la República Federal Alemana, Italia y Portugal. Entre nosotros, esta determinación, contemplada por la Constitución respecto de las propuestas formuladas por el Congreso y por el Senado, fue acogida con un juicio unánimemente positivo. Su función, desde luego, es clara: propiciar que las personas propuestas lo sean con un amplio respaldo parlamentario. Giustino D'Orazio ha señalado al respecto que con este requisito se trata de posibilitar una "despolitización de la elección, o mejor, una politización equilibrada o neutralizada".

Es evidente que para conseguir el respaldo de una mayoría tan amplia será preciso, normalmente, un entendimiento entre mayoría y oposición; con ello, se propiciará un acuerdo entre las diferentes formaciones políticas, o por lo menos, entre las de mayor peso específico.

Una exigencia de esta índole suscita problemas de diferente naturaleza, aunque ahora sería excesivo enumerarlos. Tan sólo diremos que todos ellos encuentran cumplida respuesta legal en la ley orgánica 2/79.

10. PERÍODO DE DESEMPEÑO DEL CARGO

El segundo de los mecanismos a que queremos referirnos es el del largo plazo de desempeño del cargo, que la Constitución concreta en nueve años, con lo que opta por idéntica solución que la seguida en Francia e Italia. Con ello, se acoge un período temporal bastante más dilatado que el que rige para las Cámaras, lo que, como fácilmente puede comprenderse, acentúa la independencia del Tribunal, introduciendo al unísono un elemento de continuidad que debe posibilitar una cierta coherencia jurisprudencial. Como al efecto advierte García Pelayo, la duración en el cargo de los magistrados los hace independientes de las coyunturas o contingencias políticas de los portadores de los órganos que intervienen en su nombramiento.

Por otro lado, con tan dilatado plazo se asegura una experiencia estimable por parte de los magistrados, lo que, a su vez, coadyuva positivamente al logro de ese predominio de la racionalidad sobre la pasión que, como destaca Sánchez Agesta, debe caracterizar sus sentencias. No en vano el Tribunal, afirma, trata de reafirmar un principio de legitimidad jurídica, nomocrática, en definitiva, constitucional.

11. RENOVACIÓN PARCIAL DEL TRIBUNAL

El tercero de los mecanismos a que hemos de referirnos es al de la renovación parcial del Tribunal. Como es sabido, el Tribunal se renueva por tercios cada tres años. Estamos ante una fórmula clásica, aunque lo cierto es que en el derecho comparado, tan sólo la encontramos en Francia, bien que, desde luego, en Italia el Tribunal no se renueva en bloque, sino conforme termina el plazo de ejercicio de su

función cada magistrado, lo que en todo caso, también ayudaría a evitar cambios bruscos en la composición de la Corte Constitucional.

A nuestro entender, la solución constitucional contribuye positivamente a una doble finalidad: por un lado, evitar cambios bruscos en la composición del tribunal, dándole continuidad; por otro, posibilitar al unísono que las nuevas mayorías parlamentarias tengan un reflejo atemperado —pero un reflejo al fin y al cabo— en el perfil del Tribunal Constitucional, circunstancia ésta muy conveniente si se tiene presente la correlación entre dinámica social, valores constitucionales y hermenéutica constitucional, y asimismo, la asunción por parte del órgano titular de la jurisdicción constitucional de un papel de mediador de intereses.

El sistema de renovación parcial del Tribunal, unido a la pluralidad de las fuentes de procedencia electiva de los magistrados, planteaba al legislador constituyente numerosos problemas de derecho transitorio a los que —por la propia limitación temporal a que debemos ajustarnos— es imposible aludir aquí.

12. IRREELEGIBILIDAD INMEDIATA DE LOS MAGISTRADOS

El cuarto de los mecanismos legales que debemos analizar es el de la irreelegibilidad inmediata de los magistrados.

La polémica en torno a la reelegibilidad o irreelegibilidad de los magistrados constitucionales ya se suscitó en los debates constituyentes, en los que una enmienda del Grupo Parlamentario Comunista propugnó que se incorporase al texto constitucional una cláusula por la que se impidiese la reelección de los miembros del Tribunal. También en el Senado se suscitó el tema, aun cuando en la alta Cámara se defendieron posiciones enfrentadas.

Varias eran las alternativas posibles: irreelegibilidad absoluta, irreelegibilidad inmediata, reelección indefinida y limitación de la reelección a una sola vez consecutiva.

Si atendemos al derecho comparado, habremos de recordar cómo en el Tribunal Constitucional Federal alemán, en la Corte Costituzionale italiana y en el Consejo Constitucional francés, existe un principio que actúa como constante: la irreelegibilidad absoluta.

Nuestro código constitucional no abordaría el tema, que, sin embargo, sí sería contemplado por la ley orgánica

279, que opta por la irreelegibilidad inmediata, con una sola salvedad: que se hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años. A nuestro modo de ver, se acoge una solución por entero satisfactoria, aun cuando no fuese admitida por la totalidad de las fuerzas políticas en el curso del debate en sede orgánica.

La norma en cuestión suscita diferentes problemas interpretativos, como el de su operatividad real, siendo de señalar que estamos en presencia de una limitación subjetiva, esto es, que existe en función de la persona, siendo indiferente el órgano del que provenga la propuesta. Otro problema de interés es el del período que ha de transcurrir para que pueda entenderse desaparecida esta limitación, que nosotros consideramos debe ser de tres años.

En cuanto a la excepción legalmente establecida, que posibilita que los magistrados que hubieran ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años puedan ser reelegidos inmediatamente, está inspirada en la ordenanza francesa 58-1067, que establece idéntica previsión, y se comprende a la perfección si se advierte que aun en caso de reelección esos magistrados no permanecerán como miembros del Tribunal por más de doce años, período idéntico, por ejemplo, al que rige para los magistrados del Tribunal Constitucional Federal alemán.

Quizá convenga recordar asimismo que en la República Federal Alemana, la Exposición de motivos de la ley de 1970 sobre el Tribunal Constitucional Federal, que estableció la irreelegibilidad absoluta, vinculó ésta con la publicidad de la *dissenting opinion*, también admitida por el art. 104 de nuestra Constitución. Es éste, a nuestro juicio, un nuevo argumento que nos muestra la funcionalidad de este mecanismo legal a efectos de su contribución en pro de la independencia real de los jueces constitucionales.

Debemos de efectuar una última consideración. La irreelegibilidad inmediata no quiebra la continuidad del Tribunal, pues ésta se halla garantizada por la doble circunstancia del largo plazo de desempeño del cargo y de la opción por una renovación parcial, no total, del Tribunal. Al mismo tiempo, la irreelegibilidad, aunque sea tan sólo inmediata, evita la inercia insita a todo proceso de reelección indefinida y soslaya la petrificación del Tribunal. En definitiva, contribuye a fortalecer su independencia y, de este modo, constituye un freno frente a la vinculación partidista de los jueces constitucionales.

13. LA CUALIFICACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA PARA EL ACCESO AL CARGO

Debemos abordar finalmente un quinto y último mecanismo orientado a la salvaguarda de la independencia del Tribunal y a su correlativa despolitización. Nos referimos a la exigencia constitucional de una cualificación técnico-jurídica para poder ser propuesto juez constitucional.

Ya Kelsen consideraba de la mayor importancia otorgar en la composición de estos órganos un lugar adecuado a los juristas de profesión, tal y como ya indicamos.

En tal exigencia, subyacía toda una filosofía en torno a este tipo de órganos, que debían presentarse como órganos técnicamente cualificados. Leibholz, tras significar que el juez constitucional debía tener una comprensión más amplia y elaborada de la política y de las fuerzas sociales actuantes en ella que el juez ordinario, reclamaba como necesario un procedimiento de nombramiento de esos jueces que garantizara a la par su competencia profesional.

En el derecho comparado, como ya dijimos, es norma común la exigencia de unos determinados requisitos tendientes a garantizar un conocimiento técnico-jurídico para el acceso a los Tribunales Constitucionales. Se puede decir con Zagrebelsky que mientras la elección de los jueces constitucionales por órganos de señalada naturaleza política contribuye a la elección de personas dotadas de la necesaria sensibilidad política, la exigencia de esta cualificación garantiza la imprescindible tecnicidad de los Tribunales Constitucionales.

La determinación del art. 159.2 de que los miembros de nuestro Tribunal Constitucional sean nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia, con más de quince años de ejercicio profesional, está inspirada en el art. 135 de la Constitución italiana, aunque éste presente diferencias de matiz importantes, como, por ejemplo, circunscribir la exigencia de un determinado periodo de ejercicio del cargo (veinte años) tan sólo a los abogados.

A la vista de las previsiones del art. 159.2 de la Constitución y del art. 18 de la ley orgánica del Tribunal, se imponen algunas consideraciones.

De entrada, y desde una perspectiva histórica, es patente el avance experimentado respecto de 1931. Nuestros le-

gisladores han optado por una fórmula peculiar y que, al margen ya de su inspiración en otros modelos foráneos, nos ofrece unos perfiles propios y, a nuestro juicio, no excesivamente afortunados.

La primera reflexión que se impone es la gran amplitud con que se contemplan estos requisitos. El profesor Rubio Llorente ha llegado a decir que el constituyente podía haber prescindido de la enumeración limitativa de las categorías profesionales sin que ello alterara el contenido de la norma. La generalidad de los términos utilizados cubre, en efecto, la totalidad de las profesiones jurídicas. Ello, qué duda cabe, como advirtiera Trujillo, puede favorecer las relaciones de lealtad-devoción hacia las fuerzas políticas que postulan las respectivas candidaturas.

En todo caso, hemos de reconocer con García Pelayo que aunque los límites son muy amplios, se trata de límites al fin.

Por otro lado, es preciso señalar que la realidad nos muestra que hasta la fecha la competencia de las personas elevadas al Tribunal Constitucional está fuera de toda duda. A este respecto, desde una perspectiva empírica, quizá convenga constatar que nuestro Tribunal, en lo que a su composición se refiere, se ha ajustado a lo que en 1959 escribiera el norteamericano Taylor Cole, y un cuarto de siglo más tarde reafirmara en Europa el francés Louis Favoreu, esto es, que los Tribunales Constitucionales europeos se caracterizan por una muy significativa presencia de profesores universitarios. Pues bien, nuestro Tribunal no sólo sigue esa orientación en lo que a su composición se refiere, sino que en él se acentúa sensiblemente.

En efecto, un 65% de sus miembros han sido o son profesores universitarios de disciplinas jurídicas, más aún, si atendemos a los quince magistrados propuestos hasta ahora por el Congreso, el Senado y el Gobierno, veremos cómo un total de trece han sido o son catedráticos de Universidad. Favoreu ha justificado tal circunstancia en la independencia intelectual y moral de este profesorado, apreciación en la que coincidimos por entero.

14. LA "PRAXIS" DE LA ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS

Queremos, para terminar, referirnos a lo que revela la praxis de las elecciones de magistrados constitucionales en estos años.

Si algún rasgo se puede entresacar de la composición inicial del Tribunal éste es el del consenso entre las dos grandes formaciones políticas, UCD y PSOE, en lo que al nombramiento de magistrados se refiere, consenso que se extendería no sólo a los propuestos por las Cámaras, sino también a los postulados por el Gobierno y, unas meses después, a los elegidos por el Consejo General del Poder Judicial.

El "talón de Aquiles" de la negociación entre UCD y PSOE residiría en la no ampliación del consenso a otras fuerzas parlamentarias coprotagonistas del proceso constituyente. Esta circunstancia se traduciría en el debate parlamentario en torno a las pertinentes propuestas de magistrados. En él, el diputado comunista Jordi Solé Tura defendería la conveniencia de una decisión unánime por parte de la Cámara en supuestos como el que ahora nos ocupa, o por lo menos, una decisión que contase con el mayor respaldo posible, lo que no se produciría, obviamente. Los magistrados propuestos por la Cámara baja lo serían por un número de votos que rondó los doscientos cincuenta, cuando sólo entre UCD y PSOE totalizaban doscientos ochenta y nueve escaños.

Las circunstancias expuestas darían lugar a que en los medios de comunicación se hablara del "mal consenso", que se produce cuando los acuerdos del Gobierno con la oposición sacrifican posiciones de principio e inmolan a hombres también de principios en aras de la componenda y del prorateo de influencias.

Como ya indicamos, el acuerdo centrista-socialista se mantendría incluso para los dos magistrados que restaban por designar por el Consejo General del Poder Judicial, que lo serían en noviembre de 1980, permaneciendo un mes después cuando el Congreso procedió a elegir a don Antonio Truyol en sustitución del dimitente don Aurelio Menéndez Pierre Bon, analizando lo acontecido en España en este primer período, establecería una equiparación con la República Federal Alemana, al significar que la mayoría cualificada exigida en ambos países había conducido a similares actitudes por parte de las dos grandes formaciones políticas.

El equilibrio a que venimos refiriéndonos se quebraría a fines del año 1982, tras la muerte de don Plácido Fernández Viagas, quien sería sustituido por el Consejo General del Poder Judicial por don Francisco Pera Verdaguer, magistrado de talante más conservador, propuesto en enero de 1983.

Por esas mismas fechas, tenía lugar el primer sorteo para la renovación del Tribunal, en el que resultaba elegido el grupo de magistrados constitucionales propuesto por el Congreso. A partir de este momento, se perfilaban dos actitudes: la del Grupo Socialista, que se inclinaba por la renovación parcial de los magistrados cesantes (manteniendo a dos y cesando a otros tantos), y la del Grupo Popular, que propugnaba la renovación total o, alternativamente, la reelección de los cuatro magistrados que habían de ser renovados.

La paralización de importantes recursos que afectaban a no menos trascendentes temas de Estado no propició el entendimiento; por el contrario, las discrepancias se acentuaron aún más si cabe.

Don Manuel García Pelayo abogaba en marzo por la neutralidad del Tribunal, aduciendo que no podía convertirse en una tercera Cámara.

Sin embargo, habría que esperar hasta fines de septiembre para que —con siete meses de retraso— las propuestas quedaran formalizadas, optándose por la reelección en bloque de los cuatro magistrados.

En este intervalo, el instituto de la prorrogatio se reveló como de especial utilidad, pues de no haberse admitido en la ley orgánica del Tribunal, éste habría quedado funcionando con tan sólo ocho magistrados, lo que le habría privado de fuerza moral para enfrentarse con algunos de los temas pendientes; recordemos, por ejemplo, que poco antes de que se produjese formalmente la renovación del Tribunal, éste fallaba acerca de los recursos previos de inconstitucionalidad presentados contra la LOAPA.

La segunda renovación parcial del Tribunal, en febrero de 1986, afectaría a los magistrados propuestos por el gobierno y el Consejo General del Poder Judicial; a estos magistrados se uniría la elección de otros dos, uno propuesto por el Congreso, y otro por el Senado, que habrían de sustituir a otros tantos magistrados que, previamente, habían solicitado su cese.

Como rasgo general de todos estos nombramientos, señalaríamos tan sólo la quiebra del consenso, al menos entre las dos grandes fuerzas político-parlamentarias, así como la desvinculación del Gobierno de todo compromiso con otras formaciones políticas distintas de la gubernamental a la hora de proceder a elegir a los dos magistrados a que tenía derecho.

Todo ello nos muestra que se ha iniciado una dinámica en verdad preocupante. No es que las propuestas deban formularse por unanimidad (ello, desde luego, sería una hermosa utopía), pero sí parece deseable que las candidaturas que se propongan vengán respaldadas por el más amplio elenco parlamentario.

Es evidente, a nuestro entender, que la iniciativa de las propuestas debe corresponder al partido con más apoyo parlamentario, pero no es menos patente la conveniencia de la negociación con otras formaciones y, a ser factible, la propuesta consensuada. Lo contrario podría conducir a una dinámica de progresiva politización de las propuestas con el consiguiente peligro de desacreditación de la institución, circunstancia que hasta el momento, afortunadamente, no se ha producido.

Hemos de poner punto final a nuestra exposición. Y lo vamos a hacer con la esperanza con que Mauro Cappelletti cierra su clásico libro sobre *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*. Esperanza en la justicia constitucional que expresa la vida misma, la realidad dinámica de la sociedad y el devenir de la Constitución en su acomodo a la realidad social concreta.

CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS. ACERCA DE LA IRRELEVANCIA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN

ROBERTO GARGABELLA

I. Introducción

Cotidianamente, la Constitución demuestra la incidencia que ejerce sobre nuestras vidas. A ella apelamos permanentemente, al menos de manera intuitiva, para respaldar reclamos o defender los derechos que, entendemos, nos corresponden.

Sin embargo, a pesar de su importancia, casi nunca se nos ocurre plantearnos cuáles son las razones que justifican el tener una determinada Constitución y no otra, o ninguna. En efecto, alguien podría plantear que la justicia de un reclamo, o la validez de un derecho, son independientes de la circunstancia de que estén consagrados o no en una cierta hoja de papel.

Motivados por estas cuestiones, a lo largo de este trabajo intentaremos analizar distintas posibles justificaciones para la adopción de una Constitución.

En una primera parte, revisaremos distintos argumentos aportados por nuestros constitucionalistas a tal objeto.

En una segunda parte, procuraremos relacionar la validez y justificabilidad de una Constitución, con la validez y justificabilidad de su contenido. Sin embargo, y para lograr este propósito, deberemos sortear una enorme dificultad: la de ponernos de acuerdo, con cierta precisión, en torno de cuál es el contenido de la Constitución, dadas las divergentes posiciones interpretativas al respecto.

Vayamos entonces, a continuación, sobre la primera parte de nuestro trabajo.

2. LA CONSTITUCIÓN Y LA LEGITIMIDAD DE SU ORIGEN

Muchas veces se ha defendido el rol privilegiado que juega la Constitución dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a partir de las especiales circunstancias en que tuvo su origen.

En tal sentido, merecen repetirse los conceptos de uno de nuestros más reconocidos juristas, Rafael Bielsa¹, cuando sostiene que "se cuestiona si una Asamblea Constituyente puede... obligar a las generaciones futuras, limitando de ese modo su soberanía. En nuestra opinión puede hacerlo cuando esa Constitución ha emanado de una asamblea tan auténticamente soberana (como la nuestra)". Frente a esta opinión que representa, de algún modo a una corriente importante de constitucionalistas, caben varios interrogantes. El más obvio, apuntaría a determinar cuál es la razón por la cual ha de respetarse la voluntad de algunos hombres reunidos hace más de un siglo: el hecho de que se haya tratado de una asamblea "auténticamente soberana" no parece razón suficiente para obligar a las generaciones futuras.

Pero, en realidad, no es necesario recurrir a tales razones para quitarte solidez a una opinión como la sostenida por Bielsa. Basta con demostrar la precaria legitimidad de aquella asamblea. Similares cuestionamientos pueden plantearse respecto de la Constitución americana, Constitución en la cual la nuestra se inspira. Tanto en uno como en otro caso, la selección de los constituyentes fue el resultado de un proceso débilmente democrático.

En Norteamérica, los convencionales fueron nombrados por las Legislaturas de cada Estado y no por el pueblo de cada uno de ellos, lo cual desdibuja indudablemente el carácter verdaderamente "soberano" de la asamblea posterior. Más aún, cuando advertimos las restricciones vigentes, en aquella época, para poder tener acceso al voto, o para ser elegido, las cuales implicaban el marginamiento de la gran mayoría de la población en cuanto a su participación (aun indirecta) en el dictado de la Constitución.

Para reiterar sólo algunos casos representativos: en la Constitución de Carolina del Sur se proclamaba que "ninguna persona residente en la parroquia por la cual es elegida,

¹ Bielsa, Rafael. *Derecho constitucional*, Bs. As., Depalma, 1959, p. 90 y siguientes.

podrá sentarse en el Senado a menos de poseer bienes raíces poblados y por derecho propio en dicha parroquia o distrito, del valor de dos mil libras, como mínimo, libres de deudas". Para ser diputado, se exigía tener una propiedad, y "esclavos o bienes raíces por valor de mil libras".

En la Constitución de Georgia, se exigía explícitamente pertenecer a la religión protestante para ser electo y a la raza blanca para ser elector.

En la de Connecticut, los requisitos se extendían a los de tener una conducta "pacífica y tranquila".

Llegados a este punto, no es fácil defender la verdadera representatividad de la Asamblea Constituyente, tarea que se torna todavía más compleja cuando reconocemos que, en realidad, dentro de la población excluida del proceso constituyente debemos considerar además a las mujeres, sistemáticamente fuera de la actividad política hasta bastante tiempo después.

Limitaciones absolutamente similares pueden verse reproducidas en el pasado político argentino. Sin embargo, a ellas cabe agregar otra característica, más propia de nuestra vida institucional, como lo es la práctica del fraude electoral.

En palabras del historiador Pérez Amuchástegui²: "todo estaba listo en Santa Fe para instalar el Congreso, pues se hallaban presentes casi todos los diputados integrantes del mismo. Ha de convenirse en que las elecciones de éstos se realizaron según las más puras tradiciones fraudulentas: cada gobernador, previo acuerdo con Urquiza, 'insinuó' los candidatos que, posteriormente, obtuvieron el triunfo". De todos modos, aun a pesar de la relativa homogeneidad que (a través del fraude) se alcanzó entre los representantes seleccionados para el Congreso de Santa Fe, las diferencias internas no pudieron ser resueltas por completo. Tanto es así que la comisión encargada de redactar el proyecto de Constitución no pudo llegar a un acuerdo al respecto. Por el contrario, el proyecto redactado por José Benjamín Gorrostiagi y Juan María Gutiérrez fue rechazado por los otros tres miembros de la comisión, Manuel Leiva, Pedro Ferré y Pedro Díaz Colodrero.

Debido a tales hechos, la aprobación final del escrito sólo pudo lograrse, finalmente, ampliando el número de

² Pérez Amuchástegui, A. J. - Sabatay, Fernando L. *La sociedad argentina*. Bs. As., La Ley, 1972, p. 318.

miembros del grupo. Fueron integrados, entonces, Martín Zapata y Santiago Derqui, que se sabía eran partidarios de aquel texto. Otro partidario, Salustiano Zavala, también fue incluido con posterioridad en la comisión (en este caso, en lugar de Pedro Ferré, comisionado para negociar con la dirigencia porteña, aún ajena al acuerdo).

Esto nos habla, en definitiva, de la fragilidad de aquellas posiciones que quieren ver en el proceso constituyente el resultado de un sustancial consenso, alcanzado a partir de la más amplia discusión democrática. Tal proceso, en verdad, no tuvo a la ciudadanía como invitada. El proceso de elaboración de la Constitución no fue transparente, y el debate por el cual fue aprobada tampoco tuvo (sobre todo en nuestro país), la riqueza y profundidad que podía esperarse.

De ahí que no resulte del todo razonable realizar complejos ejercicios hermenéuticos destinados a desentrañar "el verdadero sentido" de la Constitución; ni que resulte adecuado apoyarse en ella en busca de argumentos últimos y definitivos. El valor de la Ley Fundamental no parece residir en las circunstancias de su origen.

3. CONSTITUCIÓN Y CONSENSO

Dadas las dificultades que se presentan al querer justificar la validez de la Constitución a partir de su origen o de la especial significación del "momento" de su dictado, intentaremos analizar otras posibles fundamentaciones alternativas.

En tal sentido, es posible ir más allá de un momento o instancia definido en el tiempo, para centrar nuestra atención, en cambio, en la trascendencia de aquella instancia en la historia. Así, podríamos sostener que Constituciones como la argentina o la norteamericana han afirmado su validez con el correr de la historia, legitimándose con el paso del tiempo, a partir de un consenso tácito formado en su torno. Según esta versión, el hecho de que la Constitución no haya sido reformada, o que la gente parezca adherir a ella o aceptarla, en primera instancia, otorga alguna razón relevante para valorar el texto escrito.

Sin embargo, los problemas que esta posición conlleva son numerosos y difíciles de resolver. En primer lugar, podríamos preguntarnos qué es lo que ocurriría si una persona rechaza una norma, o qué sucedería si un grupo de personas

explícitamente manifestara no adherir a ninguna norma jurídica vigente: ¿se consideraría acaso que ese consenso tácito ha desaparecido? Según parece, no, y más aún, en una Constitución como la argentina (que establece que el pueblo no delibera ni gobierna sino por intermedio de sus representantes) dicha actitud sería considerada atentatoria contra el orden constitucional y objeto de las más severas sanciones.

De ahí que, si la Constitución pone la violencia legítima detrás de sí, de tal modo que el poder coercitivo de las normas derivadas de ella alcanza aun a quienes desconocen el texto constitucional, entonces, no podría sostenerse que la Constitución se justifique en virtud de un consenso tácito. Otros posibles problemas que una posición como la expuesta podría enfrentar son los siguientes: ¿Cómo sabríamos qué es lo que la gente tácitamente acepta? ¿Qué pasaría si la gente tuviese diferencias respecto de tal aceptación? ¿Cómo deberían decidir los jueces: conforme a lo que dice la Constitución, a lo que ellos interpretan que dice la Constitución, o a lo que la gente entiende que dice la Constitución? ¿Qué pasaría si la ciudadanía hubiese interpretado históricamente que la Constitución debe incluir cláusulas que ésta en realidad no contiene?

Los problemas del tipo de los planteados podrían ser multiplicados al infinito.

En otro contexto, Dworkin² rechaza también la aceptabilidad del criterio del consenso tácito. Entiende que es irrazonable suponer que un ordenamiento jurídico pueda considerarse válido por el hecho de que, por ejemplo, la población no haya hecho abandono del lugar en el cual dicho ordenamiento rige. Afirma entonces que: "El consentimiento no puede ser obligatorio para la gente, ...a menos que sea dado con mayor libertad y con una elección alternativa más genuina que el solo hecho de negarse a construir una vida bajo una bandera extranjera".

4. LA CONSTITUCIÓN Y LA HISTORIA

El argumento que da Dworkin nos remite a otra postura que, a diferencia de la anterior, deja de lado la cuestión del

² Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, Barcelona, 1988, p. 58.

consenso como preocupación central. Esta postura consistiría, básicamente, en una valoración positiva de la tradición jurídica y de la historia de una determinada sociedad, hecho que estaría entremezclado con un cierto positivismo ideológico capaz de otorgarle fuerza obligatoria a tales tradiciones, más allá de la justificabilidad o no de su contenido. La Constitución, que normalmente contribuye a articular y dar sentido a tal historia, pasaría a ocupar así un lugar central en esta concepción.

Esta posición ha sido defendida, implícitamente, por una enorme diversidad de autores. Bielsa, por ejemplo, entiende que "La Constitución se reforma, pero no se sustituye", porque existe una "Constitución histórica, formada por la tradición jurídico-política del pueblo, y especialmente por aquellas disposiciones que bajo el nombre de Constitución o regla han regido la vida nacional"¹.

De tal modo, no hace sino rescatar una posición como la enarbolada por el presidente de nuestro Congreso Constituyente, Zuviria, cuando decía: "Las instituciones no son sino, las fórmulas de las costumbres públicas, de los antecedentes, de las necesidades, carácter de los pueblos y expresión genuina de su verdadero ser político. Para ser buenas y aceptadas, deben ser vaciadas en el molde de los pueblos para que se dicten"².

En esta misma línea de pensamiento historicista se insertan aquellas concepciones que hablan acerca de contenidos pétreos de la Constitución, y que llegan a sostener que "mientras se mantenga la fisonomía de nuestra comunidad y mientras la estructura social subyacente siga siendo fundamentalmente la misma, dichos contenidos (pétreos) no podrán ser válidamente alterados o abolidos por ninguna reforma constitucional"³.

Los citados ejemplos nos muestran tres distintas maneras de vincular a la Constitución con la historia. Ya sea, como en el caso de Zuviria, definiendo qué es lo que ella necesariamente debe reflejar en su contenido; ya sea, como en los casos de Bielsa o Bidart Campos (quien utiliza típicamente la categoría de cláusulas pétreas) dando por supuestos tales contenidos.

¹ Bielsa, op. cit., p. 96.

² Galetti, Alfredo, *Historia constitucional argentina*, Bs. As., 1974.

³ Bidart Campos, Germán, *Manual de derecho constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, 1984, p. 33.

Una crítica obvia a este tipo de posiciones resulta de los mismos datos que deja la historia a la que tales autores recurren. ¿Cómo defender, por ejemplo, en la Argentina, los valores provenientes de una tradición de enfrentamientos, conflictos, inestabilidad política, desencuentros? ¿Cuáles serían las razones para dar valor prescriptivo a ciertas prácticas no cooperativas, violentas?

Pero más aún, si pudiéramos entresacar de nuestras tradiciones (como algunos lo hacen de la tradición norteamericana), aspectos más positivos, tales como los relacionados con la estabilidad política, la previsibilidad, un cierto orden, etc., tampoco en este caso tendríamos razones poderosas para aceptar el conjunto de tales prácticas. Es sabido que, de proposiciones meramente descriptivas de la realidad, no pueden derivarse lógicamente justificaciones para ninguna acción o decisión en particular. De todos modos, ¿con qué parámetros podríamos distinguir y separar las "buenas tradiciones" de las "malas"?

En realidad, este tipo de posturas parecen asentarse sobre ciertas valoraciones no explicitadas, como las de que es bueno determinado orden, son legítimas tales prerrogativas, deben conservarse estos otros principios, quitando del escenario democrático la posibilidad de abrir una discusión sobre cuáles son los valores que deben prevalecer en caso de conflicto. Dicho esto, se reconoce que no tiene mayor sentido discutir sobre la "tradicición", mientras que, en cambio, sí lo tiene discutir sobre la plausibilidad de un principio moral según el cual debe aceptarse todo lo que disponga el derecho vigente.

Para terminar, podemos decir que la visión historicista-tradicionalista de la Constitución ha sido retomada por García Pelayo como una de las concepciones básicas acerca de la Constitución, y contrapuesta, en las tipologías habituales que sobre ella se hacen, a las concepciones racional-normativa y sociológicas.

El enfoque racional-normativo¹ nos interesa particularmente, dado que en él se ha apoyado, de manera implícita o no, buena parte de nuestra doctrina, ya sea con el objeto de defender a la Constitución, ya sea para analizar su contenido.

Según este enfoque racional-normativo, la Constitución se define como un conjunto de normas destinadas a reglar,

¹ Bidart Campos, op. cit., p. 32.

u ordenar racionalmente a la comunidad y el Estado. Esta concepción, sin embargo, reconoce distintas modalidades en su presentación. Veremos a continuación algunas de estas distintas versiones, pero lo haremos inscribiéndolas dentro de un contexto más amplio de justificaciones consecuencialistas de la Constitución, con las que aquéllas, de algún modo, se encuentran emparentadas.

Nos introduciremos en estas posturas revisando algunos de sus antecedentes, que pueden ser rastreados en muchos de los escritos de Alberdi, uno de los principales protagonistas en el proceso de creación de nuestra Constitución.

5. LA CONSTITUCIÓN COMO INSTRUMENTO PARA EL PROGRESO

Influido indudablemente por los ideales iluministas, Alberdi redactó su proyecto de Constitución, y defendió luego el texto elaborado en Santa Fe. Con facilidad pueden detectarse las enormes esperanzas que aquél depositaba en la aprobación de dicho texto.

En respuesta a los Comentarios que Sarmiento hiciera sobre la Constitución, por ejemplo, Alberdi redactó sus Estudios sobre la Constitución argentina de 1853. En ellos diferenció los fines de los medios incluidos en la Carta Fundamental. Sostuvo entonces que los fines insertos en el Preámbulo "son los fines esenciales y únicos de todo gobierno racional posible, sea cual fuera su forma y el país de su aplicación". "¿Tenéis noticia—agregaba—de que exista algún gobierno racional que no tenga por objeto la unión, la justicia, la paz, el orden, la defensa, el bien general y la libertad?"¹

Pero luego advertía que, así como "todas las Constituciones tienen un fin idéntico y común, también lo es que todas difieren y deben diferir esencialmente en la composición de sus autoridades, que son los medios de obtener la realización del fin. Estos medios—decía—...dependen en su organización y mecanismo de las condiciones y antecedentes particulares de cada país; pues cada país es peculiar de algún modo y diferente de los demás"¹.

Las necesidades de nuestro país eran, en una primera etapa, las de la libertad y la independencia. Según sus pa-

¹ Alberdi, Juan B., *Obras Completas*, Bs. As., 1887.

labras, "el momento de echar la dominación europea de nuestro suelo no era el momento de atraer los habitantes de esa Europa temida. Los nombres de inmigración y colonización despertaban recuerdos dolorosos y sentimientos de temor. La gloria militar era el objeto supremo de ambición. El comercio, el bienestar material se presentaban como bienes destituidos de brillo".

Lograda la independencia y la libertad, las necesidades del país pasaban a ser otras. Ahora los fines eran los de "organizar y construir los grandes medios prácticos de sacar a la América emancipada del estado oscuro y subalterno en que se encuentra".

De tal modo, y según vimos, Alberdi justificaba la existencia de la Constitución en virtud de los extraordinarios efectos que, según entendía, iba a provocar su dictado. En tal sentido, llegó a hablar de una "Constitución que tenga el poder de las hadas, que construyan palacios en una noche".

Nuestra Constitución debía ser "absorbente, atractiva, dotada de tal fuerza de asimilación que haga suyo cuanto elemento extraño se acerque al país, una Constitución calculada especial y directamente para dar de cuatro a seis millones de habitantes a la República Argentina en poquísimos años; una Constitución destinada a trasladar la ciudad de Buenos Aires a un paso de San Juan, de La Rioja y de Salta, y a llevar estos pueblos hasta los márgenes fecundos del Plata por el ferrocarril y el telégrafo eléctrico que suprimen las distancias".

Esteban Echeverría⁸ también veía en nuestra Constitución una fabulosa potencialidad. "La soberanía —decía— se ha encaramado en esa ley; allí está la salvaguarda de la democracia. Podrá esta ley ser revisada, mejorada con el tiempo y ajustada a los progresos de la razón pública, por una asamblea elegida ad hoc por el soberano; pero entre tanto no llega esa época que ella misma señala, su poder es omnipotente, su voluntad todas las voluntades, su razón se sobrepone a todas las razones. Ninguna mayoría, ningún partido, ninguna asamblea, podrá atentar contra ella, so pena de ser usurpadora y tiránica".

Sin adherir directamente a los ideales iluministas, la mayor parte de nuestros juristas aludieron a la "necesidad" de la Constitución a los fines de la organización política del país.

⁸ Echeverría, Esteban, Obras Completas, Bs. As., 1951.

Así, para Estrada¹⁰, la Constitución jugaba el papel de "centro superior" que en Inglaterra cumplía la Corona. Entendía que "en los gobiernos de forma republicana necesitan las sociedades encontrar algo que reemplace por su carácter de permanencia y de superioridad indiscutida o indiscutible, el papel que la Corona representa en los gobiernos de forma mixta: es el que incumbe a la Constitución".

Para Joaquín V. González¹¹, la Constitución es "un instrumento de gobierno hecho y adoptado por el pueblo con propósitos prácticos, como son los de vivir y desarrollarse como personalidad real en el mundo, y que tiene su misión en la cultura de sus individuos y de la humanidad". Sus objetos principales, señala, son los de fundar un gobierno y establecer los derechos de la libertad, asegurándolos contra toda tentativa que para anular el uno o los otros pudieran realizarse en el futuro.

Sánchez Viamonte¹² también se refiere a la necesidad de la Constitución "para que exista el Estado de derecho", ya que éste sólo es posible si el gobierno y los gobernados están "sometidos a su imperio".

Todos estos autores, de algún modo, intentan justificar la Constitución en virtud de los beneficios o las buenas consecuencias que su dictado puede aparejar. Sin embargo, cuando identificamos nuestras razones con las provenientes de un mero cálculo de costos y beneficios, la fuerza de nuestros argumentos se debilita.

En tal sentido, las críticas posibles a posiciones de tipo consecuencialista, pueden ser de distinto tipo.

Para J. Hodson¹³, los argumentos utilitaristas serían sufocantes (por llevar a consecuencias antiutilitaristas) en la medida en que todos los miembros de la sociedad adopten una postura semejante. Para otros autores, los problemas aparecen al querer mantener coherentemente una posición utilitarista destinada a incrementar el bienestar general, hasta sus últimas consecuencias. Ello podría llevarnos a justificar actos tales como el sacrificio de una persona, si es que con tal acto logramos favorecer la utilidad general.

¹⁰ Estrada, J., *Curso de derecho constitucional*, Bs. As., 1937, p. 99.

¹¹ González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Bs. As., 1897, p. 15.

¹² Sánchez Viamonte, Carlos, *El constitucionalismo. Sus problemas*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1957.

¹³ Hodson, J., *The Ethics of Legal Corrcion*, Dordrecht, 1983.

Los problemas que aquí insinuamos, no son ajenos a ninguna de las posiciones que hemos transcrito más arriba. Con alguna perplejidad puede comprobarse cómo, efectivamente, los artífices de la organización política fueron víctimas de tales dificultades.

Fue así como, en la defensa de sus posturas, se dejaron conducir muchas veces por razones instrumentales, descuidando, en ocasiones, la justificabilidad intrínseca de las actitudes que asumían. Veremos a continuación, en algunos ejemplos concretos, cómo se manifestaron históricamente estas dificultades. Intentaremos mostrar también, los prejuicios que las posiciones utilitaristas conllevan respecto de la pretensión de garantizar ciertos derechos como inviolables.

6. INCONVENIENTES DE UNA DEFENSA UTILITARISTA DE LA CONSTITUCIÓN. EL DEBATE SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE DE 1853

Un debate en el que, con suficiente claridad, se reflejan los inconvenientes de una posición utilitarista, es el que se dio en nuestra Convención Constituyente en lo relativo a la libertad de cultos. Nos interesa, en particular, recordar las discusiones que rodearon la aprobación del art. 14 de nuestra Constitución respecto de la cuestión religiosa, más que centrarnos en las polémicas, menos salientes, generadas con motivo del art. 3°.

Entre los hechos más destacados de estas disputas, puede mencionarse el de que, en ellas, no se enfrentaron principios ni se expusieron, aun de manera rudimentaria, concepciones en torno a los derechos individuales. Por el contrario, la mayoría de las defensas de un culto oficial se articularon a partir de posiciones inquisitoriales e intolerantes, mientras que, las defensas de la libertad de cultos tuvieron como base principal la conveniencia y la utilidad de tal medida. Esta última posición, que fue la triunfante, ejemplifica el modo y las razones con que fueron defendidos nuestros derechos. Veamos algunos casos que ilustran dicha afirmación¹⁴:

Seguí, respondiendo a un discurso ocurantista pronunciado por Centeno, sostuvo que era "indispensable la tole-

¹⁴ Diario de Sesiones de la Sala de Representantes, Bs. As., 1852.

rancia religiosa para el progreso del país por la inmigración virtuosa que traería a nuestro suelo".

Lavaise fundamentó su postura, también liberal, en esta materia, en dos argumentos. Uno, vinculado con la caridad evangélica y la hospitalidad que debe dispensarse al prójimo. El otro, relacionado con la necesidad de promover para la Nación "las fuentes de su prosperidad", entre las cuales se encontraba, principalmente, la inmigración extranjera.

Es curioso que, aun quienes se opusieron a la tolerancia religiosa, no pudieron apartarse del argumento de la inmigración como tema central. En tal sentido, Colodrero manifestó que a los protestantes que vinieran al país se los recibiría fraternalmente y se les daría seguridad "para sus personas y propiedades, quedando de este modo consultado el bienestar general". El bienestar general no incluía el derecho al culto.

Leiva, por su parte, consideró que la libertad de cultos no era un requisito indispensable para favorecer la entrada de extranjeros a nuestro país, sino que, básicamente, bastaba con asegurar ciertas garantías sociales. Decía entonces que "si al aliciente que ofrece al extranjero la hermosura de nuestro clima, la fertilidad y riqueza de nuestro país, se agregase el de sólidas garantías sociales para la persona y la propiedad, la República Argentina tendría tanta inmigración y cuanta quisiera admitir. Que en veintisiete años de libertad de cultos no se había presentado al Gobierno de Buenos Aires ninguna solicitud para traer inmigrantes a su campaña ni había allí una sola colonia establecida".

Resulta sorprendente comprobar cómo constituyentes tan lúcidos como Colodrero o Leiva pudieron considerar que al inmigrante podía bastarle (para considerarse "bien recibido"), con tener aseguradas, básicamente, ciertas garantías vinculadas con su posibilidad de ser propietario. Pero más sorprendente resulta todavía que, para desvirtuar estas posturas, no se recurriese con convicción a la defensa de un completo esquema de derechos, sino que, por el contrario, se alegasen básicamente, como razones, las de la utilidad general o la conveniencia para el desarrollo económico.

Los lineamientos fundamentales de este debate se reprodujeron en las restantes (escasas) discusiones que se dieron en nuestra Convención Constituyente, ligándose siempre las razones últimas a cuestiones tales como la "utilidad para el progreso".

Así, como principal defensa del capítulo destinado a las "Declaraciones y garantías" estipuló que "era preciso que la práctica del régimen constitucional a que aspiramos dé, cuando menos para nuestros sucesores, seguridad a la vida y propiedades, medios de trabajo, precio a nuestras tierras y productos, y facilidades para comerciar con los pueblos extranjeros de cuyos artefactos y ciencias carecemos".

Otro de los pocos debates más o menos atractivos que se dieron durante la Convención, estuvo ligado con la cuestión capital. Se sostuvo entonces que la capital "debe ser aquella en donde con mayor decoro y respetabilidad puedan presentarse (las autoridades) ante el extranjero".

Es obvio que esta fuerte preocupación por el ingreso de inmigrantes y por la opinión internacional, estuvo motorizada en buena medida por Alberdi, para quien "sin mejor población para la industria y el gobierno libre, la mejor Constitución será ineficaz".

Las bienintencionadas proclamas de Alberdi, como las de la mayoría de nuestras figuras patrias, merecen, sin embargo, reparos, en la medida en que incorporan a la libertad, básicamente, por cuestiones ligadas con la conveniencia y la prosperidad, lo que parece inferirse, ciertamente, de la generalidad de sus escritos.

Si consideramos que nuestros derechos personales no pueden estar sujetos al logro de objetivos colectivos, entonces, las razones que demos para justificar la validez de la Constitución, deben diferir de las que Alberdi y la mayoría de nuestros constituyentes propusieron.

Intentaremos a continuación, por lo tanto, revisar otras justificaciones posibles, capaces de instruirnos acerca de la real importancia de tener una Constitución. Sin embargo, y antes de abandonar este apartado, nos detendremos brevemente en una nueva variante que puede llegar a presentarse para defender la validez de la Constitución desde una postura consecuencialista.

7. LOS BUENOS RESULTADOS PRODUCIDOS POR NUESTRA CONSTITUCIÓN

Frente a las posiciones ya vistas, conforme a las cuales la Constitución es valiosa, fundamentalmente, por adecuarse a nuestras tradiciones o por producir resultados positivos para la mayoría, sería posible intentar una nueva defensa de

nuestra Ley Suprema, basada en los positivos resultados que se produjeron, en la práctica, a partir de su aprobación. En tal sentido, podría decirse: "El dictado de una Constitución está justificado a partir del impacto positivo, que ella efectivamente produce en el razonamiento judicial; en la labor de los poderes políticos, y en las actitudes de la ciudadanía en general"¹⁹.

Con esta explicación se valora al texto constitucional, en definitiva, porque, más allá de las motivaciones que hayan promovido su dictado, él sirve a la protección de ciertos derechos básicos. Esta postura, entonces, y de esta forma, se fortalece justamente en el punto en el que los otros argumentos consecuencialistas que vimos resultaban más débiles.

Ahora bien, la forma en que ese "impacto de la Constitución" se produce, es diferente según a quién hagamos referencia. Respecto de los jueces, por ejemplo, la Constitución se presenta como una premisa básica dentro de su esquema general de razonamiento, que incide de manera determinante en los escritos que éstos producen.

Los poderes políticos, por su parte, también se autolimitan en su actividad, en virtud de ciertos derechos que reconocen como inviolables y una división de tareas interpoderos que reconocen como vigente. En el caso de la ciudadanía, por fin, la Constitución importa en la medida que, tal como puede comprobarse en la práctica cotidiana, promueve la valiosa creencia en un orden jurídico firme, que garantiza ciertos derechos sobre los que ningún poder, público o privado, puede avanzar. La ciudadanía parece apoyarse menos en la legislación ordinaria, que intuye cambiante, confusa e inabarcable, que en la Constitución. A ella se la considera, en cambio, estable, rica en su contenido y austera en palabras. Habitualmente se recurre a ella con la convicción de que asegura, de un modo u otro, algún resguardo a los derechos individuales.

A primera vista, entonces, parecería que encontramos, finalmente, algunas razones valiosas para justificar la existencia de una Constitución.

Argumentos lejanamente similares, pueden rastrearse en un viejo texto perteneciente a Alf Ross²⁰. En él, este autor daba

¹⁹ Así, por ejemplo, en Nino, Carlos, *Control de constitucionalidad*, Conferencia argentino-germana, Bs. As., 1988.

²⁰ Ross, Alf. *Tu-Tu*, Bs. As., 1976.

cuenta de las curiosas costumbres de un grupo de aborígenes, habitantes de unas pequeñas islas ubicadas en el Pacífico. La tribu en cuestión se caracterizaba por la firme creencia que sostenían, según la cual, con la violación de un determinado tabú, se producía un fenómeno extraño, al que denominaban "Tu-Tu". "Tu-Tu" significaba "una fuerza o lazo peligrosa que recae sobre el culpable y amenaza a toda la comunidad con el desastre", según la descripción del filósofo.

Lo interesante (para nosotros) es que, si bien "Tu-Tu" aparece en principio como una palabra vaciada por completo de significado, la violación de ciertas reglas (p.e.), el ingerir la comida del jefe de la tribu) provocaba (según los pobladores) que quien cometió la falta estuviese "Tu-Tu", lo que implicaba que debía ser sometido a una ceremonia de purificación.

Tal situación llevó al profesor Ross a afirmar que, aunque la palabra en cuestión parecía carecer de sentido, en realidad, ella tenía una referencia semántica concreta y que, aunque los lugareños "en su imaginación supersticiosa, adscriben al enunciado la presencia de una peligrosa fuerza", estaban justificados de utilizar el término dada su utilidad, en cuanto a su capacidad explicativa del funcionamiento de un complejo sistema de sanciones.

Haciendo un paralelismo, tal vez forzado, alguien podría proponer que, quizá sean ciertas todas las dificultades que se alegan respecto de la justificabilidad de la Constitución pero que, de todos modos, sigue siendo útil recurrir a ella.

Es útil hablar de Constitución (como hablar del "Tu-Tu"), porque, por las razones que sean, acostumbramos a orientar nuestras acciones conforme a ella, y los resultados que obtenemos de tal actitud nos resultan aceptables. Aquí también, como en el caso anterior, quien viola ciertas reglas adquiere un mal (su acción es calificada de inconstitucional), y debe ser sometido, por lo tanto, a una "ceremonia de purificación" para exiliarlo de dicho mal (el sujeto es sancionado, etcétera).

La plausibilidad que aparenta tener esta justificación, no debe llevarnos tampoco a apresurados entusiasmos. Existen obvias razones para dudar de tal plausibilidad.

En primer lugar, cada uno de nosotros necesita conocer de manera clara y transparente cuáles son las razones por las que está autorizado o no para realizar determinado acto.

Aun sin tomarnos demasiado al pie de la letra el paralelismo al cual recurrimos, resulta evidente que la justificación de nuestros derechos y deberes no puede responder a imperativos mágicos ni meramente convencionales. Tampoco es razón para aceptar la Constitución, el hecho de que, intuitivamente, parece que los efectos positivos que el texto

provoca son superiores a los negativos. Menos razones tenemos aún, si estos efectos positivos se reducen a implicar una adecuada (económica) descripción-explicación de ciertos fenómenos que caracterizan a nuestros comportamientos cotidianos.

Las dificultades con las que nos enfrentamos provienen básicamente de un único pero fundamental problema. Éste es el siguiente: hasta que no nos hayamos asegurado de que el contenido de la Constitución a la que hacemos referencia es valioso, las demás justificaciones posibles nunca resultarán suficientes. Ya sea que queramos tomar en cuenta la hipotética legitimidad que la Constitución tuvo en su origen, las consecuencias favorables que pueda tener para el progreso del país, el hecho de que en la práctica sirva efectivamente para la protección de ciertos derechos fundamentales, o cualquier otra.

Recién después de incluir ciertas consideraciones acerca del contenido de la Constitución, retomaremos alguno de los argumentos consecuencialistas ya vistos.

8. LA CONSTITUCIÓN JUSTIFICADA POR SU CONTENIDO. DISTINTAS POSICIONES INTERPRETATIVAS

Según parece, si el contenido de la Constitución es valioso, las razones para justificar su existencia se solidifican. Sin embargo, cuando nos dirigimos, en la práctica, a dar cumplimiento a dicha tarea, nos encontramos con algunas dificultades que amenazan ser insuperables.

Fundamentalmente, a partir de que no hay un acuerdo básico acerca de cómo definir cuál es el contenido de la Constitución. Porque el hecho de tener una Constitución escrita no garantiza de ningún modo la solución de tal problema.

En tal sentido, es legítimo que nos preguntemos: ¿la justicia de nuestra Ley Suprema debemos buscarla en sus textuales palabras? ¿O debemos recurrir, en cambio, a los principios por ella definidos? ¿O debemos, quizá, desentendernos de los principios morales definidos por ella, para quedarnos, básicamente, con la estructura procedimental que consagra? Haremos, a continuación, y con el riesgo de ser reiterativos, un brevísimo racconto mostrando algunas de las respuestas que se han ofrecido a los interrogantes que ahora nos ocupan: ¿cómo definir el contenido de la Constitución?

y luego, ¿cómo saber que tal contenido es justo?, preguntas éstas que se entrecruzan con viejas cuestiones interpretativas, todavía hoy irresueltas.

En la medida en que podamos acordar una respuesta satisfactoria para estos problemas, entonces, podremos considerar que nuestro trabajo se acerca a su conclusión definitiva.

a) La dogmática jurídica

La respuesta más pronta que podemos dar al problema de cómo determinar el contenido de la Constitución es la que sostiene la dogmática jurídica (posición ésta bastante difundida en el derecho continental europeo, así como también en nuestro país).

Esta postura se caracteriza por presuponer, sin una mayor elaboración al respecto, ciertas pautas interpretativas como universalmente aceptadas. Presupone, por ejemplo, que detrás del derecho se encuentra un legislador racional, preciso, coherente, justo, omnisciente, etc.; y de allí deduce guías para evaluar el contenido de la Constitución, la "verdadera esencia", o naturaleza de sus términos, etcétera.

Esta posición, hoy por hoy, ya ha recibido suficientes críticas que la muestran como implausible. Sobre todo, las críticas dirigidas hacia el modelo del "legislador racional", que poco se asemeja al "legislador real". De todos modos, la mayor cuestionabilidad de esta postura, está dada por la permanente introducción de concepciones valorativas bajo el ropaje de un análisis objetivo, neutro.

b) El originalismo

Una forma corregida, más realista y honesta que la posición dogmática, mantiene su mirada en el legislador original, pero lo considera ahora bajo su ropaje real. Sostiene entonces que, para conocer cuál es el contenido verdadero de la Constitución, es necesario remontarse al momento de su dictado.

Tal pretensión a primera vista resulta aceptable, sobre todo, por el grado de certeza y estabilidad que permite asegurarle al derecho constitucional en particular. La estabilidad parece un valor atractivo si es que nos interesa que la sociedad en que vivimos se asiente sobre un orden justo y aceptado por todos. En la medida en que haya una sola interpretación posible de la Constitución, tendremos enton-

ces dados buena parte de los pasos necesarios para alcanzar dicho fin. Y qué mejor forma de asegurar una sola interpretación de la Constitución que sujetándola a las intenciones originarias de sus autores que, con ayuda de la investigación histórica, podemos llegar a conocer. Sucede, sin embargo, que apenas avanzamos en dicha investigación histórica, nuestras certezas empiezan a tambalear.

Pocos han expuesto tan lúcidamente como R. Dworkin¹² las críticas a esta postura, y por eso nos apoyaremos en él para exponerlas: En primer lugar, ¿las intenciones de qué individuos debemos tener en cuenta para evaluar las "intenciones originarias"? ¿Las intenciones de cada uno de los constituyentes que participaron en la Convención?; ¿las de quienes participaron más protagónicamente en tales discusiones (en nuestro país, los integrantes de la comisión designada al efecto)?; ¿las de quienes participaron en cada artículo en particular?; ¿las de los grupos de presión más influyentes que se movieron detrás de la sanción de la Constitución?; ¿las de algunos de tales grupos o de algún miembro en particular de alguno de ellos?

Luego, ¿qué importancia tenemos que asignarle a las personas que no corrigieron o no enmendaron la Constitución? Más aún, ¿sólo debemos tomar en cuenta las motivaciones conscientes de quienes participaron en el proceso constitucional, o también sus motivaciones inconscientes, sus temores, sus prejuicios?

Y dentro de sus motivaciones conscientes, ¿debemos considerar únicamente aquellas directamente ligadas con el dictado de la Constitución, o debemos admitir también aquellas otras relacionadas, por ejemplo, con su destino personal (así, por caso, cómo valorar un apoyo dado a un artículo, no tanto por convicción como por interés de ganar confianza dentro de una determinada fracción política)?, ¿qué papel juegan sus esperanzas; cuál, sus expectativas al respecto?

c) Actualización de las intenciones originarias

Para superar aquellos dilemas, se han propuesto, con un mismo desalentador final, algunas otras variantes a la idea del legislador original. Una de ellas ha sido la de tomar en cuenta escenarios contrafácticos. De tal modo, la respues-

¹² Dworkin, *op. cit.*, p. 27 y ss., y 228 y siguientes.

ta a nuestras dudas quedarían resucitadas a través de una respuesta hipotética. Así, por ejemplo, deberíamos plantearnos qué respuestas nos daría hoy el legislador originario si le preguntásemos acerca del problema "x". Es obvio que, aun cuando, de algún modo, pudiéramos reconstruir el pensamiento de aquél, la respuesta en cuestión parecería viciada de arbitrariedad. Jamás podríamos llegar a evaluar todos los factores que, inevitablemente, influirían sobre aquella respuesta, por lo que tal contestación sólo sería posible a costa de una siempre cuestionable selección de datos.

No obstante, el fracaso de esta propuesta nos orienta hacia otra, más prometedora.

d) El recurso a las convicciones

Algunos autores han optado por dejar de lado la pretensión de reconstruir rigidamente el pasado para contentarse, en cambio, con formular un cuadro más o menos completo de las convicciones básicas de los forjadores de nuestra Constitución.

Sin embargo, aun así, se reproducen los problemas que repasamos anteriormente. ¿Debemos tomar en cuenta las convicciones predominantes en la época, las de un grupo, las de algunos individuos en particular? ¿Cómo evaluamos, además, las convicciones contrapuestas entre distintos grupos; o sostener, equívocamente, ideas contradictorias respecto de cuestiones diferentes¹⁸?

Advirtiéndolo las insalvables dificultades de definir el contenido de la Constitución a partir de la reconstrucción, más o menos acabada, del pensamiento de sus creadores, es que adquirió cuerpo una postura bastante distilada, según la cual el contenido del texto fundamental está determinado convencionalmente; sería, entonces, "aquello que habitualmente entendemos que es". No se pretende, sin embargo, que tal significado nos sea común a todos, pero sí que, en líneas generales, coincidamos en la interpretación del núcleo fundamental de ella.

Esta postura vuelve a proteger principios tales como los de la estabilidad, la predecibilidad y equidad procesal, que parecen, desde todo punto de vista, valiosos para el derecho.

Cada época podría, legítimamente, diferir en cuanto a la interpretación de tales contenidos, con lo que se dejaría as-

¹⁸ Dworkin, *op. cit.*, p. 115.

de lado el peso de "la mano muerta de la Constitución", objeción ésta siempre presente respecto de las posiciones anteriores. No tendríamos, por qué sentirnos atados entonces, a la voluntad de un grupo cuyas decisiones fueron tomadas hace cientos de años.

Quedaría de este modo garantizada, no sólo la estabilidad del orden jurídico, dentro de una cierta época, sino también una necesaria flexibilidad, que permitiera adecuar la Constitución a los nuevos tiempos.

El logro de tales propósitos, sin embargo, se hace a costa de un precio importante. Éste es el de dejar de lado principios de moral crítica, capaces de poner en cuestión nuestras convicciones más asentadas. Si tenemos en cuenta que, además, estamos obviando la consideración de importantes diferencias propias de cada época, relativas aun a aspectos importantes de la Constitución; y que, en definitiva, siquiera alcanzamos una descripción adecuada de nuestra práctica jurídica, entonces, comprobamos el débil atractivo que presenta esta postura. En síntesis, si bien con una concepción convencionalista alcanzamos (a pesar de las dificultades), alguna respuesta para nuestro primer interrogante (¿cómo determinar cuál es el contenido de la Constitución?), en cambio, encontramos problemas más graves cuando queremos analizar la validez de tal contenido.

e) Crítica del pragmatismo

Un convencionalista podría respaldar un cierto "pasivismo" en cuanto a la actividad judicial frente a los otros poderes políticos. Esta actitud "pasiva" que dominó durante algún tiempo la tarea judicial, fue drásticamente contradiicha, por ejemplo, en los Estados Unidos, por la Corte Warren, que optó por asumir un rol "activista".

El activismo judicial se vincula con una postura pragmática respecto de la Constitución, desvinculándose así de las intenciones originarias de los constituyentes, de sus convicciones, y de aquel apego que vimos a la historia, las costumbres y las tradiciones.

El pragmatismo implica un escepticismo respecto de si los individuos tienen derechos legales asegurados por decisiones políticas pasadas. Son los jueces, en este caso, quienes deben determinar cuál es la solución más conveniente para el futuro. En su variante más radicalizada, el pragmatismo sostiene que el derecho sólo sirve para predecir cómo decidirán luego los jueces.

Su adhesión a la Constitución es, en todo caso, sólo estratégica, ya que puede ser importante ampararse en la Constitución para dotar de mayor legitimidad a sus decisiones.

Los autores que defienden este tipo de pragmatismo, descartarían como inútil toda preocupación acerca del contenido de la Constitución. La Constitución no sería sino "lo que los jueces dicen que es".

El intento del pragmatismo es muy importante en cuanto a su mirada escéptica sobre el derecho, al poner a la luz la libertad con que, en muchos casos, los jueces leen el derecho. Sin embargo, parece un grave error dejar de tomar en cuenta que, en realidad, la Constitución implica mucho más que un mero apoyo estratégico. Como decían Keisen o Hart, entre otros, un pragmático no puede obviar la existencia de normas que dan competencia a determinados individuos para actuar como jueces.

Consideramos valioso, de todos modos, el haber expuesto brevemente tal postura, dado que nos sirve como introducción a una nueva, bastante más exitosa en sus intentos.

f) El contenido procedimental de la Constitución

Comprobamos que, aun un pragmático, en sus argumentos reconoce implícitamente la existencia de una cierta distribución de poderes realizada desde la Constitución.

Apoyándose en este tipo de evidencia, algunos autores, entre los cuales sin duda Ely es el más destacado, identifican "la naturaleza" de una Constitución como la americana con una técnica procesal de gobierno. Su contenido estaría dedicado, casi exclusivamente, a determinar con precisión el deslinde de facultades entre los distintos poderes de gobierno, y el funcionamiento particular de cada uno de ellos.

Según sus palabras, la Constitución se refiere a "las cuestiones de procedimiento y de estructura y no a la identificación y preservación de valores sustantivos específicos"¹⁸.

Derechos como los de libertad de expresión, de prensa, de reunión, también estarían dirigidos, bien mirados, a cuestiones procedimentales, al favorecer la discusión pública y las correctas decisiones mayoritarias. Esto supone

¹⁸ Ely, J. H., *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, 1960, p. 90.

que la justificabilidad de los procedimientos se afirma sólo en vinculación con el sistema democrático (volveremos luego sobre este supuesto).

Señala Ely²⁰ que, la "estrategia general no ha sido por ello implantar en el documento un conjunto de derechos sustantivos con título suficiente para una protección permanente. En lugar de ello, la Constitución ha partido de la convicción obvia de que una mayoría efectiva no amenazará excesivamente sus propios derechos y que lo que debe asegurar es que tal mayoría no trate sistemáticamente a los otros menos bien de lo que se trata a sí misma, y ello estructurando el proceso de decisión a todos los niveles para intentar asegurar, primero, que el interés de cualquiera esté actual o virtualmente representado (normalmente ambas cosas) en el nivel de decisión sustantiva; y segundo, que el procedimiento de aplicación individual no sea manipulado de forma que permita reintroducir en la práctica, la clase de discriminación que está prohibida en teoría... La Constitución americana ha sido de este modo, y en una gran parte continúa siendo, una Constitución propiamente dicha, que trata de cuestiones constitutivas. Lo que la ha distinguido, como a los Estados Unidos mismos verdaderamente, ha sido un procedimiento para gobernar, no una ideología de gobierno".

Más allá de cuál haya sido la estrategia respecto de la Constitución, lo que nos interesa es esta interpretación acerca de su contenido. Ella parece dar respuesta adecuada a varias de nuestras preocupaciones. Sin embargo, vamos a detenernos, a continuación, en algunas críticas posibles a esta postura.

a). La integridad de los procedimientos democráticos.

Dworkin critica la concepción de Ely acerca de cuál es la lectura correcta sobre la Constitución, e intenta ofrecer luego una interpretación más adecuada.

Se pregunta, en primer lugar: ¿La Constitución es más justa si sus restricciones al gobierno mayoritario son mínimas? Responde a esto en dos formas. En primer lugar, afirmando que para la generalidad de la sociedad no es aceptable tal concepción que reduce al mínimo o desconoce los derechos individuales ante la voluntad de la mayoría.

²⁰ Ely, J. H., op. cit., p. 100-101.

Esta primera crítica no parece del todo válida, ya que la teoría de los procedimientos constitucionales no es ajena (todo lo contrario) a la preservación y la intangibilidad de ciertos derechos individuales básicos.

Pero vayamos a la segunda crítica, que es en la que más se detiene. Dworkin parece aceptar la posibilidad de que no se nieguen tales derechos individuales, mientras se defiende a la vez una interpretación constitucional que deje amplia libertad de acción a la Legislatura en las cuestiones políticas. Acepta también el fundamento de esta postura, según el cual, a largo plazo, las Legislaturas pueden "desarrollar una teoría más razonable acerca de cuáles son los derechos que exige la justicia, en vez de que las Cortes traten de interpretar el lenguaje vago de las disposiciones constitucionales abstractas"²¹.

No obstante, la preocupación principal de Dworkin parece estar ligada al derecho de las minorías. Las Legislaturas, sustentadas por el voto de las mayorías, no tendrían una especial preocupación por el tema. Ello no significa —le admite— que "los jueces, aislados de la censura de las mayorías, sean las personas ideales para decidir acerca de esos derechos". Pero tampoco existe "una razón a priori para considerarlos teóricos políticos menos competentes que los legisladores estatales o fiscales de distrito".

La clave de su análisis se basa en que "la equidad en el contexto constitucional requiere que la interpretación de una cláusula sea penalizada si se basa en principios de justicia que no tienen fundamento en la historia y la cultura norteamericanas, que no han desempeñado ningún papel en la retórica del autoexamen y el debate nacional. La equidad exige referencias a características estables y abstractas de la cultura política nacional, es decir, no a los puntos de vista de una mayoría política local o transitoria sólo porque éstas hayan triunfado en una ocasión política en particular".

El contenido de la Constitución, para Dworkin, no puede definirse exclusivamente acudiendo a ciertos principios de justicia, sino que debe interpretarse teniendo en cuenta, también, principios de equidad y debido proceso, para poder dar cuenta, en conjunto, de las tradiciones políticas y culturales de la Nación. Reconoce que el hecho de tomar en cuenta principios de equidad política, debido proceso y

²¹ Dworkin, *op. cit.*, p. 294.

justicia sustantiva sólo "hasta donde sea posible", implica "llevar a efecto estatutos que van en contra de una justicia sustantiva", pero lo admite como un sacrificio aceptable frente a la indeseable alternativa de una interpretación discrecional de la Constitución.

Llegados a este punto, nos encontramos enfrentados a dos disímiles concepciones acerca de cómo definir el contenido de la Constitución. Cada una de ellas alega buenas razones para prevalecer sobre la otra.

En la medida en que alguna de ellas decida a su favor la disputa, habremos encontrado, según parece, argumentos suficientes para justificar la relevancia moral de la Constitución.

Por un lado, entonces, nos queda una propuesta según la cual el contenido de la Constitución se refiere, exclusivamente, al establecimiento de un sistema de procedimientos, justificados, en última instancia, en virtud de ciertos principios democráticos.

Por otro lado, nos encontramos con una propuesta que sostiene que la interpretación del contenido de la Constitución no puede depender de manera exclusiva de principios de justicia sino que, necesariamente, debe recurrir también a otros principios, como los de equidad y debido proceso.

Intentaremos, a continuación, analizar algunas dificultades que pueden caracterizar a esta segunda concepción.

h) La apelación a valores comunitarios

Los principios adicionales a los que Dworkin recurre para interpretar el contenido de la Constitución, necesitan también de una justificación adicional. Por ello, el autor inglés toma en cuenta otra idea, la de comunidad.

Dworkin sostiene que la mayoría de las personas piensan que tienen obligaciones asociativas "por el solo hecho de pertenecer a grupos definidos por la práctica social, que no necesariamente es una cuestión de elección o consentimiento"³². Y ella sería la cuestión clave, habitualmente menospreciada por la filosofía política.

Normalmente, tales estudios se centran en los actos conscientes y deliberados, sin tomar en cuenta que suelen ser más importantes las responsabilidades y compromisos con la familia, los amigos, los compañeros de trabajo, etcé-

³² Dworkin, *op. cit.*, p. 128 y ss., y 132 y siguientes.

tera. "No podemos explicar la práctica general —señala Dworkin— si aceptamos el principio que ha atraído a varios filósofos, de que nadie puede tener obligaciones especiales con ciertas personas en particular, salvo en el caso en que elijan aceptarlas. La relación que conocemos entre obligación comunal y elección es mucho más compleja, y una cuestión de grado que varía de una forma a otra de asociación comunal".

De tal modo, nos iríamos comprometiendo con ciertas obligaciones, aun sin darnos cuenta de ello, y a medida que va transcurriendo nuestra vida. Son obligaciones que se desprenden de relaciones fraternales y comunitarias.

A partir de tal situación, que Dworkin considera evidente, diseña un modelo ideal de comunidad en razón del cual "poder luchar para mejorar nuestras instituciones en ese sentido". Su modo de interpretar el derecho en general, se vincula con las premisas descriptas. De ahí que pueda resultarle una irresponsabilidad pretender evaluar el contenido de la Constitución recurriendo exclusivamente a principios de justicia.

Sin embargo, Dworkin reconoce también la otra cara de la misma afirmación. Ésta es que, así como la vida en una "verdadera comunidad" genera determinado tipo de obligaciones, así también es cierto que tales obligaciones no pueden ser aceptadas por la exclusiva razón de ese hecho.

Así, pueden llegar a detectarse prácticas o responsabilidades que no se justifican a partir de los mismos principios necesarios para justificar otras responsabilidades. En el mismo sentido, admite que "aun las comunidades genuinas que cumplen varias de las condiciones descriptas pueden ser injustas o promover la injusticia y producir de ese modo (conflictos)... entre la integridad y la justicia de una institución".

De todos modos (y a pesar de los problemas que el mismo autor reconoce), lo cierto es que el balance entre principios de justicia, propios de la comunidad, y obligaciones y prácticas también derivadas de ella, le permiten concluir con una propuesta interesante. Con su visión del derecho como integridad, puede dar explicación a la práctica legal, a la historia jurídica de la Nación. Pero también puede contar con un armazón teórico coherente, capaz de justificar cierto tipo de soluciones a los hard cases, y de proporcionar respuestas satisfactorias a los interrogantes que el Poder Judicial habitualmente se plantea.

El punto al que llegamos es importante, pero no podemos permanecer en él sin referirnos a algunos de los supuestos en que la teoría parece apoyarse.

Fundamentalmente, Dworkin discute la idea de que una persona no elige la comunidad en que va a vivir, sino que nace en ella. Da argumentos para relativizar tal afirmación, y poder hacer, así también, posibles objeciones a la valoración, que él implícitamente hace, acerca de la vida en comunidad.

Sin embargo, Dworkin no analiza la objeción según la cual una persona tampoco elige libremente la posición social que va a ocupar, desde que nazca, dentro de tal comunidad. Por más que la movilidad social de la sociedad a la que hagamos referencia sea alta, es obvio que el hecho de que una persona pertenezca desde su nacimiento a una familia de escasos recursos económicos, implica para esa persona que toda su vida, o buena parte de ella, sea destinada a revertir o disminuir los males de tal posición de partida.

El problema se torna aún más serio, cuando advertimos algunos rasgos definitorios de las sociedades en que vivimos. Así, por ejemplo, el hecho de que sus integrantes, al mismo tiempo que hacen constantes esfuerzos para satisfacer sus necesidades, o ampliar sus márgenes de autonomía, se preocupan por impedir que otros se apropien de lo que han alcanzado, o puedan llegar a hacerlo.

Esto, de algún modo, nos remite a un cierto estado de naturaleza (para llamarlo así), que parece diferir sustancialmente de aquel del que parte Dworkin. Porque las prácticas legales del pasado que debo intentar rearticular en una construcción coherente, son prácticas que provienen, por sobre todas las cosas, de una estructura social no igualitaria. Son prácticas definidas, desde su inicio, por la desigualdad.

Cuando reconocemos la posibilidad cierta de que el origen de nuestras prácticas se asiente en la desigualdad (tal como, p.ej., lo afirma Rousseau en su estudio acerca de la desigualdad), y comprobamos que hoy, aun las democracias consolidadas registran fuertes componentes de desigualdad, las razones para asignarle relevancia ética a las prácticas comunitarias, se ven, al menos en parte, debilitadas.

Si consideramos que las instituciones que, de algún modo, preservan la desigualdad, son injustas, entonces, y en virtud de tales ideales de justicia, debemos reconocer la primacía de las obligaciones de justicia por sobre las obligacio-

nes comunitarias (precisaremos enseguida algunos aspectos vinculados con esta cuestión). Es ésta, en última instancia, la principal enseñanza que surge de la teoría de la justicia rawlsiana, según la cual los derechos asegurados por la justicia a los individuos no pueden sujetarse a ningún tipo de transacciones capaz de desvirtuarlos.

Lo cierto es que, pretender justificar la Constitución a partir de su contenido, también parece ser una alternativa con muchos problemas, ya sea que tomemos en cuenta una posición como la que defiende Dworkin, ya sea que consideremos una visión restrictiva acerca del contenido de la Ley Fundamental, tal como pretende hacerlo Ely.

El problema, tanto en un caso como en el otro, se encuentra en un mismo punto, dado por el papel desequilibrante que juegan los principios de justicia. En el caso del "derecho como integridad", cuando advertimos la relación de prelación de tales principios respecto de la práctica (aun cuando sean principios intracomunitarios). En el caso de que interpretemos a la Constitución como un catálogo de procedimientos, al advertir que tales procedimientos se tornan irrelevantes si no logran pasar su test al ser confrontados con principios de justicia.

Analizaremos otros aspectos de esta discusión, a partir de una posición defendida por Neil Mac Cormick.

9. CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

La polémica entre las normas vigentes y las normas válidas, ha sido fácilmente traducida en otra que contrapuso a la Constitución con la democracia, significando entonces la democracia "un orden moralmente justo capaz de quitarle validez a la Constitución".

Neill Mac Cormick planteó directamente esta cuestión, preguntándose: ¿es el constitucionalismo antidemocrático?, ¿es la democracia anticonstitucional?, dilema justamente que Dworkin intentó evitar, aun teniéndolo siempre presente.

Mac Cormick²⁸, al replantear estos problemas, considera casos como los siguientes: ¿qué ocurriría en el caso de que una Constitución restrinja el derecho de voto por cau-

²⁸ Mac Cormick, N., *Constitucionalismo y democracia*, en "Anuario de Derechos Humanos", 3, 1986/8, p. 374.

sas raciales, o que proscriba determinadas ideologías o partidos políticos? Reconoce entonces que, si se establece que "el modo más legítimo de tomar decisiones políticas es mediante el pueblo como un todo, donde cada uno valga exactamente lo mismo que otro, no está claro qué es lo que legitima la decisión de imponer límites a cualquier tipo de decisiones que éste pueda tomar. No se explica, por ejemplo, por qué los legisladores deben estar separados de los que ejercen el poder judicial en su nombre, especialmente cuando es bien sabido por todos que las normas generales no pueden decidir los casos particulares, y en consecuencia el ejercicio del poder judicial necesariamente supone al menos una interpretación discrecional".

Así las cosas —se pregunta— porque el pueblo no tendría que ser su propio intérprete, actuando con arreglo a las decisiones de la mayoría en los casos problemáticos, según el antiguo modelo francés del *référé législatif*.

Mac Cormick admite que, desde esta perspectiva, la democracia no precisa del constitucionalismo y tal vez aun sea incompatible con él.

Sin embargo, ensaya una respuesta que, de algún modo, se acerca a la de Dworkin. Dice entonces que la tradición constitucional ha servido en la realidad al desarrollo de la democracia, al establecer las bases y las condiciones requeridas por ella.

De tal modo, quedan vinculadas la democracia y la Constitución que, hasta entonces, siquiera parecían compatibles. La democracia precisa de la Constitución, concluye Mac Cormick, y ello justifica cierta flexibilidad respecto de los principios puros o abstractos.

Esta tesis, que parece ganar en la práctica la plausibilidad de la que carecía en teoría, permite un nuevo intento de justificación de la Carta Fundamental. Un intento que, si bien vuelve a apelar a razones consecuencialistas ("la democracia sólo funciona donde hay alguna forma de orden constitucional bien establecido"), lo hace articulando tales razones con otras vinculadas al tipo de contenido de la Constitución a la que se refiere (que "impone límites a la mayoría y al igualitarismo absoluto" consagrando, fundamentalmente, el principio de división de poderes).

De ahí que, aun cuando se reconozcan los defectos posibles de la Constitución, se defienda su importancia por las buenas consecuencias que, respecto de la democracia (justificada por sí misma) produce la obediencia y subordinación

a dicha Constitución (justificada ésta en virtud de principios democráticos). Se aceptan, entonces, determinadas limitaciones provenientes de la Carta Fundamental sobre el gobierno democrático ("una forma de gobierno difícil de instaurar y sostener"), en nombre de ese mismo gobierno democrático.

El camino sugerido por Mac Cormick, que bien puede ser recorrido a partir de ciertas ideas defendidas por el mismo Dworkin, intenta contener los peligros derivados de una interpretación estricta de ciertos principios de justicia. La interpretación de Ely, en cambio, parecería estar menos capacitada (si la llevamos hasta sus últimas consecuencias) para justificar la preservación de la Constitución (¿qué pasaría, p.ej., si los valores definidos por los poderes políticos contradijesen aun la estructura procedimental de la Constitución?).

Básicamente, la estrategia de Mac Cormick consistiría en reconocer que la democracia constitucional, "aunque sea una democracia imperfecta, reconoce bienes fundamentales que no se derivan del concepto mismo de democracia, e insiste en que los valores del gobernante demócrata debe sostenerse con estos otros bienes".

Estos "otros bienes" (p.ej., la vigencia de la Constitución) sirven, en última instancia, a la "única forma posible" de democracia; se vinculan todos con la preservación de un determinado orden legal; y están destinados, finalmente, a evitar los riesgos de un "desmantelamiento" de las instituciones sociales y políticas vigentes.

La tensión que se percibe entre la validez y la vigencia de ciertas normas, que es la tensión entre "Constitución vigente" y "democracia ideal", encierra una de las polémicas más profundas en la historia del pensamiento filosófico. Para dar respuesta al interrogante que motiva este trabajo, conviene que reconozcamos algunas raíces de este conflicto y sus soluciones posibles.

10. UNA DIGRESIÓN FILOSÓFICA: DOS VISIONES DE LA LIBERTAD

Charles Taylor menciona dos corrientes de pensamiento fundamentales como derivados de la Ilustración francesa. Una primera, en la que se destaca en principio la obra de Herder, reacciona contra las concepciones atomistas de la sociedad, que ven al hombre como sujeto de deseos egoístas.

La reacción que encabezó Herder propuso una visión de la sociedad análoga a la que puede tenerse respecto de una obra de arte, en donde cada una de las partes que compone el todo encuentra significado propio únicamente en vinculación con cada una de todas las demás partes.

La segunda corriente aparece más ligada a la concepción kantiana y representa, para Taylor, una visión radical de la libertad. La idea central en este caso, es la noción de autonomía, como equivalente a autodeterminación por la voluntad moral.

Taylor, como muchos otros autores, continúa la tradición hegeliana en nuestro tiempo, más ligada a la primera de las corrientes que vimos. El esquema que lo guía podría resumirse más o menos así: la libertad absoluta requiere homogeneidad porque no puede tolerar diferencias que impidan que cada quien participe completamente de las decisiones de la sociedad. Esa pretensión de homogeneidad implica la disolución de las comunidades parciales, en donde el hombre se sentía incluido, para reemplazarlas por una sociedad unificada en donde todos sean plenamente partícipes de las decisiones que se tomen. Los hombres —considera— son desarraigados de sus tradiciones, pero el papel que estas tradiciones jugaban no consigue un reemplazo eficaz. De ahí que la libertad absoluta sólo pueda terminar generando vacuidad, y la vacuidad, destrucción. Y esto es lo que decía Hegel en su *Fenomenología del espíritu*, cuando afirmaba que a la libertad universal sólo le queda "la acción negativa; sólo es la furia de la destrucción... Sólo destruyendo algo posee esta voluntad negativa el sentimiento de sí como existente"²⁴.

Para Taylor²⁵ la libertad absoluta lleva al vacío, y éste al nihilismo. La solución que propone a cambio es la de "situar la libertad". El modo más efectivo para dar cumplimiento a tal objetivo en una sociedad moderna es el de "recuperar un sentido de diferenciación significativa, de modo que sus comunidades parciales, ya sean geográficas, culturales u ocupacionales, una vez más puedan ser centros importantes de interés y actividad para sus miembros, de una manera que los conecte con el todo".

Esta revalorización de las tradiciones y obligaciones propias de una comunidad (una "comunidad verdadera"), se asemeja fundamentalmente a la que Dworkin propone en *El derecho como equidad* y es la misma recuperación de las tradiciones y prácticas comunitarias que Alasdair Mac Intyre propone en

²⁴ Taylor, Ch., *Hegel y la sociedad moderna*, Bs. As., 1983, p. 136.

²⁵ Taylor, *op. cit.*, p. 227.

*After virtue*¹⁶, y que caracteriza a la generalidad del nuevo pensamiento comunitario.

Frente a la anterior concepción descripta, que muestra una fuerte adhesión a las ideas de comunidad, tradición, historia, normas vigentes, la otra, de raíz kantiana, pondría su acento, en cambio, en ideas tales como las de libertad, derechos individuales, autonomía, validez normativa, etcétera.

Los autores inscriptos dentro de esta corriente, por lo general, mostrarían su negativa a limitar los derechos individuales en beneficio del bienestar general, la moral social, las tradiciones, etcétera. Podrían decir, con Rawls, que los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a transacciones ni a regateos. Ni las soluciones comunitarias ni las vinculadas con el utilitarismo se presentarían ahora como plausibles.

Pero, ¿qué propuesta, entonces, podría proponerse a cambio? ¿debe aceptarse el ideal de la libertad absoluta, aunque él nos arrastre a la destrucción? ¿han de desecharse las prácticas habituales, las tradiciones? ¿debe ser admitido el liberalismo individualista, rechazarse las normas vigentes en la medida en que no sean compatibles con normas que sí consideramos válidas? Finalmente, ¿debe considerarse que la Constitución es moralmente irrelevante si los principios que orientan nuestra conducta son los que en verdad debemos considerar como parámetros?

11. LA CRÍTICA AL UTOFISMO

La furia de la destrucción, el nihilismo, el terrorismo principista que atemorizaba a Hegel no ha sido sostenido ni propuesto, en realidad, por ninguno de los autores a los que el hegelianismo se contrapuso históricamente. Difícilmente alguien estaría dispuesto a deshacerse por completo del orden público vigente, en nombre de ciertos principios válidos.

Son muchas las razones que pueden darse en favor de un cambio progresivo del derecho, como solución preferible ante la alternativa de su directo desconocimiento. En muchas de tales razones no nos detendremos. No tomaremos, así, en cuenta, las razones de tipo prudencial; ni nos ocuparemos tampoco de razones de tipo "estratégico".

Sostendremos, en cambio, lo siguiente: dado que los principios de justicia no los conocemos por revelación, y

¹⁶ MacIntyre, A., *After Virtue*, 1984.

que sólo podemos alcanzar aproximaciones más o menos confiables a ellos, a través de ciertos procedimientos, entonces, no podemos concedernos la posibilidad de institucionalizarlos, autoritariamente, y no a través de un paulatino proceso que, popperianamente, definiríamos como de "ensayo y error". Si de la justicia de las normas que aceptamos sólo existen presunciones (que pueden ser muy fuertes), la aplicación de las normas válidas debe ser cuidadosa, y atenta a posibles equivocaciones.

Karl Apel²⁷ toma frontalmente la acusación de tipo hegeliana, según la cual autores como él estarían propiciando "una exaltada idea anarquista cuya realización tiene que convertirse en el terror y, finalmente, en la dominación totalitaria" (según la descripción que el mismo Apel realiza). Y para rechazar tal acusación recurre principalmente a la distinción entre ética y utopía. Señala entonces que "al igual que la utopía (la ética) parte de un ideal que ha de ser distinguido de la realidad existente; pero no anticipa el ideal a través de la representación de un modo alternativo o contrapuesto empíricamente posible, sino que considera al ideal como idea regulativa, cuya correspondencia bajo las condiciones de la realidad... puede ser por cierto aspirada pero no puede suponerse nunca que será plenamente alcanzable".

A pesar de la aceptación contrafáctica del ideal -agregádebe mantenerse, como decía Kant, la diferencia entre "la idea regulativa" y la realización "empíricamente concebible" de ese ideal. Su individualización histórica, su concreción práctica, necesariamente queda detrás del ideal normativo. Es sólo posible -para Apel- una realización progresiva de aquel ideal. Así, "es necesario mantener siempre la relación de condicionamiento recíproco entre instituciones y discurso", pero tal necesidad "no contradice el hecho de que la política responsable se encuentra, al mismo tiempo, bajo el principio regulativo de una estrategia a largo plazo 'de realización de las condiciones ideales'".

En sentido semejante, Habermas se refiere a la necesidad de medidas institucionales para que, al menos, "puedan alcanzarse en un grado razonable las condiciones ideales previstas siempre por los participantes en la argumentación"²⁸.

²⁷ Apel, K., ¿Es la ética de la comunidad ideal de comunicación una utopía?, en "Estudios éticos", Bs. As., 1986, p. 178.

²⁸ Habermas, J., Ética del discurso, en "Conciencia moral y acción comunicativa", Bs. As., 1985.

12. PRINCIPIOS Y CONSTITUCIÓN

En la discusión constitucional, puede distinguirse una situación refleja de la que hemos descrito más arriba.

Según vimos, una justificación de la Constitución que se vincule, por ejemplo, con ciertos principios democráticos, puede llevarnos a desconocer a la misma Constitución, o a alguna de sus partes fundamentales, en virtud de aquellos mismos principios que le dan sustento.

Argumentos como los que dan Apel o Habermas²², nos autorizarían a sostener, en cambio, que tales principios básicos pueden constituirse en "ideales regulativos" aptos para orientar sucesivas reformas institucionales, hasta reencontrar a la Constitución (y a la estructura de poderes que de ella se deriva), con los fundamentos racionales que hoy se le exigen.

En efecto, en esta época, como nunca antes, la exigencia de una fundamentación racional parece tornarse una condición indispensable para que la Constitución (y el derecho en general), mantenga su legitimidad, antes basada en otros factores (p.ej., el de ser el producto de una "revolución triunfante"). El mero hecho de la fuerza, la coerción o la costumbre no resultan, hoy, justificaciones aceptables para seguir sosteniendo la validez de la Constitución.

Cuando admitimos como plausible la idea de mantener la Constitución, aunque sometida a una profunda y progresiva reforma, lo hacemos teniendo en cuenta, además, otros elementos. Fundamentalmente, le asignamos enorme importancia al hecho de que la gente, de un modo u otro, tome en cuenta a la Constitución como base a partir de la cual la sociedad se organiza y sus derechos como persona resultan protegidos. Este "tomar en cuenta" a la Constitución, aun teniendo sólo un conocimiento vago de lo que en ella está escrito; este "tomar en cuenta" a la Constitución, con la certeza de que a partir de ella los derechos de uno se encuentran amparados, parece constituir un dato relevante. Ello, obviamente, no permite justificar de por sí el contenido de la Constitución, pero nos otorga algunas razones adicionales para preservarla en su rol actual.

²² Habermas, op. cit., p. 110.

13. SOBRE LAS TAREAS QUE QUEDAN PENDIENTES

Reconocemos entonces, por un lado, el impacto positivo que la Constitución tiene sobre la conciencia de los ciudadanos en general; y de ahí deducimos una importante razón para seguir justificando el tener una Constitución.

Ahora bien, y por otro lado, este reconocimiento implica, solamente, una aceptación condicional de la Constitución, en la medida en que ésta ya no es vista como última instancia moral, sino como actualización de ciertos principios más básicos.

De ahí que la Constitución podrá considerarse en sí misma como valiosa, únicamente en el caso de que ella responda, lo más adecuadamente posible, a tales principios. Si, en cambio, el contenido de la Constitución fuese incompatible con esos mismos principios, entonces, dicha Constitución no podría considerarse justificada.

Ahora bien, afirmado lo anterior, conviene aclarar de inmediato dos cuestiones. En primer lugar, es necesario precisar mejor que cuando hablamos de principios, no lo hacemos introduciendo arbitrariamente categorías respecto de las cuales la gente común es ajena, sino que, por el contrario, intentamos con ello una aproximación correcta a lo que, efectivamente la gente hace en la práctica. Según vimos, la ciudadanía, de manera cotidiana, apela a principios para justificar, en última instancia, sus actos.

La cuestión es que, por distintas razones (desconocimiento de alguna información relevante, apelar, como principio último, a algún prejuicio, etc.), alguno de tales razonamientos puede ser incorrecto. Sin embargo, particularmente en el punto que ahora nos interesa (el discurso jurídico en general, la Constitución en especial), no podemos permitirnos tales vicios.

En tal sentido, sería inadmisibles, por ejemplo, querer deducir, de entre los principios que suponemos consensuados por todos (y por lo tanto forjadores del acuerdo constitucional), principios racistas, para dar un caso.

Y aquí aparece, entonces, la segunda cuestión a la que queríamos referirnos. Ésta es: ¿podemos ponernos de acuerdo respecto de cuáles son, por ejemplo, los principios que la Constitución debe reflejar en su contenido? Discutir esta cuestión, y los problemas epistemológicos con ella

vinculados, excede las posibilidades de este trabajo. Sin embargo, la respuesta a tal interrogante es decisiva para nuestro análisis. Con algún atrevimiento, y antes de concluir, me animaría a aventurar que la respuesta a dicha pregunta puede ser afirmativa, y estar vinculada a ciertos principios relacionados con la autonomía individual y la libre elección y realización de los ideales personales.

También, y como última cuestión, parecería conveniente precisar que, cualquiera fuese, en definitiva, el acuerdo sobre principios básicos que se considerara valioso, dicho acuerdo debería reflejarse luego, necesariamente, dentro del texto constitucional. Y que si efectivamente los entendimientos profundos sobre los que dicho acuerdo se erigiese se vinculasen con ciertos ideales de autonomía y de autorrealización personal, la Constitución merecería entonces una revisión muy sustancial. Especialmente, cabría considerar si el esquema de procedimientos establecido actualmente en la Constitución, favorece o bloquea el desarrollo de aquellos ideales.

Pero todos estos interrogantes correspondería analizarlos más detenidamente, y por separado. Esto, si admitimos que continuar discutiendo este tipo de problemas, implica bastante más que un mero ejercicio académico.

FUNCIONES LEGISLATIVAS DE LA OACI

MICHAEL MILDE*

El 7 de diciembre de 1989 celebraremos un aniversario memorable en el desarrollo y codificación del derecho internacional. En ese día, hace cuarenta y cinco años, en 1944, los representantes de cincuenta y dos Estados firmaron en Chicago la Convención de Aviación Civil Internacional, piedra angular en la actualidad de la reglamentación legal de la aviación civil internacional en todo el mundo. Hoy, cuarenta y cinco años después, hay ciento sesenta y dos Estados partes en esta Convención y miembros de la OACI, y la aplicación de la Convención es, para todos los fines prácticos, universal.

La Convención de Chicago es el instrumento constitucional básico en virtud del cual se estableció la OACI como una organización intergubernamental y un organismo especializado del sistema de las Naciones Unidas. Al mismo tiempo, la Convención de Chicago es una verdadera carta del derecho aeronáutico internacional codificando y desarrollando el derecho internacional público en cuanto regula las relaciones de los Estados soberanos con respecto a la aviación civil internacional.

Ésta es parte integral e indispensable de la economía mundial, el comercio internacional, las relaciones interna-

* Versión castellana de la conferencia pronunciada por el profesor Michael Milde, director del Departamento de Asuntos Jurídicos de la OACI y director del Instituto del Derecho Aeronáutico y Espacial de la Universidad de Mc. Gill, el día 1 de diciembre de 1989, con motivo de la clausura del Curso de Actualización e Investigación en Derecho de la Navegación, realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

cionales y la cooperación internacional. En la reglamentación legal de la aviación civil internacional encontramos un ejemplo muy ilustrativo del reconocimiento y confirmación de la soberanía exclusiva de los Estados dentro de sus límites territoriales, alterada por el reconocimiento de la interdependencia mutua de las economías de los Estados y la necesidad de una estrecha cooperación, uniformidad y unificación del derecho.

La aviación civil internacional es una vasta y compleja actividad técnica y económica que crea un amplio espectro de relaciones sociales entre individuos, sociedades y Estados. Todas estas relaciones sociales necesitan ser reguladas por el derecho en un ambiente social que trascienda la competencia jurisdiccional de un solo Estado. Las estadísticas ilustran las infinitas relaciones sociales comprendidas: en 1987 por primera vez el número de pasajeros transportados en todo el mundo excedió los mil millones y la proyección es que esta cifra se duplicará para el año 2000; estas cifras implican no sólo mil millones de contratos de transporte (y muchos de ellos con un "elemento extranjero" que requiere la elección de la ley aplicable), sino también las complejas operaciones de grandes flotas de aeronaves modernas operando en jurisdicciones diferentes y bajo complejos regímenes regulatorios operacionales, complejos servicios de tráfico aéreo, instalaciones aeroportuarias complejas y un espectro aún más complejo de otras relaciones sociales, incluyendo la seguridad, las relaciones laborales, el adiestramiento y certificación del personal, adquisición, financiación y seguros de aeronaves, la cooperación de las diferentes líneas aéreas del mundo y la cooperación de los Estados en la forma de sistemas de acuerdos bilaterales sobre servicios aéreos que permitan las operaciones internacionales.

La aviación civil internacional es una parte importante de la economía y emplea la tecnología más avanzada implicando una inversión astronómicamente alta. La tecnología en sí misma es económica y socialmente pasiva y requiere la inclusión del elemento humano para servir a su fin social. Sin embargo, hasta la interacción "hombre y máquina" por sí misma sería ineficaz sin un tercer elemento, la "administración". La administración es el componente mágico de la economía y la industria actuales y la "revolución de la administración" en sus diversas formas parece ser la marca registrada de las actividades económicas al final de nuestro siglo y el desafío para el comienzo del siglo XXI. Como aboga-

dos, no deberíamos participar a ciegas de la euforia que envuelve a los conceptos de administración como si fuera un concepto nuevo y revolucionario. El procesamiento electrónico de datos, los proyectos de administración computarizada, la administración por objetivos o expectativas no son las únicas respuestas a los problemas presentes y futuros. Deberíamos inculcar a los políticos la idea de que una evolución armoniosa y efectiva de las relaciones sociales complejas puede ser mejor protegida a través de una reglamentación legal clara de las relaciones en cuestión. Toda relación social requiere sus "reglas de juego". Un conjunto de reglas confiables, flexibles y predecibles que rijan la conducta de los diferentes sujetos (personas, sociedades, Estados) en relaciones sociales específicas y que se encarguen de la ejecución apropiada de esa conducta. En consecuencia, deberíamos ver al derecho y a la actividad de reglamentación legal como una parte lógica e indispensable de la administración, de hecho, una de las principales herramientas de la administración. Esto se aplica tanto al nivel de la jurisdicción interna de los Estados como al nivel internacional que trasciende la jurisdicción de un Estado en particular y requiere enfoques de administración internacional coordinados. El enfoque de administración al proceso legislativo y a la aplicación del derecho positivo requiere una nueva inspiración filosófica y sensata; no se puede tomar al derecho como un conjunto de reglas talladas en mármol, más bien es un instrumento hecho por el hombre que sirve a las necesidades sociales tal como las percibe el legislador representando a su electorado.

Además de los principios de moral y orden público definidos por un electorado en particular, ningún dogma legal es sacrosanto e intocable en el proceso legislativo y no deberían existir obstáculos arraigados a un proceso flexible de adaptación de las normas reglamentarias a la realidad social y económica presente y futura. Tanto el legislador como los profesionales del derecho tienen que asumir esta responsabilidad social y ella se aplica al desarrollo de las normas del derecho internacional. El desarrollo y codificación progresivos del derecho internacional previstos en el art. 13 de la Carta de las Naciones Unidas es un desafío a los juristas en el período de la "revolución de la administración" y concierne no sólo a las Naciones Unidas sino también a los organismos especializados de la UN y otros foros preocupados por el desarrollo del derecho internacional. La administración legal de la aviación civil internacional necesita

un conjunto de disposiciones internacionalmente acordadas orientado a una efectiva uniformidad mundial de las normas, prácticas y procedimientos; sin una reglamentación uniforme de estas últimas la aviación civil internacional no podría existir o desarrollarse.

Al mismo tiempo, la comunidad internacional necesita un foro que cuente con instalaciones funcionales, experiencia y un marco institucional para servir como instrumento del proceso legislativo internacional; ese foro debe actuar como el foco de las consultas internacionales, conjugación de la voluntad política soberana de los Estados y contrapeso de los intereses individuales con los de la comunidad internacional en su conjunto.

La OACI es el foro e instrumento elegido de los ciento sesenta y dos Estados contratantes para la cooperación internacional en los campos técnico, económico, legal y de asistencia técnica de la aviación civil. Como cuerpo técnico de la familia de Naciones Unidas, consiguió durante los cuarenta y cinco años posteriores a la firma de la Convención de Chicago, en términos generales, escapar a los temas políticos de confrontación, pero nunca fue totalmente inmune a ellos. En realidad, cualquier decisión internacional refleja los intereses políticos de los Estados, y esos intereses pueden ser y son conflictivos a veces. Una decisión internacional aceptable debe asegurar un equilibrio factible de intereses entre Estados; cualquier desequilibrio serio causaría el incumplimiento de las decisiones controvertidas, la falta de unidad en las políticas, normas, prácticas y procedimientos en detrimento de la aviación civil internacional.

Al analizar la función de la OACI en la esfera legislativa, debemos tener en cuenta que ella no tiene existencia independiente o un mandato para ejercer jurisdicción reglamentaria sobre los Estados miembros o contra su voluntad. La OACI no es más que un instrumento elegido de sus ciento sesenta y dos Estados miembros, un foro elegido o "club" de Estados para expresar su voluntad política de alcanzar un consenso común. En consecuencia, cualquier éxito o cualquier fracaso en la tarea legislativa de la OACI sólo refleja la medida de la voluntad política de los Estados para encontrar una solución internacionalmente aceptable.

Es una característica única de la OACI entre otros organismos especializados del sistema de Naciones Unidas que su cuerpo ejecutivo —el Consejo, compuesto por treinta y tres Estados— tenga una función legislativa. En virtud del

art. 54 (1) de la Convención de Chicago, analizado en el contexto de los arts. 37, 38 y 90, el Consejo de la OACI tiene la función obligatoria de adoptar las normas internacionales y los procedimientos recomendados que tiendan a la uniformidad mundial en reglamentos, normas, procedimientos y organización relacionados con las aeronaves, personal, rutas aéreas y todas aquellas materias en que la uniformidad facilita y mejora la navegación aérea. Sin esa unificación y uniformidad, la aviación internacional moderna sería impensable y se necesitarían resultados de sobreposición de acuerdos bilaterales para crear el marco reglamentario esencial para las operaciones internacionales. A lo largo de los años, el Consejo de la OACI adoptó normas que van desde licencias para el personal, regulación del espacio aéreo, operación de aeronaves, comunicaciones aeronáuticas, control de tráfico aéreo, búsqueda y rescate, investigación de accidentes hasta problemas relativamente recientes relacionados con la protección ambiental (ruido y escapes de las aeronaves), seguridad de la aviación y transporte aéreo de mercancías peligrosas.

Las normas y prácticas recomendadas, adoptadas por el Consejo con el voto de los dos tercios de sus miembros, están agrupadas en dieciocho Anexos a la Convención de Chicago. Esto, sin embargo, no significa que estos Anexos sean parte integrante de la Convención; no tienen la misma fuerza legal que la Convención y su designación como "Anexos" es hecha deliberadamente "por conveniencia"; art. 54 (1) de la Convención. En virtud de los términos del art. 38 de la Convención, los Estados tienen el derecho, si se ven imposibilitados de cumplir en todos los aspectos con alguna de dichas normas internacionales, a adoptar otras diferentes notificando al Consejo de la OACI. Por lo tanto, los Estados pueden optar entre las disposiciones de las normas. ¿Significa eso que las normas adoptadas por el Consejo están desprovistas de significado legal? La respuesta debe ser firmemente negativa; en virtud del art. 37 de la Convención, los Estados contratantes han aceptado la obligación legal de colaborar a fin de lograr el más alto grado de uniformidad en reglamentos, normas y procedimientos. La experiencia práctica de la OACI indica un alto grado de cumplimiento de las normas, incluso por parte de Estados que en un momento dado aún no eran partes de la Convención de Chicago y miembros de la Organización; la realidad de la cooperación internacional en el campo de la aviación torna prácticamente indispensable el cumplimiento de las normas

internacionales o la reducción de las operaciones aeronáuticas; en este sentido, la observancia de las normas con frecuencia se transforma en una necesidad comparable a la observancia de una ley.

En un único aspecto, el Consejo de la OACI posee un poder legislativo absoluto sobre una base mundial y ningún Estado puede adoptar un reglamento diferente en contra de esas normas en particular: en virtud del art. 12 de la Convención de Chicago, las normas del espacio aéreo en alta mar se aplican sin excepción. Este es un ejemplo, sin precedentes en otra organización internacional, de cómo el cuerpo ejecutivo de una organización internacional puede, por el voto de los dos tercios de sus miembros, crear normas legales obligatorias sobre una base global.

Además de la función cuasilegislativa del Consejo, la Organización se ha convertido desde 1947 en un foro eficiente para el desarrollo del derecho aeronáutico internacional y para su codificación. Es un desarrollo de algún modo sorprendente dado que la carta constitucional básica de la Organización —la Convención de Chicago de Aviación Civil Internacional— no prevé ninguna función de la Organización en ese aspecto.

En el período 1926-1947 fue el Comité International Technique d'Experts Juridiques Aériens (CITEJA) creado por la Conferencia de París de 1925 quien llevó a cabo la tarea de la codificación internacional del derecho aeronáutico privado. La Conferencia de Chicago que tuvo lugar del 1 de noviembre al 7 de diciembre de 1944 recomendó en una resolución en el Acta Final de la Conferencia que "los distintos gobiernos representados en esta Conferencia de Aviación Civil Internacional tengan en cuenta la conveniencia de lograr la reanudación a la brevedad posible de las sesiones del CITEJA que fueron interrumpidas por el comienzo de la guerra... [y que] los distintos gobiernos también tengan en cuenta la conveniencia de coordinar las actividades del CITEJA con aquellas de... la Organización de Aviación Civil Internacional hecha en Chicago el 7 de diciembre de 1944". Las sesiones de posguerra del CITEJA se mantuvieron en París y El Cairo en 1946 y allí se decidió confiar la futura labor en el campo de la codificación del derecho aeronáutico internacional al organismo internacional recientemente establecido, creado dentro de la esfera de la OACI. El CITEJA sesionó por última vez en mayo de 1947 en Montreal y se decidió su disolución. Al mismo tiempo, la pri-

mera sesión de la Asamblea de la OACI adoptó la resolución A1-46: la constitución del Comité Jurídico de la OACI y la Resolución A1-48: Procedimiento para la Aprobación de los Proyectos de Convenciones; se puede encontrar el texto de estas resoluciones de la Asamblea en Resoluciones de la Asamblea A7-5 (Constitución del Comité Jurídico) y A7-6 (Procedimiento para la Aprobación de los Proyectos de Convenciones) adoptadas en la Séptima Sesión de la Asamblea mantenida en Brighton en junio-julio de 1953.

De acuerdo con su Constitución, el Comité Jurídico de la OACI es un comité permanente de la Organización, constituido por la Asamblea y responsable ante el Consejo. Los deberes y funciones del Comité son, *inter alia*, estudiar los problemas relacionados con el derecho aeronáutico privado que afectan a la aviación civil internacional y elaborar los proyectos de convenciones de derecho aeronáutico internacional y presentar informes y recomendaciones. Todos los Estados contratantes de la OACI pueden ser miembros del Comité y está compuesto por expertos jurídicos.

El procedimiento típico para la adopción de un acuerdo internacional incluye los siguientes pasos:

a) Inclusión del tema en el Programa de Trabajo General del Comité Jurídico.

b) El Comité o el presidente del Comité designan un relator para que realice un estudio especial del tema.

c) Un subcomité del Comité Jurídico estudia el problema; el informe del subcomité debe incluir una evaluación del grado de acuerdo alcanzado o capaz de ser alcanzado entre los Estados sobre el problema en consideración, junto con una opinión para saber si el tema está listo para ser estudiado por el Comité Jurídico.

d) Análisis del Comité Jurídico; todo proyecto de Convención que el Comité Jurídico considera listo para someter a los Estados como proyecto final debe ser luego enviado al Consejo junto con un informe de él.

e) El Consejo toma medidas acerca de ese proyecto incluyendo la distribución del proyecto a los Estados contratantes para que formulen comentarios; al distribuir el proyecto de convención, el Consejo puede agregar observaciones.

f) Luego, una conferencia de plenipotenciarios considera el proyecto de convención, con miras a su aprobación; la fecha de iniciación de la conferencia no debe ser antes de

los seis meses posteriores a la fecha de transmisión a los Estados del proyecto de convención.

g) El Consejo convoca luego a una conferencia internacional de plenipotenciarios (una conferencia diplomática), adopta el texto y lo abre para la firma y ratificación.

El procedimiento descrito parece ser complicado, engorroso y extenso. Sin embargo, si existe una voluntad política fuerte y unida de los Estados para adoptar un instrumento internacional, el procedimiento puede ser extremadamente eficiente y rápido. Se puede encontrar un ejemplo de procedimiento rápido en la elaboración de un instrumento para la supresión de actos ilícitos de violencia en aeropuertos al servicio de la aviación civil internacional: la iniciativa para elaborar ese instrumento fue sometida al 26 Período de Sesiones de la Asamblea, por la Delegación de Canadá en octubre de 1986; la Asamblea adoptó la Resolución A 26-4 instando al Consejo a acelerar la tarea en el campo jurídico para la preparación de ese instrumento; en diciembre de 1986 —unos tres meses después de la adopción de la Resolución— la Secretaría completó los estudios necesarios y el relator presentó su informe; en enero de 1987, un subcomité del Comité Jurídico elaboró un proyecto; el 26 Período de Sesiones del Comité Jurídico se reunió en Montreal en abril-mayo de 1987 y finalizó el texto del proyecto; el Consejo distribuyó ese instrumento a los Estados en junio de 1987 y el Consejo de la OACI convocó a una conferencia diplomática que adoptó por consenso unánime un Protocolo y lo abrió a la firma el 24 de febrero de 1988; el Protocolo entró en vigencia el 6 de agosto de 1989 con la ratificación de diez Estados. En la historia del proceso legislativo internacional, éste es un ejemplo sin precedentes de que dentro de un término de menos de tres años a contar desde la primera iniciativa se elaboró, adoptó y entró en vigencia un instrumento internacional para el desarrollo y codificación del derecho internacional. Esta experiencia demuestra que el mecanismo legislativo de la OACI puede ser rápido y eficiente.

Entre los años 1947-1988 las conferencias internacionales convocadas bajo los auspicios de la OACI adoptaron catorce instrumentos internacionales. Representan una contribución importante al desarrollo del derecho internacional y de su codificación en el campo de la aviación civil internacional. El primero de estos instrumentos es el Convenio relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre

aeronaves, firmado en Ginebra, en 1948, que cuenta actualmente con cincuenta y tres Estados partes; este Convenio contribuyó en forma considerable a la facilitación de la financiación de aeronaves y renovación de la flota. Durante muchos años prosiguió la tarea bajo los auspicios de la OACI para modernizar y actualizar el sistema de la Convención de Varsovia de 1929, que es la piedra fundamental para la unificación del derecho y la responsabilidad en el transporte aéreo internacional; el Protocolo de La Haya a la Convención de Varsovia de 1955 ha sido ratificado por ciento nueve Estados hasta el presente. Un Convenio complementario al "sistema de Varsovia", firmado en Guadalajara en 1981, ha obtenido la ratificación de sesenta y seis Estados y facilita la interpretación y aplicación de la Convención de Varsovia en aquellos casos en que el transporte aéreo es realizado por quien no sea el transportista contractual. Los intentos posteriores para modernizar el sistema de la Convención de Varsovia fueron menos exitosos: el Protocolo de Guatemala de 1971 todavía no ha entrado en vigencia; más aún, la actualización adicional del sistema Varsovia-La Haya-Guatemala contenida en el Protocolo Adicional n° 3 y en el Protocolo de Montreal n° 4, de 1975, aún no ha entrado en vigencia; sin embargo, los Protocolos Adicionales n° 3 y 4 lograron más de la mitad del número necesario, y se requieren las ratificaciones de doce y diez Estados respectivamente para que entren en vigencia. Parecería que muchos Estados están a la expectativa de una acción decisiva de las autoridades de los Estados Unidos antes de tomar la decisión de ratificar los Protocolos n° 3 y 4. El tema fue sometido a la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado el 15 de noviembre de 1989 y las futuras sesiones sobre el tema, incluyendo un esquema especial de compensación complementaria por daños económicos sin límites, continuarán en Washington a comienzos de enero de 1990.

La Organización logró la más exitosa unificación del derecho en el campo de la seguridad de la aviación, en especial, en el Convenio de Tokio de 1963, el Convenio de La Haya de 1970 y el Convenio de Montreal de 1971. En estos instrumentos la comunidad internacional respondió en forma eficiente y con espíritu de unidad de la voluntad política a la creciente amenaza a la seguridad de la aviación civil internacional, y estos instrumentos ahora pertenecen a los más ampliamente aceptados del derecho internacional codificado; hay ciento treinta y ocho partes en el Convenio de Tokio, ciento cuarenta y dos partes en el Convenio de La

Haya y ciento cuarenta y dos partes en el Convenio de Montreal, y estos Convenios son, para todos los fines prácticos, universalmente adoptados y forman parte del derecho internacional general. Posteriormente, en 1988, se complementó el sistema de los Convenios relativos a la seguridad, con un Protocolo Suplementario que extiende la aplicación del Convenio de Montreal de 1971 también a los actos de violencia ilícitos en aeropuertos al servicio de la aviación civil internacional.

La Comisión Jurídica, en el 27 Período de Sesiones de la Asamblea en octubre del corriente año, analizó el Programa de Trabajo actual de la Organización en el campo jurídico. El 15 de noviembre de 1989, el Consejo de la OACI aprobó el programa analizado. Incluye los siguientes aspectos:

1) Preparación de un nuevo instrumento legal sobre el señalamiento de explosivos para su detección. Este tema goza dentro del Programa de Trabajo, de la mayor y prevalente prioridad frente a la decisión del Consejo del 29 de junio de 1989, como a la luz de la Resolución A-27-B de la Asamblea, adoptada por unanimidad. Los explosivos plásticos o de hoja se supone han sido utilizados en las más dramáticas destrucciones de aeronaves civiles en vuelo, con la pérdida de todas las vidas a bordo. El desastre del PANAM vuelo 103, en diciembre de 1988 fue atribuido claramente a este tipo de explosivos. El Consejo de Seguridad de la UN, adoptó por una rara unanimidad, el 14 de junio de 1989, la Resolución 635 (1989) que urgía expresamente a la OACI, a intensificar su trabajo en el diseño de un régimen internacional para el señalamiento de los explosivos plásticos o de hoja, con el propósito de su detección. La OACI tomó una acción urgente desde marzo del corriente año cuando se convocó para reunirse el 21 de noviembre de 1989 el Grupo ad hoc de Especialistas en la Detección de Explosivos; una segunda reunión de este Grupo se convocará para considerar los mejores procedimientos y materiales para ser utilizados en el señalamiento de ellos. Un subcomité especial del Comité Jurídico de la OACI, se reunió en enero para preparar un proyecto preliminar sobre el asunto; la Argentina es miembro del mencionado subcomité. De acuerdo con opiniones del relator y de la secretaria, el nuevo texto puede ser relativamente simple: con la forma de un Convenio, los Estados contratantes aceptarían la obligación de asegurarse que en el proceso de fabricación, empaque, venta, importación o exportación y en cualquier otra etapa del manipuleo de este tipo de explosi-

vos, una sustancia especial aceptada por todos, sea agregada a dichos explosivos, que favorezca su detección. Más aún, el nuevo instrumento podría contener sanciones penales con relación a cualquier persona que intencionalmente frustre el proceso de señalamiento de los explosivos; tal acción sería declarada delito internacional, castigada con penas severas en todas las jurisdicciones y sujeto a juzgamiento o extradición.

Una previsión adecuada deberá incluirse con el objeto de mantener las normas actualizadas con los progresos tecnológicos y para permitir una legislación expeditiva que mantenga al día la definición de los aditivos químicos. El subcomité especial del Comité Jurídico será seguido por la 27 reunión de éste, el cual considerará dicho proyecto como el asunto más importante de su agenda.

El Consejo convocó al Comité Jurídico, que se reunió en Montreal del 27 de marzo al 12 abril de 1990. Se esperaba que durante dicha 27 Reunión se prepararía un Proyecto, ya maduro, para ser presentado a los Estados, como un Proyecto Final. Seguidamente y de acuerdo con los procedimientos usuales, será el Consejo de la OACI, el que decidirá convocar a una Conferencia Diplomática, que considere el Proyecto, con el objeto de aprobarlo y abrirlo a la firma. Tal Conferencia Diplomática es probable que sea convocada en Montreal entre enero y febrero de 1991 y se espera que sea abierta por el secretario general de la UN, Javier Pérez de Cuellar. En este tema en particular podemos testimoniar un esfuerzo determinado de la comunidad internacional para adoptar, con la mayor rapidez y eficiencia, un nuevo instrumento del derecho internacional con tan sólo dos años de trabajos preparatorios. Tales resultados hubieran parecido poco realistas algunos años atrás, dado que no es fuera de lo común que la preparación de un instrumento internacional lleve una decena de años. Sin embargo, cuando la comunidad internacional enfrenta un asunto sobre el cual hay una absoluta unidad de deseos políticos, se puede observar un progreso eficiente que aproxima la creación de un "derecho internacional instantáneo". La OACI es una maquinaria adecuada para lograr tales resultados.

2) Acciones para impulsar la ratificación de los Protocolos de Montreal n° 3 y 4 del Sistema de Varsovia. Estos instrumentos, de los cuales la Argentina no es parte aún, son esenciales para modernizar, poner al día y dar forma adecuada al sistema de responsabilidad en el transporte por aire, para elevar los límites a niveles que reflejen la realidad

económica de hoy y para alejarse de la dependencia de la cláusula oro de la versión original de Varsovia, que ha perdido sentido a la luz del mercado libre del oro; el oro dejó de ser una medida de valores en el comercio internacional y es comercializado como cualquier otra mercancía, de acuerdo con las leyes de la oferta y la demanda. El Sistema Modificado de Varsovia, se basará en la responsabilidad objetiva, sin tener en cuenta la culpa y así se eliminarán la mayor parte de los litigios; el límite de la responsabilidad será relativamente alto (cien mil derechos especiales de giro del Fondo Monetario Internacional), pero el límite será inviolable bajo cualquier tipo de circunstancias y en consecuencia será más fácil y más económico obtener cobertura por seguro. El establecimiento de una jurisdicción adicional y la introducción de la cláusula de arreglo inducida, minimizará los casos en litigio y salvaguardará la rápida compensación a las víctimas. Más aún, el sistema modificado permitirá que los Estados establezcan compensaciones suplementarias en sus territorios, organizadas como un seguro suplementario y no relacionadas con la responsabilidad del transportador aéreo. En realidad, la propuesta que se encuentra a consideración del Comité de Asuntos Internacionales en Washington DC y que fuera aprobada en principio el 15 de noviembre de 1989, prevé un resarcimiento ilimitado para el daño estrictamente económico, tanto para el dolor cuanto para el sufrimiento (moral); sin embargo, el esquema suplementario no prevé solución para los "daños punitivos", los que darán lugar a litigio y de los cuales los profesionales de las leyes serán los más beneficiados. Dado que como el Protocolo de Guatemala, que hemos recordado, y sus trabajos preparatorios no son muy tenidos en cuenta, es esencial desarrollar los pasos necesarios, en la forma de seminarios, coloquios y circulares explicativas, para hacer comprender los elementos modernos y progresivos del Sistema Revisado de Varsovia y los beneficios que se derivarán hacia el público viajero, tanto como para los transportadores. La aviación internacional no puede por más tiempo sustentarse en un documento obsoleto —la Convención de Varsovia de 1929— que acaba de celebrar su sesenta aniversario y que data de la época de la infancia de la aviación civil (en 1927 Charles Lindberg cruzó el Atlántico en un desafiante y pionero acontecimiento). El estudio del modernizado sistema, sin duda alguna demostrará sus ventajas y es de esperar que antes del próximo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea, el sistema modernizado de Varsovia esté vigente.

3) Aspectos legales de las comunicaciones tierra-aire en forma global. Este problema fue señalado en la 3ª Sesión del Comité del Consejo sobre el Futuro de los Sistemas de Navegación (FANS); en la actualidad, se pueden establecer comunicaciones desde las aeronaves en vuelo vía el sistema geostacionario INMARSAT hacia las estaciones terrestres. Sin embargo, puede haber implicaciones legales si tales comunicaciones se originan desde una aeronave en vuelo sobre el territorio sujeto a la soberanía de un Estado hacia otro. Puede haber necesidad de un nuevo instrumento internacional que específicamente permita tal tipo de comunicaciones; sin embargo, el mismo objetivo se puede lograr por acuerdos bilaterales entre los Estados, ya sea sin condiciones o sustentados en la reciprocidad. Los obstáculos legales no deben obstruir el desarrollo técnico.

4) Aspectos legales e institucionales del futuro sistema de navegación aérea. El Comité FANS definió el espectro de la nueva tecnología que será utilizado a fines de la centuria y a comienzos de siglo XXI, con fines de comunicación, navegación y vigilancia; muchos de estos sistemas se basarán en satélites geostacionarios y estarán a disposición de todo el mundo. Mientras las características técnicas de tal sistema han sido definidas con suficiente precisión, es evidente que ningún Estado individualmente puede operar tal sistema; estos sistemas, incluso, no pueden ser operados sobre bases regionales, pero sí deben serlo por necesidades globales. La OACI deberá definir en forma apropiada los aspectos institucionales, quizás en una nueva estructura organizativa, bien sea dentro de la OACI o separadamente, la cual se ocuparía de los aspectos gerenciales del sistema (incluido el lanzamiento de los satélites y su administración), la salvaguardia en la implementación de los estándares aprobados por el Consejo de la OACI y el cobro de las tasas. La OACI deberá desarrollar principios básicos para que estos sistemas estén a disposición sin ninguna discriminación.

5) Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del mar. Implicancias, si existen, para la aplicación de la Convención de Chicago, sus Anexos y otros instrumentos aeronáuticos internacionales. Luego de diez años de trabajos preparatorios en la Conferencia de la UN sobre derecho del mar se adoptó en diciembre de 1982, en Montego Bay, Jamaica, una Convención sobre derecho del mar muy comprensiva. Es una de las unificaciones más largas y abarcativas del derecho internacional que se ha logrado en esta

centaria, y es también bastante controvertida; el flujo de sus ratificaciones es lento, pero es realista estimar que en un período de dos a tres años, la Convención obtendrá las sesenta ratificaciones necesarias para entrar en vigor. El espacio aéreo por sobre las diferentes zonas del mar es de la mayor importancia para la aviación civil internacional, dado que la superficie del aire se extiende en un 72% sobre el mar. El espacio aéreo sobre las diferentes partes del mar (mar territorial, zonas especiales, zona económica exclusiva, estrechos, aguas archipiélagicas y alta mar) comparte el régimen legal aplicable para tales segmentos particulares del mar. Es esencial estudiar las posibles implicaciones del nuevo régimen del mar y realizar los ajustes necesarios en los instrumentos del derecho internacional aeronáutico. Desde 1982, el Comité Jurídico de la OACI, viene estudiando estos asuntos y la Secretaría preparó un trabajo profundo al respecto. Luego, un relator especial del Comité Jurídico preparó una evaluación del asunto, el cual se encuentra ahora maduro para su consideración por el Comité Jurídico. Sin embargo, otras prioridades presionan, en particular, las referentes a la seguridad de la aviación, las cuales han pospuesto el tratamiento de este asunto dentro del Programa de dicho Comité.

6) Responsabilidad de los agencias de control de tránsito aéreo. Este tema se encuentra en el Programa de Trabajos del Comité, desde hace veinte años y aparece como muy controvertido. Algunos Estados consideran que es imperativo adoptar un nuevo instrumento internacional que regule el sistema y, en lo posible, los límites de las agencias de control de tránsito aéreo en casos en que se vean envueltos elementos extranjeros (p.e.), una aeronave extranjera que alega haber sufrido daños debido a la negligencia de la agencia local de control). Otros Estados consideran que este asunto es esencialmente de una naturaleza localizada y debe continuar sujeto a la aplicación de la ley nacional del lugar donde se cause el daño (*lex loci damni commissi*). Existe también la opinión de que la OACI debe redactar una ley modelo que pueda ser utilizada por los Estados en su regulación doméstica del problema. En adición a los ya mencionados problemas en la unificación del derecho internacional, hay otros asuntos pendientes, de mediana importancia, que merecen la atención de los juristas.

a) El nuevo artículo 83 "bis" del Convenio de aviación civil internacional. Fue ratificado por cincuenta y un Es-

tados, necesitándose noventa y uno para que entre en vigencia; es la primera modificación fundamental, no referida exclusivamente a aspectos procesales o constitutivos. En vista del desarrollo de las transacciones comerciales referidas a alquileres, charters, intercambio de aeronaves en operaciones internacionales y en vista de las modalidades complejas del financiamiento de aviones, sucede frecuentemente que el aparato es registrado, con relación a la nacionalidad, en un Estado, cuando en realidad es operado por quien pertenece a otro. En tales ocasiones, bastante frecuentes, el Estado de registro continúa siendo responsable en múltiples aspectos de la operación de la aeronave (p.ej., cumplimiento de las reglas del aire, licencias de los equipos de radio y sus operaciones, emisión y validez de los certificados de aeronavegabilidad y su mantenimiento al día, licencias al personal y su validez). Sin embargo, tal Estado de registro puede no tener la posibilidad de supervisar todos los aspectos de la operación de la aeronave si ella es operada en un lugar lejano de su territorio, no entrando quizá nunca en su espacio aéreo, no pudiéndose cumplir las funciones del Estado como Estado de registro.

El art. 83 bis, cuando entre en vigencia, permitirá la transferencia de ciertas funciones y deberes del Estado de registro al Estado del real operador, lo cual será útil para la salvaguardia de la seguridad internacional. Debe ser señalado con satisfacción que la Argentina ya ratificó dicho artículo, en 1987.

b) El artículo 3 "bis" del Convenio de Chicago. Este nuevo artículo fue unánimemente adoptado durante la 25 Reunión (Extraordinaria) de la Asamblea de la OACI, en 1984. La esencia de éste representa el reconocimiento de una regla consuetudinaria en el sentido de que los Estados deben abstenerse de utilizar armas en contra de la aviación civil en vuelo. Esta provisión fue adoptada como consecuencia de la tragedia del vuelo de la línea Coreana 007, en la cual doscientos cincuenta y nueve personas inocentes, entre pasajeros y tripulantes, perdieron la vida. Esta disposición es la reafirmación del principio humanitario básico del derecho internacional de que las vidas humanas deben ser protegidas bajo cualquier circunstancia. El art. 3° bis fue ratificado por cincuenta y tres Estados pero requiere ciento dos ratificaciones para entrar en vigencia. Nuevamente la Argentina se encuentra entre aquellos Estados que han aprobado esta modificación.

c) Problemas del abuso de drogas, el tráfico ilícito de narcóticos y sustancias psicotrópicas. La Organización de las Naciones Unidas reconoció que el abuso de drogas y el tráfico ilícito constituye uno de los problemas más urgentes y acuciantes que enfrenta todo el mundo. Todos los Estados, sin distinción de ubicación geográfica, fronteras políticas o sistemas sociales, se encuentran de una manera u otra expuestos a este problema que afecta los órdenes sociales, físicos, legales y conduce a la disgregación social y a la criminalidad.

Más aún, las conexiones entre el tráfico de drogas y el terrorismo internacional se han comprobado. La UN ha lanzado una campaña masiva contra el abuso de las drogas y el tráfico ilícito, al cual todas las agencias especializadas de ella han adherido...

La OACI está implementando activamente el programa adoptado por la ONU y nuestro objetivo principal es asegurar un ambiente libre de drogas en la aviación civil internacional: la sola idea de que la tripulación de un jumbo pudiera estar bajo los efectos de las drogas, es sencillamente horripilante. Y es esencial tomar todas las medidas antes de que un accidente mayor, atribuible a las drogas, ocurra. Debemos adoptar una aproximación realista y considerar que nadie en la sociedad está inmune al abuso de drogas y que ocupaciones muy sensibles como la de los operadores de control de tránsito aéreo, deben permanecer libres de drogas, aun en el caso de que deban tomarse medidas radicales e inusuales. Más aún, la aviación no debe convertirse en vehículo de tráfico ilícito; por otra parte, debemos tomar todas las medidas necesarias para proteger al transportador inocente contra el posible apoderamiento ilícito o contra pesadas multas impuestas por oficiales antidrogas, por demás escrupulosos, de otros Estados. El primer paso urgente que deben dar los Estados es formar parte de la nueva Convención de la UN contra el tráfico de drogas que fuera adoptada por ésta en la Conferencia de Viena de 1988.

La aviación civil internacional crea un vasto espectro de relaciones sociales, que deben ser reguladas por leyes que impliquen una poderosa herramienta de administración. Hay nuevos y desafiantes objetivos en el desarrollo y unificación del derecho internacional referido a la aviación. La ley y los juristas enfrentan un gran desafío hoy para mañana, y todos nosotros debemos contribuir creativamente a

este fin. La OACI es un foro válido donde ciento sesenta y dos Estados pueden servir a la comunidad internacional como un punto focal en el proceso de desarrollo y unificación del derecho internacional en beneficio de las necesidades sociales del mundo.

**LA REFORMA
DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA:
¿RESPONSABILIDAD O SEGURO?**

**JORGE MOSSET ITURRAGIN
ÁTILIO ANIBAL ALTERINI ***

**1. PROFESIONES LIBERALES. RESPONSABILIDAD MÉDICA.
CÓDIGO CIVIL ARGENTINO**

En la República Argentina las notas más sobresalientes, en el tema de la responsabilidad profesional de los médicos por casos de mala práctica, son las siguientes:

a) La responsabilidad de los prestadores de servicios profesionales —abogados, médicos, ingenieros, escribanos, etc.— no está contemplada expresamente en el Código Civil, cuya data es de 1871, sin reformas en esta materia.

b) Hasta aproximadamente la década del 50 privaba su ubicación como un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana, con base en el art. 1109 del Cód. Civil, que condena a reparar a todo aquel que por su culpa causa un daño a otro.

c) No se consideraba que entre el profesional y el cliente era celebrado un contrato de servicios, del cual nacían derechos y deberes para ambas partes; predominaba la consideración de la actividad profesional como una "función" ajena al consentimiento o acuerdo de partes.

d) Como una consecuencia de esta calificación de "responsabilidad extracontractual" toda la carga de la prueba se

* Profesores titulares de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Esta comunicación fue presentada, como relatores argentinos, al XIII Congreso de l'Académie Internationale de Droit Comparé, Montréal (Québec, Canadá), agosto de 1990.

colocaba sobre las espaldas de la víctima, quien debía probar la autoría del daño, el obrar antijurídico, la imputabilidad y la relación de causalidad.

e) Por lo demás, responsabilizar a los denominados "profesionales liberales", prestadores de servicios con título universitario, figuras rectoras dentro de la sociedad de entonces —últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX—, era algo que se presentaba como anormal, ilógico, excesivo o injusto.

f) De ahí que se hiciera hincapié en la "culpa profesional", como algo diferente de la "culpa común", que debía ser, por una parte, una "culpa grave", y, por lo demás, basarse en errores gruesos, máximos, intolerables y extraños al "quehacer científico".

g) Se predicaba que respecto del actuar de estos profesionales debía emitirse casi exclusivamente un "juicio ético", a cargo de tribunales especiales, formados por sus pares o colegas en la profesión; y que las sanciones, lógicamente, debían tener ese carácter, morales o deontológicas, y consistir en llamados de atención, amonestaciones, suspensiones, etcétera.

h) Se negaba a los "jueces ordinarios" idoneidad para conocer en las cuestiones científicas o técnicas que se originaban en los daños nacidos de una prestación incorrectamente cumplida.

i) Se consideraba, asimismo, que su intromisión en áreas propias de un saber específico, extraño al derecho, podía acarrear frenos o limitaciones en el ejercicio profesional, debido al temor lógico que nace del juzgamiento por un extraño; y de ahí que se anticipaba que el avance de la responsabilidad profesional traería aparejada una "actividad a la defensiva", más preocupada por las sanciones que por el avance del saber.

j) En lo específico de la medicina, se exageraba el carácter experimental, de saber en formación, con grandes zonas grises o desconocidas, que hacían que la prestación del servicio tuviera un carácter aleatorio muy marcado, sometido a vicisitudes desconocidas.

2. Cuartros

El cuadro, expuesto a través de pinceladas gruesas, típicas del siglo XIX, fue cambiando poco a poco, con base en los siguientes logros:

a) La toma de conciencia acerca del acuerdo que está en la base de las prestaciones de servicios profesionales, al menos como regla.

b) Dicho acuerdo lleva a la calificación de la responsabilidad como contractual, a la vez que hace aplicable la regulación sobre las obligaciones de hacer, mostrando al cliente como acreedor de un hacer específico, "del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara", y al profesional como deudor de ese hacer.

c) De donde resulta que la prueba del cumplimiento, hecho positivo, corre por cuenta del profesional-deudor, siendo suficiente para el cliente-creedor, la demostración de su título a la prestación debida, que no es otro que el contrato celebrado.

d) Y de conformidad con la doctrina clásica, la no prueba del cumplimiento por el profesional-deudor, permita extraer la presunción de una culpa en el obrar; inferencia cuya destrucción, sólo posible con la prueba del caso fortuito, corre por cuenta del profesional.

e) Por lo demás, el avance de un derecho democrático e igualitario es incompatible con el mantenimiento dentro de la comunidad de personas privilegiadas con la inmunidad o irresponsabilidad en el obrar, por más calificado que sea el servicio a su cargo; nadie escapa en el Estado moderno al principio de responsabilidad por las consecuencias de su obrar dañoso.

f) Se enfatiza acerca del distingo entre los campos de la moral y del derecho; entre los reproches de conciencia y aquellos que se originan en el obrar frente a otro, que es lo típico del ámbito jurídico; como una consecuencia, se marca la diferencia entre los "tribunales de ética" y los de "responsabilidad civil", a cargo de miembros del estamento profesional, los primeros, y a cargo de "jueces naturales", los segundos.

g) Se pone el acento, igualmente, en la situación de la víctima, a la cual no se satisface en sus perjuicios con sanciones éticas, sino por el camino de la indemnización o resarcimiento.

h) Se descarta que pueda aludirse a una "culpa profesional", como distinta de la culpa común; ya sea que la diferenciación pretenda apoyarse en la gravedad, o ya fuere con apoyo en los hechos que se juzgan como equivocados; y no sólo se admiten las culpas graves y las leves, sino que se señala, con razón, que "cuanto mayor es el deber de obrar con

prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor es la responsabilidad que se sigue de las consecuencias posibles de los hechos".

i) Para todas las profesiones, en general, y para la medicina, en especial, se señalan "caminos ya conquistados", saberes afianzados o logrados, cada vez mayores en número e importancia, que hacen que los aspectos experimentales o que "las aventuras" tengan ámbitos muy limitados; y el desconocimiento de esa ciencia o de esa técnica o de ese arte profesional, es inexcusable.

j) Y un juzgamiento semejante no puede escapar a los jueces naturales, autorizados a recurrir a los medios de prueba que estimen conducentes a la averiguación de la verdad; sea cual fuere el tema en debate, con el asesoramiento de peritos o expertos, cuyos dictámenes someterán a la sana crítica.

k) Por lo demás, los hombres de derecho hemos aprendido a valorar argumentos, a juzgar sobre las excusas o pretextos, y así como sabemos de la reacción desfavorable que todo discurso sobre responsabilidad apareaja para sus destinatarios, sabemos del "tremendismo" que se sigue como reacción, con amenazas de cierres, abandonos, desinterés, etcétera.

3. ESTADO DE ESA RESPONSABILIDAD EN ARGENTINA A PARTIR DEL DISTINGO ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO

El paso de una "responsabilidad aquiliana" a una "responsabilidad contractual", de una eufemística a otra real, no fue aceptado sin grandes reservas y, a la vez, puso a los abogados defensores de la irresponsabilidad profesional a la búsqueda de argumentos o argucias destinados a borrar o al menos paliar ese avance; en esa línea destacamos:

a) Como un hecho sobresaliente en la doctrina y jurisprudencia argentinas, la recepción casi ex profeso o muy en especial para esta cuestión, de la doctrina de las obligaciones de medio y de resultado, distinguió expuesto treinta años antes, en Francia, por Demogue.

b) Se parte de la consideración de la gran mayoría de los servicios profesionales —y muy en particular de los servicios médicos— como meras obligaciones de medio; se afirma que el profesional no está obligado a un "resultado final"

-ganar el pleito, sanar al paciente, etc.-, sino a poner su actividad al servicio de ese objetivo.

c) Se destaca, asimismo, que en múltiples casos el resultado final puede ser negativo, inconveniente o perjudicial, pese a que el profesional "hizo lo que estaba de su parte hacer", por mediar circunstancias extrañas o fortuitas que no está en sus manos controlar.

d) Que calificar al hecho de la muerte del paciente, o de su agravación o incapacidad, o a la pérdida del pleito, como "incumplimientos", resulta a la vez que excesivo, injusto. Y lo mismo ocurra con la consecuencia, que no es otra que presumir la culpa del profesional.

e) Que aunque se ubique la cuestión en el terreno contractual, la carga de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad, entre ellos el incumplimiento, la antijuridicidad, la culpa y la relación causal, debe mantenerse a cargo del cliente, puesto que el profesional sólo se obliga a colocar los medios para conseguir un resultado beneficioso o positivo.

f) Que el profesional cumple demostrando, en el caso del médico, que intervino al paciente, si se trata de un cirujano obligado a un quehacer quirúrgico; o que lo trató, visitó y medicó, en el caso de un médico clínico.

g) Que quien afirma la "culpa" como hecho constitutivo de la situación de responsabilidad, a la vez hecho positivo, debe probarla; que al profesional no le cabe demostrar sino su prestación de hacer, en términos genéricos, porque, reiteramos, ésa es su única obligación nacida del contrato.

4. JURISPRUDENCIA

Aunque resulta difícil creerlo, puesto que se trata sólo de un distingo doctrinario, sin mayor sustento o apoyo en la letra de la ley, en las últimas décadas, desde el '60 en adelante, los tribunales argentinos se volcaron mayoritariamente a favor del criterio antes expuesto, con las consecuencias siguientes:

a) La responsabilidad profesional palideció o afeitó en su función ejemplarizadora, puesto que los jueces rechazaron la gran mayoría de las pretensiones sometidas a su juzgamiento; de ahí que, sin exageraciones, proliferó en la Argentina la mala práctica profesional, cubierta con un velo de impunidad.

b) Lo apuntado equivale a un "dejar hacer" de parte del ordenamiento jurídico, una impotencia tremenda de parte de los juristas puestos en la defensa de las víctimas, y una sensación de injusticia sin remedio o solución de parte del hombre común, del ciudadano dañado por la mala práctica.

c) La prueba de la culpa se constituyó, en la mayoría de los casos, en una prueba diabólica; en lo que hace a la actividad médica, el quehacer del cirujano quedaba protegido por el "secreto del quirófano", y el del médico clínico, por el cumplimiento en abstracto de actos médicos.

d) A lo dicho se agregó una sobrevaloración de la prueba pericial, a cargo lógicamente de uno o más de los médicos, de la cual, se sostiene, el juez no puede apartarse sin elementos definitivos; e, igualmente, una confusión en los roles, que hizo que los peritos médicos, en casos abundantes, cedieran al "espíritu de cuerpo" o solidaridad con el colega.

e) Los profesionales demandados se colocaban en una actitud negativa o reticente; se "cruzaban de brazos", esperando que el actor demostrara la responsabilidad; ninguna carga probatoria se ponía sobre sus espaldas, toda ella pesaba exclusivamente sobre el cliente dañado.

f) La confusión acerca de la causa productora del daño o la mera invocación de la pluralidad de causas fueron en innumerables casos argumentos suficientes para el rechazo de la pretensión resarcitoria.

g) Se volvió, aunque indirecta y eufemísticamente, a una "culpa profesional" o, en lo médico, se puso el acento en la libertad profesional en aras del avance de la ciencia.

5. El Proyecto de 1987

La reacción contra este estado de cosas, que puede decirse que es el estado actual, en 1990, la encontramos en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, con media sanción legislativa. El Proyecto no consagra una solución caprichosa, sino la que venía reclamando, de tiempo atrás, la mejor doctrina argentina:

a) Se comienza reconociendo la problemática en un texto expreso, el art. 1625, cuyo encabezamiento reza: "Las tareas de los profesionales liberales están sujetas a las siguientes reglas, sin perjuicio de normas especiales imperativas"; se siente la necesidad de pasar de una no regulación a una con-

templación expresa, por la vía correspondiente, o sea la legislativa, restando trascendencia a las especulaciones doctrinarias.

b) Se continúa destacando que la cuestión debe regirse por las normas del Código Civil —y no por una distinción teórica, como la propuesta por Demogue—, siendo las reglas aplicables las expuestas con motivo de las obligaciones de hacer, arts. 625 y 626, que refieren a cómo debe cumplirse el hecho prometido: “del modo que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara”.

c) Se sienta una regla general para “caso de controversia”, en las disputas entre profesionales y clientes, y se contemplan, a renglón seguido, dos situaciones excepcionales. La regla es: “queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado ‘sin culpa’, en los términos del art. 314”.

d) De esta regla, de máxima importancia, se sigue que, probado por el paciente su derecho a la prestación y el daño padecido, se presume el incumplimiento; el médico debe demostrar, para liberarse de responsabilidad, que empleó en el caso la diligencia exigible, de acuerdo con la índole de la obligación.

e) De donde resulta que la carga de la prueba se reparte entre actor y demandado, paciente y médico: cada uno debe “demostrar lo suyo”, aquello para cuya presentación se encuentra en situación más favorable, que le resulta más fácil traer a juicio.

f) En rigor de verdad el médico debe probar que hizo “lo que debía hacer en el caso”, de acuerdo con el estado de la ciencia y la dedicación que le es exigible a quien tiene en sus manos la salud de un paciente; nadie sino él puede aportar esta demostración, de hechos que son, a la vez, positivos y eximentes.

g) Las excepciones están dadas por las hipótesis en que el profesional promete, por estar en condiciones para ello, un “resultado determinado”; y también por los servicios que emplean técnicas en “estado de experimentación”.

h) Para el primer supuesto —que no implica volver al dístico entre “obligaciones de medio y de resultado”— se establece que la liberación del profesional sólo se logrará “demostrando la incidencia de una causa ajena”; ello equivale a sostener que asumiendo el profesional los riesgos de su gestión, sólo se exime con la demostración del caso fortuito, o sea de un hecho exterior a él, que ha desencadenado las consecuencias perjudiciales, imprevisibles e irresistibles.

i) Y respecto al uso de técnicas en estado de experimentación, se decide que debe ir precedido de una información tal que permita un asentimiento ilustrado, formándose así un verdadero y libre "consentimiento" de partes.

6. CRÍTICAS AL PROYECTO

El art. 1625 del Proyecto de Unificación Legislativa, que hemos comentado, ha sido, sin lugar a dudas, uno de los textos más combatidos de la iniciativa reformadora:

a) Las organizaciones que agrupan a los profesionales de la salud —a diferencia de otros nucleamientos de profesionales— han creído ver en ese texto una auténtica "declaración de guerra" por parte de un sector de operadores jurídicos.

b) Juzgan al artículo como sumamente inconveniente para la actividad profesional médica, al obligar a tales profesionales a probar su no culpa, frente a todo caso de no curación del paciente: muerte, agravamiento, sobreviniencia de lesiones, limitaciones, etcétera.

c) Afirman que prohijará la "industria de los pleitos", una especie de "caza de brujas", de la cual serán ellos, los médicos, las únicas víctimas.

d) Que se innova sobre el sistema tradicional del derecho argentino, al dejar de lado las "obligaciones de medio", no obstante admitir las de resultado, y al contemplar esa tercera especie —*tertius genus*— que constituye la "no culpa".

e) Que se libera a los actores en los juicios de responsabilidad médica de toda carga probatoria, haciendo fácil y sencilla su tarea, con base en esta "injusta" inversión probatoria; en fin, que no es verdad que al médico le resulte más simple probar.

7. EL FUTURO: LA REFORMA Y LA REALIDAD

Tal es el actual estado de la cuestión. El tema está muy vivo en la sociedad argentina y las fuerzas de presión, los grupos, pugnan en uno u otro sentido: el endurecimiento o el ablandamiento de la responsabilidad profesional. El panorama se complica por la presencia de otros ingredientes, que aunque parezcan extraños tienen su incidencia gravitante:

a) El sistema de salud de la Argentina, sobre la base, casi exclusiva, de la prestación de servicios por "obras sociales", en su mayoría dependientes de asociaciones de empleados u obreros —sindicatos— se encuentra en grave crisis de decadencia, francamente quebrado.

b) Los profesionales de la salud reciben una compensación vil por sus servicios, un honorario mínimo y demorado en el tiempo, o sea, en moneda también depreciada por la inflación.

c) Ello es consecuencia de la imposibilidad, por parte de las obras sociales, de atender, con los fondos que recaudan, al pago de los medicamentos, cuyo costo es elevado en relación con sueldos y salarios, y de honorarios compensatorios.

d) A lo expuesto se suma, como factor de importancia, el estado deficiente de los institutos prestadores de servicios: hospitales, sanatorios, clínicas, etc., tanto públicos como privados, desprovistos del instrumental necesario para hacer una "buena medicina" o bien en estado de obsolescencia.

e) Aunque pueden señalarse matices, según las ciudades o regiones del país, el panorama apuntado es muy generalizado, siendo lo común u ordinario; la excepción está dada por la "medicina privada", en particular en las ciudades grandes, destinada a la clase alta o de mejores recursos económicos.

f) La profesión de médico ha dejado de ser, también en términos generales, una actividad de buena renta o provechosa; el médico ha pasado a ser un asalariado de las obras sociales, forzado a atender a muchos clientes en poco tiempo, y sin la apoyatura necesaria.

g) Todo lo expuesto concluye en un despenso del nivel de la medicina argentina, en una proliferación de los errores o de los casos de mala práctica; de ahí el temor a la responsabilidad profesional.

A) En cuanto a las víctimas, los pacientes, ellas se han multiplicado y de ahí la proliferación de los juicios en los últimos cinco años.

i) La condición de médico o la índole del instituto de salud —sanatorio, clínica, etc.— no es ya garantía suficiente de solvencia para las víctimas de la mala práctica; es bastante común que no puedan hacer frente a una condena resarcitoria.

j) Por ello se piensa en una reforma integral del sistema. El nivel al cual llegó la previsión social de la salud, en la Argentina, con una cobertura que alcanza a la gran mayoría de la población, no hace prever una vuelta a la medicina privada.

k) Se impone una jerarquización del servicio de salud, del rol de los médicos y demás profesionales vinculados al tema; resta decidir si el auge de la responsabilidad, como el del seguro, son ingredientes positivos o negativos en esa deseada jerarquización.

l) No olvidando la realidad, las soluciones posibles hoy y aquí: el nivel medio de los salarios no se adecua a una medicina cara o costosa; pero, a la vez, la toma de conciencia de los ciudadanos, acerca del nivel de servicios a que una persona tiene derecho, por su condición de persona, no admite que haya distintas medicinas, para pobres y para ricos, con medios y resultados diferentes.

8. RESPONSABILIDAD OBJETIVA

El esquema de situación de la responsabilidad civil en general denota que los viejos odres son insuficientes para contener las soluciones apropiadas a los tiempos actuales. En un importante fallo del año 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio impulso a las nuevas ideas al señalar dos pautas de significación fundamental: que el principio *culpa non laedere* tiene raíz constitucional, y que las soluciones jurídicas deben adecuarse al sentido de justicia de la sociedad. En cuanto a la primera expresión, se colige fácilmente que, cuando menos en la literalidad, es aún más amplia que la conclusión de la sentencia del Consejo Constitucional francés de 1982, pues no incluye el requisito de la culpa. Y en cuanto a la segunda, que el hombre contemporáneo tiene la expectativa de que cualquier daño le sea resarcido, puesto que dejó de inclinarse con resignación "ante el azar nefasto" (Mazeaud); en ese sentido, las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1989 declararon, por unanimidad, que uno de los "mecanismos desmasificadores" es "la moderna concepción del derecho de daños, que centra su óptica en la víctima".

El consiguiente replanteo del sistema de responsabilidad civil condujo, por una parte, a ensanchar el campo de aplicación de la atribución objetiva, que si bien tuvo consa-

graciones legales puntuales ya en el siglo pasado, recién adquirió protagonismo luego de la reforma del Código Civil producida en el año 1968. A fines del año 1989, las Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguros, organizadas por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad Nacional de Mar del Plata, propiciaron ensanchar el factor objetivo de responsabilidad, excluyendo a la mera culpa de la víctima como causal de liberación: propusieron que sólo se admita "como causal de liberación el dolo de la víctima y el caso fortuito externo a la actividad y/o a la cosa". Se trata de un ajuste del régimen vigente, al que el profesor Tunc ha calificado como paradójico: si el causante del daño está asegurado, no responde personalmente por su culpa, pero la culpa más leve de la víctima recae sobre ella con el efecto de reducir, o aun excluir, su derecho a la indemnización. El criterio de responsabilidad objetiva, sin embargo, es inaplicable como regla a la responsabilidad de los profesionales denominados liberales: las Jornadas de Derecho Civil realizadas en la provincia de San Juan en 1989 estimaron unánimemente que "la tendencia del derecho moderno a fundar la responsabilidad profesional (lato sensu) en factores objetivos no puede ser trasvasada indiscriminadamente al caso de los profesionales denominados liberales"; lo cual no obsta a que su responsabilidad sea objetiva en hipótesis singulares, como cuando el daño proviene del riesgo o vicio de cosas empleadas en el ejercicio de la actividad.

Pero, además, fueron asumidos diversos mecanismos alternativos de la responsabilidad civil, que son corrientes en el derecho comparado. En lo que interesa al tema, tales son el seguro individual, con acción de la víctima contra el causante del daño; el seguro forzoso, articulado con fondos de garantía; la seguridad social.

9. Seguro individual.

En la legislación vigente en la Argentina el seguro de responsabilidad civil obliga al asegurador "a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato". Asimismo hay una suerte de acción directa de la víctima contra el asegurador del causante del daño, que le permite citarlo en garantía en el proceso judicial, prevaleerse de la cosa juzgada, ejecutarlo, y gozar de privilegio. Ante la acción del damnificado,

el asegurador no tiene derecho a oponer las defensas nacidas con posterioridad al hecho dañoso.

10. SEGURO FORZOSO Y FONDOS DE GARANTÍA

El seguro forzoso sólo es de aplicación en algunos limitados sectores de actividad, como el laboral; pero, por ejemplo, no rige para los accidentes de tránsito. Diversos Congresos de juristas han expresado la insatisfacción por el régimen vigente, y han propiciado su extensión. En el año 1985 las Jornadas Nacionales de Derecho Civil comenzaron a reclamarlo para ese tipo de accidentes, y a partir del año 1986 otros Congresos y Jornadas iniciaron una firme embestida doctrinaria tendiente a su instauración para cosas o actividades riesgosas, en particular productos elaborados—incluidos los farmacéuticos— y contaminación ambiental; un proyecto de ley del consumidor del año 1985 (que sólo tuvo sanción del Senado) lo previó para los servicios médicos prepagos.

Tampoco se pasa por alto que los fondos de garantía constituyen el remedio apropiado para los casos de autor desconocido o insolvente, de carencia de seguro, o de infra-seguro. Desde el año 1985, y con mayor énfasis desde el año 1986, se propicia ampliar el limitado catálogo de fondos de garantía existente (en materia laboral, en accidentes nucleares), incluyendo a las cosas y actividades generadoras de riesgo, como complemento de la implantación del seguro forzoso.

11. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

El estado actual del pensamiento jurídico argentino sobre esos aspectos resulta de las conclusiones unánimes de las ya citadas Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguros del año 1989. En ellas se reclamó “una reforma legislativa en materia de responsabilidad acorde con la realidad económica, social y cultural de nuestro tiempo”, que imponga “seguros obligatorios, complementados con fondos de garantía”, para “las actividades de gran siniestralidad”, con una cobertura que configure “una indemnización cuantitativamente razonable, privilegiando los daños a la persona”. Se sostuvo también que “los aportes con que se formen los fondos de garantía deben provenir principalmente de los

sectores potencialmente generadores de riesgo, sin perjuicio de consideraciones que atañen al interés social", y que "los seguros obligatorios y los fondos de garantía deben instrumentarse de forma tal que alienten la prevención del daño, a cuyo fin ha de existir una relación inversa entre la adopción de medidas de seguridad, por una parte, y el valor de las primas y la contribución en los fondos de garantía, por la otra". Asimismo, fueron requeridos "límites máximos indemnizatorios".

La línea de pensamiento resultante de esas recientes Jornadas concide con los puntos de vista más modernos del derecho comparado. Seguramente, para el observador extranjero, la doctrina argentina luce en niveles de excelencia cuando menos aceptables, pero ello no significa que el legislador atienda sus reclamos: "América latina —ha dicho el profesor Tunc— es quizá más importante por la riqueza y la calidad de su doctrina que por sus realizaciones legislativas"; y, todavía, aunque las leyes adopten los criterios técnicamente adecuados, muchas veces quedan en la declamación y no son aplicadas, o en la práctica resultan deficientes.

De dicha línea de pensamiento pueden ser extraídas cuatro directivas fundamentales:

a) Se reclaman seguros forzosos para actividades con alto índice de siniestralidad porque, obviamente, no se realiza la justicia cuando una sentencia se limita a condenar a alguien a resarcir el daño, sino cuando la víctima es efectivamente resarcida. El ya mencionado Proyecto de 1987 concibió un mecanismo para instar al aseguramiento: en caso de daños provenientes de cosas o actividades riesgosas, el responsable está sujeto a la reparación plena, pero se favorece con un tope indemnizatorio (del orden de los 200.000 dólares norteamericanos) si tomó un seguro. La solución puede ser explicada con las enseñanzas de la profesora Viney: la indemnización debería ser soportada por quien "antes del daño estaba en mejor situación para contratar el seguro destinado a garantizar el riesgo".

b) Se proponen límites indemnizatorios, considerados imprescindibles para los cálculos actuariales del asegurador tendientes a la fijación de la prima. Como decía la Exposición de motivos de la ley modelo uniforme norteamericana para daños al consumidor del año 1979, la incertidumbre acerca de los montos resarcitorios suele ser alegada por los aseguradores "para justificar el establecimiento de tasas que, en realidad, pueden no reflejar el riesgo objetivo".

c) Se privilegia la prevención del daño, procurando una solución *ex ante* en vez de una solución *ex post*. El objetivo básico es suprimir o disminuir la dañosidad de cierta actividad, y el incentivo económico suele ser eficaz para ese propósito. Se trata de una cuestión de costo, que comprende las indemnizaciones por daños que la actividad cause a terceros o, en su caso, las primas de seguro para cubrirías.

d) Se acentúa la resarcibilidad de los daños a la persona, que vienen siendo colocados relevantemente en el sistema de responsabilidad civil. En el mismo año 1989, las Jornadas Nacionales de Derecho Civil entendieron que "la personalización del hombre debe estar en el centro de la atención jurídica", y las Jornadas Argentino-Uruguayas consideraron inválidas las cláusulas limitativas de responsabilidad cuando se refieren a la vida o a la integridad corporal.

12. SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social ha tenido, tradicionalmente, su mayor manifestación en la esfera laboral. En la Argentina, la ley promulgada a principios de 1989 establece el seguro nacional de salud, con el propósito de "procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país". A tal fin, organiza un servicio de asistencia social de interés público, con "alcances de seguro social", basado en criterios de justicia distributiva, y que se financia, fundamentalmente, con aportes de las obras sociales y del Estado.

13. EL SEGURO MÉDICO. VIABILIDAD

En cuanto al seguro de responsabilidad médica, la Superintendencia de Seguros -autoridad de aplicación en la Argentina- aprobó la póliza respectiva a principios del año 1980, a propuesta de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros. Conforme a sus condiciones generales para el riesgo cubierto, "el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado a título personal por cuanto deba a un paciente o derechohabiente del mismo en razón de las responsabilidad civil contractual o extracontractual en que incurra como consecuencia del ejercicio de su profesión de médico, según consta en la habilitación correspondiente otorgada por la autoridad competente, y actuando habitualmente en

la especialidad o especialidades que se detallan en las condiciones particulares”.

La póliza contiene una franquicia absoluta, pues el asegurador sólo asume sus obligaciones a partir de cierto monto; asimismo excluye el aseguramiento de algunos riesgos, como los daños provenientes de hechos de terceros, los sufridos por terceros que actúan por cuenta del asegurado, los provenientes de operaciones de trasplante, o los genéticos. Únicamente mediante una cobertura específica, con el consiguiente recargo en la prima, se incluye al director o jefe de equipo.

14. EL SEGURO MÉDICO EN LA ACTUAL SITUACIÓN ARGENTINA

¿Responsabilidad o seguro? La pregunta concierne no sólo al aspecto singular de la responsabilidad médica, sino a todo el sistema del derecho de daños. La regulación clásica, propia de la legislación decimonónica, que asoció el deber jurídico de reparar al reproche de conducta está en crisis: la responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización (Lambert-Faivre); hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora (López Olaciregui), porque los ojos de la justicia se han puesto del lado de la víctima (Ripert). De tal modo el damnificado está en situación favorable para obtener una sentencia de condena; pero ello no significa necesariamente que se encuentre en posibilidad de obtener el cobro de la indemnización.

Para esta finalidad es relevante el seguro. Se trata del instrumento que se halla más a mano, y satisface elementales reclamos de solidaridad al distribuir el daño entre un número elevado de aportantes. El seguro forzoso, su articulación con fondos de garantía, el arbitrio de mecanismos de pronto pago (a la manera de la ley francesa de tránsito de 1985), a la vez que cubren eventuales insolvencias, dan a la víctima la respuesta más rápida posible, teniendo en cuenta que la justicia tardía no es justicia.

Todavía, en algún momento del futuro de la evolución del sistema, es posible que sea establecida generalmente la seguridad social, que —nuevamente con palabras del profesor Tunc— constituye la respuesta más moderna, más radical, más racional y más práctica frente a los modernos problemas del derecho de daños.

Entre tanto, el seguro debería extenderse incluyendo a la responsabilidad médica. Pero esto no parece posible en la Argentina actual. Padece una situación económica dramática, hemos soportado tres manifestaciones hiperinflacionarias en un año, los ingresos han caído a niveles ínfimos. En ese marco, los costos del seguro difícilmente podrían ser soportados por los profesionales, o por quienes responden por hechos de ellos (clínicas, servicios prepagos, obras sociales). En la práctica son escasos los médicos que aseguran su responsabilidad por daños, y sólo algunas veces, en intervenciones quirúrgicas del alto riesgo, exigen que sus pacientes particulares tomen una póliza. No es de esperar, pues, que en los tiempos inmediatos se generalice el seguro individual voluntario y, menos aún, que se imponga el seguro forzoso.

Tampoco alientan el aseguramiento, de alguna manera, la reticencia a reconocer la resarcibilidad de ciertos daños, y la exigüidad de los montos indemnizatorios de los causados a la vida o la salud. La Corte Suprema de Justicia de la Nación debió anular una sentencia que retaceó el derecho de los padres a la reparación del daño moral derivado de la muerte de sus hijos, argumentando la riqueza de aquéllos. Poco tiempo atrás un tribunal valuó el daño resultante de la pérdida de una mano de un boxeador de nivel internacional en el equivalente a 5000 dólares norteamericanos, suma que es sólo una proporción mínima del costo de la prótesis necesaria para reemplazarla. A la luz de las nuevas ideas, muy probablemente los tribunales argentinos acentuarán la tendencia de condenar a la indemnización de daños sufridos por los pacientes. Pero el azar seguirá jugando un papel primordial, aunque con perfil distinto.

Antes, se solía atribuir el daño sufrido a la desgracia, frente a la cual había que postrarse. Hoy se busca un responsable, y se lo condena a indemnizar; yendo más lejos, la sentencia suele incluir a varios, porque la nómina de los legitimados pasivos para la pretensión de daños ha sido ampliada considerablemente. Sin embargo, el azar, el acaso, la causalidad, aun ahora es determinante: el cobro es posible, o no lo es, según el condenado a resarcir, o los condenados a hacerlo, sean solventes o no; y esa capacidad de pago depende de contingencias ajenas al derecho de la víctima a obtener una reparación pecuniaria, por más que éste le sea reconocido en muchos casos en los que le era negado en los viejos tiempos.

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
FRENTE A LAS DESAPARICIONES FORZOSAS
DE PERSONAS SEGÚN LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

RAUL EMILIO VINDISA

1. Introducción

El 29 de julio de 1988 la Corte Interamericana de Derechos Humanos produjo sentencia en el primer caso contencioso que fuera sometido a su jurisdicción. A través de esta sentencia la Corte tuvo oportunidad de expedirse sobre la responsabilidad de un Estado parte en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, frente a situaciones derivadas de la desaparición forzosa de una persona.

El caso *Iliga* a la Corte a través de una demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, contra el Estado de Honduras¹.

En el año 1986, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos remite a la Corte el asunto referente a la desaparición del señor Angel Manfredo Velásquez Rodríguez, en razón de que de todos los elementos de juicio que obran en el caso se deduce que la persona afectada continúa desaparecida sin que el gobierno de Honduras haya ofrecido pruebas concluyentes que permitan establecer que no son verdaderos los hechos denunciados².

El caso Velásquez Rodríguez presenta una serie de aspectos relevantes en cuanto a cómo la Corte entendió que debía

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Velásquez Rodríguez": sentencia del 29/7/88.

² Ver Resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 22.001 del 18 de abril de 1986, conf. sentencia CIDH del 29/7/88, ¶ 12.

cumplir su cometido. En líneas generales es posible detectar una gran prudencia por parte de la Corte en cuanto al tratamiento debido, desde un punto de vista esencialmente jurídico, de un tema con alto contenido político.

Otra característica destacable de cómo la Corte elaboró sus considerandos y conclusiones está relacionada con su condición de órgano jurisdiccional internacional y por lo tanto a su constante referencia a normas, principios y tendencias del derecho internacional general.

El presente trabajo está orientado a destacar la influencia de las instituciones básicas del derecho internacional en la definición, por parte de la Corte, de las situaciones jurídicas vinculadas a la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos.

Dentro de este contexto se hará entonces referencia a: a) el agotamiento de los recursos internos; b) la carga de la prueba del hecho ilícito; c) los hechos probados; d) el hecho internacionalmente ilícito; e) la imputación del hecho internacionalmente ilícito; f) la reparación del hecho internacionalmente ilícito. Finalmente se expondrán algunas reflexiones generales.

2. EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

El gobierno de Honduras presentó a la Corte varias excepciones preliminares que fueron resueltas por sentencia del 26 de junio de 1987³. En cuanto a la excepción preliminar relativa al no agotamiento de los recursos internos, la Corte ordenó unirla a la cuestión de fondo, dando al Gobierno y a la Comisión una nueva oportunidad para sustanciar plenamente sus puntos de vista⁴.

Sobre este tema el art. 46.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Convención) establece que para que una petición o comunicación presentada a la Comisión conforme a los arts. 44 o 45 resulte admisible, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos⁵.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Vellásquez Rodríguez". Excepciones Preliminares, sentencia del 26/6/87.

⁴ *Ibíd.*, § 90.

⁵ Convención Interamericana de Derechos Humanos, art. 46.1, inc. a.

Este requisito no se aplicará cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o de los derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos⁴.

La Corte estableció que el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y a la vez determinar su potencial efectividad⁵. Una vez que ese Estado prueba la existencia de recursos internos que deberían haberse utilizado, corresponderá a la otra parte demostrar que los recursos fueron agotados o que el caso cae dentro de las excepciones del art. 46.2. La Corte entendió que no debe presumirse con ligereza que un Estado parte en la Convención ha incumplido con su obligación de proporcionar recursos internos eficaces⁶.

Según la Corte, los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, mencionados en el art. 46.1.a, no sólo se refieren a la existencia formal de recursos internos que aseguren la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Convención, sino también a que éstos sean adecuados y efectivos⁷.

El hecho de que los recursos sean adecuados implica que la función de esos recursos sea idónea para proteger el derecho conculcado. Mientras que la eficacia del recurso se medirá por la capacidad de éste en producir el resultado apropiado para el cual ha sido creado.

En cuanto al recurso de exhibición personal, la Corte sostiene que "puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si de hecho carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados intentarlo o no se aplica imparcialmente"⁸.

Por otra parte la Corte considera que el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable

⁴ *Ibid.*, art. 46.2.

⁵ Caso "Velásquez Rodríguez", Excepciones Preliminares, sentencia del 26/6/87, ¶ 85.

⁶ Caso "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29/7/88, ¶ 60.

⁷ *Ibid.*, ¶ 63.

⁸ *Ibid.*, ¶ 68.

al reclamante, no demuestra, por sí solo, la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces¹¹.

La Corte finalmente concluyó, basándose en los testimonios y en las demás pruebas aportadas y no desvirtuadas, que si bien existían en Honduras recursos legales que hubieran permitido hallar a una persona detenida por las autoridades, "tales recursos eran ineficaces, tanto porque la detención era clandestina como porque, en la práctica, tropezaban con formalismos que los hacían inaplicables o porque las autoridades contra las cuales se dictaban llanamente los ignoraban o porque abogados y jueces ejecutores eran amenazados e intimidados por aquéllas"¹².

La Corte fundamenta su conclusión en el hecho de que la Comisión había demostrado que aunque se intentaron recursos de exhibición personal y acciones penales, estos recursos resultaron meramente formales e ineficaces para lograr el objetivo perseguido. Aún más, la Corte, al señalar que las pruebas aportadas por la Comisión no fueron desvirtuadas por el gobierno de Honduras, las encuentra suficientes para rechazar la excepción preliminar sobre la inadmisibilidad de la demanda por el no agotamiento de los recursos internos¹³.

3. CARGA DE LA PRUEBA DEL HECHO ILÍCITO

La Corte parte de la idea de que siendo la Comisión quien demanda al gobierno de Honduras, a ella le corresponde el probar los hechos sobre los que se fundamenta su demanda¹⁴.

La Corte acepta el argumento esgrimido por la Comisión en cuanto a que una política de desapariciones tanto auspiciada como tolerada por el gobierno, tiene por finalidad el encubrimiento y la destrucción de las pruebas vinculadas a esa política de desapariciones. En tal sentido expresa que "cuando la existencia de tal práctica o política haya sido probada, es posible, ya sea mediante prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, demostrar la desaparición de un individuo con-

¹¹ *Ibid.*, § 67.

¹² *Ibid.*, § 80.

¹³ *Ibid.*, § 81.

¹⁴ *Ibid.*, § 123.

creto, que de otro modo sería imposible, por la vinculación que esta última tenga con la práctica general"¹³.

Por lo tanto la Corte deberá valorar la prueba producida a efectos de determinar si existió o no tal práctica gubernamental y si la desaparición de Manfredo Velásquez está o no vinculada a esa práctica.

La Corte considera que es ella la que deberá determinar cuáles son los criterios de valoración de las pruebas aportadas al presente caso. Reconociendo que ni la Convención, ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento definen pautas sobre este tema, la Corte basa su determinación en el hecho de que la jurisprudencia internacional ha sostenido que los tribunales poseen potestad para evaluar libremente las pruebas, "aunque evitando siempre suministrar una rígida determinación del quantum de prueba necesario para fundar el fallo (cfr. Corfu Channel, Merits, Judgement, ICJ, Reports 1949; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, ICJ, Reports 1986, § 20-30 y 59-60)"¹⁴.

La Corte sostiene que para un tribunal internacional, los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos y que aun tanto en uno como en otro sistema la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes con los hechos. En este contexto la Corte concluye que "la prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas"¹⁵.

Con el objeto de justificar el ejercicio de un amplio poder discrecional en cuanto a la apreciación de las pruebas aportadas, la Corte claramente distingue entre las exigencias de un procedimiento penal interno y las del procedimiento internacional tendiente a la protección debida de los derechos humanos.

En tal sentido expresa que "la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justi-

¹³ *Ibid.*, § 124.

¹⁴ *Ibid.*, § 127.

¹⁵ *Ibid.*, § 121.

cia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones²⁴.

Respecto al tratamiento del tema de la reparación de daños, encontramos que existirá una cierta similitud en cuanto a los efectos enunciados por la Corte en la implementación de un sistema de protección internacional y el esquema de protección establecido jurisprudencialmente en los Estados Unidos de América respecto a violaciones de los derechos humanos de extranjeros en aplicación de la Sección 1350 del Título 28 del United States Code.

Cabe recordar que la Sección 1350 del Título 28 del USC establece que "las Cortes Federales de Distrito tendrán jurisdicción originaria sobre toda acción civil interpuesta por un extranjero por ilícitos solamente cometidos en violación del derecho internacional o de un tratado de los Estados Unidos".

Volviendo al tema de la prueba y sobre la presunción de que es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio, la Corte lamenta la falta de colaboración por parte de Honduras en la producción de ésta y sostiene que la forma en que la defensa ha sido conducida habría podido bastar para que muchos de los hechos alegados por la Comisión se tuvieran por probados. Sin embargo, la Corte aclara que trató de suplir estas deficiencias admitiendo todas las pruebas propuestas, y ordenando de oficio otras, sin renunciar a sus potestades discrecionales para apreciar el silencio o la inercia de Honduras²⁵.

Por resolución del 6 de octubre de 1987 la Corte, al rechazar la recusación de testigos formulada por Honduras, sostuvo que son los hechos apreciados por ella y no los medios utilizados para probarlos dentro de un proceso, los que la pueden llevar a establecer si hay una violación de los derechos humanos contenidos en la Convención²⁶. De esta

²⁴ *Ibid.*, i 134.

²⁵ *Ibid.*, i 138.

²⁶ *Ibid.*, i 141.

forma la Corte preanunció el ejercicio de un amplio poder discrecional en la determinación de la existencia de actos ilícitos internacionales.

En cuanto a los recortes de noticias periodísticas reproducidos y aportados por la Comisión al presente caso, la Corte sostuvo que no puede otorgárseles el carácter de prueba documental propiamente dicha. Sin embargo, expresó que esos recortes de prensa tienen valor testimonial al reproducir textualmente declaraciones públicas de altos funcionarios de las Fuerzas Armadas, del gobierno y aun de la Corte Suprema. Al respecto, citó nuevamente la sentencia de la ICJ en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua²¹. Aseguró asimismo la importancia que esos recortes tienen en su conjunto en la medida en que coinciden con los testimonios recibidos respecto de las desapariciones y de la atribución de esos hechos a las autoridades militares o policiales del Estado de Honduras.

4. Los hechos probados

A los fines de demostrar la existencia de una práctica de desapariciones cumplida o tolerada por las autoridades hondureñas, la Corte determinó los hechos relevantes que consideró como probados, enunciando entre ellos: a) que en la República de Honduras durante los años 1981 y 1984, un número de personas, entre cien y ciento cincuenta, desapareció sin que de muchas de ellas se haya vuelto a tener noticia alguna; b) que tales desapariciones seguan un patrón común (secuestros violentos); c) que la población consideraba como un hecho público y notorio que los secuestros se perpetraban por agentes militares o por policías o por personal bajo su dirección; d) que las desapariciones se realizaban siguiendo una práctica sistemática. Las víctimas eran por lo general consideradas como peligrosas para la seguridad del Estado, las armas empleadas eran de uso reservado a las autoridades militares y de policía, las personas secuestradas eran sometidas a vejámenes y torturas, y algunas de ellas fueron finalmente asesinadas. Las autoridades negaban sistemáticamente el hecho de la detención, todas las autoridades —militares, gubernamentales y judiciales— se nega-

²¹ *Ibid.*, § 148; conf. ICJ, Reports 1985, § 82-84.

ban o eran incapaces de prevenir, investigar y sancionar esos hechos²².

A los efectos de demostrar que la desaparición de Manfredo Velásquez fue por obra o con la tolerancia de las autoridades hondureñas dentro del marco de una práctica gubernamental sistemática, la Corte consideró como probados los siguientes hechos: a) que Manfredo Velásquez desapareció el 12 de septiembre de 1981; b) que ese secuestro fue llevado a cabo por personas vinculadas con las Fuerzas Armadas o bajo su dirección; c) que su secuestro y desaparición encuadraban dentro de la práctica de desapariciones seguidas por el gobierno de Honduras²³.

La Corte concluye que ha quedado asimismo probada en el proceso, la omisión del gobierno de Honduras en cuanto a su obligación de garantizar los derechos humanos por esa práctica sistemática de desapariciones²⁴.

5. EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO

Una vez probados los hechos alegados por la Comisión, la Corte se abocó a la definición y calificación de esos hechos como ilícitos internacionales.

La Corte parte del presupuesto de que el fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada en forma integral²⁵.

La Corte es consciente de que las facetas novedosas que presenta la práctica sistemática de desapariciones, especialmente en Latinoamérica, no han sido aún objetivo de regulación internacional que aseguren su definición con un contenido y alcances fácilmente identificables. En tal sentido la Corte expresa que si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados parte en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad²⁶.

²² *Ibid.*, § 147.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, § 148.

²⁵ *Ibid.*, § 150.

²⁶ *Ibid.*, § 153, 151-152.

Si bien la Corte habla de una "práctica internacional", no hace sino mencionar a la doctrina expresada en instrumentos y proyectos de organizaciones tanto internacionales como regionales, carentes de poder vinculante. No analiza los efectos de esos instrumentos como potenciales manifestaciones concretas de una *opinio iuris* en evolución, ni hace referencia al comportamiento de los Estados tendiente a la creación de una norma consuetudinaria de alcance general. Sobre este mismo tema, la jurisprudencia de los Estados Unidos de América ha sostenido que no fue posible probar que la desaparición forzada de personas constituya un delito internacional autónomo del abuso del poder o de la detención ilegal o del asesinato²⁷.

La Corte finalmente parte de la base de que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos a los que los Estados parte están obligados a respetar y garantizar.

De esta forma la Corte define y tipifica a la desaparición forzada como una sumatoria de violaciones al derecho a la libertad personal (art. 7º, Convención), al derecho a la integridad personal y física (art. 5º) y al derecho a la vida (art. 4º).

Al respecto sostuvo la Corte: "El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto"²⁸. Asimismo, la Corte consideró que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se somete a un desaparecido son "formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"²⁹. Finalmente la Corte infiere de la práctica de desapariciones una brutal violación del derecho a la vida puesto que esa práctica "ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda

²⁷ Conf. caso "Forti", US District Court Northern District of California, case nº C-87-2058 DJJ, Memorandum Decision and Order, 6º October 1987, y caso "Martínez Beca", US District Court Northern District of California, case nº C-87-2057 SC, April 23, 1988.

²⁸ Caso "Velásquez Rodríguez", sentencia del 23/7/88, § 155.

²⁹ *Ibid.*, § 156.

huella material del crimen y procurar la impunidad de quienes lo cometieron”²⁰.

Por otra parte, la práctica sistemática de desapariciones presupone, en el razonamiento de la Corte, el ignorar el deber de organizar al Estado de modo que sus instituciones garanticen los derechos reconocidos en la Convención²¹. El Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, pero la Corte no puede admitir que ese poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda prevalerse de procedimientos que no se subordinen al derecho o a la moral. “Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”²².

8. LA IMPUTACIÓN DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO

Una vez que la Corte consideró como relevantes los hechos probados, y después de definir —de conformidad con la Convención— a esos hechos como ilícitos internacionales, pasó a ocuparse de la imputación de esos hechos a un Estado parte a los efectos de determinar la responsabilidad internacional de éste. La Corte sostuvo que “el problema planteado exige a la Corte un examen sobre las condiciones en las cuales un determinado acto, que lesione alguno de los derechos reconocidos en la Convención, puede ser atribuido a un Estado parte y comprometer, en consecuencia, su responsabilidad internacional”²³.

La Corte resalta la importancia del art. 1.1 de la Convención en cuanto a que su contenido expresa una obligación genérica contraída por los Estados parte, respecto de cada uno de los derechos protegidos. Así es que cualquier lesión a alguno de los derechos de la Convención, implica necesariamente la lesión del art. 1.1.

El art. 1.1 de la Convención establece: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color,

²⁰ *Ibid.*, § 157.

²¹ *Ibid.*, § 158.

²² *Ibid.*, § 154.

²³ *Ibid.*, § 140.

sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Si bien la Comisión no se refirió expresamente a la aplicación del contenido de este artículo de la Convención, la Corte considera que no está inhibida de aplicarlo en razón de que éste constituye el fundamento genérico de la protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención. A su vez la Corte expresa que de acuerdo con una reiterada jurisprudencia internacional “el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente (*Lotus*, CPJI, 1927, series A, n° 10, p. 31 y *Eur. Court H. R., Handyside Case Judgement* of 7 December 1978, § 41)²⁴.”

El contenido del art. 1.1 expresa las obligaciones fundamentales de respeto y de garantía de los derechos humanos que el Estado asume convencionalmente. Así es que para la Corte “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la misma Convención”²⁵.

La Corte distingue entre la obligación de respetar los derechos y libertades y la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de esos derechos humanos.

En cuanto a la primera de estas obligaciones asumidas por los Estados parte, la Corte expresa que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. En su Opinión Consultiva sobre la expresión “Leyes” en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte sostuvo que “en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”²⁶.

En cuanto a la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos, la Corte entendió que esa obligación implica no sólo el asegurar jurídicamente su

²⁴ *Ibid.*, § 163.

²⁵ *Ibid.*, § 164.

²⁶ *Conf. Opinión Consultiva de la Corte IDH*, de 9/2/80 (OC-6/80), § 21.

observancia sino que incluía: el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar toda violación; el procurar el restablecimiento del derecho conculcado; y de ser pertinente, la reparación de los daños ocasionados.

Al respecto la Corte sostuvo que "la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"²⁷.

La Corte parte de la base de que toda acción u omisión del poder público estatal que viole los derechos humanos reconocidos por la Convención es, de acuerdo con el art. 1.1 un ilícito internacional. A los efectos de hacer operativo este principio, la Corte esboza un esquema de responsabilidad objetiva del Estado frente a toda circunstancia por la cual un órgano o funcionario de ese Estado, lesione indebidamente uno de los derechos reconocidos por la Convención.

La Corte fundamenta este esquema objetivo en un principio del derecho internacional por el cual el Estado es responsable por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de esos agentes, aun si éstos actuaron fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno. Es decir que, para la Corte, es irrelevante a los efectos de determinar la responsabilidad del Estado, el hecho de que el agente u órgano estatal hayan realizado actos u omisiones bajo una mera apariencia de autoridad pública, sobrepasando los límites de sus propias funciones, o que hayan actuado en contravención del derecho interno²⁸.

Pero el Estado, alega la Corte, será también internacionalmente responsable frente a la violación de derechos humanos reconocidos en la Convención no directamente imputables a éste, cuando, por la falta de una debida diligencia no cumpliera con su obligación de garantizar el libre y pleno goce de esos derechos.

La Corte enuncia como causales generadoras de la responsabilidad objetiva del Estado tanto al hecho del apoyo o tolerancia del poder público frente a la violación de dere-

²⁷ "Velasquez Rodriguez", sentencia del 29/7/88, ¶ 167.

²⁸ *Ibid.*, ¶ 170.

chos humanos no directamente imputables a éste, cuanto a las situaciones en las que esas violaciones se hayan realizado en defecto de toda prevención estatal o impunemente. La Corte fundamenta su posición expresando que "en definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el art. 1.1 de la Convención"³⁹.

La Corte distingue como causales autónomas de la responsabilidad objetiva del Estado, entre la obligación de respetar y la obligación de garantizar los derechos reconocidos en la Convención. En cuanto a los deberes del Estado de prevenir, investigar y sancionar esas violaciones, la Corte los considera como obligaciones derivadas de aquellas causales. De esta forma la debida diligencia, en cuanto consecuencia de una obligación de actuar, involucra como fundamento convencional implícito a ambas causales de responsabilidad.

Siendo la obligación de prevenir una obligación de medio y no de resultado, no queda automáticamente comprometida la responsabilidad del Estado por el mero hecho de que un derecho protegido haya sido violado. Al respecto la Corte encuentra que "es obvio... que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto"⁴⁰.

La obligación de investigar, es como la de prevenir, una obligación de medio o de comportamiento. La Corte exige a los efectos de deslindar la responsabilidad del Estado, que la investigación se emprenda con seriedad y debiendo ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio. La Corte encuentra que en el presente caso hubo una completa inhibición de los mecanismos teóricamente adecuados del Estado hondureño para atender a la investigación de la desaparición de Manfredo Velásquez, así como al cumplimiento de deberes como la reparación de los daños causados y la sanción de los responsables⁴¹.

³⁹ *Ibid.*, § 173.

⁴⁰ *Ibid.*, § 175.

⁴¹ *Ibid.*, § 178.

De la evaluación general de las pruebas aportadas al presente caso la Corte concluye que "las autoridades hondureñas no actuaron de conformidad con lo requerido por el art. 1.1 de la Convención en cuanto a garantizar efectivamente la vigencia de los derechos humanos dentro de la jurisdicción de ese Estado"²². De esta forma la Corte parecería estar aplicando, dentro del contexto de ese artículo, una obligación que fue violentada por una negligencia, no claramente distinguible de una complicidad estatal.

En este sentido la Corte expresó que "tiene la convicción, y así lo ha dado por probado, de que la desaparición de Manfredo Velásquez fue consumada por agentes que actuaron bajo la cobertura de la función pública. Pero, aunque no hubiera podido demostrarse tal cosa, la circunstancia de que el aparato del Estado se haya abstenido de actuar, lo que está plenamente comprobado, representa un incumplimiento imputable a Honduras de los deberes contraídos en virtud del art. 1.1 de la Convención, según el cual estaba obligada a garantizar a Manfredo Velásquez el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos"²³.

Para la Corte es irrelevante la circunstancia de que dentro del derecho hondureño las prácticas violatorias a los derechos humanos que se le imputan, no estuvieran autorizadas o constituyeran delitos tipificados dentro de su derecho interno. Es también irrelevante el hecho de que no todos los niveles del poder público estaban en conocimiento de las acciones u omisiones que se le imputan al Estado. Por otra parte, el principio del derecho internacional de la identidad del Estado es invocado por la Corte para asegurar la subsistencia de la responsabilidad del Estado con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo.

La Corte concluye que de los hechos probados en el proceso ante ella, resulta que Honduras es responsable de la desaparición involuntaria de Velásquez Rodríguez. En consecuencia dice la Corte que son imputables a Honduras violaciones a los arts. 7º, 5º, y 4º de la Convención.

En cuanto al hecho de que no ha sido demostrado de modo directo que Velásquez fue torturado físicamente, la mera circunstancia de que su secuestro y cautiverio hayan

²² *Ibid.*, § 130.

²³ *Ibid.*, § 132.

quedado a cargo de autoridades que comprobadamente sometían a los detenidos a esas prácticas, representa la inobservancia del deber que impone a los Estados el art. 1.1, en relación con los párrs. 1º y 2º del art. 5º de la Convención. Este razonamiento es también aplicado por la Corte respecto al derecho a la vida consagrado en el art. 4º de la Convención. Dentro de este esquema de presunciones no necesariamente probadas por la Corte para el caso concreto de Velásquez Rodríguez, ésta sostiene que "el contexto en que se produjo la desaparición y la circunstancia de que siete años después continúe ignorándose qué ha sido de él, son de por sí suficientes para concluir razonablemente que Manfredo Velásquez fue privado de su vida"⁴⁴. Por lo tanto Honduras ha violado el art. 1.1 en relación con el 4.1 de la Convención en cuanto a su incumplimiento de la obligación de garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción el derecho a la vida.

La Corte finalmente decidió por unanimidad declarar que Honduras ha violado en perjuicio de Velásquez Rodríguez los deberes de respeto y garantía del derecho a la libertad personal reconocido en el art. 7º y del derecho a la integridad personal reconocido en el art. 5º, en ambas situaciones, en conexión con el art. 1.1 de la Convención.

Es relevante hacer notar que, también por unanimidad, la Corte declaró que Honduras había violado solamente el deber de garantía —y no el de respeto— del derecho a la vida reconocido en el art. 4º en conexión con el art. 1.1 de la Convención.

Esta diferencia de tratamiento de los hechos que integran la tipificación de la desaparición como un delito internacional autónomo, pero a la vez integrado por otros ilícitos convencionalmente reconocidos, responde probablemente a cierto grado de prudencia con el que la Corte se manejó dentro de un contexto de situaciones, inferidas de pruebas indirectas y circunstanciales.

7. REPARACIÓN DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO

Una vez que la Corte determinó la existencia de un hecho ilícito imputable a Honduras, estableció las consecuen-

⁴⁴ *Ibíd.*, § 188.

cias que ese hecho provocó respecto al individuo directamente afectado.

El sistema de la Convención Interamericana en materia de responsabilidad por violación de alguna de sus normas prevé, siguiendo las pautas generales del derecho internacional, la necesidad de restablecer y garantizar al lesionado el goce de sus derechos o libertades conculcados⁴⁵.

Asimismo establece la posibilidad de exigir, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que dio origen a la violación de un derecho protegido por la Convención. También corresponde el satisfacer el pago de una indemnización justa a la parte lesionada⁴⁶.

Ante la imposibilidad física de exigir el cumplimiento de la obligación de garantizar el goce de los derechos y libertades violentados, en el presente caso solamente es posible el exigir que el Estado repare las consecuencias provocadas por la violación de la Convención a través de una justa indemnización.

Si bien la Comisión durante el proceso reclamó el pago de una indemnización, la Corte encuentra que no habiendo aportado elementos para determinar el monto y la forma de pago, considera que estos aspectos pueden bien ser convenidos entre las partes. Para el caso en que no se llegara a un acuerdo, recién entonces la Corte fijará la indemnización, por lo tanto decide mantener abierto, a ese solo efecto, el presente caso. La Corte hace a su vez expresa reserva de su derecho de homologar el acuerdo así como de su derecho de fijar el monto y la forma, si éste no fuere determinado por las partes⁴⁷.

Las partes, entiende la Corte, son la Comisión y el Estado de Honduras. Sobre este punto, el juez Piza Escalante anexó al fallo un voto disidente por considerar que la víctima o sus causahabientes son una parte activa en un sentido sustancial del proceso⁴⁸.

Al establecer la mayoría de la Corte que el acuerdo sobre el monto y la forma de la indemnización sea fijado entre la Comisión y el gobierno de Honduras, aclara que los destinatarios directos de la indemnización son los damnificados

⁴⁵ Art. 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Caso "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29/7/88, ¶ 131.

⁴⁸ *Ibid.*, voto disidente del juez Piza Escalante, ¶ 3.

la víctima, "sin que ello implique un pronunciamiento sobre el significado de la palabra 'partes' en otro contexto del sistema normativo de la Convención"⁴⁸.

La Corte sigue las tendencias generales de una constante jurisprudencia internacional en materia de protección diplomática de individuos en cuanto a quién es el directamente interesado en definir el reclamo de una justa indemnización. En principio, una vez determinada la responsabilidad de un Estado que ha cometido en perjuicio de particulares un ilícito internacional, el Estado que ejerce la protección diplomática de éstos, es quien controlará el reclamo.

Por nuestra parte consideramos que si bien el efecto provocado en cuanto a la fijación de la indemnización en el presente caso es asimilable a los efectos del ejercicio de una protección diplomática, los fundamentos en una y otra situación son, en alguna medida, diferentes. En este contexto entendemos que la Comisión no es, al igual que el Estado que ejerce una protección diplomática, el sujeto internacionalmente lesionado por la violación de una norma del derecho internacional, sino que es quien ejerce, por mandato convencional, una función de contralor y protección de los derechos reconocidos en un acuerdo internacional a favor de individuos.

8. REFLEXIONES FINALES

El caso Velásquez Rodríguez representa un importante precedente en cuanto al tratamiento desde el punto de vista normativo del fenómeno de las desapariciones forzadas.

Frente a la falta de tipificación adecuada en la Convención Interamericana, la Corte elaboró un mecanismo apto para determinar la responsabilidad del Estado, integrando la noción jurídica de la desaparición forzosa de personas a través de la sumatoria de violaciones de un grupo determinado de derechos reconocidos y protegidos convencionalmente.

Frente a las características propias de esas prácticas sistemáticas de violaciones de derechos humanos, la Corte consolidó un esquema de evaluación de pruebas tendiente a corroborar la inclusión de casos individuales dentro de esas prácticas generales.

⁴⁸ *Ibid.*, ¶ 192.

Tanto la elaboración de los criterios para definir a las desapariciones forzadas, como el esquema previsto para la apreciación de las pruebas, fueron utilizados por la Corte en dos casos posteriores al de Velásquez Rodríguez.

Así es que en el caso Godínez Cruz²⁰ la Corte llegó a igual decisión que en el caso Velásquez Rodríguez, exigiendo al Estado de Honduras una reparación adecuada a través de una justa indemnización. Mientras que en el caso Fairén Garbí y Solís Corrales²¹ la Corte declaró que no ha sido probado que los individuos presuntamente afectados hayan desaparecido por causa imputable a Honduras, cuya responsabilidad, por consiguiente, no ha quedado establecida.

En otro orden de cosas, llama la atención que la Corte claramente expresara que no se trataba en el caso Velásquez Rodríguez de un proceso penal. Esto no significa que el factor "culpabilidad" le sea indiferente o irrelevante, sino que en alguna medida, reconoce un potencial peligro en cuanto a la politización de sus conclusiones. En este contexto la Corte parecería interesada en asegurar que el objetivo fundamental perseguido a través de la implementación de los mecanismos previstos por la Convención Interamericana, no es el de "condenar" sino el de "proteger" los derechos humanos reconocidos en ese instrumento.

Cabe preguntarse en qué medida se cumple ese objetivo si la responsabilidad del Estado violador de un derecho reconocido en la Convención simplemente trae por consecuencia la obligación de reparar, a través de una justa indemnización, los daños ocasionados.

Es posible argumentar que la sentencia de la Corte en el caso Velásquez Rodríguez cumple un objetivo no explicitado en los considerandos o en su parte dispositiva al "declarar" que un Estado ha violado en perjuicio de un individuo sus deberes de garantizar y respetar ciertos y determinados derechos humanos.

En este sentido, el mero reconocimiento por parte de la Corte de la existencia de actos internacionalmente ilícitos imputables a un Estado, independientemente de una definición de los efectos de esa culpabilidad, constituye una

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Godínez Cruz", sentencia del 29/1/83.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Fairén Garbí y Solís Corrales", sentencia del 15/3/83.

sanción ejemplificadora dentro del esquema actual de implementación internacional de los derechos humanos.

Cabe recordar que al igual que en el caso del Estrecho de Corfú²² la constatación de una violación del derecho internacional por parte de una Corte internacional, puede constituir en sí misma, una satisfacción apropiada.

Sin embargo, el simple hecho de que un Estado pueda ser internacionalmente identificado como responsable de violaciones a los derechos humanos, genera apenas una discreta expectativa respecto a qué actitudes futuras tomará ese Estado, frente a sus obligaciones convencionales de respetar y garantizar esos derechos.

Finalmente, es de interés el destacar que la Corte, en el presente caso, no ha calificado los hechos ilícitos imputados a Honduras ni como delitos ni como crímenes internacionales, de conformidad con las exigencias de una novedosa práctica internacional²³.

Esta omisión adquiere relevancia en cuanto a que en el contexto de las tendencias actuales del derecho internacional de los derechos humanos, las violaciones a ciertos y determinados derechos han adquirido el carácter de crímenes internacionales²⁴.

Sin desestimar el valor de toda justa indemnización como método apropiado para la reparación de los daños ocasionados por violaciones a los derechos humanos, consideramos que al consolidarse tanto interna como internacionalmente el efecto persuasivo —y en alguna medida condenatorio— de una sentencia que "declara" la responsabilidad de un Estado determinado, se tenderá, a través de factores y circunstancias ajenas a un aspecto meramente normativo, a afianzar el objetivo de la debida protección.

²² ICJ, Reports, 1949, 136.

²³ Ver sobre el particular el Proyecto Ago sobre la Responsabilidad de los Estados, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1999, vol. II, segunda parte, p. 29-31; el art. 19.2 de ese proyecto expresa: que "Constituye un crimen internacional el hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional, que su violación está reconocida como un crimen por esa comunidad en su conjunto".

²⁴ Ver, por ejemplo, la Convención contra la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes, aprobada por consenso en la Asamblea General de la ONU, Res. 2046 del 10/12/84 y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, suscripta en Cartagena de Indias, Colombia, el 19/12/85.

ENSAYOS

EL CRIMEN TELEVISIVO

De la violencia en la comunicación y de la comunicación de la violencia

MARTÍN ARREGO

"Una de las primeras cosas es pedirle a la clase media, que tiene tanto miedo a la violencia, que sin duda va a haber pequeños abusos, los va a haber, pero que no denigren a la gente más humilde, la que no tiene trabajo, incluso a los que pueden tener reacciones violentas, porque todos esos son los que primero han padecido una violencia terrible donde no está en juego una casetera, sino que está en juego la vida, donde no está en juego una lastimadura, o lo que sea, sino que están en juego la integridad de la familia, la capacidad intelectual de los chicos. Con esto no quiero decir que están bien las reacciones violentas, pero para analizar esas reacciones que pueden darse, los abusos, la prepotencia, los robos, lo que sea, para ser justos, primero analicemos lo que desde hace tanto tiempo están padeciendo las clases, los grupos, las familias más desamparadas, que es mucho más grave, porque está en juego algo mucho más importante, más que algo material, que algún sueldo, que alguna humillación, que algo pasajero".

Pedro Pablo Filippini
Párroco Bajo Boulogne

1. Introducción

La televisión mata cientos de personas por día. Es algo semejante al gran asesino de nuestro tiempo. Todos los días frente a nosotros destrazan a balazos a inocentes, aprehiéndolos ilegalmente a delincuentes, desconsolados se suicidan y los "peces gordos" pasean su impunidad (ya sea vestidos de latinoamericanos en una serie importada o haciendo de columnistas en los noticieros locales). Sin embargo, nadie parece dispuesto a iniciar un proceso penal contra este asesino a sueldo de la publicidad.

No se trata acá de confundir la realidad con la ficción, nada más lejos de nuestro propósito, pero no nos cabe ninguna duda de que "el crimen televisivo" (nombre que hemos decidido darle a esa unión tan frecuente entre violencia y medios masivos¹) tiene consecuencias reales tanto en el plano individual como en el colectivo, tanto en la ética de cada individuo como en las normas que regirán nuestras sociedades y hasta en cómo deberán regirlas.

El tema de la violencia en los *mass-media* se nos plantea desde varias perspectivas; por un lado no se puede negar su caracterización como un problema, como un elemento que hay que tratar de solucionar o, al menos, limitar; por el otro no corresponde "desgarrarse las vestiduras" por un hecho que no es más, en gran parte, que la consecuencia lógica de nuestra sociedad. No nos estamos haciendo eco de esa frase que sentencia que "cada sociedad tiene los medios masivos que se merece", lo que nos interesa destacar es que, aun en los casos en que se desconozcan los intereses de la comunidad, la violencia en la televisión no es solamente un agregado con fines ideológicos. A nadie se le ocurriría hoy obviar toda forma de violencia en el momento de escribir un guión, a menos que quiera contarnos la más irreal de las historias.

Este análisis no intentará decir nada novedoso². Lo que trataremos de hacer es "recopilar" muchas ideas frecuentemente tratadas pero estudiándolas esta vez desde otra óptica que, desde nuestro punto de vista, las aglutina. Creemos que una sistematización de estos temas es esencial en un estudio a fondo de la criminalidad de los "tiempos modernos".

¹ Tal vez hubiera sido más apropiado usar la expresión *mass-media*, técnicamente más adecuada ya que no nos detendremos a analizar la violencia en todos los medios masivos, sino solamente en algunos de ellos, excluyendo a los que difícilmente se conectan con el sistema penal, como es el caso de la arquitectura. Además, este término es un tanto vago y no está muy claro qué dispositivos técnicos abarca y cuáles no; sin embargo, en este trabajo será utilizado como sinónimo de *mass-media* y usaremos ambos términos indistintamente para definir el conjunto formado por el cine, la radio, la televisión y los periódicos, aunque ésta sea una limitación al significado genérico.

² Rogamos no interpretar esta declaración como una aceptación tácita del pensamiento que gusta en autodenominarse *postmoderno* sino sólo como un reconocimiento de las limitaciones de este trabajo. De cualquier forma, tampoco es del todo cierto que cualquier adherente al *postestructuralismo* se animara a hacer una afirmación tan simplista como la que da lugar a esta llamada.

"El hecho de que precisamente el mundo pase a ser imagen, caracteriza la esencia de la edad moderna"³; sin embargo, muchos estudiosos de la violencia parecen no haberse percatado de este hecho; demasiado ha cambiado el hombre desde la irrupción de las nuevas tecnologías de la comunicación como para que la criminología se mantenga al margen de estas modificaciones. Es por esto que empezaremos por analizar dos elementos esenciales, algo así como dos presupuestos para el posterior estudio de la reproducción "mass-mediática" de la violencia. Nos detendremos, primero, en la modificación de la percepción del mundo real que los medios masivos han producido y, seguidamente, analizaremos la capacidad o no de dichos medios para manipular a las masas, anticipando, desde ya, que nos expresaremos por la negativa.

2. LA PANTALLA DEL MUNDO NUEVO

"Los efectos de la tecnología no son visibles en el nivel de las opiniones y de los conceptos, pero alteran las relaciones sensibles y los modelos de percepción continua e inconscientemente"... "El mensaje de la televisión no son las imágenes que transmite, son los nuevos modos de relación y de percepción que impone"⁴. Estas son reflexiones que Marshall McLuhan hacía por la década del 60 y más allá de las discusiones que provocó con su optimismo a ultranza acerca del futuro de la sociedad tecnológica, no hay duda de que sus análisis respecto de la percepción "mass-mediática" no han sido del todo errados. La obsesión de este autor serán los cambios que los adelantos técnicos provocarán en el interior de cada individuo: cómo su vida ya no será la misma, cómo su sociedad jamás podrá volver a ver el mundo como lo vieron sus antepasados.

No hace falta detenernos demasiado en la importancia que estos estudios tienen para cualquiera que quiera investigar las razones de la violencia de la que somos testigos (McLuhan hace inclusive una asociación entre el sufrimiento que provoca la aparición de cada nuevo medio de comunicación y un tipo de música que sería la consecuencia de dicho dolor; sería interesante analizar la posibilidad de am-

³ Heidegger, Martin, *Sendas perdidas*, en "Revista Fierro", n° 62.

⁴ McLuhan reproducido por Baudrillard, *Understanding media*.

pliar esta teoría de forma tal de asociar a cada nuevo medio, un cierto tipo de violencia) o los elementos esenciales a considerar en el proceso de criminalización. Los medios masivos se han instalado definitivamente entre nosotros para modificar todas las relaciones existentes, y, fundamentalmente, la de cada ser humano con el mundo que lo rodea. Nueva construcción social de la realidad, dicen algunos; trataremos de dejar sentado nuestro punto de vista. Mediatizada la violencia tal vez sea interesante mediatizar la mediatización.

Si bien puede pensarse que es un tanto descabellado, creemos inclusive que el hombre contemporáneo es incapaz de tomar la debida conciencia de la magnitud de los cambios que en él mismo producen sus avances en el campo de lo comunicacional. No obstante no desconocer la revalorización que en los últimos años ha sufrido este campo (no es casual que uno de los filósofos más importantes sea actualmente Habermas, un filósofo de la comunicación³), entendemos que por hallarnos inmersos en estas modificaciones nos es imposible describirlas en profundidad; si creemos con Bataille, que "subordinar no es solamente modificar el elemento subordinado, sino ser uno mismo modificado"⁴, que "la herramienta cambia juntamente a la naturaleza y al hombre", no tenemos otra posibilidad que reconocer la incapacidad del hombre contemporáneo para comprenderse en relación con sus ancestros.

Hemos insistido con esta disquisición teórica que parece tan alejada de la criminología porque creemos lo contrario (además, cualquier repetición es válida en una sociedad mass-mediatizada). En los últimos años todos hemos experimentado, al menos visualmente, una multiplicidad de sensaciones relacionadas con lo violento, que medio siglo atrás

³ No ignoramos aquí cuál es la comunicación que preocupa a este autor; sin embargo, creemos que sería necio suponer este interés como deslizado de la explosión comunicativa de este siglo.

⁴ Bataille, George, Teoría de la religión, en "El acañudo", Alianza, 1981, cap. II. Es esta una buena oportunidad para pedir disculpas a todos los autores que han sido y serán citados en este trabajo por haber sido descontextualizadas sus frases de forma tal que nos sean útiles a nuestros propósitos; no obstante, es importante aclarar que se ha tratado de respetar las ideas pero no así los fines con los que fueron expuestas originariamente. De cualquier modo valga como defensa teórica la opinión de Deleuze quien sostiene que un texto reproducido deja de pertenecer a su autor para pasar a formar parte de la creación del transcriptor (Deleuze es otro de los que debe perdonarnos).

nos hubieran costado más de una muerte; todos hemos visto el placer que produce aborrecer a quien nos ha estado molestando en los últimos ciento veinte minutos (sesenta si lo que hemos estado mirando fue una serie); hemos aprendido a pulir nuestros crímenes, nos hemos acostumbrado a ver cuerpos destrozados y a disparar "a quemarropa"; todos los días tenemos la muerte ante nuestros ojos, etc.; en síntesis, todos somos más vulnerables a identificarnos con el papel que la sociedad requiere de nosotros a través de estereotipos que llegan hasta cualquier punto del planeta gracias a la industria cultural⁷.

En el párrafo anterior sólo hemos enunciado algunos ejemplos de esta "revolución perceptiva" que consideramos importante tener en cuenta en el campo de la criminología. De cualquier modo, no intentamos agotar con esa mínima enumeración sus alcances; es tiempo de que este saber comience a prestar atención a la abundante bibliografía que hay sobre el tema, aunque es necesario aclarar que debe detenerse especialmente en la que se refiere a la permanencia de los medios masivos y no sólo a su irrupción (por desgracia en nuestro país la segunda es más abundante que la que nos interesa). Es necesario estudiar cómo se desarrolla el proceso de criminalización en una sociedad habituada a los medios; no creemos que la cuestión sea simple pero es imprescindible si no queremos seguir trabajando con un paradigma ya superado por la aparición de los mass-medio.

3. EL GRAN DICTADOR

El otro punto de partida, que consideramos necesario especificar, es que nos opondremos a la postura que le otorga a los medios masivos de comunicación una capacidad de manipulación de las masas poco menos que absoluta. Los medios masivos son, para esta opinión, algo así como los dueños de las opiniones de toda la sociedad, o, al menos, de su parte "no pensante". Fundamentaremos nuestra posición desde aspectos muy diferentes pero es necesario aclarar que este tema está muy relacionado con el de la construcción social de la realidad que estudiaremos en forma particularizada más adelante.

⁷ Industria cultural se utiliza aquí en el sentido clásico que le dieron Morin y Adorno.

Creemos que el primer error que comete esta postura es considerar que el aparato comunicacional puede funcionar íntegramente, sin fisuras ni contradicciones, como si un solo cerebro determinara su accionar por el único hecho de ser todos ellos medios masivos. No cabe duda de que podrá haber casos en los que la totalidad de los medios responderá a un poder central pero ésta no sería una característica de los medios sino de esa sociedad. Si aceptamos, entonces, que los medios masivos, en una sociedad democrática, no tienen, por su sola naturaleza, la cualidad de no contradecirse, no queda muy claro cómo harían varias opiniones emitidas por distintos medios para determinar una idea uniforme en toda la sociedad.

Por otro lado es importante destacar la relativa, aunque no escasa, independencia del aparato comunicacional del resto de los micropoderes y, sobre todo, de lo que normalmente se considera como poder central. Ya sea que lo analicemos como una institución, al estilo de Foucault, que tiene su propio saber-poder, o que según la óptica de Tomás Bunge lo consideremos como un subsistema o cualquiera de las tantas otras posibilidades (p.ej., como una corporación), de cualquier manera llegaremos a la conclusión de que sus intereses propios se opondrán, al menos en forma parcial, a los de los restantes poderes, razón por la que la imposición de sus puntos de vista no será tan pacífica.

Pero los argumentos arriba enunciados pierden trascendencia frente al que consideramos el más terminante: esta concepción todopoderosa de los medios parte de la suposición de que un mensaje está determinado sólo por su emisión. Sostenemos, por el contrario, que la decodificación es tan importante en un mensaje como su enunciación. Sin hacer un análisis detallado, es importante destacar que, poco a poco, los teóricos de la comunicación comienzan a darle a este proceso de reconocimiento de un mensaje un papel cada vez más protagónico⁴, de forma tal que no pode-

⁴ En un proceso bastante lento que puede tener, tal vez, como antecedente más remoto la teoría de la comunicación intersubjetiva de Wittgenstein, se ha ido abandonando el esquema clásico de Jakobson: emisor-mensaje-receptor, para dar paso a descripciones que interrelacionan mucho más la actividad del emisor y del receptor con el mensaje; un ejemplo es el proceso que describe Stuart Hall (*Encoding and decoding*, en "Culture, Media and Language", Londres, Hutchinson, 1980) y en nuestra región se puede citar a Barbero, Jesús M., *De los medios a las mediaciones*, Bs. As., G. Gill, 1987.

mos considerar un discurso como realizado sólo por el que lo escribió sino también por el que lo leyó.

Si partimos de estos presupuestos, muy poco discutidos en el campo de la comunicación interpersonal, no cabe duda de que un análisis de la influencia de los medios masivos llegará a conclusiones muy diferentes de las de la postura que aquí nos interesa combatir. Somos conscientes de que no se puede deducir de estas teorías que es imposible que se produzca una decodificación similar en toda la sociedad o, al menos, en una gran parte de ella (de cualquier manera sería más difícil defender esta postura si consideramos que este proceso depende de cada individuo que lo realiza) pero de la misma manera y por las mismas razones se puede sostener que existe la posibilidad de que se produzca una decodificación "aberrante" por amplios sectores de la sociedad ya que, en el momento del reconocimiento del mensaje, nada pueden hacer los medios masivos para que la recepción sea la deseada.

Por otro lado, las teorías que defendemos dejan de considerar a la recepción como una pasividad para convertirla en un comportamiento activo, de modo tal que la manipulación requeriría la colaboración del manipulado, dejando de ser este problema ámbito exclusivo de lo comunicacional. Como se ve, estas teorías permiten un análisis mucho más flexible de la influencia de los mass-media.

Se podrá responder a todos nuestros argumentos, apelando a ejemplos históricos de manipulación de masas por los medios masivos y sería la experiencia nazi la más absoluta de las demostraciones. Lo primero que nos interesa aclarar es que consideramos que "mucho agua ha corrido bajo el puente" desde aquellos años. Ya hemos sostenido que la sociedad no es la misma cuando se siente invadida por las nuevas tecnologías comunicativas que cuando se ha habituado a ellas. No es original sostener que el gran desafío de los medios masivos en un futuro cercano será vencer la desconfianza sobre sí mismos que ellos están creando a pasos agigantados, no obstante, se hacen necesarias algunas otras aclaraciones. Vázquez Montalbán dice, respecto de la descripción más corriente del fenómeno comunicacional alemán durante la segunda guerra: "Su esquema es, pues, válido sobre todo en función de la concreta experiencia nazi, pero a partir de él se ha intentado generalizar sobre el comportamiento instintivo de las masas en detrimento de cualquier posibilidad de un comportamiento 'inteligente'".

perdiendo de vista los factores históricos coyunturales y modificables que pueden dar mayor o menor virtualidad a la manipulación emocional del pueblo"⁹. Entendemos que el análisis que hace este autor es el más apropiado y si bien hay mucho que agregar no es éste el fin de nuestro trabajo. Existen también, muchos ejemplos históricos en los que la manipulación intentada no ha dado resultados positivos¹⁰.

Para ir finalizando este apartado, una verdad de Perogrullo: manipulación de la información no es lo mismo que manipulación de la opinión pública. Muchos teóricos de la manipulación utilizan ambos términos como sinónimos o, al menos, en forma indistinta. Un breve análisis del tema tira por la borda cualquier asimilación. La manipulación de la información puede ser unilateral: es la decisión de quien tiene en su poder la información de sólo hacerla pública parcialmente. No negamos que esta manipulación sea excesivamente sencilla dada la actual estructura de los medios. En este aspecto sí podemos hablar de manipulación, pero tomando en cuenta que lo que se está manejando con arbitrariedad es la información y no al informado. Por el contrario, como ya quedó explicado, la manipulación de la opinión pública no puede ser unilateral y, si resulta posible, dista mucho de ser sencilla. Además, creer que la manipulación de la información es causal directa de la del informado responde a un análisis desde la óptica simplista de la psicología conductista, que dista mucho de ser eficaz para explicar la complejidad de los fenómenos sociales.

Nos hemos detenido en este tema, quizá más específico del campo comunicacional que el anterior, en primer término, porque nuestro punto de vista condicionará todos los estudios que haremos más adelante, y, por otro lado, porque obviamente la postura que se defiende en este tema será esencial en la elección de una determinada política criminal.

⁹ Vázquez Montalbán, *Historia y comunicación social*, Barcelona, Bruguera, 1980, cap. II.

¹⁰ En nuestro país, por ejemplo, estas últimas años parecen ir finalmente demostrando que la manipulación no es tan fácil. Después de algunas experiencias desagradables que, tal vez, deberían ser explicadas por la complejidad del manipulado, podemos contabilizar varias actitudes políticas recientes que no respondieron a las expectativas de los manipuladores de los medios.

4. ¿UN CÍRCULO VICIOSO O UN CÍRCULO VICIADO? (SISTEMA PENAL Y TELEVISIÓN)

El tema de la relación entre los medios masivos y la violencia tiene varias caras diferentes (y por desgracia todas ellas son oscuras y difíciles de comprender), las que deben ser analizadas en forma particularizada, al mismo tiempo que es imposible considerar a cada una de ellas como independiente de las demás. Es por esto que, parafraseando a Jesús Martín Barbero¹¹, hablamos de "círculo vicioso o círculo viciado". Es muy difícil distinguir con exactitud dónde empieza la relación de los medios con la violencia en general o con el sistema penal en particular, descubrir cuándo los medios son los fomentadores de violencia y cuándo son sólo nuestro espejo, asegurar que todos sus mensajes favorecerán a la ideología dominante y que jamás sus intereses particulares chocarán con los de los demás poderes.

Lo que trataremos de describir ahora es cuáles son, desde nuestro punto de vista, las principales relaciones que se plantean entre los medios de comunicación masiva y el sistema penal. Pero nuestro punto de partida será esta ambivalencia que se da en la conexión, de forma tal que no intentaremos saber quién hace girar el círculo ni tampoco en qué dirección.

"Mis films llevan en sí mismos una visión corrosiva de la sociedad. Quisiera quitar todas esas escenas de violencia pero no puedo; eso soy y estoy atrapado con ellas. Soy un cineasta. Debo negociar y mentir para conseguir el dinero con el que hacer mis films. ¿Puedo, entonces, construir un universo moral en mis películas? Sí, ésa es mi única esperanza" (Brian De Palma).

a) Los medios al servicio del sistema

Los favores que día a día la radio, la televisión y los periódicos le hacen al sistema penal en su conjunto son abundantes; describirlos a todos sería, además de imposible, en muchos casos reiterativo. Las razones de esta vieja amistad, son varias. Por un lado no hay duda de que la dependencia que las grandes empresas comunicativas tienen rea-

¹¹ Barbero, Jesús M. *Estos e la investigación en América Latina*, en "Comunicación y cultura", México DF, 1983, n° 2.

pecto de los órganos de gobierno no es despreciable y que esto les dificultaría volcarse a favor de un discurso que deslegitimase a uno de ellos; por otro, los intereses económicos que influyen sobre ambas agencias son normalmente los mismos; además, el sistema penal actúa, en general, devolviendo dichos favores, limitando, por ejemplo, la posibilidad de que la hegemonía de los grandes medios se vea vulnerada. Cualquiera sea la razón, lo cierto es que para el sistema penal sería imposible funcionar, tal como lo hace, si no contara con estas inmensas agencias de propaganda.

De cualquier manera, es necesario aclarar que como el sistema penal no es más que la denominación de un conjunto de instituciones que trabaja en forma dispersa, muchas veces la colaboración prestada a una de las agencias puede ir en detrimento de alguna otra. Esta es una consecuencia de que la relación entre ambos no es siempre el resultado de una planificación sin fisuras (podría darse tal vez una planificación que englobe a todas las agencias y a los medios de comunicación como la que suele darse en nuestro país durante los regímenes de facto, pero de cualquier forma es difícil de imaginar que dicha elaboración sea perfecta) sino de los saberes-poderes que cada institución ha consolidado.

Las relaciones que se pueden plantear, entonces, entre el sistema penal y los medios masivos son muchas y muy variadas. No tendría sentido llevar a cabo una enumeración de cada una de ellas. Nos remitimos a la descripción que hace Zaffaroni, a la que consideramos una buena introducción a la cuestión¹². Nosotros nos detendremos sólo en dos aspectos esenciales de esta vinculación entre la agencia comunicacional y la penal: en los estereotipos y en los procesos de creación de normas, quedando pendiente un análisis más detallado (que creemos imprescindible) de las restantes conexiones aquí esbozadas.

Antes de centrarnos en las dos cuestiones planteadas, es necesario destacar otro elemento. Nos preocupa cómo, en los últimos años, el lenguaje falsamente garantizador que caracteriza el discurso de los mass-media alcanza, cada vez en forma más angustiante, al discurso jurídico. De este modo, se exhiben como grandes logros de la sociedad a nor-

¹² Zaffaroni, Raúl E., *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., Ediar, 1989.

mas que no hacen otra cosa que aumentar la restricción de las libertades individuales... Sobran los ejemplos¹².

b) Superman y el "bolita"

Los medios masivos contribuyen al proceso de criminalización de un individuo de un modo muy especial, a través de los estereotipos. El sistema penal opera siempre selectivamente y la elección se hace conforme a modelos que fabrican los medios masivos. El problema radica en que este tipo de caracterizaciones es casi inherente a las nuevas tecnologías de la comunicación. Los estereotipos no podrán ser extirpados de la comunicación visual, por lo que, si queremos romper esta conexión que hay entre ambas agencias, no cabe duda de que tendremos más éxito si dejamos de lado la imagen social a la hora de la selectividad del sistema penal. No queremos decir con esto que nada puede hacerse al respecto en el ámbito de los medios masivos, pero es cierto que nos hallaremos mucho más limitados por el hecho de que el proceso de creación de estereotipos no es originario de las nuevas tecnologías, ellas sólo lo explotan a través de la industria cultural y otros mecanismos homogeneizadores. Además, la creación de estereotipos es también una cuestión política que jamás desaparecerá y seguirá, por lo tanto, influyendo en los medios masivos. Acompañando esta afirmación se debe tener en cuenta que el sistema penal no se ha manejado con estereotipos sólo desde el surgimiento de los masa-medios, véase, si no, la descripción de Lombroso.

La creación de estereotipos tiene un costado aún más peligroso: facilita el anonimato de los estereotipados. Como bien dice el periodista Bapsi Sidhwa¹³, "el aspecto más aterrador de esta masa anónima es que se convierte en muñecos, y los muñecos son fáciles de destruir. Cuando se despoja a un grupo estereotipado de su humanidad, se ha dado el primer paso hacia la violencia y, finalmente, hacia el genocidio"; éste es un recorrido que los latinoamericanos conocemos muy bien¹⁴.

¹² Relacionado con este tema hay un interesante artículo de Binder, Alberto, *Democracias pagenses y pagenses*, en "Revista Nueva Tierra", Bs. As., 1989, n° 8, que analiza la ley de defensa de la democracia desde una óptica.

¹³ Sidhwa, Bapsi, *Los seres desprovistos de rostro*, en "World Paper", jul. 1989, II.

¹⁴ Ampliando el marco teórico, podemos decir con Umberto Eco que

El reconocimiento de que el accionar del sistema penal requiere, como elemento constitutivo, la existencia de estereotipos del criminal, ha sido una de las más importantes causas de su deslegitimación. Cuando hablamos de deslegitimación nos referimos, genéricamente, al hecho de que las investigaciones que ha llevado adelante la criminología crítica en las últimas décadas, ha privado al accionar represivo del Estado de cualquier justificación, ya sea ética o pragmática. No es éste el lugar de repetir todos los postulados que constituyen la esencia de esta criminología, pero debe quedar aclarado, desde ya, que esta deslegitimación ha sido uno de los puntos de partida del presente trabajo. Aspiramos, entonces, al retomar la cuestión de los modelos de delinquentes, a que en un ejercicio ético de un sistema penal sin justificación, la agencia judicial enfrente en forma contundente la creación de estereotipos, atento a la gravedad del problema y a la supuesta racionalidad de su accionar.

El otro elemento que incluimos en nuestro título es la creación de superhéroes. Si bien este problema no tiene la trascendencia del anterior, es cierto que los mecanismos de imposición de modelos son los mismos para ambos. Lo que nos interesa de este proceso es la colaboración que presta al ejercicio ilegal de las agencias ejecutivas del sistema penal, relegando, o al menos intentando relegar, al ciudadano común a la pasividad: él no podrá por sus propios medios imponer su dignidad sino que deberá esperar que alguien superior a él acuda en su ayuda. Si nadie pudiera defenderse alegando que no es un superhéroe para enfrentarse a la policía, tal vez más de una práctica ilegal se vería dificultada. Por otro lado ya nadie aspira a encontrar en una persona común y corriente una gran fortaleza moral porque "al fin y al cabo, es un ser humano", legitimándose de esta forma gran cantidad de excesos en las fuerzas de seguridad. No por por nada la heroicidad dejó de ser una cualidad del ser humano para convertirse en una exclusividad del "superhombre"¹⁶.

lo peligroso de las representaciones iconográficas, a través de las cuales se representan los estereotipos, es que si bien se parecen al original representado jamás son lo mismo.

¹⁶ Sabemos que muchas veces este tipo de análisis parece demasiado "rebuacado" como para que a alguien se le hubiera ocurrido semejante objetivo. Como respuesta debemos decir que no nos estamos deteniendo aquí en si hubo intención o no, eso no nos interesa, sino en las consecuencias que esta práctica social pueda tener. Por otro lado, no descalificamos

c) *Los dueños de la moral*

Howard Becker da un ejemplo muy ilustrativo de la acción de los creadores de normas al describir el proceso que culminó en la ley de impuesto a la marihuana en los Estados Unidos de la década del 30¹⁷. Hace un tiempo atrás hubiera sido interesante imaginarse cómo sería una campaña similar en la era de la televisión masiva, hoy en día ya no es necesario, debido a que hemos sufrido dicha campaña con las mismas pretendidas razones. Obviamente no es necesario imaginar aquella vieja campaña en nuestros tiempos para descubrir cómo trabajan los "dueños de la moral" actualmente. Los medios masivos de comunicación tienen una peligrosa capacidad para hacer llegar a todos los hogares la necesidad de una nueva moralización de la sociedad. No estamos renegando con esto de lo dicho anteriormente acerca de la manipulación de masas, ya que entre un caso y otro hay sensibles diferencias. En primer término, hemos dicho que tienen la posibilidad de "hacer llegar", lo que no es lo mismo que imponer; por otro lado, la ausencia absoluta de voces disidentes puede dar una imagen falsa de unanimidad, a la que el individuo aislado difícilmente se oponga si la nueva moral no lo agrede directamente (o que difícilmente se dará con cualquier decisión política que alcanzara a todos por igual); finalmente estas campañas de moralidad (que reclaman normalmente ley y orden) van siempre acompañadas de agregados que hacen a la seguridad del ciudadano común que busca defenderse de la delincuencia. De esta forma no hay, en realidad, una elección libre a favor de la nueva represión, sino sólo un requerimiento de mayor seguridad, cuyo reclamo es contestado por las agencias ejecutivas con una restricción de la libertad individual, imponiendo así una moralidad sin consenso.

Además, la explotación de esta necesidad de mayor seguridad, típica de toda gran urbe, será aprovechada por los medios de comunicación, agudizando la paranoia que todo individuo tiene en mayor o menor grado, desgarrando así,

¹⁷ Los que gustan de las aventuras de los superhéroes por el solo hecho de la aventura, a ellos les decimos además de que compartimos su pasión, que no es su decodificación la que nos preocupa sino otras posibles.

¹⁸ Becker, Howard. Un caso ilustrativo: la ley de impuesto a la marihuana.

aún más, los vínculos comunitarios, cuando la respuesta está justamente en su fortalecimiento. ¿Quién podría salir tranquilo a la calle o permanecer en su casa con una ventana abierta después de haber visto cuatro o cinco episodios seguidos de cualquier serie policial? Los "dueños de la moral", agradecidos.

d) Medios o medios

No obstante lo expuesto, no somos sólo pesimistas respecto del papel de los medios masivos. Ya hemos aclarado que no consideramos al conjunto de medios como el fruto de una organización consciente que tendría como finalidad, entre otras cosas, el sostenimiento de un sistema penal deslegitimado. El accionar de la agencia comunicacional puede ser determinado de antemano en mayor o menor grado (el que dependerá de la ideología del gobierno de turno) pero jamás podrá serlo en su totalidad, por lo que siempre habrá algún espacio para una acción no cómplice.

Además, es necesario repetir que la agencia comunicacional tendrá siempre intereses propios, los que podrán, en determinadas circunstancias, ser opuestos a los del poder central, contradicción ésta que puede ser aprovechada (piénsese en la posibilidad de que la necesidad de mayor audiencia por presiones económicas lleve aparejada la transmisión de elementos agresivos a la moral impuesta). Además, especialmente en gobiernos democráticos, siempre cabe la posibilidad de que los sectores más progresistas de la ideología dominante den lugar a discursos deslegitimantes, aunque más no sea en busca de algún rédito interno.

Finalmente, los medios masivos de comunicación, por su sola estructura, dan la posibilidad de que en el caso de que una voz disidente tenga acceso a ellos, ésta tendrá una difusión que jamás podría obtener de otro modo. El acceso puede tener un origen casual o ser el resultado de la planificación de un grupo para alcanzarlo (las nuevas tecnologías aportan una tercera posibilidad, ya que el acceso puede ser en parte casual por tener los medios a disposición siendo suficiente con una mínima voluntad), pero por cualquiera de las dos vías lo cierto es que un discurso alternativo al que le facilite el genocidio al sistema penal, en el caso de ser transmitido a través de uno de estos dispositivos técnicos podría tener una difusión inimaginable medio siglo atrás para un mensaje opositor.

5. LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA REALIDAD

Esta es la denominación que se le ha dado a un complejo proceso según el cual la realidad dependería de una especie de hermenéutica llevada a cabo por los sujetos de la sociedad para quedar convertida exactamente en eso, en realidad. No nos interesa detenernos especialmente en este tema, sino solamente por el hecho de que muchas veces se ha considerado a los medios masivos como artífices de esta construcción, pero, partiendo del presupuesto de que éstos eran capaces de manipular a las masas, se los consideraba capaces de llevar a cabo esta construcción por sí solos y según su conveniencia.

Desde un punto de vista que consideramos más actual, podemos decir que "los medios de comunicación que en la década del 60 eran estudiados como un emisor omnipotente instaurador irrefutable de la ideología" se han transformado en una pluralidad de mensajes que circulan intertextualmente mediatizándolo todo, que "no existe el discurso hegemónico sino la hegemonía de lo discursivo"¹⁸. Entonces, podremos analizar la construcción social de lo real desde los discursos, dejando de lado el modelo de la fenomenología idealista que se apoya en el subjetivismo del actor¹⁹. Pero esto no implicará que serán los medios masivos los que habrán llevado adelante este proceso de construcción, sino solamente que hemos llegado hasta él a través de los discursos que ellos hacen circular los que, obviamente, estarán muy lejos de ser los únicos discursos sociales.

Sólo un párrafo dedicado al interminable tema de la reificación. Este término se utiliza, tratando de explicarlo brevemente, para designar el proceso por el que se caracteriza como abstracto un ente que no tiene existencia sino en la concreta interrelación de los individuos. Así, la droga reificada es algo diferente de diez gramos de marihuana y del dealer que los vende, así la sociedad no es el conjunto de individuos que conviven sino que es algo más parecido a la

¹⁸ Del trabajo inédito de Arancibia, Patricia, *Modernidad/ultramodernidad*.

¹⁹ Nos referimos obviamente al trabajo de Berger y Luckman del que hemos "robado" el título de este apartado. Para más detalles sobre la construcción social desde lo discursivo ver Verón, Eliseo, *La armazón social*, en "El manifiesto parlante", 1988.

conciencia colectiva de la que hablaba Durkheim. Los ejemplos de reificación pueden ser muchísimos y la mayoría de ellos están relacionados con los medios masivos. Bajo la lupa de este análisis no pueden dejar de caer algunos de estos procesos que son los que dominan la relación *mass-media/violencia* como, por ejemplo, el concepto de seguridad urbana que es algo diferente de la seguridad de cada individuo, o el concepto del crimen o la tan mentada impunidad. Si no les devolvemos a todos estos entes las cualidades que les corresponden de acuerdo con lo que realmente son, será muy difícil atrapar a "un criminal", dar más seguridad a "determinado barrio" o acabar con la "impunidad de tal sujeto o tal comisaría".

De cualquier modo, es necesario hacer otra aclaración. Tampoco el análisis de los medios masivos debe caer en el proceso de reificación que aquí estamos criticando; la generalización no debe ser más que la imprescindible si no se quiere caer en una lucha contra un monstruo que desconocemos qué es. Así será preciso detenernos en un medio, un programa o inclusive un locutor si queremos conocer los comportamientos concretos que es necesario modificar²².

6. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE UNA MASACRE

Si bien es cierto que, tal vez, el título de estas conclusiones puede ser ofensivo para algunos, nos hacemos cargo de él debido a que estamos convencidos de que es necesario apelar a cualquier artificio discursivo para describir la gravedad del estado del sistema penal y las agencias afines. En la introducción de este trabajo hemos tratado de plantear una correlación entre la violencia desatada por el sistema penal y la de las agencias comunicativas; creemos haber demostrado la necesidad de un estudio a fondo de los medios masivos de comunicación desde una óptica criminológica a fin de poder determinar dónde empieza y dónde termina el papel de los *mass-media* en el funcionamiento del sistema represivo.

²² Se aceptan críticas respecto de la reificación que se lleva a cabo en este trabajo. Sin embargo, creemos que la generalización que lo domina (lo que obviamente está muy lejos de representar una virtud) no dejaba de ser el espacio para un tratamiento diferente.

Los medios masivos de comunicación, y especialmente la televisión, son elementos que caracterizan a la sociedad en la que nos toca vivir, razón por la cual es imprescindible no descuidar ninguna de sus conexiones con la violencia —ni su percepción, ni su reproducción, ni su explotación o explicación—, si se quieren comprender las agresiones cotidianas, tanto un crimen, como un criminalizado, como un proceso de criminalización estarán necesariamente influidos por la "mediatización" que nos rodea.

Sin embargo, no son muchos quienes se preocupan por investigar las múltiples conexiones que hemos descrito. Poco se ha dicho sobre la colaboración que los medios masivos prestan al genocidio que el sistema penal lleva a cabo. Hablamos de genocidio, porque, en nuestra región, la represión penal no sólo está deslegitimada (como ocurre en todo el orbe) sino que además dista mucho de ser racional. Las agencias penales en su conjunto cuestan miles de vidas y para ello es necesaria la colaboración de las agencias de propaganda. Es, entonces, imprescindible, encarar un serio y minucioso estudio que tenga como elementos estructurales las características de su funcionamiento en nuestro margen. Este tema, al que típidamente nos animamos a presentar como una cuestión de debate, lleva años de estudio en los países centrales. Pero no son estas teorías las que nos sirven (más allá de que deben ser el punto de partida), ya que son las vernáculos las únicas capaces de resolver nuestros particulares problemas. Por mucho tiempo se creyó que el hacer teórico era un lujo que por nuestra calidad de latinoamericanos no nos correspondía, sin embargo la experiencia nos ha demostrado lo contrario²¹. Desde este punto de vista, no tenemos dudas de que un estudio regional de los medios de comunicación como cómplices de violencia o como reconocedores de determinados conflictos sociales, puede ser muy útil para la reducción del nivel de agresión o para el fortalecimiento de los vínculos comunitarios.

En cuanto a las acciones a desarrollar pensamos que, además de la necesidad urgente de definir una política criminal y una política comunicacional acorde con ésta, hay pequeños márgenes de actuación que deben comenzar a ser explotados inmediatamente debido a la gravedad de la situación. Desde este punto de vista, es necesario impulsar

²¹ Barbero, op. cit.

por todos los medios posibles la circulación de un discurso no legitimante del accionar de las distintas agencias penales; además, deben ser promovidas las prácticas sociales que facilitan la decodificación crítica (como, p.ej., las reuniones en organizaciones vecinales para mirar la televisión, etcétera). Acciones a nuestro alcance hay y aunque es cierto que no son todas de gran escala, la urgencia nos obliga a hacer uso de todas ellas.

La situación latinoamericana es crítica. No obstante que la mayoría de sus países ha conseguido en el transcurso de esta década el establecimiento de gobiernos democráticos, éstos no han podido hacerle frente al empobrecimiento y la marginalización que dominan la región. Esto, que se ha dado en llamar "la paradoja latinoamericana", no es otra cosa que la lógica consecuencia de muchos años de frustraciones diversas. La disolución de los vínculos comunitarios llevada a cabo fundamentalmente por el ejercicio genocida del sistema penal y el discurso de los medios masivos de comunicación refuerza la encrucijada. Como se desprende de la descripción parcial que hemos hecho, no es poca la responsabilidad que tienen las agencias que nos hemos decidido a estudiar. Es muy probable, como dice nuestra carátula, que al momento de empezar a solucionar estos problemas se produzcan explosiones de violencia de los sectores hasta ahora más perjudicados, pero estamos persuadidos de que ninguna de estas reacciones podrá alcanzar la magnitud de las agresiones que actualmente se ejercen, y decidimos a enfrentar con políticas criminológicas alternativas las relaciones actuales es la única vía para detener este suicidio colectivo.

En el plano de una política comunicacional acorde con una criminal, reductora de la violencia, tal vez sea útil sentar algunos principios que consideramos esenciales. En primer término es imprescindible no caer en un paternalismo comunicacional donde alguien tenga la facultad de decidir qué es lo que le hará bien al receptor y qué dañará su personalidad. Una adecuada política comunicacional debe dar lugar a que la sociedad se exprese en su conjunto, y si ésta quisiera hacerlo por medios violentos es obvio que será consecuencia de una agresión que está contenida en ella misma y no se verá incrementada por el hecho de su materialización en una pantalla de televisión. La televisión no es una fotocopiadora que duplica lo que ilumina. Habrá, entonces, que fortalecer los vínculos comunitarios por todos los medios a nuestro alcance y no prohibir la transmi-

sión de una pelea callejera cuando realmente la gente se está golpeando en las calles. Que los medios masivos sean representativos de la sociedad en que vivimos es un punto de partida esencial para que la gente se re-conozca.

Por otra parte en cuanto a los excesos que puedan ser cometidos respecto de hechos violentos en los medios masivos, éstos deben ser penados *ex post facto*, si no queremos caer en algún tipo de censura previa. Se podrían dar algunas sugerencias más, pero sería conveniente dejar su estudio a los especialistas de ese campo, y no continuar con las afirmaciones apresuradas.

Las últimas consideraciones corresponderán al controvertido tema de las Nuevas Tecnologías (escritas en mayúscula porque estamos haciendo referencia a ese conjunto de adelantos técnicos que parecería que van a modificar en forma terminante las relaciones existentes). Adelantando desde ya que no pensamos enrolarnos en ninguna de las posturas drásticamente optimistas o pesimistas, lo que nos interesa es dejar abierto un espacio de reflexión sobre un tema que las ciencias jurídicas poco han abordado, acorde a su vieja costumbre de ir siempre detrás de los hechos. Lo cierto es que en lo que respecta a las Nuevas Tecnologías de la información, no podemos esperar a que los hechos se sucedan, pues, probablemente, el descuido de la prevención será en esta oportunidad mucho más grave. No será éste un caso semejante a los que, consecuencia de nuevas tecnologías destructivas, podrían causar un desastre de inimaginables consecuencias, sino que la prevención que para las tecnologías de la comunicación se hace necesaria, es una prevención garantista del ámbito de privacidad y de las libertades individuales de cada uno de los integrantes de la sociedad respecto del poder central.

Nos dice Bobbio: "en una sociedad como la nuestra... los instrumentos técnicos de los que puede disponer quien ostenta el poder para conocer capilarmente todo lo que hacen los ciudadanos, están enormemente aumentados" y son prácticamente ilimitados. Si se han mostrado algunas dudas respecto a que la 'computercracia' pueda ser útil para la democracia gobernada, no tengo la menor duda acerca del servicio que puede prestar a la democracia gobernante... El viejo interrogante que recorre toda la historia del pensamiento político: "¿Quién vigila al vigilante?" puede repetirse hoy con esta otra fórmula: "¿Quién controla a los controladores?" Si no se consigue encontrar una respuesta adecuada a esta pregunta, está perdida la democracia como adveni-

miento del gobierno visible... se trataría de una tendencia no ya hacia el máximo control del poder por parte de los ciudadanos, sino, por el contrario hacia el máximo control de los súbditos por parte del poder"²².

Queda planteada la cuestión.

²² Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*.

FERTILIZACIÓN "IN VITRO": UNA AFIRMACIÓN DE VIDA

GABRIELA LILIANA ALONSO*

A) CONSIDERACIONES GENERALES

1. INTRODUCCIÓN

Una introducción tradicional al tema cuyo estudio aquí proponemos comenzaría invariablemente refiriendo el hito genético que significó, el 20 de julio de 1978, el nacimiento de Louise Brown, la primera "niña de probeta", ocurrido en Gran Bretaña. El primer bebé, pues, fruto de una fertilización *in vitro* (fecundación ectogenética o extracorpórea), feliz resultado de décadas de incansable investigación científica por parte del biólogo Robert Edwards, en colaboración con el ginecólogo Patrick Steptoe. En efecto, en 1969 Edwards lograba la fecundación de un óvulo humano "en probeta", y en 1978 nacía el primer bebé, con lo que se superaba la imposibilidad de procrear por la vía natural del acto sexual de aquella mujer afectada en su fecundidad por la patología de obstrucción tubárica.

Era menester, luego de aquel primer paso gigantesco, tener por cierto que el éxito era reproducible. El mismo equipo reiteró el intento un año después, con idénticos resultados. Poco más tarde, la cadena de logros felices se alcanzaba asimismo en Australia, merced a la labor de Alex

* Secretaria de Redacción de "Lecciones y Ensayos". Becaria investigadora de la Universidad de Buenos Aires (tema: Responsabilidad civil derivada de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida). Ayudante Alumna en la asignatura Derecho de Familia y Sucesiones.

Lopata primero, y luego de Alan Trounson. Actualmente, se suman a aquellos dos Estados pioneros equipos interdisciplinarios de todo el mundo, particularmente de Austria, Estados Unidos de América, Suecia, Alemania, Dinamarca y Francia.

Pero señalamos al comienzo que una tal introducción habría sido de rigor si el propósito se hubiese agotado en el acercamiento al tema por la vía convencional. Nuestro objetivo, sin embargo, no se agotó en esa mira, quizá menos por nuestro propósito que por el tema mismo.

Un tema que nos condujo a una toma de conciencia acerca del conocimiento profundo que el hombre ha adquirido acerca de las raíces de su propia vida y, más aún, de las posibilidades de actuar sobre ellas. Así, y a poco que nos adentráramos en la problemática de la fertilización *in vitro*, y en el más amplio contexto de la fecundación asistida, advertíamos que cualquier estudio meditado de aquellas implicaría navegar "entre asombros y temores". Sin embargo, la circunstancia que con mayor potencia se nos reveló fue el inmenso cúmulo de resistencias que a esas nuevas formas de conocimiento y perfeccionamiento de la naturaleza tantas veces se oponen. Lamentamos comprobar, desde nuestras primeras lecturas de aproximación, cómo el fenómeno resultaba constantemente encarado desde su potencial temida desviación, antes aun del esbozo de un concepto o de una caracterización mínima. Así, y previamente a la definición de la técnica, a la referencia tan siquiera sucinta de las patologías o afecciones que viene a asistir, encontramos en múltiples ocasiones la denuncia de la espeluznante intencionalidad subyacente, del "telón" que ciertamente encubre insospechados propósitos de manipulación de la vida; una denuncia en donde científicos movilizados por su fe profunda en el progreso del conocimiento, tanto como parejas motivadas por un legítimo deseo de paternidad y continuación, resultaban indiscriminadamente desvirtuados en sus legítimas aspiraciones por feroces críticas.

Un contexto tal, pues, justificó nuestra determinación de comenzar este trabajo señalando que él procurará constituir una reivindicación de la procreación asistida como tal, por conducto de una valoración positiva de la fertilización *in vitro*, inesperado objetivo éste que nos impuso una redefinición, si bien no del objeto del trabajo, ciertamente sí de su centro y su periferia.

Siendo así, y aunque el estudio del aspecto procedimental de la técnica no es reputado medular para nuestro pro-

pósito, como presupuesto de conocimiento en el presente trabajo será brevemente encarado en el primero de sus apartados.

Establecida tal herramienta de trabajo, analizaremos en un segundo estadio la problemática inherente al comienzo de la vida desde diversas disciplinas del saber humano (la biología, la teología, el derecho). En esta cuestión, tan fundamental a la fertilización *in vitro* a la hora de determinar su licitud y sus necesarios límites, particularmente nos detendremos, pues nos permitirá transitar por dos de las líneas que consideramos directrices en nuestro trabajo: el imperativo de la interdisciplinariedad, así como la necesidad del traslado de la discusión al plano normativo.

Seguidamente enfrentamos la problemática que impone el estudio de la técnica a la luz de la ética, con las lógicas limitaciones impuestas por la índole de la cuestión.

Por fin, encaramos el análisis de la fertilización *in vitro* y la determinación de la filiación, bajo la óptica de la actual normativa argentina. Preferimos prescindir de la referencia particularizada a los instrumentos normativos que a nivel comparado se ocupan de nuestro tema pues, al efectuar el acotamiento del objeto del trabajo, consideramos que comportaba un aspecto de seguro interés, pero de carácter eminentemente informativo al que puede acudir por otras fuentes.

Como cierre de nuestro estudio, arrojamos un puñado de conclusiones generales.

2. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

Comenzaremos por una breve relación de la técnica en estudio y sus aspectos procedimentales más salientes. El primer paso comprende el estudio de la pareja a la que habrá de asistir para determinar la naturaleza del factor que torna inoperante la fecundación en el interior del tercio externo de las trompas de Falopio, como antecedente necesario de la eventual indicación de la técnica analizada. Se señala como implícito en esta fase el estudio del espermio masculino, como dato de la capacidad fecundante del mismo y sus posibles limitaciones¹.

¹ Gafé, Javier, *Nuevas técnicas de reproducción humana. Bionética, ética y derecho*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1986, p. 28.

El segundo paso corresponde a la fase de inducción de la ovulación, ya que el gameto femenino habrá de extraerse del folículo cuando su maduración haya concluido, momento éste que coincide con el inmediatamente previo a la ovulación².

Con seguimiento monitorizado del crecimiento del folículo, la siguiente etapa corresponde a la inducción de la rotura folicular que precede a la captación del gameto femenino, momento que califica al cuarto estadio de la técnica en estudio. La obtención del óvulo puede tener lugar por uno de estos dos métodos: el de laparoscopia o celioscopia bajo anestesia general o el de la recepción por vía percutánea con control ecográfico³.

La quinta etapa corresponde al control de madurez y fecundabilidad del óvulo, paralelamente al cual se habrá efectuado la obtención, capacitación y selección del espermatozoide. El sexto paso marca propiamente la fecundación del óvulo, etapa que habrá de llevarse a cabo en condiciones de cultivo estrictas, desde que el cigoto, en su ámbito natural, se encuentra inmerso en complejos líquidos biológicos de la trompa o del útero.

Transcurrido un tracto de tiempo razonable que haga prever la penetración del óvulo por el gameto masculino (varias horas, por lo menos), la célula germinal supuesta-

² Aun cuando, principiando la aplicación de esta técnica, se apelaba exclusivamente a ciclos naturales, de inmediato se advirtió que por tal vía la intervención quedaría condicionada al ciclo fisiológico de la mujer. En dirección a tal dificultad, se recurrió, posteriormente, a ciclos inducidos, farmacológicamente por aplicación de citrato de clomifeno (clomid) o gonadotropina menopáusica humana. Testart, Jacques, La fecundación del óvulo humano, en Revista "Mundo Científico", nº 13, p. 357.

³ El procedimiento laparoscópico exige la previa inyección de dos a tres litros de gas en la cavidad abdominal de la mujer. Acto seguido, una larga aguja guiada por un aparato óptico se introduce en la cavidad peritoneal. El uno permite el examen del ovario y la otra, la aspiración del contenido folicular. El diámetro de la aguja (1,4 mm) hace posible el paso de la masa celular del cumulus que rodea al óvulo. En una jeringuilla adosada a la aguja o en un tubo a presión negativa (12 cm de mercurio) se recoge el producto de la aspiración (que asciende en término promedio de 2 a 3 ml de líquido folicular). El segundo método consistente en la punción folicular por medio de una aguja transabdominal guiada hasta el folículo por un examen ultrasonido (ecografía) presentaría la ventaja de evitar la cirugía y consiguiente aplicación de anestesia general a la paciente. Testart, op. cit., p. 361 y Zannoni, Eduardo, Comunicación presentada al Congreso Hispánicoamericano de Derecho de Familia (Cáceres), en "Lecciones y Ensayos", nº 49, p. 38.

mente fecundada se traspara a un nuevo tubo de vidrio, con lo que se asegura la eliminación de espermatozoides excedentes.

Mediante controles microscópicos, habrá de comprobarse la fecundación. En primer término se observará la liberación del corpúsculo polar, luego la formación y posterior fusión de los pronúcleos y finalmente la división celular.

La última etapa es la de transferencia embrionaria. Dos o tres días después de la extracción del óvulo, el cigoto cuenta con un número de cuatro a ocho células, momento que indica la necesidad de reimplantación del óvulo fecundado en el útero. Éste, bajo el efecto de la progesterona liberada luego de la ovulación por el ovario, alcanza un estado de óptima preparación para la implantación referida, caracterizada por un importante desarrollo de la mucosa uterina que lo torna particularmente receptivo. Técnicamente, el procedimiento de transferencia embrionaria puede efectuarse por dos vías: transcervical o transcutánea⁴.

Entre el noveno y duodécimo día de la transferencia, principia la determinación de subunidad beta de HGC (B-HGC) en plasma periférico, lo cual constituye el primer criterio cronológico de implantación y progresión del embarazo. El mismo continuará utilizándose como monitorización del proceso de gestación, hasta que, luego de tres a cuatro semanas de efectuada la transferencia, sea posible el recurso a la monitorización ecográfica, ya con criterios morfológicos. Desde entonces, el control del desarrollo del embarazo es idéntico al de cualquier proceso "natural" de gravidez, si bien es recomendable, hasta tanto no se alcancen índices concluyentes de frecuencia de anomalías, efectuar una punción amniótica aproximadamente al cuarto mes, a los efectos de precisar la fórmula cromosómica⁵.

⁴ El procedimiento por vía transcervical tiene lugar cuando el cigoto transportado por un fino catéter no traumático se introduce en el útero por el cuello de éste; por sistema de inyección se deposita sobre la mucosa uterina junto con una cavidad mínima de líquido de cultivo (10 a 20 μ l). Por su parte, la vía transcutánea se concreta cuando el transfer se efectúa a través de la pared del útero. Requiere anestesia y sus resultados han sido más bien negativos. Testart, *op. cit.*, p. 313.

⁵ En el trabajo que venimos citando, Jacques Testart relata que, a iniciativa del científico Edwards, un registro internacional de embarazos FIV (fertilización *in vitro*) fue organizado en Cambridge, Gran Bretaña. De esta forma, el análisis comparativo de datos no sólo permitirá cotejar las variantes de las técnicas utilizadas y sus resultados, sino también conocer con certeza la "calidad" de estos embarazos. *Op. cit.*, p. 345.

B) EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA

"Según los mitos de hebreos y griegos, la historia humana se inauguró con un acto de desobediencia. Adán y Eva, cuando vivían en el jardín del Edén, eran parte de la naturaleza: estaban en armonía con ella, pero no la trascendían. Estaban en la naturaleza como el feto en el útero de la madre. Eran humanos, y al mismo tiempo aún no lo eran. Todo esto cambió cuando desobedecieron una orden. Al romper vínculos con la tierra y madre, al cortar el cordón umbilical, el hombre emergió de una armonía prehumana y fue capaz de dar el primer paso hacia la independencia y la libertad. El acto de desobediencia liberó a Adán y a Eva y les abrió los ojos. Se reconocieron uno a otro como extraños y al mundo exterior como extraño e incluso hostil. Su acto de desobediencia rompió el vínculo primario con la naturaleza y los transformó en individuos. El 'pecado original', lejos de corromper al hombre, lo liberó; fue el comienzo de la historia. El hombre tuvo que abandonar el jardín del Edén para aprender a confiar en su propia fuerza y llegar a ser plenamente humano" (Erich Fromm, *Sobre la desobediencia humana*).

3. LA RESPUESTA DESDE EL ÁNGULO BIOLÓGICO

a) El dogma central de la biología molecular

Aunque desde el campo de la biología se asuma la imposibilidad de brindar una respuesta unívoca y definitiva pues, como señala Lacadena, "desde el punto de vista genético, no existe hoy por hoy una respuesta científica cierta"⁴, intentaremos en esta primera visión del problema, sobre el comienzo de la vida humana, un acercamiento a los datos reputados fundamentales por esta disciplina científica.

Nos referiremos en primer término a la mecánica del funcionamiento del ADN (ácido desoxirribonucleico) y del ARN (ácido ribonucleico), la cual aporta un primer criterio científico para relativizar el principio según el cual la vida humana principia con la fecundación del óvulo. En efecto, en el período de desarrollo embrionario extendido desde el

⁴ Lacadena, Juan J., *Aspectos genéticos de la reproducción humana*, en "Fecundación artificial: ciencia y ética", p. 14.

estadio de cigoto hasta el correspondiente a la anidación, atravesando por las etapas de mórula y blastocisto, el embrión tiene su propio ADN –portador de la información genética que para programar su información requerirá el nuevo ser que se hubiese concebido–, pero no ha adquirido aún su propio ARN, conservando el del óvulo materno. Así, cabe concluir que, por ausencia de ARN individual, el embrión, en estadios previos a la anidación o implantación intersticial en el útero, carece de capacidad propia para transmitir aquella información hereditaria.

b) La individualización del nuevo ser

La ciencia biológica afirma sin reservas que, desde la unión de las células germinales masculina y femenina en el instante inicial de la fecundación, comienza propiamente la vida. "Cuando de dos realidades distintas –el óvulo y el espermatozoide– surge una realidad nueva y distinta, con una potencialidad propia y una autonomía genética ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético"⁷. El elemento de la autonomía genética es destacado por quienes afirman, además, que esa vida del ser en gestación es ya humana. Lejeune describe con pristina claridad aquel dato biológico cuando escribe: "Tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos, está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo. Así como la introducción de un minicassette en un magnetófono en marcha permite la reproducción de la sinfonía grabada, la información contenida en los cuarenta y seis cromosomas (los minicassettes de la música de la vida) resultará descifrada por la maquinaria del citoplasma del huevo fecundado (el magnetófono) y el nuevo ser empieza a manifestarse tan pronto como queda concebido"⁸.

Sin embargo, aun cuando se entienda acreditada esa invocada autonomía, subsistiría la más crucial objeción a la doctrina que ubica en la fecundación el principio de la vida humana, y es la objeción que cuestiona la individualización

⁷ Gato, op. cit., p. 41.

⁸ Lejeune, Jerome J., *Non occidere. Questioni di morale della vita fisica*, p. 13, citado por Andruet, Armand, *La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación "in vitro" en particular*, ED, 127-424.

del nuevo ser, fundamentalmente en la fase del desarrollo embrionario correspondiente a los estadios cigoto-mórula-blastocisto-anidación.

Dicha individualización se define por dos propiedades fundamentales: la unicidad —al decir de Ferrater Mora, "algo se llama también único cuando no existe otro exactamente igual en su clase"⁹— y la entidad, realidad positiva de ser uno solo.

En una afirmación trascendente, sostiene Lacadena que "existe una amplia evidencia experimental que demuestra que estas dos propiedades fundamentales no están definitivamente establecidas en el nuevo ser en desarrollo antes de que termine la anidación"¹⁰.

Estudiaremos en primer lugar el problema de la unicidad, tal como ha sido conceptualizada. Esta se ve afectada en la afirmación de su existencia frente al caso de los gemelos monocigóticos, único supuesto posible de identidad genética entre los individuos del género humano¹¹. Aquéllos se forman a partir de la división de un mismo embrión, aproximadamente dentro de los catorce días de la fecundación. Por tanto, y siendo una tal división posible, cabe concluir que durante el desarrollo embrionario que precede a la implantación del embrión, la unicidad del ser gestado no se encuentra aún fijada.

La unidad, segunda propiedad que viene a calificar la individualización, impone la consideración de los fenómenos conocidos como quimerismo y mosaicismo. Simplificando su explicación, el término quimera se aplica en sentido genérico a cualquier organismo cuya constitución reconozca como origen la fusión de dos cigotos o embriones distintos. El mosaico cromosómico es, en cambio, el organismo que posee por lo menos dos series celulares con distinta dotación cromosómica, procedente de un solo cigoto¹².

En cualquiera de las variantes de quimerismo, o de mosaicismo, lo cierto es que el establecimiento de la propiedad

⁹ Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, t. IV, p. 3363.

¹⁰ Lacadena, op. cit., p. 18.

¹¹ Téngase en cuenta que uno de cada ochenta y nueve nacimientos son gemelos, entre los que un 20 a 30 % son monocigóticos, lo cual equivale a una frecuencia global aproximada de gemelos monocigóticos de un 1 %.

¹² Conf. *Diccionario terminológico de las ciencias médicas*, Barcelona, Salvat, 1983, p. 843 y 845.

de unidad no puede predicarse de los cigotos ni de los embriones fusionados, aun cuando tal fusión resulte en la especie humana difícil, aunque no imposible¹².

Los fenómenos de gemelismo, mosaicismo y quimerismo referidos señalan con elocuencia la situación cierta de precariedad en que se encuentra el embrión con anterioridad al hito biológico de la anidación, momento que resulta así decisivo en punto a la individualización del ser en gestación. Acogiendo expresamente esta idea, el Comité Warnock recomienda en su informe que "ningún embrión humano obtenido por fecundación *in vitro* debe conservarse vivo más allá de catorce días, sin incluir en este período de tiempo el correspondiente al que haya sido conservado en congelación" (párr. 12).

c) Argumentaciones científicas en relación con el estadio anidación-feto

Aun cuando es generalizada la admisión de que, establecida la individualización del nuevo ser, el estudio genético prospectivo de su desarrollo no presenta cuestión alguna relativa a una eventual indeterminación, ciertas opiniones aisladas marcan el inicio de la vida biológicamente humana en el momento de final conformación de determinados órganos o de aparición de actividades fisiológicas. Dejamos aquí simplemente enunciados los dos criterios más frecuentemente invocados:

1) La formación —aproximadamente en la segunda semana— de la cresta o surco neural, entendida como el conjunto de formaciones celulares del embrión que constituyen el germen del sistema nervioso central.

2) La presencia de actividad eléctrica cerebral, registrada mediante un electroencefalograma, hecho que se sitúa hacia los cuarenta y tres o cuarenta y cinco días posteriores a la fecundación.

Como se desprende de los criterios científicos enunciados apretadamente en este estadio de nuestro trabajo, puede afirmarse que, desde el estricto terreno de la biología no se reconoce la individualización del ser —y por lo tanto la afirmación de su plena humanidad— antes de la culminación del proceso de anidación en el útero materno. En los pun-

¹² Conc. Leonense, *op. cit.*, p. 26.

tos siguientes, y desde el análisis del controvertido tema a partir de diferentes áreas del saber humano, intentaremos acercarnos a la visión de él desde la profundidad de lo interdisciplinario, con lo que estas primeras afirmaciones habrán de cobrar nuevo sentido.

4. RESPUESTA DESDE LA TEOLOGÍA

"Llenad la Tierra y sometedla" (Génesis, 1-28).

"Los que se atienen a un antiguo concepto estático de la ley natural, que sacraliza virtualmente el proceso biológico, sólo podrán mirar con horror a todos estos fenómenos. La mayor parte de nosotros reacciona, o reaccionó, con sentimientos negativos cuando oímos hablar de estas intervenciones en procesos concernientes al comienzo de la vida humana. Sin embargo, una evaluación moral basada en una visión personalista en relación principalmente con la dignidad y la libertad del hombre, debe considerar cada fenómeno individualmente" (Bernhard Haring, teólogo).

a) Aclaración previa

Destacamos en punto al análisis del tema del comienzo de la existencia humana desde la perspectiva teológica la imperiosa necesidad de sujeción a las fuentes primarias. La razón es clara: un rápido relevamiento de la doctrina sobre nuestro tema revela que el "argumento religioso" resulta de primer orden a la hora de rechazar de plano y sin reservas cualquier acercamiento a la problemática de la procreación asistida. Ello, con un triple efecto: en primer término, la personal doctrina religiosa del autor aparece descripta con un tal grado de generalización que el resultado es su subliminal identificación con la "doctrina oficial", "el orden natural", "la ley de Dios", "el principio supremo de la ley de Cristo". Así, el dogmatismo del autor, o su "apelación a la autoridad" como apoyo pseudológico de su propia postura lleva a la falaz uniformación del pensamiento religioso, que en medida alguna refleja la diversidad y profundidad con que se plantea el análisis de la cuestión aun entre doctrinas teológicas hermanadas por un idéntico tronco. En segundo lugar, la presentación de la personal opinión como "el pensamiento oficial", y dada la naturaleza misma del dogma religioso, verdad reputada inmutable en lo esencial, necesariamente cierra el debate. Por último, las consecuencias son adversas para la misma disciplina teológica, pues la

afirmación de su presunta incontestable uniformidad la empobrece y aleja de las discusiones que nacen del seno mismo de la inquietud o necesidad social¹⁴.

En atención al fenómeno que criticamos, pondremos especial cuidado en atenernos a las fuentes originarias en torno al tema, para lo cual estudiaremos la doctrina del magisterio eclesialístico, sintetizada en su contenido esencial en los documentos a los que habremos de referirnos: la Constitución pastoral *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II y la Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el aborto provocado, del año 1974. Todo ello sin perjuicio de una previa sumaria referencia al pensamiento correspondiente a la que ha dado en llamarse "etapa precientífica", así como al estadio posterior de la teología, en que la discusión se traslada a un plano signado por la disociación de categorías: animación y hominización.

b) La pregunta sobre la condición antropológica del embrión

1) Punto de partida. La discusión de nuestro tema nos traslada como paso primero a la etapa precientífica del pensamiento teológico, cuando los datos aportados por las disciplinas científicas no eran tomados en cuenta. En dicha etapa renacía el planteo acerca de la animación, infusión del alma creada por Dios en el cuerpo humano. "Los Padres de la Iglesia se dividieron en dos corrientes de opinión: los que eran partidarios de la animación inmediata (desde el momento de la concepción) y los que lo eran de la animación mediata o retardada (después de un cierto tiempo)"¹⁵.

Respectivamente, se trataba de las doctrinas del traducianismo y del creacionismo. Esta última afirmaba la directa intervención de Dios en la creación *ex nihilo* de cada alma humana, proceso que requería concurrencia de las condiciones naturales —vitales y fisiológicas— suficientes para ello. La conclusión para nuestro tema surge, pues, clara; si el alma es creada por Dios, y lo es luego de un cierto tracto de tiempo, la infusión del alma será necesariamente posterior a la concepción (animación retardada). Por su

¹⁴ La observación se retomará en nuestra conclusión al presente capítulo.

¹⁵ Vidal, Marciano, El "status" humano del embrión, en "Fecundación artificial: ciencia y ética", p. 63-78.

parte el traducianismo, oponiéndose a tal doctrina, sostenía la transmisión del alma espiritual a los hijos por los padres en el proceso de la generación, con la consecuencia de adhesión a la tesis de la animación inmediata. Sin embargo, en atención a las dificultades de consistencia interna de la última de las referidas doctrinas, se impuso finalmente la creacionista, que asumió carácter oficial, con lo cual adquirió consecuente preeminencia la tesis de la animación retardada¹⁶. Esta opinión habría de mantenerse en forma generalizada durante la época medieval, enriquecida por el aporte de la antropología aristotélica basada en la comprensión filosófica hilemórfica (el hombre como ser compuesto de alma-cuerpo). De ella serían fieles y calificados exponentes los libros penitenciales, el sistema escolástico (Pedro Lombardo, San Alberto Magno, Santo Tomás de Aquino) y el derecho (decreto de Graciano). En pleno período medieval, afirmaciones de signo ideológico, producto directo del desconocimiento científico, vienen a incorporarse a la tesis de la animación mediata: el alma racional se revela en el varón a los cuarenta días y en la mujer a los ochenta.

2) Hacia la tesis de la animación inmediata. Una primera fisura, un primer "tumulto" en la doctrina de la animación retardada marca la tendencia de la teología posttridentina, cuando "de hecho la moral casuista, sin abandonar la teoría de la animación retardada, tendió a solucionar los problemas morales desde la aceptación práctica de la animación inmediata... (que) comienza a abrirse camino desde el siglo XIX. Esta manera de pensar se ha convertido en la actualidad en la tesis oficial"¹⁷.

Adelantamos ya que en estadios anteriores del pensamiento teológico se utilizaron categorías dualistas, espiritualistas en insalvable exceso y por tanto alejadas de "los datos de la realidad". En cuanto al problema de la vida humana, eran ellas:

a) La animación, como la ya referida infusión del alma creada por el Ser Superior en el cuerpo humano, formado por los progenitores (el concepto de fecundación natural como "cooperación" del hombre con la labor creadora de Dios se estudiará más adelante).

¹⁶ Concordantemente, Pio XII afirmó: "la fe católica nos obliga a aceptar que las almas son creadas inmediatamente por Dios", en *Humani Generis*, citado por Vidal, *op. cit.*, p. 68.

¹⁷ Vidal, *op. cit.*, p. 67-68.

Esta noción de "animación" y la "sucesión progresiva de almas" que postuló la tesis aristotélica (sensitiva, animal, racional) se convirtieron en la piedra de toque para la comprensión del status antropológico de la vida intrauterina. Así, la infusión del alma racional se reputó como clave del comienzo de la vida.

b) La formación, esto es, la conformación suficiente del feto para recibir la animación (tener presente la postulada necesidad del concurso de "condiciones requeridas" por la doctrina creacionista). Si bien no se conoció criterio científico alguno que permitiera determinar los factores de desarrollo y temporales para tener por cierta la formación del embrión, prevaleció sin controversia la distinción entre feto formado (*animado*) y no formado (*no animado*). Sólo el atentado contra el primero se reputaba homicidio y como tal se sometía a las penas del derecho canónico. La Constitución Apostólica *Sedís* (Pío IX, 1869) puso fin a la distinción. (Desde la perspectiva de la teología católica actual, ya no se habla de "animación" o de "infusión del alma" para referirse al comienzo de la vida humana. Se prefiere el término y la categoría de "hominización"²².)

3) La ruptura metodológica. Como tercera y última vertiente de información en este breve recorrido por la evolución del pensamiento religioso en torno a nuestro tema, referiremos la etapa conocida como de "ruptura metodológica" en la reflexión teológica. El término "ruptura" hace alusión a la innovación de método que se revela en nuestros días por una doble vía: en primer lugar, se abandonan los planteamientos precientíficos correspondientes a las etapas de las que hemos hecho rápida referencia. Asimismo, se tienen en cuenta los datos aportados por los saberes positivos acerca de la fase inicial de la vida humana, datos que son "asumidos" por la teología. "El resultado de estas opciones metodológicas es un planteamiento más exacto del problema sobre la condición antropológica del embrión"²³. Así, la teología resuelve tal interrogante sin desestimar la necesidad de distinguir al menos cuatro momentos decisivos en la faz del desarrollo embrionario para hablar de vida "específicamente humana": fusión de los gametos-segmentación-implantación en el útero-aparición de la corteza cerebral.

²² Vidal, *op. cit.*, p. 69.

²³ Vidal, *op. cit.*, p. 64.

"Teniendo en cuenta estos datos, es necesario afirmar que existe vida humana desde el momento de la fecundación. Pero, ¿hay que afirmar también la presencia de vida personal desde ese momento?"¹⁸. En el estado actual, pues, el pensamiento teológico intenta la elucidación del interrogante dentro del significado integrador que aportan los datos científicos.

Dentro de estas coordenadas, analizaremos la doctrina del magisterio eclesial. Adelantamos que sostiene sin reservas que la vida humana debe ser respetada con todas las exigencias éticas del ser personal desde el momento de la fecundación.

Ello surge de dos fuentes primarias: una es la manifestación del Concilio Vaticano II en la Constitución pastoral *Gaudium et Spes*: "la vida humana, desde su concepción ha de ser salvaguardada con máximo cuidado" (nº 51); otra, la Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el aborto provocado del año 1974, que pasamos a referir en el fragmento pertinente: "El respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de la generación. Desde el momento de la fecundación del óvulo, se inicia una vida que no es del padre ni de la madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. No llegaría nunca a ser humano si no lo fuese ya en aquel momento" (nº 12).

Esta es, en fin, la doctrina que han asumido en incontables ocasiones los últimos Papas (desde Pío XII hasta Juan Pablo II) así como la totalidad de las Conferencias Episcopales Católicas.

Sin embargo, este estudio del pensamiento teológico sería parcial e incompleto si no diera cuenta de una serie de actuales criterios de teólogos católicos que, no por no integrar el "pensamiento oficial" o "mayoritario" dejan de definir e inyectar sustancia a la reflexión de la Iglesia como institución. A partir de estos criterios llamados relacionales se define el status del embrión desde la relación de alteridad: vida humana es aquella "alterizada", esto es, aceptada por "los otros". En esta postura se ubica un grupo de intelectuales franceses, del que formaba parte un cierto número de teólogos, que publicó en la revista *Études* (1973) un dossier referido al aborto en el que se advierte con toda claridad la

¹⁸ Vidal, op. cit., p. 83.

afirmación de un criterio relacional a partir de la distinción entre "vida humana" (no relacionada) y "vida humanizada" (relacionada). Afirmaban aquéllos que "es posible distinguir entre vida humana y vida humanizada, pues creemos que si realmente el individuo no es humanizado sino mediante su relación con los demás, por y para los demás —si recibe su propio ser de los otros—, la relación de reconocimiento, tal como la hemos esbozado, es reveladora, si no restauradora, del carácter plenamente humano del ser en gestación. En otras palabras, igual que el ser humano no existe sin cuerpo, tampoco es humanizado sin esa relación a los otros"²¹.

Por otra parte, y desde un criterio individual biológico que define el status antropológico de la vida embrionaria por factores internos a ella misma, tomando lógicamente en cuenta datos provistos por las ciencias biológicas, un grupo de calificados teólogos, entre los que se cita a Ch. E. Curran, R. A. Mc Cormick, B. Chiavacci, F. Böckle y J. Fuchs, sólo admite la condición humana de la vida luego de la implantación en el útero²².

c) Nuestra conclusión: anticipación de una propuesta

Como nuestro trabajo no pretende ser un mero relevamiento de opiniones representativas en el marco de cada institución o disciplina referidas, sino un vehículo de aproximación a la complejidad del tema, tanto como a su profundidad —indicativos, por su parte, de la imposibilidad de enunciar una conclusión definitiva y acabada—, consideramos necesario avanzar en una valoración que pretenderá demostrar que la postura actual del magisterio eclesial sobre el tema en análisis, pese al tono categórico con que se enuncian sus declaraciones oficiales, resulta ser, a poco que se profundice la investigación en torno a ella y en términos de Marciano Vidal "más matizada de lo que a simple vista parece".

Es así como nos ubicamos frente a una postura en cierta medida paradójica: por un lado se recurre a datos biológicos de los que se efectúa una lectura positivamente científica

²¹ Pour une réforme de la législation française relative à l'avortement, Études 12, 1973, p. 71; citado por Vidal, Marciano, op. cit., p. 72.

²² Concordantemente Zannoni: "una corriente de teólogos considera que el status plenamente humano no puede predicarse del embrión antes de su anidación en el útero", op. cit., p. 71.

para fundar la doctrina del comienzo de la vida humana desde la fecundación, de lo cual es claro exponente el n° 13 de la ya referida Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe: "La ciencia genética aporta preciosas confirmaciones. Ella ha demostrado que desde el primer instante queda fijado el programa de lo que será ser viviente, a saber: un hombre y un individuo, provisto ya con todas sus notas propias y características. Con la fecundación ha comenzado la maravillosa aventura de una vida humana, cada una de cuyas grandes capacidades exige tiempo para ponerse a punto y estar en condiciones de actuar".

Por otro lado, las posturas son escépticas en cuanto a la virtualidad de la ciencia para determinar la condición antropológica del ser en gestación: "No es incumbencia de las ciencias biológicas dar un juicio decisivo acerca de cuestiones propiamente filosóficas y morales, como son la del momento en que se constituye la persona humana" (n° 13). Si simultáneamente advertimos, como lo hace Marciano Vidal, el modo como se "desconecta" la afirmación ética sobre el valor de la vida humana desde el encuentro de los gametos, de la cuestión antropológica sobre su status ("se trata de una discusión filosófica de la que nuestra doctrina moral es independiente"; n° 13, nota 19), coincidiremos en señalar la ambigüedad de la doctrina oficial católica sobre el punto en discusión. Y aún más decisivo: "deja la cuestión antropológica abierta, aunque moralmente la cierra siguiendo la orientación tuciorista..." De este modo, leemos "Esta Declaración deja intencionadamente a un lado la cuestión del momento de la infusión del alma espiritual. No hay sobre este punto una tradición unánime, y los autores están todavía divididos" (n° 13, nota 19). "Por otra parte, es suficiente que esta presencia del alma sea probable (y jamás se demostrará lo contrario) para que arrebatarle la vida sea aceptar el riesgo de matar a un hombre, no solamente en expectativa, sino ya provisto de su alma".

De estas últimas consideraciones nos resulta claro, pues, que la doctrina oficial de la Iglesia Católica hace una valoración de hecho en cuanto a que la vida del ser en gestación es ya humana, pero en modo alguno admite cerrar en el plano teórico la discusión sobre el momento de la animación. Esta afirmación nos servirá de base para adelantar lo que constituirá nuestra propuesta en torno al tema del comienzo de la vida personal: dado que desde las principales disciplinas del saber humano parece haber firme concor-

dancia en cuanto a considerar que el embrión no admite su ubicación en el género "cosa" y que, por lo contrario, la vida humana o potencialmente humana merece respeto desde el momento de la fecundación, consideramos que se impone una redefinición del objeto de la discusión y proponemos sobre la base de aquélla un traslado del debate del ámbito científico, religioso, filosófico, sociológico, ético, al normativo.

En efecto, a poco que se analicen las conclusiones que cada área del saber permite extraer con relación a nuestro tema, se advertirá como nota invariable en cada una de ellas la imposibilidad de emisión de un juicio unitario y acabado. En cada disciplina subyace algún rasgo de ambigüedad, una marcada "provisionalidad" de la postura asumida; en algunos casos, hasta un cierto relativismo. Y es que, a menos que la actitud tienda a dogmas o posturas oficiales, el debate en un área cíclicamente renovada por permanentes avances y descubrimientos científicos, un área en donde cada día de nuevos estudios puede representar lo que fuera otrora una época o estadio en la evolución del pensamiento, no puede de ningún modo cerrarse o definirse.

Hecha esta afirmación, sugerimos pues un sinceramiento en cuanto al tema: no se trata de hallar unanimidad respecto del exacto momento en que la vida se personaliza o humaniza, lo que nos obligaría a continuar caminando en círculo, sino de aceptar, por existir concordancia suficiente, que la vida potencialmente humana es merecedora de tutela desde la concepción, que el embrión —persona o no— es cuanto menos "vida atribuible al ser, como sujeto del derecho"²².

Desde este punto podrá organizarse como es debido la adecuada protección legislativa de esa vida que se reputa jurídicamente respetable, legislación que en este estadio de la profundización de los estudios sobre la materia nos parece imperiosa. Lo que presupondrá el abandono de actitudes tabulísticas, temerosas de que un sinceramiento legislativo del tema abra las puertas del caos. Corresponde pues, reiteramos, dar respuesta al tema desde lo normativo, el único campo que podrá cerrar positivamente una discusión que en áreas humanísticas no podrá definirse jamás. Una discusión que, sin un correlato de respuesta a lo que es hoy la necesidad normativa social, tiene ya el innegable sabor de lo bizantino.

²² Zannoni, op. cit., p. 89.

5. PROTECCIÓN DE LA VIDA NACIENTE EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

"Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas" (art. 70, Cód. Civil).

"¿Faltó valentía para decirlo todo?" (Santos Cifuentes. El maritimus).

a) Planteo inicial. Los artículos 63 y 70 del Código Civil argentino

Hasta aquí, hemos estudiado la problemática acerca del comienzo de la vida humana desde ángulos diversos, proyectados por la noción de interdisciplinariedad. Pasamos ahora a la elucidación del tema desde la óptica que consideramos más fundamental: la jurídica. Y así la calificamos, no obstante reconocer su carácter necesitante del aporte de otras disciplinas —prueba de ello pretenden ser los anteriores apartados— por la idea que subyace a nuestro trabajo todo, explicitada ya al concluir el punto anterior: es menester dar respuesta al tema desde lo normativo.

Para ello seguiremos diversos pasos, comenzando por una presentación de la óptica de Vélez Sársfield en nuestro Código Civil, e intentando alcanzar tal acercamiento desde la objetividad de lo positivo. Aquello que la exégesis de la doctrina afirma es la posición del codificador, merecerá estudio inmediato posterior.

Conforme al art. 70 del Cód. Civil: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento quedan adquiridos algunos derechos, como si ya hubiesen nacido". En sentido consecuente, el texto del art. 63 del mismo ordenamiento establece: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno".

Un análisis aislado de tales disposiciones permitiría concluir que, cualesquiera que sean las dudas y ambigüedades en otras áreas del saber humano, nuestro derecho positivo clausura, por conducto del Código Civil, todo debate: aun antes del nacimiento, el ser debe considerarse persona. Principio, por lo demás, notablemente innovador, desde que un examen comparado hace posible advertir que no es éste el criterio adoptado por la generalidad de las legislaciones extranjeras, para las cuales el comienzo de la personalidad humana tiene lugar en el momento del nacimiento, con

sólo una excepción: la ficción de tener al concebido por nacido cuando se trate de alguna adquisición a favor suyo²⁴.

Todo lo cual viene a dar cuerpo al sistema de una doctrina ciertamente mayoritaria que sostiene sin ambages el apartamiento de Vélez Sársfield de la solución romanista para afirmar, en cambio, el sistema consagrado por Freitas.

Sin embargo, afortunadamente hallamos diversas opiniones que contribuyen a formar una visión desmitificadora del criterio de nuestro Código Civil. Una primera solución extrema contraria, precisamente a propósito del tema de la fecundación asistida, es la de Alberto Bueres, para quien "los arts. 63 y 70 son terminantes al otorgar relevancia a la concepción en el seno materno, de donde el acto fecundatorio extracorporal sería insuficiente para que la ley acuerde personalidad al elemento así conformado, por la unión del espermatozoide y del óvulo. En consecuencia, la implantación del embrión en el útero de la mujer marca el momento determinante de la aplicación de la cualidad jurídico formal al soporte óptico"²⁵. Y luego, argumentando con una petición de principios, afirma: "Si la fecundación frustrada extrauterinamente no puede considerarse aborto, mal puede concebirse que la personalidad es proporcionada al ser antes de su implantación en la cavidad materna"²⁶. Bien que ilustrativo a los efectos de una revisión crítica del principio tan absolutamente afirmado, no coincidimos con el criterio de Bueres: nuestro Código Civil, sancionado con anterioridad al surgimiento de la problemática relacionada con la fertilización *in vitro*, no pudo más que aludir a la concepción en el seno materno. En rigor, tal explicitación comportaba, a la sazón, una redundancia, pues la concepción no resultaba imaginable en otro ámbito.

Aún más extrema, por ser genérica, es la postura de Salvat quien, efectuando un estudio crítico del Código Civil, concluye que el sistema de aquél no es conforme a la realidad de los hechos pues, en el orden natural, una persona supone una individualidad distinta de las demás, con vida propia e

²⁴ Arts. 1º, 1933, 2043, ap. 2º, 2141, Secs. 2108 y 2178, Cód. Civil alemán; art. 29, Cód. Civil español; art. 1º, Cód. italiano; arts. 725 y 906, Cód. francés; art. 4º, Cód. brasileño; art. 46, Cód. portugués de 1966. Conf. Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 247.

²⁵ Bueres, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, Bs. As., Abarca, 1979, p. 119-120.

²⁶ Bueres, *ibidem*.

independiente; así, afirma que el concebido orgánicamente no es más que una entraña de su madre, viviendo y nutriéndose a sus expensas, siendo que cualquier alteración del organismo materno repercute sobre él, por lo que —sostiene— ha sido un error reputarlo persona ya existente²⁷.

Pero sin duda la opinión de Orgaz es, en este punto, la afirmada con extremismo mayor. El mencionado autor ha criticado la solución del Código afirmando que ella no está de acuerdo con la noción de persona humana "que alude al hombre sólo después del nacimiento, es decir, cuando ha adquirido vida individual y autónoma". Así, sostiene, el concebido depende y forma parte del cuerpo de la madre: para visceram matris. Por otra parte, no considera concluyentes los argumentos de Freitas recogidos por Vélez Sarsfield al anotar el art. 63 del Código para apartarse de la tradición romanista, y avanza aún más al interpretar que esa solución legislativa obedece al equívoco en que se incurre al asimilar vida humana con persona humana. "Es indudable —dice— que la vida humana comienza con la concepción, pero otra cosa es establecer desde cuándo existe persona humana, concepto éste más estricto y que supone, según dijimos, la vida individual y autónoma: desde la concepción hay vida humana, pero sólo desde el nacimiento hay persona, porque solamente desde este momento se dan aquellas notas características"²⁸.

Subyace, en fin, al sistema de Orgaz, la idea de que la ley brinda amparo a los intereses y a la vida misma del concebido ante la eventualidad que encarna, y no porque admita que constituya persona actual. La vida humana es respetada frente a la potencial futura personalidad, pero sin embargo antes del nacimiento completo no existe sustrato real, lo que Cifuentes denomina "el sustentáculo de la personalidad". Luego, en el estadio más original de su exposición, Orgaz desarrolla su ataque al sistema del Código Civil fundándose en la contradictoria solución del art. 74, incompatible con el criterio que afirma la personalidad del por nacer. En virtud de dicha norma, precisamente recogida del sistema de Freitas, se establece: "Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido".

²⁷ Salvat, Raimundo, Tratado de derecho civil argentino. Parte general, 6ª ed., p. 208-211.

²⁸ Orgaz, Alfredo, Personas individuales, Bs. As., 1946, p. 32-34.

Como se advierte, ello tiene igual significado que afirmar el carácter condicional o imperfecto de la personalidad del "nasciturus".

Orgaz es el primero en advertir la inconsistencia del art. 74, respecto del sistema consagrado a partir del art. 70: "Establecida la inútil ficción de la personalidad del feto, la ley no podía salir de ella naturalmente, sino mediante otra ficción: la de que, naciendo muerto, se considerará como si nunca hubiese existido"²⁸.

Por su parte Cifuentes, que pese a encenderse contra el criterio que niega personalidad al por nacer, flexibiliza con madurez jurídica su propio pensamiento, se une a Orgaz en su aguda crítica a la solución del art. 74 y propone, para tornar más patente la contradicción que denuncia, una particular paráfrasis de la norma: "eres persona porque tienes vida y por ello te doy derechos; los ejerces por representación y te protejo a ti y a tus derechos, física y jurídicamente... Pero, si naces sin vida es como si nunca lo hubieras sido. Eres pero puede que no hayas sido"²⁹.

Ahora bien: este último autor alude a un "trípode" de disposiciones que dan cuerpo a una parcial inconsistencia en el sistema del Código Civil. Así, al art. 74 se suman el art. 64 y la nota al art. 3290. De acuerdo con el primero de los preceptos citados, "tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia".

Siendo el nasciturus, por su condición física, un incapaz de hecho absoluto, equiparado tanto por Freitas como por Vélez al menor impúber, al demente, al sordomudo que no puede darse a entender por escrito y al ausente declarado tal en juicio, correspondía establecer que quien hubiese de representarlo, pudiese realizar en su nombre y por su cuenta, los actos jurídicos convenientes al cuidado de su persona así como de los bienes que hubiese adquirido. Sin embargo, uno y otro, una vez afirmada con énfasis la personalidad del concebido, procedieron a estrecharla de modo ostensible por vía de la limitación en cuanto al reconocimiento de los derechos que le son asequibles. En consecuencia, afirmada la personalidad, se retacea, sin embargo, la normal aplicación del principio de la representación necesaria a todo incapaz de hecho.

²⁸ Citado por Cifuentes, Santos, El "nasciturus", ED, 18-960.

²⁹ Cifuentes, op. cit., p. 941.

Por fin, refiriéndose a la capacidad del concebido para suceder por título universal, manifestó Vélez Sarsfield en la nota al art. 3290 que "el hijo en el seno de la madre, tiene sólo una vida común con ella; el nacimiento puede únicamente darle una vida individual". Es que, entonces, y como era criterio en el derecho romano, al concebido sólo se lo tiene por nacido cuando de su beneficio se trata. ¿Cómo conciliar los tres enunciados del codificador con la categórica afirmación de personalidad del art. 70?

Transcribimos en este punto a Cifuentes: "Luego de un análisis meditado de las disposiciones que me preocupan, he llegado a la conclusión de que, tanto Freitas como Vélez consagraron su criterio pero sin absoluta convicción, y no lo aplicaron ampliamente, en profundidad, abarcando de lleno y en especie todas las consecuencias jurídicas posibles... se ha retaceado el principio, digno de mayor suerte y extensión. Paradójicamente, después de afirmarse con énfasis la personalidad, caso único en la proyección de las personas de existencia visible, se la puso en tela de juicio al asentarla sobre la inestable base de una condicio iuris resolutoria".

Y, por fin: "¿Faltó valentía para decirlo todo?"²¹.

b) La solución del tema en el ordenamiento argentino como plero normativo integral

De lo expuesto hasta aquí puede extrapolarse como principio uniformemente admitido, el que propende a la protección de la vida humana desde la concepción (conf. criterio de las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, agosto de 1989, párr. 4.1: "El embrión debe ser protegido desde la concepción *in vivo* o *in vitro*". Pero todavía tropezamos con las dificultades que el sistema del Código Civil comporta.

Sin embargo, a poco que advirtamos la necesidad de buscar soluciones en el ámbito integrador del ordenamiento jurídico como conjunto normativo armónico, concluiremos que la solución viene explícitamente dada por otro dispositivo legal más preciso y contundente que el del Código Civil, y que forma parte de nuestro derecho positivo: la Convención celebrada en San José de Costa Rica en 1989, en cuyo Preambulo los Estados americanos signatarios afirmaron su compromiso en el sentido de consolidar en el continente sistemas democráticos, y un régimen de libertad personal y

²¹ Cifuentes, *op. cit.*, p. 938, 939 y 944.

de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, los que "no nacen del hecho de ser miembros de determinado Estado Nacional, sino que tienen como fundamento los atributos de la personalidad humana".

Como proyección de tal principio, el art. 4º, inc. 1º, establece que: "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción". Se sostiene que, de este modo, encuentra solución el inconveniente presentado por aquellas codificaciones —como la argentina— sancionadas con carácter previo al desarrollo de la técnica de fertilización *in vitro*, y en un tiempo en que resultaba suficiente brindar protección a la persona por nacer "desde la concepción en el seno materno". El Pacto de San José de Costa Rica, en cambio, consagra la protección del derecho a la vida, sin aludir al "status legal" del nasciturus, simplemente a partir de la concepción.

Siguiendo este razonamiento, concluimos que puede afirmarse ya sin vacilaciones que el derecho positivo argentino protege la vida generada a partir de la fusión de las células germinales, tratándose, incluso, de una fecundación extracorporal. Por lo que se enfatiza —en concordancia con uno de los criterios básicos de nuestro trabajo— la necesidad de dar cumplimiento a la pertinente adecuación legislativa por los Estados parte, como la Argentina, que aprobó la Convención por ley 23.054 (B.O., 27 de marzo de 1985). En palabras de Pedro Hooft: "Implica un deber inexcusable de los Estados americanos... so pena de quedar marginados —desde una perspectiva ética— de la comunidad continental"²².

La solución, sin embargo, dista en grado considerable de revestir la sencillez pretendida por una postura como la reseñada, como observa agudamente Bossert²³. Este autor opone una doble objeción a la admisión incondicionada de que la Convención protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción. En primer lugar, dicho instrumento internacional, bien que temporalmente mucho más próximo al desarrollo de las técnicas —y particularmente a la fertilización *in vitro*— que las codificaciones civiles, no llega a prever las más trascendentes hipótesis que presupone actualmente la manipulación embrionaria (como la criocón-

²² Hooft, Pedro, *Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica*. La protección de la vida humana naciente, ED, 134-687 y 688.

²³ Bossert, Gustavo A., *Fecundación asistida*, JA, 1988-IV-881 y 882.

servación de embriones, a la que específicamente refiere su reflexión Bossert), con lo que no llega a erigirse en un posteriús respecto de aquellos supuestos, científicamente desarrollados en años siguientes a su cristalización como cuerpo normativo internacional.

En segundo término, la Convención incorpora una fórmula de clara elasticidad —“y en general, a partir del momento de la concepción”— que responde al propósito de evitar la posible incompatibilidad o incongruencia respecto de soluciones plasmadas por los respectivos derechos internos de los países signatarios en torno, por ejemplo, a la eventual admisión del aborto por razones terapéuticas, económicas o de otra índole y, precisamente, a la posibilidad de manipulación y aun descarte embrionario.

Con lo que, a nuestro juicio y por conducto del razonamiento precedente, que consideramos incontestable, tenemos por subsistente el vacío normativo en punto al momento desde el que se tutela el derecho a la vida en nuestro ordenamiento positivo, no obstante la palmaria colisión de este vacío o laguna con el criterio mayoritariamente sostenido de *lege ferenda*.

C) FERTILIZACIÓN “IN VITRO”: EL JUICIO ÉTICO

“No es la ciencia la que va a determinar el uso de la ciencia. La ciencia en sí no puede infundirnos una ética. Nos puede mostrar el modo de lograr un fin dado, y nos puede demostrar que hay fines que no pueden lograrse. Pero entre los fines que pueden lograrse, nuestra elección tiene que estar dictada por algo más que consideraciones puramente científicas” (Bertrand Russell, *Diccionario del hombre contemporáneo*).

6. CONSIDERACIONES GENERALES

“Los criterios de discernimiento han de ser señalados en relación con cada práctica biomédica concreta”. La frase de Javier Gago resume con exactitud el principio que consideramos de primer orden para el abordaje del juicio ético aplicado a la fertilización *in vitro*: subrayar la necesidad de evitar un rechazo apriorístico y global de la técnica, así como denunciar el carácter falaz de las argumentaciones que, partiendo de juicios éticos conteniendo un disfavor

respecto de algunos de los aspectos de aquélla, encubren la cierta intencionalidad de descalificarla en su conjunto. Animados por esa meta, comenzaremos por discriminar aquellos juicios éticos que son —explícita o implícitamente— contrarios a la fertilización *in vitro* y, aun, a la fecundación asistida como tal, para detenernos luego en cada una de las objeciones que, en particular, se efectúan a la técnica en estudio en sus diversas variantes (la fertilización *in vitro* dentro del matrimonio estéril, la fertilización *in vitro* con donación de gametos, la fertilización *in vitro* fuera del matrimonio).

7. LA OBJECCIÓN GENÉRICA A LA FERTILIZACIÓN "EN VITRO"

El presente apartado podría en rigor llamarse "la objeción genérica a la fecundación asistida", bien que, dado el acotamiento temático que nos impusimos, preferimos presentarlo del modo indicado.

No obstante, quede claro que la objeción es, pues, mucho más profunda: no parte de una valoración ética desfavorable respecto de lo que la técnica es, del uso que de ella se hace, de los fines a los cuales se la aplica, ni siquiera de las consecuencias que su utilización comporta. La objeción, en cambio, lanza su ataque contra lo que la técnica significa.

Así, la "filosofía subyacente" a la fertilización *in vitro* es, en sí misma, fustigada desde dos diversos órdenes de argumentación, bien que conectados entre sí.

El primer orden de objeciones es de carácter religioso, y resulta un natural corolario de la concepción teológica de la procreación como cooperación con la obra de Dios: la transmisión de la vida humana, en definitiva, queda en manos de los hombres para un ejercicio que se espera libre y responsable, pero, señalan, en el sustrato más profundo de su realidad, no es sino una participación en el don de la procreación. Siguiendo esta orientación se ubica el actual magisterio eclesialístico, y se lee así, en el Concilio Vaticano II, que "los hijos son el don más excelente del matrimonio", siendo que los esposos en la transmisión de esa vida humana tienen "una participación especial en la propia obra creadora de Dios" como "cooperadores del amor de Dios Creador y como sus intérpretes" (Constitución *Gaudium et Spes*, n° 50). Concordantemente, según Juan Pablo II, "no se agota (el amor conyugal) dentro de la pareja, ya que los hace capaces

de la máxima donación posible, por la cual se convierten en cooperadores de Dios en el don de la vida a una nueva persona humana" (*Familiaris Consortio*, n° 14).

Para esta gratuita entrega, Dios llama a los cónyuges "a una especial participación en su amor y al mismo tiempo en su poder de Creador y de Padre, mediante su cooperación libre y responsable en la transmisión del don de la vida humana" (*Familiaris Consortio*, n° 28).

El segundo orden de argumentaciones contrarias viene dado por la apelación al orden natural, bien que con grados diversos de profundidad y aun de sinceridad en el acercamiento al tema.

Entre nuestros doctrinarios, Mazzinghi es uno de los que apela prácticamente con exclusividad al juicio sobre el orden natural para fundar su incondicional repudio a la técnica estudiada. Así, leemos: "Como tantos otros casos, la satisfacción de una aspiración individual, aunque sea legítima, no justifica que el orden natural sea violado"²⁴. En este punto, no podemos dejar de señalar que el argumento en estudio no se agota en el rechazo de la fecundación asistida, sino que, del modo más falaz, es utilizado en ocasiones para derivar, de esa supuesta vulneración a la secuencia de hechos naturales, una crítica absolutamente indiscriminada en donde hipótesis de la más diversa naturaleza son deliberadamente confundidas para su idéntico repudio por vía de una objeción común. Leamos nuevamente a Mazzinghi: "Analizaremos algunas de las interrupciones posibles:

a) La primera es la anticoncepción. La ciencia aparece a menudo como servidora sumisa de los caprichos humanos más egoístas. En el caso que nos ocupa se muestra como agente eficaz de la fecundidad, pero paralelamente ofrece medios sencillos y al alcance de cualquiera para evitar que del acto sexual resulte la concepción del nuevo ser.

b) La segunda posibilidad consiste en la interrupción de la gestación y se llama aborto, crimen felizmente individualizado como tal por la ley argentina, aunque presentado como una conquista de la libertad femenina por leyes francesas e italianas de reciente sanción.

* Las bastardillas, correspondientes a expresiones del doctor Mazzinghi, son nuestras.

²⁴ Mazzinghi, Jorge, Breve reflexión sobre la fecundación "in vitro", L.L., 1978-C-934.

c) Una vez nacido el niño, el proceso se interrumpe cuando a raíz del divorcio vincular el hijo queda imposibilitado de recibir el aporte formativo de uno de sus padres... La inseminación artificial, y especialmente la FIV, constituyen otros modos de fracturar el proceso que sumariamente hemos descrito²⁵. Y una advertencia: "la violación del orden natural raramente es gratuita: suele traducirse en efectos que parecen una revancha de la naturaleza ofendida"²⁶.

Creemos que una tal línea discursiva habla por sí sola y revela palmariamente las gigantescas resistencias que deben afrontar quienes consagran sus esfuerzos y su fe al progreso de una naturaleza perfectible. Por nuestra parte, no podemos sino confesar una absoluta disconformidad con los argumentos invocados para el rechazo sin reservas de la fertilización *in vitro*. Argumentos que en su dimensión y significación religiosa respetamos, pero que hipertrofiados en su dogmatismo consideramos ciertamente grotescos. Como señala Zannoni, la llana sumisión del hombre a la naturaleza sin el coraje de asumirla, facilitarla y perfeccionarla en sus diversos procesos, tornaría impensable toda actividad quirúrgica, cualquier ingestión de fármacos sintéticos o antibióticos, y con mayor énfasis los trasplantes de órganos y materiales anatómicos o la extirpación de tumores²⁷.

Consideramos, en fin, que el desarrollo integral del hombre fue y es posible porque hubo quienes se atrevieron y aún se atreven a decir "no" al orden de la naturaleza en nombre de su fe en la evolución y el progreso, lo cual dependió —y como podemos apreciar, todavía depende— de su capacidad de resistir y oponerse a los perimidos argumentos de aquellos otros empeñados en silenciar los pensamientos nuevos por su firme creencia en la insensatez de cualquier cambio.

3. OBJECIONES ESPECÍFICAS A LA FERTILIZACIÓN "IN VITRO"

a) El "caso simple"

1) Superación de dos objeciones iniciales. Teniendo en cuenta nuestro objetivo de evitar a todo trance cualquier

²⁵ Mazzinghi, *ibidem*.

²⁶ Mazzinghi, *op. cit.*, p. 224-225.

²⁷ Zannoni, *op. cit.*, p. 71, nota 35.

orden de generalización ("los criterios de discernimiento han de ser señalados en relación con cada práctica biomédica concreta") proponemos, desde el presupuesto de aceptar la legitimidad de la técnica en sí, la consideración particularizada de las diferentes aristas conflictivas que presentan sus diversas variantes, comenzando por el estudio de la fertilización "in vitro" dentro del matrimonio estéril (lo que ha dado en llamarse "caso simple"). Siguiendo a Gafo³⁵, establecemos en primer término que el ámbito del "caso simple" queda circunscripto por los parámetros que siguen: a) recurso a la técnica como solución terapéutica; b) por parte de una pareja casada infértil; c) utilizando gametos de los propios esposos; d) implantando todos los embriones en el útero de la esposa.

Este acotamiento del "caso" comporta la implícita superación de dos objeciones por considerarlas desprovistas de toda entidad. La primera de ellas parte de una actitud de eterna acechanza de quienes intuyen, tras el "telón" de la fertilización in vitro, invariables y espeluznantes prácticas: "que la FIVET sea sólo un telón que se utilice para realizar con mediana legitimación otro tipo de técnicas"³⁶. Y aun, "al examinar la bibliografía sobre el tema, se tiene la impresión de que el verdadero objetivo internacional es precisamente éste: la experimentación; la curación de la infertilidad es quizás un pretexto o un momento de la voluntad de experimentar con el embrión humano sin remordimientos jurídicos"³⁷.

La segunda de dichas objeciones va referida a uno de los presupuestos procedimentales de la técnica: el método para la obtención del esperma, esto es, la masturbación. Así, leemos en Mazzinghi: "Nuestros reparos comienzan porque, como se ha dicho a propósito del tema, la obtención del esperma supone la masturbación del hombre abocado a proveerlo, o sea que el medio utilizado en su procura es antinatural e inmoral"³⁸.

El argumento es calificado como "sorprendente" por Zannoni, para quien (además de que el método no es de rigor, pues el esperma puede obtenerse por masajes y medios

³⁵ Gafo, op. cit., p. 71.

³⁶ Andruet, op. cit., p. 817.

³⁷ Sagnepcia, E., *Piccolo, infinitesimo*, como, citado por Andruet, ibídem.

³⁸ Mazzinghi, op. cit., p. 993. Cita como apoyo de su objeción a Pio XII en el "Discurso al II Congreso Mundial de la Fertilidad y la Estilidad".

eléctricos, como la electroeyaculación —aunque existirían indicios acerca del menor poder fecundante del material genético así obtenido— resulta francamente absurdo predicar la supuesta inmoralidad de un acto terapéutico necesario cuya finalidad no es, como afirma Di Ció, "procurar solitariamente goce sensual". "Del mismo modo —señala Zannoni— debería predicarse la inmoralidad de los espermogramas"⁴¹.

2) El respeto a la calidad humana del embrión. Este punto, el más fundamental quizá por su significado en el conjunto de nuestro trabajo, retoma el ya estudiado tema del "comienzo de la vida humana" desde sus diversas vertientes. E importa un insoslayable objeto de análisis en todo estudio serio y meditado de la técnica.

Si bien las consideraciones a efectuar son de índole diversa, subyace en ellas un principio común: el respeto del derecho a la vida, conclusión del capítulo sobre el inicio de la existencia humana.

Este principio constituye un *prius* invariable para prácticamente todos los autores, un punto de partida en el que se unifican sus criterios cualesquiera sean sus posteriores diferencias en cuanto a las objeciones en particular. Pero, contestes en este principio, las opiniones difieren cuando de objeciones procedimentales a la fertilización *in vitro* se trata.

Sostiene Armando Andruet que al menos tres momentos sucesivos importan comprometer o exponer con intensidad mayor o menor la vida humana⁴². A su juicio, son ellos:

a) La fase de experimentación con anterioridad al éxito del procedimiento de fertilización *in vitro*. Concordantemente, sostiene Roberto Andorno que la puesta a punto de la técnica ha requerido experimentos —cultivo de embriones, etc.— que implican la manipulación y pérdida intencional de embriones humanos⁴³.

b) El descarte embrionario, en casos de fertilizaciones múltiples, con anterioridad al transfer propiamente dicho; o la alternativa señalada por Andorno, relativa al eventual

⁴¹ Zannoni, *ibidem*.

⁴² Andruet, *op. cit.*, p. 609.

⁴³ Andorno, Roberto, *Fecundación humana "in vitro" y el valor de la vida humana*, ED, 120-84.

congelamiento para su posterior utilización luego de lo que considera un seguro estado de experimentación.

c) La cierta posibilidad de abortos una vez efectuada la transferencia. "La técnica del transfer múltiple aumenta las posibilidades de éxito (implantación de un embrión) pero también implica, intencional y realmente, la pérdida de un mayor número de embriones. El solo hecho de que se implanten varios embriones está mostrando un porcentaje previsto de abortos"⁴⁹.

Andorno agrega un cuarto "momento de riesgo".

d) El supuesto "control de calidad de la producción", que lleva a provocar intencionalmente el aborto en caso de advertirse malformaciones en el desarrollo embrionario.

Se advierte la diversidad de naturaleza de cada uno de los mencionados supuestos, en razón de lo cual constituirán el objeto de reflexiones particularizadas.

Comenzaremos por señalar que tanto el primero como el último de los referidos momentos no revisten importancia calificante para la configuración de la técnica en estudio: El iter constitutivo de la fertilización *in vitro*, tal como se desprende de los pasos descriptos en el primer apartado de este trabajo, no incluye con carácter necesario ni la fase experimental ni el descarte de embriones malformados. Bastará, pues, el ya afirmado límite del respeto a la vida humana como oposición a la eventualidad de esa práctica⁵⁰.

Efectuadas las precedentes aclaraciones, nuestro tema queda pues re-limitado, nuevamente acotado a tan sólo dos órdenes de objeciones. En primer lugar, la referida al elevado porcentaje de abortos luego del transfer. Sabemos que, normalmente, la técnica impone, previa superovulación provocada en la mujer asistida, la extracción de varios óvulos para su posterior fertilización. El paso siguiente es la transferencia no sólo de un embrión, sino de dos, tres y

⁴⁹ Andorno, op. cit., p. 949.

⁵⁰ Con relación al segundo de los mencionados supuestos, sin embargo, resulta de insoslayable referencia la posición de algunos autores que sostienen con similar argumentación la solución precisamente contraria, en la inteligencia de que lo inmoral es la implantación misma de embriones en tales condiciones deficitarias. En esta línea, y sorprendentemente desde su óptica religiosa, sostiene Gafo: "No a la implantación de los embriones anómalo. No parece éticamente admisible implantar aquellos embriones cuyos defectos morfológicos aparentes hacen prever un anormal desarrollo intrauterino". Gafo, op. cit., p. 75.

hasta cuatro (más de ese número amplía el riesgo de embarazos múltiples y menos de tres disminuye las posibilidades de embarazo). Y en cuanto a este aspecto, la ciencia trabaja sobre la estadística de abortos espontáneos que siguen al múltiple transfer. En este punto observa Andruet que, transfiriéndose tres o cuatro embriones, el porcentual óptimo será igual a un 40 % de posibilidades de lograr un nacimiento, y un 1 % de obtener con una cuádruple transferencia embrionaria, un triple nacimiento. Dato por el cual concluye del modo siguiente: "la constatación numérica permite determinar la cantidad de homicidios que se realizan por transferencia, pues hay que recordar que si la cuestión hubiese sido naturalmente... habría sólo un embrión con posibilidades de sufrir un aborto por razones propiamente imputables al mismo genotipo"⁴⁷. Por nuestra parte, aun cuando no desestimamos el carácter eminentemente voluntario de ésta y las otras técnicas (pues, como advierte Zannoni, no cabe perder de vista que la fertilización ha tenido lugar intencionalmente, interviniendo la voluntad humana en miras a un resultado)⁴⁸ concluimos, luego de estudiar los argumentos de uno y otro lado, que los abortos producidos con posterioridad al transfer no son provocados. Lo intencional es el recurso a la técnica en sí, en tanto aquéllos son resultado de una selección natural⁴⁹.

3) *El descarte de embriones: planteo y solución jurídica.* Dejamos para el final, y en un apartado específico, la controversia sobre esta etapa de la fertilización in vitro, cuyo carácter no necesario afirmamos como apertura del análisis y al que dedicamos esta consideración particular por reputarla la más conflictiva del procedimiento. Los detractores de la técnica a los que hasta aquí venimos haciendo referencia, como Andruet, estiman que esta fase obedece a lo que llaman la "dialéctica matemática" (nata en la fertilización in vitro, y que el referido autor explicita así: "por una parte se anima extrínsecamente a la naturaleza para que produzca una proporción mayor de lo que naturalmente produce,

⁴⁷ Andruet, *op. cit.*, p. 829.

⁴⁸ Zannoni, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁹ Conf. Zannoni, *op. cit.*, p. 82: "En la actualidad se calcula una pérdida del 30% al 50% de embriones implantados por abortos espontáneos. Esto, dicho sea de paso, no basta para invalidar la técnica, porque obviamente tales abortos no son intencionales ni provocados".

como son los óvulos, para luego proceder a su desecho, ...lo cual compromete seriamente la deontología médica".²⁰

En este punto, haremos dos reflexiones. La primera de ellas se refiere a nuestra postura decididamente contraria al "descarte de embriones", fase —como señaláramos— no necesaria ni inherente a la técnica, por compartir la opinión que califica como arbitraria, a más de anticientífica, cualquier "tortificación" del derecho a la vida de acuerdo con la edad del ser que se protege.²¹

La segunda abre el debate sobre un aspecto complejísimo de la cuestión: afirmado el rechazo a la prescindencia de embriones, ¿cómo se organiza jurídicamente su adecuada protección? Y, más específicamente, ¿tal protección ya debe reputarse dada por vía de la incriminación del delito de aborto?

Para dar respuesta a este interrogante, Belluscio propone el examen del concepto de aborto (conducta tipificada como delito mas no definida en el art. 85, Cód. Penal) desde la doble óptica de lo gramatical y lo jurídico a los efectos de determinar si la destrucción o descarte embrionario debe estimarse comprendida en el reproche de la citada disposición legal.

Desde lo gramatical, ámbito eminentemente convencional que revela sin embargo concordancia en el sentido de definir al aborto como la acción de "parir antes del tiempo en que el feto puede vivir", concluye que la conducta de destrucción de embriones aún no implantados en el claustro materno no se corresponde con la acción aludida.

A idéntica conclusión arriba desde la óptica de lo jurídico, donde doctrina y jurisprudencia coinciden en la conceptualización del aborto como el acto que determina la interrupción del embarazo con muerte del feto, o la brusca expulsión del feto, o el quebrantamiento del proceso fisiológico de la preñez. A estar a estos conceptos, el delito de aborto exigiría la preexistencia de embarazo y consecuente frustración de una vida latente en el claustro materno, razón por la cual, desde esta perspectiva, es evidente que la fertili-

²⁰ Andruet, op. cit., p. 828-830.

²¹ En este sentido Andruet, quien señala el carácter continuativo y permanente del proceso de ontogénesis y descalifica la actitud que deriva en la arbitraria fijación de "puntos" en la línea del desarrollo subjetivo indicativos de grados diversos de humanidad. *Ibidem*.

zación *in vitro* no resultaría subsumible en la tipificación de la figura delictiva que nos ocupa²¹.

Pese a la existencia de opiniones contrarias (Andorno, Cocco), destacamos la coincidencia de Bueres con el criterio establecido por Belluscio²² y la inesperada concordancia de Mazzinghi, como hemos visto, férreo detractor de la técnica. Así, leemos en este último que: "Coincidimos con Belluscio en que esto no es aborto, porque para serlo debería consistir en la interrupción del embarazo, y no hay embarazo cuando el embrión no está alojado en el claustro materno"²³.

¿Cuál será la protección deparada al embrión, pues, si consentimos que, desde la puridad de lo técnico-jurídico, no puede reputarse aborto —tal como hasta hoy esta figura se entiende— la conducta de destrucción o descarte embrionario? Nuestra respuesta, una vez más, recogerá un firme postulado de nuestro trabajo: la necesaria, insoslayable necesidad de la adecuación legislativa, tuitiva de los principios y derechos subjetivos que en doctrina se reconocen. Así, y coincidiendo por segunda vez con Mazzinghi: "Parece indispensable que el derecho positivo recoja la norma de moral social conforme a la cual es un delito contra la vida humana destruir los embriones vivos, que se desechan en el trabajo de laboratorio"²⁴.

En igual sentido, Bueres señala que motivos de certeza y seguridad jurídica exigirían un pronunciamiento positivo del legislador sobre el punto, e igualmente Zannoni, de *lege ferendo*, estima que debería tipificarse como delito —que lleve consigo la inhabilitación para el médico, biólogo o profesional afín— la experimentación con embriones humanos que, respondiendo a fines eugenésicos o de otra índole, alteren o modifiquen los componentes genéticos originales que los formaron o impliquen una selección de caracteres genéticos²⁵.

²¹ Belluscio, Augusto C., *Aspectos jurídicos de la fecundación extracorpórea*, LL, 1978-C-82 y siguientes.

²² Bueres, op. cit., p. 114. No obstante, este autor señala que, en atención a razones de certeza y seguridad jurídica, sería conveniente un pronunciamiento expreso del legislador sobre tan fundamental cuestión, debido a las diversas interpretaciones y consecuente controversia que ella puede suscitar.

²³ Mazzinghi, op. cit., p. 886.

²⁴ Mazzinghi, *ibidem*.

²⁵ Zannoni, Eduardo A., *Inseminación artificial y fecundación extracorpórea*, Bz. As., Atrvea, 1978, p. 123.

4) *Reflexión final.* Para concluir el análisis de los aspectos éticos en la variante del "caso simple" en la fertilización *in vitro*, tal como quedara encuadrada, coincidimos con la valoración de Gafó en cuanto a que él ofrece las condiciones apropiadas para mantener en el terreno de lo éticamente aceptable la teleología de la técnica, siempre que se asegure la eliminación o neutralización de riesgos para el por nacer, la razonable proporción entre éxitos y fracasos así como el esperable equilibrio entre el llamado "derecho al hijo" y otros bienes individuales, familiares y sociales.

b) Otras variantes de la fertilización "in vitro"

Más allá del "caso simple" sobre cuyos puntos conflictivos hemos intentado arrojar luz, encontramos al menos dos casos en los que nos detendremos brevemente.

El primero de ellos es la fertilización "in vitro" con donación de gametos. En el juicio ético de este supuesto, coincidimos con quienes, en oposición a la postura que reivindica para sí una suerte de "perfeccionismo ético", sostienen que la personal decisión de la pareja infecundada orienta al recurso a esta variante para el logro de la concepción comporta una opción libre que, siendo responsablemente asumida por ambos miembros de la pareja, pertenece al ámbito de sus "acciones privadas" (art. 19, Const. Nacional).

En tal sentido, razona lúcidamente Gafó: "El juicio que demos sobre esto depende de la importancia que atribuyamos a cada elemento de la paternidad y maternidad humanas. ¿Es la paternidad genética un elemento tan central y constitutivo que, de no poder darse, no debe ser suplido con la donación de otro?... Ser padre es dar la vida, y la vida se da en un sentido más amplio que el de la mera aportación genética"⁴⁷.

El segundo supuesto que consideraremos es el de la fertilización "in vitro" fuera del matrimonio, comprensiva a su vez de tres casos diversos: 1) el caso de mujeres solas (solteras, separadas, divorciadas o viudas); 2) el de parejas homosexuales, y 3) el de parejas heterosexuales no casadas.

Luego de un "análisis comparado" de opiniones doctrinarias vertidas en torno a este tema, debemos señalar como clara orientación mayoritaria la postura ética contraria a tales variantes de la fertilización *in vitro*. El argumento de-

⁴⁷ Gafó, *op. cit.*, p. 66.

cisivo es siempre el mismo: la protección de la filiación, fruto a su vez de la consideración del hijo como un valor en sí y no como un bien útil. Expondremos dos de las opiniones que más autorizadas juzgamos en este campo: Gafó, para quien postular como exigencia el ámbito matrimonial resulta un verdadero imperativo ético, y ello porque "aunque el matrimonio no garantiza totalmente la calidad del ambiente al que el hijo tiene derecho, no existe otro tipo de relación que se pueda reconocer como capaz de reemplazar convenientemente el ambiente que un buen matrimonio proporciona seguramente al niño"¹⁸.

Por su parte, Zannoni, para quien "la procreación no es una pura función biológica que pueda ser objeto de consideración independientemente de la función institucional que ella cumple socialmente", juicio que lo lleva a rechazar sin reservas la técnica tanto en mujeres solteras como en viudas que conservan su estado de viudez. Aun confesándose dubitativo en torno al caso de la pareja no matrimonial, se inclina al fin por un criterio restrictivo, en la inteligencia de que no debe privarse al hijo, siendo tal cosa posible, "de los beneficios de una familia completa"¹⁹.

Sin embargo, creemos que la discusión que rodea a este último supuesto no puede desatender la trascendente solución de la ley 23.264 que, acelerando la evolución del derecho de familia y adecuándolo a un tiempo que ciertamente presenció la socialización de las relaciones jurídicas²⁰ culminó el proceso tendiente a lograr la igualdad absoluta de filiaciones. Así, el art. 240 del Cód. Civil establece en su párr. 2º: "La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código". Consideramos que, frente a un tan contundente principio, no es posible mantener aquel trípode de casos (mujeres solas, parejas homosexuales y parejas no matrimoniales) para derivar de él una

¹⁸ Gafó, op. cit., p. 74.

¹⁹ Zannoni, Comunicación, en "Lecciones y Ensayos", n° 46, p. 74-75.

²⁰ Bossert y Zannoni vinculan la referida socialización con la reacción y el repudio que generara el voluntarismo racionalista del individualismo liberal. En el estadio actual de una evolución ciertamente recogida por la ley 23.264, "los hijos no son formados ni educados para preservar una estructura autoritaria, sino para incorporarse armoniosamente a la sociedad y asumir con responsabilidad su actividad laboral y productiva futuras" (Zannoni, Eduardo A. - Bossert, Gustavo A., Régimen legal de la filiación y patria potestad, Bs. As., Astrea, 1997, p. 6-8).

genérica descalificación con referencia al fenómeno de procreación asistida, desde que en la última hipótesis el derecho a la filiación del nuevo ser se encuentra expresamente resguardado. Ello, sea que el compañero de la mujer que convive maritalmente de hecho reconozca o no al hijo, antes o después de practicada la técnica, puesto que, por la prescripción del art. 257 del Cód. Civil, "el concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario". Señalamos, por fin, que éste es el criterio por el que claramente se inclinan tanto las recomendaciones de la Comisión Warnock como el Proyecto preliminar del Consejo de Europa, desde que ambos aluden al matrimonio o "pareja".

D) FERTILIZACIÓN "IN VITRO" Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

9. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

El art. 242 del Cód. Civil en su redacción actual, consagra —en norma común a la maternidad matrimonial y extra-matrimonial— que: "La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado de médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido".

En nuestro estudio relativo a la fertilización *in vitro*, ninguna duda cabrá en cuanto a la aplicación lisa y llana de tal precepto (art. 242) cuando exista identidad entre la mujer cuyo óvulo es fecundado y aquella que lleva adelante el embarazo y el parto. Sin embargo, ¿cuál será la solución tratándose de una fecundación extracorporal en que la mujer que aporta la célula germinal no es la misma a la que luego se implanta el embrión? A título de ejemplo, cuando la esposa es estéril por carencia de ovulación, lesiones ováricas, etc., aunque no medie impedimento para la recepción en su útero de un embrión producto de la fecundación del óvulo de una donante o dadora y el subsiguiente desarrollo

del embarazo⁶¹. Ante todo, corresponde señalar que, no obstante los potenciales conflictos que en punto a la determinación de la filiación —materna y paterna— se intuyen a poco de aproximarse tan sólo al supuesto, operará la tradicional máxima según la cual *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre) y en razón de ello, como solución apriorística, deberá reputarse determinada la maternidad por el parto de la mujer que dio a luz al niño (art. 242). Por otra parte, siendo la mujer casada, el nacimiento determina la operatividad de la presunción de paternidad del marido de aquélla (art. 243), por lo que, en principio, el nacido quedará emplazado como hijo matrimonial de ambos.

10. IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD

La impugnación de la maternidad es la acción que ataca el vínculo entre el hijo y la mujer que aparece como su madre, y está contemplada en el art. 261 del Cód. Civil (texto según ley 23.264) en los siguientes términos: "La maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo". Vigente el art. 261 anterior, la doctrina nacional interpretaba que resultaban comprendidos en la norma dos diferentes supuestos: suposición de parto y sustitución del verdadero hijo. Como señalan Zannoni y Bossert, la hipótesis de fertilización *in vitro* mediante óvulo de donante e implantación del embrión en el útero de la mujer integrante de la pareja asistida, dan actualidad —cuanto menos desde lo estrictamente biológico— a un supuesto ni siquiera sospechado por nuestro codificador ni por la doctrina, hasta un tiempo relativamente reciente.

Así expuesto el tema, se advierte, por parte de la doctrina, la ubicación en una de las siguientes posturas:

a) Considerar que, dado el texto expreso del art. 242, no cabe discusión alguna en torno a la determinación de la maternidad, aun cuando la fertilización *in vitro* se verifique con óvulo de dadora. En esta línea se ubican Belluscio y Vidal Martínez. Conforme al primero (analizando la acción de impugnación de la maternidad del art. 261), además de las hipótesis de suposición de parto y sustitución de hijo, "pudo concebirse también que se desconociese la materni-

⁶¹ Bossert - Zannoni, *op. cit.*, p. 230.

dad en los casos de fecundación extracorporal de óvulo de otra mujer o de trasplante de embrión; esa posibilidad habría desaparecido si se admite que actualmente la maternidad está determinada por el parto y no por la ovulación"⁸¹.

b) La segunda postura es compartida por quienes, ante la elocuencia del texto del art. 261 y la legitimación activa a que autoriza el art. 262 ("La maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo"), no se contentan con la invocación del art. 242, ante la evidencia de aquellas otras dos normas cuya claridad no pueden soslayar.

En esta línea se ubican, entre otros, Zannoni y Bessert. Dichos autores, cuya propuesta de bifurcación de la hipótesis inicial aceptaremos, plantean una doble posibilidad:

1) Fertilización *in vitro* con óvulo ajeno, mediando consentimiento del marido de la mujer que da a luz al nacido. Ante todo, corresponde señalar que en el proyecto de ley sobre cuya base la Comisión del Senado redactara el texto discutido y aprobado el 26 de septiembre de 1984, se contemplaba expresamente el supuesto en estudio. Era el propuesto art. 260, según el cual: "El marido no podrá ejercer la acción alegando que su esposa no es la madre por haber mediado fecundación extracorporal con un óvulo que no es el de ella si medió consentimiento de ambos cónyuges para su implantación luego de su fecundación".

Lamentablemente, tal precepto no fue incluido en el texto finalmente aprobado; el argumento esgrimido resultó ser que la aún escasa práctica de la fertilización *in vitro* en nuestro país "puede hacer que una reforma en este aspecto precipite consecuencias no queridas que desvirtúen el fin que se haya tenido para implantarlas"⁸². Sin embargo, pese a lo que juzgamos una censurable actitud legislativa, la solución correspondiente a esta hipótesis debería elaborarse por vía interpretativa de principios generales del derecho.

Por tanto, en el caso estudiado y respecto del eventual ejercicio de la acción de impugnación de la maternidad por el marido, entendemos que correspondería hacer aplicación de la doctrina que impide "venire contra factum proprium"

⁸¹ Belluscio, Augusto C. *Manual de derecho de familia*, Bs. As., Depalma, 1987, t. II, p. 224.

⁸² Diario de sesiones del Senado de la Nación, 26/9/84, p. 2237.

pues si el marido, luego de consentir la implantación en el útero de su esposa de un óvulo fecundado no provisto por aquélla, planteara la impugnación de la maternidad, actuaría en forma inculcablemente desleal, en franca oposición a su conducta anterior. Con referencia a la señalada doctrina, sostiene Díez Picazo que el deber de obrar de buena fe impone la necesidad de un comportamiento coherente, de tal suerte que "cuando una persona dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella"²⁴. En la doctrina nacional, y acogiendo el principio que impide venir contra los propios actos, sostienen Biscaro y Ghigino que él reconoce su fundamento normativo en nuestro derecho en los arts. 16, 1071 y 1198 del Cód. Civil, y señalan como elementos estructurales para la procedencia de su invocación los siguientes: a) que una persona haya observado una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz como respuesta a una determinada situación jurídica; b) que con posterioridad dicha persona o sus sucesores pretendan ejercer jurídicamente un derecho subjetivo o una facultad jurídica incompatible o abiertamente contradictoria con el sentido que la buena fe le asigna a su accionar anterior.

Como puede apreciarse de la descripción sumaria de la doctrina, la justicia de su aplicación al caso estudiado es evidente: marido y mujer han decidido por voluntad conjunta y concordante el recurso a un componente genético ajeno a la pareja para suplir la imposibilidad de procrear en condiciones enteramente naturales. La confianza de la esposa resultaría evidentemente defraudada de admitirse la posterior pretensión contradictoria de su esposo, quien intenta una impugnación palmariamente desleal.

Por último, cabe subrayar que la solución que proponemos resultaría aplicable tanto en el supuesto de que la fertilización *in vitro* se hubiese concretado con espermia del marido o de donante (siempre, en este último caso, que haya mediado consentimiento de aquél también a este respecto).

²⁴ Díez Picazo y Ponce de León, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, citado por Biscaro, Beatriz - Ghigino, Silvia, *Desconocimiento e impugnación de la paternidad en los casos de inseminación artificial heteróloga*, LL, 1987-3-607.

Ahora bien: la salida hasta aquí descripta soluciona el problema de la eventual impugnación intentada por el marido, pero deja latente la cuestión cuando terceros legalmente legitimados para el ejercicio de la acción pretenden el desconocimiento (p.e.), otros hijos de la mujer interesados en la exclusión del pretendido hermano, otros parientes de la mujer o del marido, incluso, claro está, el propio hijo –art. 282–). Como señala en el punto Zannoni: “respecto de terceros, la conducta vinculante entre los cónyuges carece de oponibilidad”⁸².

Pues bien, aquí estimamos que hemos llegado a la situación en que ni norma expresa ni principio general alguno pueden erigirse en soluciones para el problema planteado, por lo que sólo nos resta invocar una vez más el imperativo social que exige al derecho de familia consagrar límites expresos al ejercicio de las acciones de estado impugnatorias de la filiación.

Coincidimos, además, con la propuesta de Zannoni, en cuanto a erigir como fundamento institucional de la filiación el consentimiento de ambos esposos. En la hipótesis ahora estudiada, el citado autor asimismo propone la organización legislativa de un mecanismo innovador, la adopción prenatal, que partiendo de aquel consentimiento-fundamento institucional, hiciera posible consolidar el emplazamiento del nacido como hijo matrimonial de marido y mujer cuando ha sido concebido mediante fertilización *in vitro* con óvulos donados.

“Este arbitrio –señala Zannoni– permitiría concordar con la determinación legal de la maternidad por el parto sin más prueba que la del consentimiento prestado para la fertilización *in vitro*”⁸³.

2) Fertilización *in vitro* con óvulo ajeno, sin el consentimiento del marido. Frente a una tal hipótesis, se advierte coincidencia doctrinaria en que, al menos en principio, podría el marido impugnar esa maternidad. Sin embargo,

⁸² Zannoni, *Inseminación artificial*, p. 109. El autor agrega: “dichos terceros, estarían siempre legitimados para promover el desconocimiento de la maternidad con sustento en el art. 281 del Cód. Civil, probando que el hijo fue dado a luz por la mujer mediante fecundación con un óvulo ajeno sin interesar si medió o no consentimiento del marido” (Comunicación, en “Lecciones y Ensayos”, n.º 49, p. 160, nota 98).

⁸³ Zannoni, Comunicación, en “Lecciones y Ensayos”, n.º 49, p. 101-102.

Zannoni y Bossert, bien que partiendo de la afirmación de esa regla, llegan a una conclusión diferente.

En primer término, cabría reconocer que la hipótesis ahora estudiada nos coloca ante una situación en que, si bien existe el elemento de un tercer sujeto representado por el óvulo ajeno, el aporte femenino a la fecundación comienza pero no se agota en aquél: el proceso prosigue en el seno materno y culmina con el nacimiento. Siguiendo este razonamiento, los citados autores estiman que no sería aventurado considerar que, en la elaboración jurídica de los próximos años, la doctrina llegue a concluir que, en atención a aquellos procesos que tienen lugar en el cuerpo de la esposa, el marido no podrá impugnar la paternidad del hijo gestado en el vientre de aquélla.

Por nuestra parte, consideramos que de *lege ferenda*, sería proponible la recepción legislativa de tal solución, lo cual significaría sustancialmente no reconocer legitimación al marido para impugnar la maternidad de su esposa, aunque eventualmente podría reputar injuriosa su conducta. Con respecto a la paternidad, se sigue el corolario de que sólo podría impugnarse en caso de no haber proporcionado su propio espermia, y que a contrario, el hijo le sería atribuido por la operatividad de los principios generales. De no aceptarse esta salida —controvertida, lo admitimos—, el marido y cualquier tercero con legítimo interés podrían impugnar la maternidad y el éxito de dicha acción dejaría al hijo sin filiación cierta de haberse fecundado el óvulo de donante con espermia asimismo ajeno.

Esta última sería la peor situación para el hijo, y es por ello que, en atención a su exclusivo interés, admitimos aquella otra salida.

Como reflexiona Zannoni, "resultará siempre preferible admitir esta suerte de adopción prenatal unilateral que salvaguarde para el hijo una maternidad cierta, aunque pueda caer la presunción de paternidad y reputarse hijo extramatrimonial de la mujer. Reconocemos que la situación imaginada es verdaderamente patológica, conducente en los hechos al desquicio del matrimonio mismo, pero... para el hijo será preferible a la de quedar en situación de hijo de padres desconocidos"⁴⁷.

⁴⁷ Zannoni, *op. cit.*, p. 103.

11. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

a) Principios generales

Conforme al art. 243 en su actual redacción: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario".

Ahora bien, el art. 258 contempla la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, cuyo ejercicio por el marido le permitirá desvirtuar, mediante prueba en contrario, la presunción *uris tantum* de paternidad de los hijos que da a luz la mujer casada en el referido plazo. Y ello "alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen" (art. 258, párr. 1º, parte 1ª).

Por lo demás, y de acuerdo con lo prescripto por la norma del art. 259, el hijo estará legitimado para impugnar en todo tiempo y, por su parte, los herederos del marido podrán deducir la acción si el deceso se produjo antes de transcurrir el plazo de caducidad que él establece.

Podremos preguntarnos entonces, por la procedencia de la acción de impugnación de la paternidad en los siguientes casos:

1) Fertilización *in vitro* con espermia del marido, invocando éste la imposibilidad de acceso o cohabitación en el periodo legal de la concepción.

2) Fertilización *in vitro* con espermia de donante, hipótesis que se bifurca para considerar el supuesto en que mediara consentimiento del marido y aquél en que no lo hubiera.

Consideramos las diversas situaciones particularmente.

b) Fertilización "in vitro" con espermia del marido, invocando éste la imposibilidad de cohabitación en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento

¿En qué circunstancias quedaría este caso configurado? La doctrina señala la posibilidad de remisión a distancia de

su propio espermia por parte del marido o la hipótesis de impotencia coarundi de carácter accidental y sobreviviente a la celebración de las nupcias, mas donde no existiera un problema de esterilidad. Allí, pues, podría el marido invocar y acreditar la imposibilidad de acceso por cualquiera de esas vías configurada en el período señalado y fundar en tal acreditación su planteo de desconocimiento riguroso de la paternidad.

La doctrina suele encarar el estudio del caso tratándose, específicamente, de la inseminación artificial con espermia de donante (IAD), pero, considerando la analogía de situaciones y para no cerrar nuestro tema marcando simplemente la ausencia de conclusión de doctrina en cuanto al punto, señalamos que la tendencia dominante es concluir que, ante el desconocimiento marital, la mujer podría oponer como verdadero hecho impeditivo de la impugnación la prueba de la fertilización "in vitro" con espermia de aquel. En tal sentido, acotan Bossert y Zannoni: "la prueba de tal inseminación (en nuestro caso, recuérdese, fertilización in vitro), siendo fehaciente, implicará afianzar, no por vía presuncional sino por prueba biológica, el hecho constitutivo de la procreación"²⁸.

c) Fertilización "in vitro" con espermia de donante

1) Con consentimiento del marido. Eventualmente el marido, luego de prestar su consentimiento a la fertilización con material genético masculino ajeno, podría pretender desconocer su paternidad. Limitándonos a los resultados de las pruebas biológicas, y privilegiando virtualmente el valor del aporte genético, sencillo resultaría admitir la procedencia de una tal impugnación: el hijo no es genéticamente del impugnante. En este sentido se manifiesta un sector de la doctrina comparada²⁹ y aun alguna decisión jurisprudencial aislada³⁰, basándose en la pretendida operatividad del prin-

²⁸ Bossert - Zannoni, *op. cit.*, p. 175, quienes asimismo vinculan una tal actitud del marido con el principio que veda venir contra los propios actos y desconocer el origen biológico que viene a fundar la filiación. De esta forma, concluyen: "Aun cuando hubiere mediado imposibilidad material de cohabitación en el período legal de la concepción, la prueba de tal inseminación, siendo fehaciente, implicará afianzar, no por vía presuncional sino por prueba biológica, el hecho constitutivo de la procreación".

²⁹ Barri y Cornacci, citados por Bossert - Zannoni, *op. cit.*, p. 177.

³⁰ "Un tribunal italiano considera viable la estudiada acción por atender primario y exclusivamente al "fundamento biológico" de la relación de

cipio de la indisponibilidad de los derechos de familia. Contrariamente otro sector, hoy mayoritario, entiende que el presupuesto del que debe partirse es que la fertilización *in vitro* (así como la inseminación artificial) con espermia de donante determina imperativamente la existencia de un sistema de filiación que, respecto del marido de la madre, no encuentra apoyatura exclusiva en el nexo biológico. "Es su voluntad de asumir el rol paterno, exteriorizada a través de su consentimiento para que la inseminación sea llevada a cabo, la que determina la paternidad"¹¹.

Estaríamos, pues, ante una hipótesis en que la voluntad procreacional existe con independencia del presupuesto de carácter biológico, del mismo modo como sucede cuando un hombre contrae matrimonio con una mujer embarazada por obra de otro, conociendo el estado de gravidez así como el hecho de no ser el padre genético.

Como lógico corolario, luego de haber decidido conjunta y concordantemente los cónyuges el recurso a una tal técnica —con lo que el fundamento puramente biológico de la filiación paterna fue descartado *ab initio*— no cabría reconocer al marido legitimación para entablar la acción de impugnación de la paternidad. Se estaría nuevamente, frente al caso, ante un supuesto claro de imposibilidad de venir contra los propios actos o, desde otra perspectiva¹², ante la prohibición de invocar la propia torpeza. En aquellos países que han hecho recepción legislativa expresa de la IAD con consentimiento del marido, ésta es la postura que predomina de *lege lata*¹³.

2) *Sin o contra el consentimiento del marido.* En el supuesto ahora analizado, a la ausencia de presupuesto biológico se suma la falta de voluntad procreacional: no existe

filiación, "que no puede ser desvinculada de una correspondiente relación biológica o de sangre": sentencia del 30/4/56, referida por Rivera Hernández, citado por Bossert - Zannoni, *ibidem*.

¹¹ Biscaro - Ghiglinò, *op. cit.*, p. 204. Las autoras transcriben el criterio de Díaz de Gujardo en este punto, para quien "cuando el semen es proporcionado por un extraño, el dador, también encontramos la voluntad procreacional, porque el marido que consente semejante procedimiento asume las consecuencias jurídicas del mismo, y por eso la calidad jurídica de padre".

¹² Belluocci, Augusto C., Acción de desconocimiento de la paternidad establecida por el propio hijo, L.A. 1979-B-436.

¹³ Para un análisis de antecedentes jurisprudenciales en torno al tema, ver Bossert - Zannoni, *op. cit.*, p. 171-178.

elemento genético ni volitivo. En atención a ello es que la doctrina, de manera prácticamente unánime, juzga que el nacido no puede reputarse legítimo ni legitimado, ya que la descendencia de una pareja matrimonial no puede ser unilateralmente decidida. En consecuencia, habría admitir la procedencia de la acción de impugnación de la paternidad que la ley presume, conforme a los arts. 258 y 259 del Cód. Civil.

12. CONCLUSIONES

En la ponencia presentada al III Congreso de Derecho Civil, sostuvieron Díaz de Guisjarro, López del Carril y Simonet: "Que las posiciones religiosas, filosóficas o morales con que se valore la inseminación artificial (por obvia analogía, consideraremos el razonamiento extensivo a la fertilización *in vitro*) no obstan a su regulación legal, por cuanto la realidad humana debe ser recogida normativamente para fijar los principios que la regirán, sin que esto implique fomentar determinadas prácticas, sino responder a los fenómenos sociales que se producen"¹⁴.

Hacemos nuestras las afirmaciones de los citados juristas, cuyo alegato en favor de una regulación tan siquiera mínima de las técnicas estudiadas no ha encontrado aún respuesta después de casi treinta años de que se manifestara.

Insistimos, pues, en la necesidad de que esa recepción legislativa se disponga cuanto antes, y destacamos como líneas directrices que marquen el sentido de esa esperada legislación lo que consideramos dos verdaderos hallazgos de Eduardo Zannoni para una definitiva orientación de las soluciones que vayan a proponerse. El primero de ellos es la ponderación de la voluntad procreacional como elemento para decidir el *emplazamiento* en caso de aporte de material genético ajeno a la pareja asistida, lo que permite hallar cabal respuesta a situaciones que se esbozan como pasajes sin salida posible. Y el segundo es el consentimiento de los miembros de la pareja como fundamento institucional de la filiación.

¹⁴ III Congreso de Derecho Civil, Córdoba, 1981. Comisión n° 20. Tema: "Las pruebas de filiación y las conclusiones de la biología".

Ambos elementos (la voluntad procreacional normalmente ausente en el "donante" o dador de gametos, cuyo anonimato será habitual; y el consentimiento-fundamento institucional del vínculo filial, oponible erga omnes, con el efecto fundamental de impedir la impugnación de la paternidad y maternidad matrimoniales por el hijo, actualmente legitimado—conf. arts. 259 y 262, Cód. Civil—, deteniendo así un accionar no querido por la ley), constituirán herramientas orientativas de primer orden a la hora de organizar la insoslayable normativa en torno de la fecundación asistida¹⁵.

13. REFLEXIÓN FINAL

Señalaba el doctor Zannoni, al introducirnos en su estudio del tema en la comunicación que presentara al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia (Cáceres) que: "En lo personal, estamos persuadidos de que es menester no sólo analizar cabalmente las múltiples implicancias éticas y jurídicas que derivan de las técnicas de procreación artificial en seres humanos, sino, también, propender a que el derecho positivo recoja su realidad y proponga directivas básicas al respecto. Para ello, claro está, es menester la buena conciencia jurídica, no de aquella que, con escrúpulos pusilánimes, teme que cualquier alusión legal al tema implique favorecer la práctica de estas técnicas".

Haciendo nuestras sus conclusiones, en cuanto a que el silencio del legislador—sea que revele indiferencia o encubra sospecha—no hace sino favorecer los excesos, cerramos simplemente nuestro trabajo con una renovada reflexión sobre la necesidad de establecer una serie de mínimos legales que vengán a contemplar una problemática que, por partir de los orígenes mismos de la vida, nos alcanza a todos.

Y es asimismo nuestra esperanza, si no nuestra creencia, que a aquella esperada recepción normativa seguirá—por ser el derecho, como observa Zannoni, orientador de conductas—un correlativo cambio de actitud general hacia la fecundación asistida misma, y a su filosofía subyacente.

Se tratará, en definitiva, de un modo de asumir el Hombre sus propias posibilidades, de trascenderse con su potencial. Y para todos, una manera de sentirnos involucrados. Lo estamos.

¹⁵ Para una profundización de ambos conceptos, se recomienda la lectura completa del punto V de la Comunicación presentada por el doctor Zannoni en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia (Cáceres).

HACIA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

**La responsabilidad por daños al consumidor
en el proyecto de ley de los doctores Atilio
A. Alterini, Roberto López Cabana
y Gabriel A. Stiglitz***

**EDUARDO A. BAISTROCCHI
JAVIER RODRIGUEZ GALLI**

PRÓLOGO

Eduardo Baistrocchi y Javier Rodríguez Galli fueron dos destacados alumnos del curso sobre "Responsabilidad civil contractual y extracontractual", del Ciclo Profesional Orientado. Luego se desempeñaron como ayudantes en la Cátedra a mi cargo, demostrando sus condiciones para la investigación y para la docencia.

Este trabajo aborda un tema de punta al cual, en la Argentina, todavía no le ha sido asignado el protagonismo que le corresponde. Hace casi treinta años, cuando se impulsó definitivamente la concientización de su relevancia, el Presidente de los EE.UU. John Fitzgerald Kennedy, en un recordado mensaje al Congreso,

* El proyecto de ley de defensa del consumidor de los doctores Atilio A. Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz fue presentado por los autores como ponencia al Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños, en homenaje al doctor Jorge Mossé Humeau (B. Az., abril de 1969) y recibió el respaldo explícito de la Comisión n° 4 quien recomendó su sanción al Congreso Nacional. También fue propiciada su sanción por la Comisión n° 5 de las IV Jornadas Saqueaninas de Derecho Civil (San Juan, agosto de 1969). Este proyecto tiene estado parlamentario, siendo girado por la Cámara de Diputados a sus Comisiones de Comercio, Legislación General, Industria y Educación el 24 de julio de 1969. Ver Alterini, Atilio - López Cabana, Roberto - Stiglitz, Gabriel. La protección del consumidor en el marco de un Proyecto de ley, LL, 1969-B-1092 (el texto completo del Proyecto se publica como Apéndice de este artículo).

señaló que, en un cierto sentido, todos somos consumidores. Ante esa evidencia, proliferaron en el mundo los estudios y las normas jurídicas concernientes a lo que se ha dado en designar como "derecho del consumo". De algún modo indirecto la noción de consumidor había aparecido en el Tratado de Roma de 1957, luego tomó lugar en Constituciones como las de España, Portugal, Perú y Brasil y, entre nosotros, ya en 1838 la contempló la Constitución del Chaco, y fue reasumida por varias de las reformas de las Constituciones provinciales producidas en el último quinquenio.

Prospectivamente, se advierte en el derecho comparado un reflujo de las disposiciones atinentes al consumidor hacia el sistema común. El derecho del consumo, esencialmente estatutario, está transitando, de tal modo, hacia la regulación propia del hombre como tal, contenida en los Códigos de derecho privado, y ello es evidente —por ejemplo— en la proyectada modificación del Código Civil de Québec.

Con ese marco, los autores incursionan en el tema desde el ángulo de la responsabilidad por productos. Traen lo que, seguramente, es el primer análisis del Proyecto de ley del consumidor que, en septiembre pasado, sancionó en revisión la Cámara de Diputados —y que se halla en trámite ante el Senado—, porque se ocupan de algunos aspectos de lo que constituyó antecedente de esa sanción. Incursionan en el área —también poco explorada hasta ahora— de los denominados intereses difusos. Y acuden a una bibliografía de primera calidad.

Con estas líneas doy, pues, la bienvenida a nuestros autores al quehacer de los publicistas jurídicos. Y les auguro —porque los árboles se conocen por los frutos— un promisorio porvenir.

ARTURO ANIBAL ALTERESI

1. EL PROBLEMA

Era muy temprano. Recuerdo como si fuera hoy cuando salí a hacer las compras para el orfanato.

Ese día había decidido comprar 20 kilos de dulce de leche en el almacén de don Prudencio; claro, él solía hacerme buenos descuentos. Seguramente —pensé— esa mañana los chicos se pondrían contentos con mi dulce adquisición.

Fue un gran error.

Aun hoy no lo puedo creer. Nunca hubiera imaginado que pocos minutos después, la mayoría de los niños estarían internados en terapia intensiva por una intoxicación aguda en razón de la ingestión de dulce de leche en mal estado.

Seguramente el protagonista de nuestra historia no aceptará el silencio; no justificará la intoxicación de sus chicos como un hecho de la fatalidad, como una prueba sobrenatural. Buscará, en cambio, al responsable¹. Seguramente no sabrá si demandar a don Prudencio —el gentil almacenero—, o al proveedor mayorista, o al fabricante del dulce de leche, o a todos juntos.

La actitud reacia de nuestro protagonista a aceptar el daño como obra de la fatalidad no es casual. Pone en evidencia la punta de un enorme iceberg: las nuevas tendencias² del derecho privado en materia de daños.

En este sentido, podemos notar que las siguientes son las tendencias³ más notables del derecho de daños⁴:

¹ Probablemente el fin principal del derecho de daños sea la búsqueda del responsable de todo hecho dañoso. De esta forma se busca proteger eficazmente a la víctima. Conf. Lambert Favre, Ivonne, L'insolution de la responsabilité civile d'une dette responsabilité une créance d'indemnisation, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", jan.-mar. 1987, n° 1, p. 1. Esta autora sostiene que el moderno derecho de daños no debe enfocarse ya desde la obligación de reparar del responsable sino desde el derecho de la víctima a ser indemnizada; vale decir, que la responsabilidad civil ha de evolucionar de una deuda de responsabilidad hacia un crédito de reparación. Una postura semejante ha sido definida en nuestro derecho por López Olaciregui, José M., RDCO. 1978-941; quien sostiene que un daño civil puede ser injusto tanto por el hecho de haber sido injustamente causado como por el hecho de haber sido injustamente sufrido, es decir, que allí donde el daño no aparece injustamente causado también debe atenderse primordialmente al interés de la víctima. En el mismo sentido más recientemente Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, La responsabilidad civil en la era tecnológica, 1ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989, p. 208.

² La existencia de "tendencias" es consustancial al derecho; de lo contrario estaríamos estudiando a un muerto. Conf. Carboneer, Jean, Derecho flexible: para una sociología del derecho, tr. Díez Picazo, Luis, Madrid, Tecnos, 1974. Este profesor expresa que "el derecho es demasiado humano para pretender lo absoluto de la línea recta... derecho flexible, para amarlo hay que ponerlo al desnudo. Su rigor no es más que una afectación o una impostura".

³ Conf. Messina de Estrella Gutiérrez, op. cit., p. 16; Stiglitz, Gabriel, La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas, Bs. As., La Ley, 1984.

⁴ En nuestra opinión el "derecho de daños" es una redefinición del rol del derecho frente al daño, cuyo principal fin es el de proteger a la víctima. Conf. Díez Picazo, Luis, Derecho y manifestación social. Tecnología y derecho privado (Dos esbozos), en "Cuadernos Civitas", Madrid, 1975, p. 118. Este destacado profesor indica que "es en el año 1963 cuando Willburg habla ya de un derecho de daños como centro nervioso del derecho privado, es así en buena medida porque cada vez se hace más necesario montar algún sistema o mecanismo de protección de personas, frente al cúmulo cada vez más incesantemente multiplicado de calamidades catastróficas".

- a) La ampliación de los daños reparables.
- b) El aumento de la nómina de factores de atribución.
- c) La prevención y la evitación de los daños.
- d) El aligeramiento a la víctima de la carga de la prueba.
- e) Un proceso gradual de socialización de los riesgos mediante el seguro obligatorio y la seguridad social.
- f) El ensanchamiento de la posibilidad de reclamar los daños judicialmente.

Nos detendremos ahora en el estudio de esta última tendencia².

Una de las características principales del nuevo derecho de daños está dada por la ampliación de las posibilidades de la víctima de reclamar la reparación de sus daños. Esto se debe, en buena medida, a un aumento de los legitimados pasivos —a quienes se les puede reclamar el resarcimiento del daño— como de los legitimados activos. Este mayor acceso de la víctima a la justicia se debe, en parte, al reconocimiento de la existencia de los "intereses difusos, colectivos o supraindividuales"³.

Estos intereses buscan salvaguardar la calidad de vida

² Respecto de las restantes tendencias puede consultarse con provecho las obras citadas en la nota 3.

³ Morello, Mario A., *Discurso de recepción del académico Lino Enrique Palacio*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2ª Época, año XXXII, n° 25, p. 110. Este distinguido catedrático sostiene que "la tutela de los intereses difusos se erige como una bandera sobre la que gira el cambio hacia un derecho procesal con dimensión social. Reflejo de las transformaciones y ajustes en las clásicas e insuficientes explicaciones técnicas, sin las cuales no se podría superar el descontento creciente por el funcionamiento del servicio de justicia". En el mismo sentido se expresan Morello, Augusto - Hittler, Juan C. - Herzoncos, Roberto, *La defensa de los intereses difusos*, JA, 1982-IV-700. Allí sostiene que "la problemática de los intereses difusos ha implicado un cambio epistemológico copernicano, ya que los nuevos derechos que están en juego no pueden protegerse a través del sistema clásico tradicional de proceso de dos partes, donde cada una de ellas busca solucionar su problema particular". Esta doctrina se ve consagrada por el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata, octubre de 1981), JA, 1982-IV-711. En las conclusiones se sostuvo que "debem acogerse sistemas adecuados y flexibles para una efectiva defensa de los denominados intereses difusos". Para analizar con mayor detenimiento esta temática: Falcoff, Enrique, *Los fenómenos sociológicos y el derecho procesal*, DJBA, 1989-I-141 y ss.; Andorno, Luis, *La responsabilidad por productos elaborados y los intereses difusos. Ley 10.800 de la Provincia de Santa Fe*, en "Lecciones y Ensayos", 1989, n° 83, p. 21 y siguientes.

social y encuentran sustento en los arts. 14, 28 y 33 de la Const. Nacional⁷.

Pero, ¿qué se entiende por tal concepto?

Nos proponemos explicar la idea de intereses difusos a partir del concepto de "daño resarcible".

Si tuviéramos que clasificar el universo de daños posibles, podríamos afirmar que existen dos tipos básicos: el daño individual, por un lado, y el daño colectivo o difuso⁸, por el otro. El daño individual es aquel que afecta a un sujeto perfectamente individualizado, por ejemplo, la víctima de un accidente automovilístico. Por el contrario, el daño colectivo o difuso es aquel que afecta a un grupo no individualizado o indeterminado de personas —piénsese, p.ej., en todos los eventuales consumidores de dulce de leche en mal estado—.

A pesar de lo expuesto, nuestro sistema resarcitorio clásico sólo reconoce al daño individual como jurídicamente relevante para dar sustento al reclamo indemnizatorio. De esa forma se hace prevalecer el valor "seguridad jurídica" sobre el de "equidad". En efecto, nuestro régimen establece que el daño, para que sea legalmente reconocido —vale decir, para que sea un daño resarcible— requiere la concurrencia de los siguientes cuatro elementos: a) ser un daño cierto, b) subsistente, c) personal del reclamante y d) afectar un interés legítimo⁹.

Como se puede observar, el daño colectivo no cumple con estos requisitos: no es personal del reclamante ni afecta un interés legítimo¹⁰. Muy por el contrario, es impersonal

⁷ Completan este esquema normativo el art. 2818 y conec. del Cód. Civil, y diversas leyes: entre ellas, n° 2.797, 22.128, 22.190 y 22.421. Conf. Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños - Homenaje al doctor Jorge Messet Irujo, Comisión n° 4 (La protección de los intereses difusos, el seguro y el acceso a la justicia).

⁸ Stiglitz, *op. cit.*, p. 28. Este joven profesor platense sostiene que "los daños colectivos son aquellos que inciden sobre una colectividad propiamente dicha y cuyos miembros, sin recibir el menoscabo personalmente, lo soportan en forma indirecta por constituir parte integrante del grupo. Ninguno de esos miembros tiene facultades para proceder aisladamente y en nombre propio, ya que las reclamaciones puede interponerlas sólo la colectividad misma".

⁹ Conf. Bustamante Alhina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8° ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988, p. 145.

¹⁰ Ver Palacios, Lino E., La protección jurisdiccional de los intereses difusos, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, "Anales".

—en el sentido de que involucre a una pluralidad indefinida de sujetos— y afecta a un interés difuso. En rigor, el concepto de “intereses difusos” tiene por lo menos dos características principales; desde un punto de vista subjetivo —como vimos— pertenece a un grupo indeterminado o de muy difícil determinación de personas. Y desde un punto de vista objetivo, se refiere a un bien indivisible, en el sentido de que son inasusceptibles de división en cuotas o fracciones adjudicables a cada uno de los interesados —p.ej., el bienestar de los consumidores de dulce de leche—.

La tendencia de la doctrina más moderna busca la flexibilización del hoy estricto concepto de daño resarcible —ya reseñado— con el objeto de lograr la tan ansiada protección jurisdiccional de los intereses difusos¹¹. Por ello, en el futuro, probablemente baste la sola certeza del daño para poner en funcionamiento el dispositivo resarcitorio¹².

El dictado de una legislación tuitiva de los intereses difusos ampara al protagonista de nuestra historia, a los niños intoxicados, a sus padres y familiares y aun a todos aquellos clientes de don Prudencio que pudieron o no haber ingerido el dulce de leche en mal estado.

En definitiva, el derecho procura defender al sujeto más débil de las relaciones comerciales que acontecen en la vida de todos los días. La clara diferencia de poderes entre el consumidor y la empresa coloca al individuo en un “estado de debilidad”¹³ que lo somete a la discreción del proveedor de productos elaborados.

¹¹ Época, año XXXII, n° 25, p. 117. Este profesor indica que el “interés legítimo constituye una potestad concebida a un conjunto diferenciado de personas para exigir el cumplimiento de ciertas obligaciones que se hallan a cargo de la Administración Pública (p.ej., la consistente en respetar las reglas de la adjudicación de una licitación pública, cuya observancia puede ser requerida por todos los que participaron en ésta)”.

¹² XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata, octubre de 1981), citado en nota 6.

¹³ Esta afirmación corre por nuestra cuenta. Ella surge de observar cómo gradualmente son exigidos menos requisitos para considerar a un daño como jurídicamente relevante. Compárese, por ejemplo, las conclusiones de las Jornadas sobre temas de Responsabilidad Civil (Rosario, 1981) con las Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1984). En estas últimas Jornadas, la postura mayoritaria sostenía que, “para que el daño cierto sea reparable basta la lesión a un simple interés siempre que no sea ilegítimo, violatorio de la moral o del orden público” (sic).

¹⁴ Stiglitz, Gabriel, *La protección jurídica del consumidor*, Bs. As., Depalma, 1985.

Nuestro problema ha quedado planteado: la "protección jurídica del consumidor" no es más que la respuesta que da el derecho en procura de equilibrar la desigualdad existente entre la empresa y el consumidor.

Nos proponemos en este trabajo introducir al lector en la temática de los derechos del consumidor, para detenernos en la responsabilidad por daños derivada de productos mal elaborados. Analizaremos, en especial, el valioso aporte que realiza en este campo el Proyecto de ley de defensa del consumidor de los doctores Atilio A. Alterini, Roberto M. López Cabana y Gabriel Stiglitz¹⁴.

2. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

La desigualdad económica entre empresarios y consumidores mencionada, se presenta en múltiples situaciones cotidianas. Esta variedad responde a la dinámica de la actividad comercial actual y a la incorporación de nuevos fenómenos negociales vinculados con la revolución tecnológica¹⁵.

Por ello, la tarea del derecho apunta a proteger al débil¹⁶ en aquellos supuestos en que el desequilibrio económico es manifiesto. Quizás ésta pueda parecer una labor dispersa e inorgánica. Sin embargo, sabemos que tal actitud protectora del ordenamiento jurídico se traduce en una institución cuyo origen es reciente pero cuya sombra se proyecta necesariamente al derecho del siglo xx: la protección jurídica por daños al consumidor.

Esto nos lleva a preguntarnos si estamos frente a un nuevo sujeto de estudio de la ciencia jurídica: el consumidor. No temamos responder afirmativamente. La lectura de la legislación comparada¹⁷ nos permite inferir un conjun-

¹⁴ Se recomienda la lectura de las notas explicativas del Proyecto publicadas bajo la forma de artículo en: Alterini, Atilio - López Cabana, Roberto - Stiglitz, Gabriel, *La protección del consumidor en el marco de un Proyecto de ley*, L., 1988-B-1002.

¹⁵ Quien ha desarrollado largamente este concepto ha sido uno de los más lúcidos "predictores" con que cuenta la "sociología del futuro" moderna, nos referimos a Alvin Toffler. Recomendamos la lectura de: Toffler, Alvin, *El shock del futuro*, Madrid, Plaza y Janés, 1984.

¹⁶ Ver Alterini - López Cabana - Stiglitz, op. cit., p. 1994.

¹⁷ Carta europea de Protección de los Consumidores (Consejo de Europa, 1973), "Programa preliminar para una política de protección e infor-

to de derechos subjetivos inherentes a un status jurídico particular. Tal calidad legal viene dada por el carácter de "consumidores" que ostentan los sujetos cuando contratan bienes y servicios para satisfacer necesidades personales, familiares o domésticas¹⁸.

Veamos, pues, cuáles son esos derechos y cuál es su origen.

Como ya lo señaláramos, las modernas legislaciones de los países desarrollados regulan "situaciones determinantes de un estado de debilidad"¹⁹ en procura de otorgar a la parte menos favorecida (consumidor) los remedios legales que resguarden su integridad física y patrimonial.

Así legislan sobre responsabilidad por productos defectuosos, responsabilidad por publicidad maliciosa e identificación incorrecta de mercaderías. También abordan la temática contractual, regulando los abusos en los contratos por adhesión y en las ventas a crédito y a plazos.

Muchas de ellas impulsan la constitución de asociaciones de consumidores en el ámbito privado, y legislan la creación de organismos públicos de asistencia y control. En el aspecto procesal, conceden una amplia legitimación activa y procuran la abreviación de los procedimientos así como también la extensión de los efectos de la cosa juzgada. Finalmente, también se encargan de regular la estabilidad de la oferta en el mercado de bienes y servicios de primera necesidad a través de las llamadas leyes de abastecimiento.

La protección jurídica que se brinda en los casos señalados en el párrafo anterior, nos permite ensayar la siguiente clasificación de los derechos del consumidor²⁰:

- a) Derecho a la seguridad y a la adecuada protección de la salud de los consumidores (responsabilidad por daños al consumidor).
- b) Derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores frente a la empresa (nulidad de cláusulas abusivas en contratos por adhesión).

mación de los consumidores" (CEE, 1975), y las "Directrices para la protección del consumidor" (ONU, 1985). Los textos completos de estos documentos pueden consultarse en Stiglitz, *La protección*.

¹⁸ Conf. Alberini - López Cabana - Suglitz, *op. cit.*, p. 1094.

¹⁹ Stiglitz, *La protección*, p. 8.

²⁰ La clasificación es ensayada por los autores a partir del análisis de los textos legales citados en nota 17.

e) Derecho a la información (responsabilidad por publicidad engañosa e incorrecta identificación de mercaderías).

d) Derecho a la organización (fomento y legitimación de las asociaciones de consumidores).

e) Derecho a la asistencia y asesoramiento de organismos públicos destinados a la protección de los consumidores.

f) Derecho a la estabilidad de la oferta en el mercado de bienes y servicios de primera necesidad (leyes de abastecimiento).

g) Derecho de acceder a una justicia rápida y eficiente que asegure la efectiva protección de los consumidores (legitimación activa amplia y efectos expansivos de la cosa juzgada).

3. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR EN EL PROYECTO

El Proyecto de ley de defensa del consumidor guarda semejanza estructural con las modernas legislaciones ya comentadas. Así, no pretende realizar una mera enumeración de los derechos de los consumidores sino que regula operativamente distintas figuras legales en donde éstos pueden resultar afectados. Sin embargo, no pretende abarcar la totalidad de estas figuras, por cuanto ya existen normas en nuestro ordenamiento legal que protegen ciertas situaciones de hecho disvaliosas para los consumidores. Tales los casos de las leyes de defensa de la competencia²¹, de lealtad comercial²² y de abastecimiento²³. Todo lo cual nos lleva a afirmar que, en un acierto de política legislativa, los autores del Proyecto lo han concebido como parte de un sistema legal integrado, legislando sólo aquellos aspectos no previstos en las normas citadas.

²¹ Ley 22.382. La ley de defensa de la competencia tiene por objeto la protección del interés económico general a través de la sanción de todas aquellas conductas que traben el funcionamiento del mercado. *Conf. Padilla, Miguel, La protección al consumidor en la ley argentina, JA, 1976-III-756.*

²² Ley 22.892. La ley de lealtad comercial regula concretamente la correcta identificación de mercaderías así como también la prohibición de la publicidad engañosa o irregular.

²³ Ley 20.682. La ley de abastecimiento procura la estabilidad de la oferta de bienes y servicios destinados a la satisfacción de necesidades corrientes de la población.

El Proyecto en cuestión comprende un total de tres capítulos: en el primero de ellos se concentra la legislación de fondo conforme las particularidades que luego analizaremos; el segundo trata de los aspectos procesales, y el tercero se ocupa de las obligaciones del Estado Nacional en la materia.

El primero de los capítulos referidos ocupa veinte artículos que se encargan de regular distintas figuras jurídicas vinculadas con la defensa de los derechos de los consumidores. Así, se prevén las obligaciones nacidas de la oferta al público (arts. 3° y 4°); las modalidades que debe observar la oferta formulada fuera del negocio (art. 5°); la oferta por correo (art. 6°) y las prestaciones en serie (art. 7°); el deber de información que incumbe al empresario (art. 8°); la regulación, de todo lo referente a los contratos por adhesión, sea que se trate de su redacción (art. 9°), interpretación (arts. 10 y 11), ineficacia de cláusulas abusivas (art. 12) o nulidad de ellos (art. 13); y la inclusión implícita de garantías cuando se trate de cosas no consumibles (art. 15).

Esta regulación específica y puntual no obsta a que el Proyecto contenga algunas normas genéricas que se vinculan con los principios generales del derecho civil. Así, los arts. 1° y 2° establecen cuáles relaciones jurídicas han de estar comprendidas por las disposiciones del Proyecto de ley. El mismo art. 1° consagra el principio de interpretación más favorable al consumidor y define el concepto de "consumidor", excluyendo a las personas jurídicas. Esta exclusión —a nuestro entender no justificada— merecerá nuestro análisis en el apartado 7 de este trabajo.

En los arts. 16 a 20 se prevén, acertadamente a nuestro juicio, los principios generales del derecho civil que rigen la materia, con las particularidades que impone una legislación que se pretende protectora de intereses amenazados. Así, el Proyecto legisla un régimen atemperado en materia de vicios redhibitorios (art. 16); la legitimación pasiva amplia (productor, fabricante, importador y quien haya puesto su marca en el producto o servicio) en caso de incumplimiento contractual (art. 17); la responsabilidad concurrente de ellos (además del vendedor y proveedor) en materia de daños resultantes del producto o servicio (art. 18); y finalmente un régimen de prescripción y extensión del resarcimiento análogo para todos los supuestos mencionados (arts. 19 y 20). Todo lo cual será materia de análisis en los próximos apartados en cuanto se vincule con la reformulación de

la responsabilidad por daños al consumidor en nuestra legislación civil.

El capítulo II atiende la cuestión procesal que en la materia no debe relegarse a un plano secundario. Ello es así por cuanto el acceso a una administración de justicia rápida y eficiente se constituye en complemento necesario de todo sistema integral de protección al consumidor.

Creemos que el Proyecto acierta en la materia al prever acciones judiciales con carácter preventivo (art. 21), una legitimación activa amplia que habilita la actuación de las asociaciones de consumidores y de los organismos públicos en la defensa de los intereses de los consumidores (art. 22), procesos de conocimiento sumarísimos (art. 23), y la extensión de los efectos de la cosa juzgada.

Finalmente, el capítulo III se ocupa de las cuestiones vinculadas a las obligaciones del Estado en materia de educación y defensa del consumidor (art. 25) y de la creación de una comisión de control de contratos-tipo en el ámbito del Ministerio de Economía (art. 26).

En síntesis, el Proyecto de ley no pretende agotar la regulación de la materia y busca su integración con otras normas ya existentes. Puede parecer de una lectura superficial, que el Proyecto no da soluciones categóricas frente a determinados hechos disvaliosos para los consumidores. Ello resulta aun muy difícil en virtud de la diversidad de intereses en juego.

Estamos frente a la punta de lanza de un derecho del consumo²⁴ que necesariamente ha de terminar imponiéndose en nuestra legislación en los tiempos venideros. Ello no obsta a que matengamos ciertas diferencias de criterio con relación a la responsabilidad por daños, que señalaremos en el apartado 7. Por todo lo dicho reputamos al Proyecto de gran valor para nuestro derecho positivo y de notable interés para el conjunto de la sociedad.

4. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AL CONSUMIDOR

Desde comienzos de la Revolución Industrial, a fines del siglo XVIII, hasta nuestros días, el proceso económico se

²⁴ Este concepto nos fue sugerido por Cas. Gérard - Ferrier, D., *Traité de droit de la consommation*, Paris, 1988 (Bibl. CSJ n° 1-567).

ha visto caracterizado en forma determinante por la producción en serie de mercaderías, extensas cadenas de distribución y una comercialización múltiple de ellas a través de numerosos puestos de venta. Es lo que se ha llamado el fenómeno de la "masificación de la producción"²¹. Esto ha significado un considerable aumento cualitativo en el nivel de vida de las sociedades desarrolladas. La contrapartida ha sido un crecimiento directamente proporcional entre el consumo del producto elaborado y el riesgo para la salud y la seguridad de los consumidores.

Frente a este riesgo, entendido como probabilidad de daño, y el daño efectivamente acaecido, los ordenamientos jurídicos han respondido al sentimiento de justicia de la sociedad haciendo uso de una vieja institución del derecho privado: el sistema de la responsabilidad civil. Así surge lo que la doctrina ha bautizado como "responsabilidad civil por productos elaborados"²², "responsabilidad civil por productos defectuosos"²³, "responsabilidad civil del fabricante

²¹ Ver Díez Picazo, Luis, *Cambio social y evolución jurídica en la sociedad de la información*, en "Revista de Derecho Industrial", año IV, nº 22, p. 39. Este ilustre profesor español realiza una clasificación de la historia social del hombre que vale la pena conocer. Sostiene que "la sociedad pre-industrial se basa inicialmente en las materias primas y en un juego contra la naturaleza, en la cual los rendimientos son decrecientes; la sociedad industrial está organizada principalmente en torno a la energía y su empleo para la producción de bienes; y la sociedad posindustrial está organizada en torno de la información (también llamada sociedad de la información). En esta sociedad, más interesante que la pregunta '¿quién tiene', es la pregunta '¿quién sabe?'. Dentro de este esquema, podemos decir que la "masificación de la producción" se inicia en la era industrial y empieza a decaer con el advenimiento de la sociedad posindustrial. En este sentido, se expresa la ponencia presentada por el doctor Alirio Alterini a las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariolche, 1989), sobre el tema *Impacto tecnológico y masificación social en el derecho privado*.

²² Así lo hacen: Bustamante Albina, Jorge, *Responsabilidad civil por productos elaborados en el derecho civil argentino*, LL, 143-870; Liambias, Jorge, *Dados causados por productos elaborados*, LL, 1978-B-1039; Goldenberg, Isidoro, *La responsabilidad civil por productos elaborados*, JA, 1982-1-746; Casallo, Juan, *Responsabilidad civil por productos elaborados*, LL, 1981-D-1182; Salerno, Marcelo, *Responsabilidad del fabricante por productos elaborados*, ED, 95-779; Zannoni, Eduardo A., *Responsabilidad por productos elaborados*, en "Seguros y responsabilidad civil", Bo. An. Astrea, 1984; Dextra, César H., *La responsabilidad civil por los productos elaborados en la industria farmacéutica*, LL, 1984-C-820; Stiglitz, Gabriel, *El deber de seguridad en los productos elaborados*, LL, 1985-D-13.

²³ Conf. Allanak, Cynthia, *Responsabilidad del fabricante por productos defectuosos*, LL, 1988-A-867; Andorno, Luis, *Responsabilidad por productos defectuosos*, LL, 1988-E-945.

o del industrial"²⁰ o más recientemente, "responsabilidad civil por daños al consumidor"²¹. De todos ellos preferimos este último ya que, en términos estrictamente jurídicos, precisa con mayor claridad el ámbito de aplicación de la responsabilidad de juego²².

Debe dejarse en claro que no son los daños que sufre la propia mercadería y que la hacen impropia para su destino, aquellos que comprende esta materia, "sino los irrogados por ella al adquirente o a terceros"²³. Los daños intrínsecos del producto son regulados por las normas propias de la responsabilidad común o, en su caso, aquella derivada de los vicios redhibitorios. Los daños comprendidos en la "responsabilidad por daños al consumidor" son todos aquellos que violentan el derecho a la seguridad y a la adecuada protección de la salud de los consumidores.

En síntesis, "la responsabilidad derivada de los daños causados por productos elaborados" constituye un capítulo de los derechos del consumidor, que se inserta dentro de los derechos esenciales del individuo tales como la vida y la integridad psicofísica"²⁴.

Por otra parte, digamos que para completar el análisis

²⁰ Conf. López Cabana, Roberto - Lloveras, Néstor, *Responsabilidad civil del industrial*, ED. 64-548, Trigo Represas, Félix, *La responsabilidad civil del fabricante en las VII Jornadas Montevideanas de Derecho Civil*, LL, 1983-B-463.

²¹ Este es el concepto que utilizan y desarrollan Alterini, Atílio - Lopez Cabana, Roberto, *Responsabilidad civil por daños al consumidor*, LL, 1987-A-1040.

²² Pátese, por ejemplo, que conceptualmente el incumplimiento de una obligación convencional en un contrato de compraventa de productos elaborados genera responsabilidad. De la misma manera, un producto que adolece de un vicio que haciéndolo impropio para su destino lleva a la rescisión del contrato, genera para el transmitente una responsabilidad por productos defectuosos. Sin embargo, en ninguno de los dos casos se discute un supuesto de productos que hayan producido daños a la seguridad o a la salud del consumidor. Todavía más imprecisos resultan los conceptos "responsabilidad del fabricante" o "responsabilidad del industrial" ya que ni siquiera refieren a la temática de los productos elaborados ni defectuosos, y podrían aludir a la infinidad de supuestos normativos en que se coloca en cabeza del industrial o del fabricante de mercaderías el deber de reparar un perjuicio.

²³ López Cabana - Lloveras, op. cit., p. 551.

²⁴ Así lo sostiene el despacho unánime de la Comisión Responsabilidad por productos elaborados de las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil que se celebraron en Punta del Este (ROU) del 13 al 15 de noviembre de 1988.

de la materia en estudio es importante precisar los conceptos de "producto elaborado" y "defectuosidad".

Debemos entender por "producto elaborado" a "toda aquella cosa mueble que resulta de una actividad artesanal o industrial de transformación económica que habitualmente se realiza en serie"²¹. Este concepto excluye los inmuebles (generalmente sometidos a un régimen especial de responsabilidad), las materias primas y los productos de caza²².

Por su parte el concepto de "defectuosidad" puede ser caracterizado como la ausencia de seguridad del producto mayor, a aquella legítimamente esperable y que, por lo tanto, el consumidor no está en condiciones de prever. Ésta es la idea precisada por la jurisprudencia y doctrina norteamericanas a través de la figura legal del *unexpected dangers*²³ y receptada en la definición de "defectuosidad" que hace la directiva del Consejo de Europa²⁴. Agreguemos que debe excluirse del concepto de defectuosidad aquella ausencia de seguridad en el producto que sea consecuencia del uso irracional o abusivo por parte del consumidor. Unánimemente se sostiene que la culpa exclusiva de la víctima rompe el nexo causal que liga al proveedor con el daño producido por el producto defectuoso²⁵.

No sucede lo mismo con el supuesto del "riesgo del desarrollo", el que para un sector de la doctrina²⁶ rompe el

²¹ Compagnucci de Cass. Rubén, citado por Trigo Represas, Félix, op. cit., p. 664.

²² Así lo establece el art. 2° de la Carta Europea de Protección de los Consumidores (Consejo de Europa, 1973) que define el concepto de producto como "toda cosa mueble, con excepción de las materias primas y los productos de la caza, aunque estuviera incorporado a un inmueble o a otro mueble". Ver Stiglitz, *La protección*.

²³ Conf. Andorno, op. cit., p. 945; Trigo Represas, op. cit., p. 663.

²⁴ Dice el art. 6° de la citada Directiva que un producto es defectuoso: "a) cuando el mismo no ofrece la seguridad a la cual puede legítimamente esperarse, teniendo en cuenta todas las circunstancias y principalmente la presentación del producto, el uso del producto que razonablemente puede esperarse y el momento de puesta en circulación del producto; b) un producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que un producto más perfeccionado haya sido posteriormente puesto en circulación". Ver Stiglitz, *La protección*.

²⁵ Conf. Andorno, op. cit., p. 945; Trigo Represas, op. cit., p. 663.

²⁶ Así lo entendieron los despachos minoritarios de las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil -Punta del Este, 1968- ("el elaborador no asume el riesgo del progreso científico posterior al lanzamiento del producto") y de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil -La Plata,

nexo causal, en tanto para otro³⁹, constituye un factor de atribución objetiva de responsabilidad del productor-fabricante.

El "riesgo del desarrollo" engloba a aquellos "daños que no pudieron ser previstos por el responsable al tiempo que la cosa riesgosa o viciosa fue puesta en circulación o la actividad ejercida, porque los conocimientos técnicos del momento impedían advertir su peligrosidad"⁴⁰.

Por nuestra parte y sin pretender agotar el tema que excede el marco de este trabajo, creemos que el mencionado riesgo es resarcible por cuanto se trata de un daño cierto —ya que aunque desconocida la nocividad, existía al tiempo de su lanzamiento—, y además se encuentra en relación de causalidad adecuada.

Para redondear la noción de "defectuosidad" que hemos analizado, resulta sumamente esclarecedora la clasificación en "defectos de fabricación", de "construcción" y de "instrucción" que hace la doctrina⁴¹. Los defectos de fabricación son aquellos producidos por la falla de algún operario o de una máquina que representan el reducido porcentaje de productos fallados que existe en todo proceso de fabricación. Son de naturaleza excepcional y su prueba resulta harto difícil.

Los "defectos de construcción" responden a fallas estructurales en la fabricación y afectan a una serie de productos elaborados bajo el mismo diseño. Por último, los "defectos de instrucción" son aquellas deficiencias de información al consumidor acerca de cómo usar el producto y su

1981— ("la existencia del defecto de fabricación deberá juzgarse según las normas científicas y técnicas corrientes a la época de puesta en el comercio y no según los avances científicos desarrollados al tiempo del juzgamiento"). Es también la postura adoptada por el nuevo Proyecto de Unificación del Derecho Privado (art. 1113).

³⁹ Esta es la postura mayoritaria de las mencionadas IV Jornadas Rioplatenses de Derecho ("el elaborador responde aunque sea desconocida la nocividad potencial del producto al momento de lanzarlo al mercado") y en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ("el fabricante no queda exonerado cuando conocimientos científicos posteriores prueban la defectuosidad del producto"). En el mismo sentido se expidió la Comisión I^a de las I Jornadas sobre Responsabilidad por Productos Farmacéuticos y Medicinales (Morón, 1987). Para un análisis detallado de posturas doctrinarias en nuestro derecho: Mexina de Estrella Gutiérrez, op. cit., p. 182.

⁴⁰ Mexina de Estrella Gutiérrez, *Opacitela*, Aplicación del sistema de "actividad riesgosa" a los daños modernos, LL, 1989-C-945.

⁴¹ Trigo Represas, op. cit., p. 463.

grado de peligrosidad⁴². Estos dos últimos supuestos son de más fácil prueba en razón de su generalidad.

Una vez precisados los "conceptos jurídicos que conforman la responsabilidad civil por daños al consumidor nos proponemos averiguar quién es el responsable y la índole de la responsabilidad en juego"⁴³. En otras palabras, sabemos que cuando el producto elaborado resulta defectuoso —en razón de una falla en su fabricación, construcción o instrucción— produce un daño en la salud de quien lo consume, generándose así el deber de reparar el perjuicio. Debemos precisar en esta etapa de nuestro ensayo, a quién debe atribuirse la responsabilidad de tal evento dañoso y cuáles serán los fundamentos normativos en que se apoyará la acción del consumidor-víctima.

Respecto de la primera cuestión, convengamos que ante la multiplicidad de sujetos que intervienen en el proceso de fabricación, comercialización y distribución de un producto (fabricante, importador, proveedor, intermediario, mayorista, minorista) se plantea el difícil interrogante de individualizar cuál de todos ellos es el sujeto imputable. Todos ellos concurren a la introducción de un riesgo en el mercado que resulta la contrapartida del beneficio que su fabricación, distribución o comercialización les reporta. Sin embargo es el fabricante quien, en virtud de su aptitud (*know how*) para entender los procesos de fabricación, puede conocer mejor la nocividad de un producto. Él es también, quien introduce el riesgo, generando un provecho que luego los demás comparten. Por ello, la imputación de responsabilidad se dirige en primera instancia al fabricante, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente de los otros eslabones del proceso productivo, conforme su grado de participación en el perjuicio.

Pasemos ahora a resolver el segundo interrogante: ¿cuál es la base normativa sobre la que se apoyará la acción del consumidor-víctima? El próximo apartado busca responder esto.

⁴² Así lo entendió la jurisprudencia en el celebrado fallo de la CNCiv. Sala A, 17/970. "Estancias del Oeste SA c/ Bayer Argentina SA", LL, 1978-C-616.

⁴³ Liambias, *op. cit.*, p. 1493.

5. EL ESQUEMA ACTUAL EN NUESTRO DERECHO

Comencemos diciendo que nuestro Código Civil carece de una regulación sistemática del tema que nos ocupa. Por ello se le aplican las normas de la teoría general de la responsabilidad civil.

Nuestro codificador legisló en función de los modos de producción contemporáneos a su obra, "basados en el fruto del obrar humano y distanciadas de la actual producción en serie, caracterizada por lo anónimo y lo mecánico"⁴⁴. Ello nos convence de la necesidad de la existencia de un especial dispositivo legal en la materia que adecue el moderno derecho de daños a las actuales formas de producción.

A la luz de la legislación vigente y considerando los supuestos posibles que se presentan en las relaciones comerciales, podemos sistematizar la responsabilidad por daños al consumidor de la siguiente manera⁴⁵:

a) Supuesto del fabricante-vendedor: quien enajena la cosa directamente al consumidor.

b) Supuesto del fabricante-no vendedor: quien sólo constituye el eslabón inicial de la cadena de comercialización del producto.

c) Supuesto del vendedor-no fabricante: quien vende el producto al consumidor luego de recibirlo del fabricante o de cualquier otro intermediario.

En el primer caso, la responsabilidad del productor-fabricante es, a todas luces, contractual. La doctrina mayoritaria⁴⁶ ha entendido que el daño en la persona del consumidor constituye violación de la obligación técnica de seguridad. Esta obligación, de creación doctrinaria⁴⁷, supone que la ejecución del contrato no debe resultar dañosa en la persona de ninguna de las partes. Como la obligación de segu-

⁴⁴ Stiglitz, *El deber de seguridad*, p. 13.

⁴⁵ Conf. Altarini - López Cabana, *op. cit.*; López Cabana - Lloveras, *op. cit.*; Bustamante Alsina, *op. cit.*; Liambias, *op. cit.*; Salerno, *op. cit.*

⁴⁶ Conf. Trigo Represas, *op. cit.*; Bustamante Alsina, *op. cit.*; Liambias, *op. cit.*; Salerno, *op. cit.*; Goldenberg, *op. cit.*

⁴⁷ Recopilada del derecho francés, donde desempeña un papel importantísimo, sobre todo en el contrato de transporte, fue introducida en nuestra doctrina civilista por Jorge Bustamante Alsina en un artículo que abrió el camino a toda la temática de los daños al consumidor. Bustamante Alsina, *Jorge, op. cit.*

riedad es una obligación de resultado, una vez acreditado el daño, corresponde al productor-fabricante establecer la ruptura del nexo causal para exonerarse. Conforme a este esquema, la acción del consumidor-víctima se fundará en los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales.

También se acepta pacíficamente la acción de responsabilidad por vicios redhibitorios, pero con un alcance mucho menor y en los términos del art. 2176 del Cód. Civil. Por lo tanto, se exigirá para su procedencia que el fabricante-productor conozca los vicios de la cosa vendida, que no los haya manifestado al consumidor, y además, que éste opte por la rescisión del contrato, en lugar de demandar una acción *quanti minoris*.

Frente a este esquema resultó novedoso e innovador el aporte realizado por los doctores López Cabana y Lloveras en un recordado artículo sobre el tema en cuestión⁴⁸. Estos autores planteaban responder al problema analizado, sin recurrir a la ficción de la obligación tácita de seguridad, a través de una interpretación amplia de los arts. 520 y 521 de nuestro Cód. Civil.

A su criterio, debían entenderse comprendidos los daños al consumidor por productos defectuosos dentro del concepto de daños intrínsecos en cuanto "el daño sufrido por el comprador deviene interno a la trama del contrato" ya que "ningún otro fin verosímil cabría asignar a la compra de un producto que no sea el de consumirlo"⁴⁹.

En el segundo supuesto -fabricante-no vendedor- la responsabilidad es extracontractual, a pesar de debiles esfuerzos doctrinarios por reputarla contractual⁵⁰.

Sin embargo, se ha generado un interesante debate sobre cuál ha de ser el fundamento de esta responsabilidad extracontractual.

Cierto sector de la doctrina⁵¹ sostiene que el productor-

⁴⁸ López Cabana - Lloveras, *op. cit.*, p. 548.

⁴⁹ López Cabana - Lloveras, *op. cit.*, p. 553.

⁵⁰ Se han esbozado distintas tesis al respecto, que se encuentran sistematizadas en el nombrado estudio de López Cabana - Lloveras. Ellas son: la tesis del negocio fiduciario, de la cesión de derechos, de la relación contractual clásica, la tesis de la acción directa, la tesis de la acción subrogatoria, y la tesis del contrato a favor de terceros. Ver López Cabana - Lloveras, *op. cit.*, p. 553.

⁵¹ Conf. Llamblas, *op. cit.*; Salerno, *op. cit.*; Bustamante Alsina, *op.*

fabricante debe responder en virtud de la violación del principio genérico del *naminem laedere* consignado en el art. 1109 del Cód. Civil. Otro sector²², hace descansar el fundamento de la responsabilidad en una interpretación extensiva del párr. 2º del art. 1113 del Cód. Civil. Así, redefine el concepto de "dueño" o "guardián" que establece la letra del citado artículo e introduce la teoría del riesgo provecho. Se sostiene que debe responder quien es el dueño o guardián del producto al tiempo de su lanzamiento al mercado, es decir, en el momento en que se introduce el riesgo²³.

Finalmente, en el último caso se discute en doctrina²⁴ si debe extenderse o no la obligación de seguridad al vendedor no fabricante. Las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981), sin llegar a resolver la cuestión, establecieron causales de exoneración²⁵ para el comerciante minorista, que, a nuestro juicio como luego lo veremos, aumentan el principio de seguridad jurídica en las transacciones comerciales.

Éste es el esquema actual en que se desenvuelve la temática de los daños al consumidor en la legislación vigente. En el próximo apartado estudiaremos la nueva base normativa que intenta el Proyecto de ley que estamos analizando, y que según sus propios autores busca tomar "las necesarias precauciones legislativas... en función de la tutela del débil jurídico"²⁶.

6. SOLUCIONES APORTADAS POR EL PROYECTO

El tema que nos ocupa, es regulado por el art. 18 del Proyecto. Éste establece: "Si del producto o del servicio

cit. También ha sido la postura mayoritaria de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981).

²² Conf. López Cabana - Lloveras, op. cit.; Trigo Represas, op. cit.; y la posición minoritaria de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981).

²³ Ver López Cabana - Lloveras, op. cit.

²⁴ A favor se expresan Bustamante Alaina, op. cit.; Millner, Maurice. La responsabilidad civil por productos elaborados, LL, 143-150. En contra: Llambías, op. cit.; Trigo Represas, op. cit.

²⁵ Ellas son: a) que el vicio sea de fabricación, b) que el vendedor no tenga ni deba tener conocimiento del defecto en razón de su arte o profesión, c) que le sea imposible controlar la calidad del producto, y d) que no asuma personalmente esa garantía.

²⁶ Alierini - López Cabana - Stigitz, op. cit., p. 1004.

resulta daño, responderán el productor, el fabricante, el importador, el vendedor, el proveedor, y quien haya puesto su marca en el producto o servicio. La responsabilidad será concurrente, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que ha sido ajeno a la causación del daño²⁷. El esquema se complementa con los arts. 19 y 20 que regulan el plazo de prescripción, y la extensión del resarcimiento respectivamente. A propósito del art. 18 digamos que aunque no prevea expresamente la responsabilidad por daños al consumidor²⁸, ello surge implícitamente de la fórmula que emplean los autores ("si del producto o servicio resulta daño"). Este artículo establece la responsabilidad objetiva y concurrente de todos aquellos vinculados no sólo al proceso productivo (productor y fabricante) sino de aquellos relacionados con la distribución y comercialización de un producto o servicio (importador, proveedor, vendedor y quien haya puesto su marca en ellos).

La responsabilidad es objetiva en virtud de la aplicación del art. 1113 del Cód. Civil con un criterio amplio y pragmático que pone fin a las discusiones doctrinarias comentadas. Ello es así en razón de que se responsabiliza a "todo aquel que se sirve" (conforme los términos estrictos de la fórmula original del art. 1113) de una cosa riesgosa. Por ello los autores del Proyecto prevén la imputación de responsabilidad aun de "quien haya puesto su marca" (art. 18) en el producto o servicio.

La responsabilidad es concurrente en razón de la coexistencia de distintas obligaciones —una por cada uno de los sindicados por el artículo como responsables—, cuyo objeto —la reparación del daño causado por el producto defectuoso— y el sujeto activo —el consumidor-víctima— son idénticos²⁹. La concurrencia de los obligados a reparar el perjuicio es en proporción a su grado de participación en él. Según los mismos autores³⁰ el artículo en cuestión recepta las recomendaciones efectuadas por las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981) y las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil (Punta del Este, 1986), así como

²⁷ Así lo hace el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial que cuenta con media sanción del Congreso Nacional.

²⁸ Conf. Liambias, Jorge, Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones. Bs. As., Abeledo-Perrot, t. II.

²⁹ Conf. Alterini - López Cabana - Stiglitz, op. cit.

también coincide con la solución adoptada por el art. 2176 del Proyecto de Unificación²⁰.

Finalmente, digamos que el art. 19 del Proyecto establece un plazo de prescripción para la acción por daños y perjuicios de cinco años, conforme a la solución arribada en el art. 3933 del Proyecto de Unificación, tomada del Código Civil italiano de 1942²¹.

En cuanto a la extensión del resarcimiento se comprenden las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, con expresa inclusión del daño moral resultante (art. 20).

Antes de pasar al siguiente apartado, dedicado al análisis de las soluciones aquí reseñadas, queremos destacar que el Proyecto legisla saludablemente un solo régimen de responsabilidad en consonancia con la moderna doctrina y el Proyecto de Unificación del derecho privado.

7. ALGUNOS INTERROGANTES QUE NOS SUGIERE EL PROYECTO

Como ya lo señalamos, creemos que el Proyecto en cuestión constituye la punta de lanza del derecho del consumo. No obstante mantenemos algunas diferencias que se centran —en nuestro criterio— en un impreciso acotamiento de ciertas figuras legales que, por el carácter puntual del Proyecto, sería aconsejable establecer.

Nuestras críticas se centran en los siguientes temas:

- a) Ámbito de aplicación del régimen propuesto (art. 1°).
- b) El concepto de consumidor (art. 1°).
- c) La responsabilidad concurrente e indiscriminada de todos los eslabones de la cadena de comercialización (art. 18).
- d) La ausencia de límite monetario en la reparación del daño (art. 20).
- e) La no regulación del instituto del seguro.

El primer interrogante se plantea en el art. 1° cuando establece el ámbito de aplicación de este régimen. En efecto, dicha norma sostiene que "las disposiciones de esta ley se aplican a las relaciones jurídicas establecidas entre quienes

²⁰ Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 118.

²¹ Ver las notas explicativas del Proyecto de Unificación.

aux ocasionalmente, producen o comercializan cosas, o proveen servicios, y los consumidores". Este artículo regula, por lo tanto, las relaciones jurídicas establecidas entre el consumidor-victima y quien le provee un producto o un servicio defectuoso.

Nos permitimos sostener que consideramos disvalioso que dicho artículo incluya a aquellas vinculaciones celebradas por proveedores ocasionales. Creemos que la profesionalidad debería ser el elemento determinante para atribuir responsabilidad por daños al consumidor.

Entendemos que esta disposición introduce un factor de grave perturbación en las pequeñas relaciones negociales que se dan accidental y cotidianamente, por ejemplo, entre vecinos⁴². Piénsese en aquel vecino que ante nuestro requerimiento nos "regala" la lata de palmitos que "nos saca de apuro". Si tal producto enlatado generara daños en nuestra salud, ¿sería justo que respondiera nuestro amable y ocasional proveedor? Creemos que no: su falta de profesionalidad lo inhabilita para conocer cuándo un producto es defectuoso. Además, como se trata de un producto envasado, la imposibilidad de verificar su inocuidad se convierte en un elemento relevante⁴³.

Nuestra posición encuentra apoyatura en el art. 403, a, del *American Restatement of Torts*⁴⁴ que establece que "la responsabilidad especial del vendedor de un producto por

⁴² Sostiene Maurice Milner, refiriéndose a la *strict liability*, que "no es aplicable al vendedor ocasional de mercaderías que no ejerce la actividad como parte de su comercio; por ejemplo, el ama de casa que en una ocasión vende a la vecina un frasco de dulce o un kilo de azúcar, o el particular que vende su automóvil. La razón de ello es que estos casos carecen del fundamento inicial de la responsabilidad estricta aplicable al comercio de la venta de alimentos, esto es, que su cliente se ve obligado a depender de él en cuanto a la calidad de dichos alimentos". Ver Milner, *op. cit.*, p. 864.

⁴³ A mayor abundamiento, consideramos que de ser aprobada esta norma, se vería gravemente afectado el principio que hemos llamado "la normal solidaridad entre vecinos"; en este caso, la desconfianza y la inseguridad imperarían entre ellos.

⁴⁴ El *American Restatement of Torts* es un texto preparado por el American Law Institute que refleja la opinión de los más destacados juristas norteamericanos en cuestiones reguladas por jurisprudencia contradictoria o confusa. No tratándose de una compilación de fallos judiciales ni de un Código con sanción legal, el *Restatement* tiene por objeto sistematizar el derecho vigente para facilitar la labor del intérprete. Ver Bustamante Alcina, *op. cit.*

daño físico al usuario o consumidor" se da cuando "ha vendido un producto en condiciones defectuosas que resulten más peligrosas que lo razonable... Será responsable por el daño físico que sea causado... si a) el vendedor habitualmente vende productos semejantes"⁶².

El segundo interrogante que planteamos también surge del art. 1º. Precisamente cuando se define el término "consumidor". Allí se sostiene que "se consideran consumidores a las personas físicas que contratan con relación a 'cosas o servicios', para satisfacer necesidades personales, familiares o domésticas". Creemos que es desaconsejable limitar el concepto de "consumidor" sólo a las personas físicas. En efecto, consideramos que el derecho debería buscar proteger al débil jurídico⁶³, sea cual fuere la naturaleza de ese sujeto —persona física o persona jurídica—. Creemos que esto es así en razón de que pueden estar en una situación de debilidad tanto una persona de carne y hueso como el humilde orfanato de nuestra historia inicial.

En este sentido, se orienta el Proyecto de ley elaborado por el senador Luis León⁶⁴ que parte de un concepto amplio de consumidor⁶⁵. También podemos citar la Carta del Consejo de Europa de 1973 que sostiene que "un consumidor es una persona física o jurídica a la cual le son vendidos o suministrados bienes y servicios para su uso privado"⁶⁶.

El tercer interrogante se nos presenta en el acápite del art. 18 del Proyecto; éste establece que "si del producto o del servicio resulta daño responderán el productor, el fabricante, el importador, el vendedor, el proveedor y quien haya puesto su marca en el producto o servicio", fijando luego la responsabilidad concurrente de todos ellos.

Como se ve, la responsabilidad establecida por este artículo comprende —entre otros sujetos— al vendedor no fabricante⁶⁷. Creemos que tal inclusión es disvaliosa en el

⁶² Millner, *op. cit.*, p. 251.

⁶³ Las recientes XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariolche, 1988) sostuvieron, refiriéndose a los criterios del Proyecto de unificación Legislativa, que "el de protección debería atender a la debilidad antes bien que a la calidad de personas físicas".

⁶⁴ Fue aprobado por la Honorable Cámara de Senadores el 30 de octubre de 1988 y, desde esa fecha cuenta con media sanción legislativa.

⁶⁵ Ver Messina de Estrella Gutiérrez, *op. cit.*, p. 80.

⁶⁶ Ver el citado texto en Stigitz, *La protección*.

⁶⁷ Respecto de él, digamos que "al masificarse las mercancías fue de-

supuesto de productos envasados. En efecto, al vendedor no fabricante le resulta virtualmente imposible verificar la inocuidad de ellos. A veces, aunque quisiera hacerlo, no estaría capacitado para entender en la materia debido a los complejos procesos de industrialización. En otros términos el comerciante es un mero intermediario o "correo" de la oferta emitida por el fabricante al estampar su marca en el producto⁷¹. Debemos agregar a este hecho, que la mayoría de las veces los vicios de que adolecen los productos envasados son defectos de fabricación, y, por lo tanto, imprevisibles e inevitables. Es por ello que —como dijimos— al comerciante le resulta materialmente imposible ejercer un control de calidad sobre el producto. Además, consignemos que el pequeño y mediano comerciante no se encuentra en la posición de las grandes empresas fabricantes para "absorber o distribuir el incremento en el costo del producto que significa la contratación de seguros de responsabilidad"⁷².

Por todo ello, concluimos que el vendedor no fabricante no debería, por regla, ser responsabilizado en los términos del art. 18 cuando se tratara de productos envasados y correctamente identificados, que adolecieran de vicios de fabricación de imposible verificación material por el comerciante. No obstante ello, debe exigírsele, en virtud de su profesionalidad, el control de la autenticidad del origen y la fecha de vencimiento del producto⁷³. Esta postura fue sostenida en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en La Plata en 1981, por la Comisión encargada de la Responsabilidad por productos elaborados⁷⁴.

Esta solución no exime la responsabilidad genérica que le asigna el mencionado art. 18 al vendedor-no fabricante,

jando de ser un intermediario activo y, por lo general, imprescindible entre la producción y el consumo, para devenir en un eslabón más, ya no necesario, en el proceso de venta". Trigo Represas, *op. cit.*, p. 668.

⁷¹ La moderna doctrina norteamericana sostiene que entre el fabricante de productos envasados y el consumidor existe una relación a todas luces contractual cuya naturaleza no se ve afectada por la mera intermediación del comerciante. El mencionado fabricante emite su oferta al rotular su producto y lanzarlo al mercado. La oferta se perfecciona con efecto diferido cuando el consumidor adquiere el producto. Ver Allanak, *op. cit.*

⁷² Allanak, *op. cit.*, p. 349.

⁷³ Ver CI⁴CivCom, La Plata, Sala III, 27/10/83, "Capresella de Hernández Bardi c/Bocabela, José y otro", LL, 1985-D-38.

⁷⁴ Ver nota 55. Allí se enumeran las causales de exoneración del vendedor no fabricante, contempladas en las citadas Jornadas.

simplemente acota el ámbito de la responsabilidad de quien, en las actuales condiciones del mercado, no resulta sino "un profano de las mercaderías que le toca revender"⁷¹.

El último interrogante que nos plantea el Proyecto se centra en el art. 20. Este sostiene que "la indemnización comprenderá las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, e incluirá el daño moral". Ante el silencio de esta norma y en consonancia con la atribución de responsabilidad objetiva que hace el art. 18 ya citada, inferimos que los autores no han considerado oportuna la limitación monetaria de la extensión del resarcimiento.

Creemos que dicha falta de limitación desalienta la iniciativa privada e impide el establecimiento de mecanismos aseguradores que garanticen el cobro de la indemnización por parte de la víctima. Fundaremos esta observación analizando especialmente los dos problemas que ella plantea:

- a) La limitación indemnizatoria.
- b) El instituto del seguro.

Como se sabe, la mayor parte de las leyes modernas que crean hipótesis de responsabilidad objetiva, establecen como contrapartida la limitación⁷² de la responsabilidad a través de topes monetarios máximos y no por medio de la distinción entre las consecuencias inmediatas y mediatas del hecho dañoso. Un claro ejemplo de ello lo establece el art. 1113 del Proyecto de Unificación⁷³.

La utilidad de este "techo indemnizatorio" es doble. Por una parte, este régimen limitativo promueve la iniciativa privada al hacer posible cuantificar con anterioridad el costo del riesgo empresario a asumir⁷⁴. Por otra parte, esta limitación es necesaria para que sea posible la actividad

⁷¹ Trigo Represas, op. cit., p. 569.

⁷² Se sostuvo en el I Congreso Internacional del Derecho de Daños (Buenos Aires, 1959) que "cabe distinguir conceptualmente la tarificación de la limitación de la responsabilidad. La primera presume el daño y lo cuantifica. La segunda exige la prueba del perjuicio y opera como tope máximo". (Despacho de la Comisión n° 3: Límites del resarcimiento en la responsabilidad objetiva).

⁷³ En el mismo sentido se orientan el Código portugués y la ley de Quebec sobre seguro de automóviles, entre otros. Ver López Cabana, Roberto, La atribución objetiva de responsabilidad con limitación indemnizatoria en la unificación del derecho privado, LL, 1958-C-826.

⁷⁴ Es muy importante destacar que este sistema de ninguna manera busca eliminar el riesgo empresario; por el contrario, pretende hacer posible la determinación del capital arriesgado.

aseguradora por dos razones: como negocio rentable para el empresario asegurador y como medida de protección accesible para un mayor número de asegurados. La inexistencia de un límite indemnizatorio eleva irrazonablemente el monto de las primas, tornando al negocio del seguro de azarosa rentabilidad, que se agrava especialmente en las actuales condiciones económicas⁷⁹.

En razón de lo expuesto, somos partidarios de la limitación indemnizatoria. Sin embargo, creemos que tal tope no debería funcionar⁸⁰ cuando se diera alguna de las siguientes causales:

a) Cuando del hecho dañoso deriva la muerte de la víctima.

b) Cuando el demandado debió —en razón del riesgo de la actividad emprendida— razonablemente asegurarse⁸¹.

Fundamos la primera causal en nuestra convicción de que el valor vida siempre es superior a cualquier valor de naturaleza económica.

La segunda causal es utilizada por el art. 1113 del Proyecto de Unificación. Destacamos que la decisión de asegurarse o no está asentada en un criterio de razonabilidad en función de la magnitud del riesgo generado por la actividad emprendida.

En síntesis, nos permitimos afirmar que si el art. 20 analizado estableciera una limitación indemnizatoria se lograrían armonizar los dos valores en juego: el interés de la parte empresaria de que su riesgo no sea limitado y el del consumidor-víctima de que el daño producido le sea reparado.

⁷⁹ Confirma esta aseveración la reciente suspensión del aseguramiento de los accidentes de trabajo dispuesta por la Cámara de empresas que agrupa a las compañías aseguradoras.

⁸⁰ En estos supuestos regira el principio de reparación plena.

⁸¹ El tema del seguro es conflictivo. Sobre él existen dos posturas extremas que reputamos igualmente disvaliosas: por un lado, el "seguro obligatorio", el cual no se adecua a la actual coyuntura económica; y por el otro, la prescindencia total del seguro, lo cual aborta la posibilidad cierta de socializar el daño. Por ello, consideramos acertada una posición intermedia como la adoptada por el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial.

8. CONCLUSIONES

a) El fenómeno de la masificación de la producción a la par de mejorar las condiciones de vida, ha acrecentado sustancialmente los riesgos del consumo.

b) La clara diferencia de poderes entre el proveedor de bienes y servicios (empresario) y quien los adquiere (consumidor) coloca a este último en un estado de debilidad.

c) La función del derecho consiste en equilibrar esta desigualdad a través de la protección del débil jurídico. Esta se materializa en el instituto de la protección jurídica del consumidor.

d) Esta protección será ilusoria sin la garantía de un acceso amplio y rápido a la justicia. Por ello el reconocimiento de los intereses difusos se vuelve imperativo.

e) Dentro de los derechos reconocidos a los consumidores, adquiere especial relevancia el derecho a la seguridad y adecuada protección de su salud.

f) Los productos en mal estado que afectan la salud o la seguridad de quien los consume generan "responsabilidad por daños al consumidor".

g) La imputación de responsabilidad debe dirigirse —en principio— al fabricante ya que él es quien introduce el riesgo generando un provecho que luego los demás eslabones de la cadena de comercialización comparten.

A) No obstante ello debe admitirse la responsabilidad concurrente de estos últimos, aunque debe ser limitada en los casos de productos envasados.

i) La atribución de responsabilidad al fabricante por daños al consumidor, es objetiva en los términos del art. 1113 del Cód. Civil.

j) El oportuno Proyecto Alterini - López Cabana - Stiglitz establece la responsabilidad objetiva y concurrente de todos los eslabones de la cadena de comercialización.

k) Frente a este esquema es necesario señalar nuestras diferencias de criterio respecto del ámbito de aplicación de la ley, del concepto de consumidor, de la extensión indiscriminada de la responsabilidad, de la falta de limitación monetaria del resarcimiento y de la ausencia de regulación sobre el seguro.

4) Sin embargo, estas observaciones no invalidan la trascendencia del Proyecto y su contribución al crecimiento y desarrollo del derecho de consumo que se proyecta necesariamente al siglo XXI.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA ¿MÁS ALLÁ DEL BIEN Y DEL MAL?*

MARY ANA BELOFF

1. INTRODUCCIÓN. PLANTEO DEL PROBLEMA

La problemática de la determinación de la pena ha sido durante años dejada de lado en los abordajes de la dogmática jurídico-penal tanto a nivel nacional como extranjero, en cuanto aspecto que mereciera particular interés de ella, tal como lo ha constituido, por ejemplo, la teoría del delito, en sus interminables debates acerca del disvalor de resultado o del disvalor de acción.

Sin embargo, en los últimos años se ha comenzado a desarrollar lo que podríamos llamar una perspectiva dogmática en esta materia, y creemos que la discusión al respecto debe incrementarse y enriquecerse con los aportes que en este sentido pueden proporcionar otras ramas de las ciencias sociales, en nuestra creencia de que la ciencia penal, si existe como tal, y no es ésta la oportunidad de abrir el debate en este aspecto, integra el conjunto de las ciencias sociales y está muy lejos de verse reducida a una ciencia lógico-formal.

En el presente abordaje nos proponemos analizar los diferentes encuadres que en materia de determinación de la pena se han elaborado en la doctrina, comparar los enfoques de los teóricos nacionales y extranjeros y, por último, poner en evidencia sus falencias en tanto análisis que con-

* Este proyecto fue presentado en el II Congreso Nacional y I Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología que tuvo lugar en General Roca (Universidad Nacional del Comahue) en el mes de noviembre de 1985.

tribuyen a una mejor, más igualitaria y justa administración de justicia, en la medida en que es evidente la arbitrariedad en la que incurrirían los agentes que ejercen el poder jurisdiccional del Estado, al imponer condenas cuyas cantidades y calidades no aparecen justificadas en las sentencias que ellos mismos, casi automáticamente, elaboran.

2. UN PROCESO COMPLEJO

Haremos una recorrida por los antecedentes históricos, el derecho comparado y las posiciones doctrinarias, construyendo un marco teórico.

La determinación de la sanción que se le deberá imponer a quien ha cometido un delito no se reduce a un solo acto, a un solo momento, la sentencia, sino que, por el contrario, consiste en un no siempre claro y racional proceso que nace en la norma y que se extingue con la efectiva concreción de la pena impuesta al condenado.

Si bien se considera como más importante a la etapa a la que se ha convenido en llamar de "individualización judicial" —y es precisamente ésta la que nos ocupa principalmente en este trabajo—, no menos importantes son las otras dos individualizaciones: la legal, que la precede y que se hace manifiesta en la ley penal que establece de un modo general y abstracto la pena que corresponde a cada una de las infracciones taxativamente allí enunciadas; y la penitenciaria, que la continúa, y que está representada por el régimen que se considere en teoría más adecuado al cual debe ser sometido el condenado con la finalidad de lograr su "reinserción social"¹. De todas formas, la mayor o menor importancia relativa que se le otorgue a cada una de las tres fases mencionadas variará según las concepciones doctrinales que a este respecto se pongan en juego, y las diferentes legislaciones.

No obstante ello, algunos autores, entre ellos Zaffaroni, consideran que en realidad las actividades judicial y peni-

¹ La noción de "reinserción social", fuertemente relacionada con la teoría de la defensa social, ha sido ampliamente desestimada en los últimos años por la criminología crítica. En tal sentido ver Pavarini, Massimo, *La crisi della prevenzione speciale tra intese garantiste e ideologie secoliberaliste*, en Caturri - Ramat (a cura di), "Quali garanzie", Bari, Ed. Donato, 1983, p. 279-309.

tenciaria —o administrativa, en sus términos—, se combinan para realizar la voluntad de la ley². Sin embargo, creemos que tal postura deriva de considerar sólo el deber ser de la norma, y de ignorar lo que en realidad ocurre al ponerse en funcionamiento el circuito infracción-sanción. Por algún factor que esperamos dilucidar a lo largo de la presente exposición, tal combinación no se lleva a cabo, aunque sería deseable que así ocurriese, y cada una de las individualizaciones corre por sendas separadas, las que muy pocas veces convergen en realizar los propósitos perseguidos por el legislador.

El problema que nos ocupa, esto es el de la determinación de la especie y del quantum de la pena, puede ser tratado desde tres enfoques teórico-metodológicos diferentes y complementarios entre sí: el de la política criminal, el de la psicología judicial y el de la defensa social (con los reparos que nos merece esta expresión a la luz de una postura no funcionalista-sistémica del derecho penal)³.

El de la política criminal, en la medida en que ciertas decisiones judiciales pueden ser tan eficaces, o inocuas, en la labor que se desarrolla para disminuir los índices de delincuencia en una sociedad dada, tanto como las medidas legislativas o las sociales. En este sentido se parte de la idea de que la política criminal es aquella ciencia encargada de hacer comprensible al derecho penal como una totalidad —parte del extenso control social— en cuanto unidad funcional, desde la creación hasta la aplicación del derecho, y como la encargada de desarrollar una concepción limitadora de la lucha contra el delito en nuestras sociedades, en la zona de conflicto entre la ciencia jurídico-penal normativa y la investigación criminológica empírica.

Desde la psicología judicial, en la medida en que el juez, como hombre, con una historia, una escala de valores y una personalidad dadas, y sometido a un sinnúmero de presiones, es el principal agente de individualización de la pena.

Y, finalmente, desde el plano de la "defensa social", en la medida en que la sentencia no sólo importa la apreciación y valoración de una infracción a la luz de un Código Penal, sino también la consideración de la personalidad de su au-

² Zaffaroni no sostiene en la actualidad la postura preventiva en ninguno de sus aspectos. En tal sentido ver *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., Ediar, 1988.

³ Ver nota 1.

tor, sobre todo si tenemos en cuenta el aspecto "resocializador" de la sanción a imponer (en su momento se analizará la inconstitucionalidad del principio de culpabilidad en este sentido)⁴.

Desde los orígenes de la aplicación de una sanción al infractor de alguna norma legal o consuetudinaria, hasta fines del siglo xviii, la característica dominante en materia de determinación de la pena fue la arbitrariedad, consecuencia lógica del poder omnicompreensivo de los gobernantes de la antigüedad hasta el Iluminismo, y de la idea de que la falta, o bien atentaba contra el orden natural, o divino, de las cosas, o bien lo hacía contra el soberano, quien como vicario del dios en el primer caso, o por sí mismo, en el segundo, debía reparar la ofensa perpetrada en su jurisdicción. Con el advenimiento de la Ilustración se estableció un sistema de penas fijas, con el que se quería eliminar el arbitrio judicial, en nombre del principio de legalidad, en el que se vio tanto una garantía de igualdad como de sujeción del juez a la voluntad popular (Código Penal francés de 1791); pero que dio lugar a una rigidez excesiva. Hacia el siglo xix este régimen de tarifas legales se fue haciendo más flexible, al introducirse máximos y mínimos de la pena junto con circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad, y con medidas especiales para menores, enajenados y reincidentes.

Con Saleilles se comenzó a hablar de individualización de la pena, y de ahí en más se generalizó el uso de la trílogía planteada al inicio, la que constituye la tendencia prevalente en las legislaciones contemporáneas, a punto tal que actualmente se considera que el proceso de determinación de la pena en la sentencia no constituye únicamente un acto judicial formal sino también un acto humano y social.

Pese a ello, y como bien señala Mir Puig, la individualización no incluye todos los aspectos de la determinación de la pena. La individualización apunta a la adaptación al caso concreto. Así, regulada en parte tal adaptación por la propia ley penal, ella provoca el nacimiento del concepto de individualización legal; pero la propia determinación de la

⁴ Estamos refiriéndonos al principio de culpabilidad no como presupuesto dogmático de la imposición de una pena, en el marco de la teoría del delito, sino en el sentido en el que queda caracterizado en el texto, vinculado a la justificación de la sanción —y por extensión de su medida— a través de su contenido y finalidad resocializadoras.

pena exige un pronunciamiento anterior a dicha individualización, esto es, la propia fijación del "marco penal típico".

Prosiguiendo con el análisis histórico, agregaremos que el compromiso entre legalismo y arbitrio judicial que se alcanzó en el siglo pasado partió de la determinación legal como límite fundamental de garantía. Algunas escuelas, la positivista en especial y bajo los diversos nombres con los que se desarrolló en los diferentes países europeos y americanos, propiciaron una ampliación del ámbito de la determinación judicial y penitenciaria, como forma de atender a las necesidades de prevención especial relacionadas con la personalidad de cada delincuente, hasta extremos de postular la llamada "sentencia absolutamente indeterminada", a concretar por el juez o por las autoridades penitenciarias, a la vista de los resultados del tratamiento del recluso. En cambio otros, la mayoría, han abogado por la llamada "sentencia relativamente indeterminada", que sólo fija un límite máximo, y a veces también un límite mínimo. Sin embargo, la mayoría de los países han mantenido una determinación legal y judicial de la pena más estricta; y actualmente se advierte una reacción en contra del tratamiento indeterminado del delincuente —en realidad, por tiempo indeterminado—, incluso en aquellos países como EE.UU. y Suecia, donde más lejos se llevó el programa preventivo especial.

La mayor preocupación que provoca el tratamiento indeterminado es, ante todo, la inseguridad jurídica que implica para el condenado. Así, para evitar tal efecto, la ley y la sentencia judicial deben fijar la cuantía de la pena. Por el contrario, no despierta recelos la concesión hecha al juzgador, en delitos de poca gravedad, de suspender la pena, de sustituirla por otra menos grave o por medidas menos lesivas, o incluso, de prescindir de toda consecuencia jurídico-penal, como ocurre en algunas legislaciones. Asimismo, las necesidades de prevención general son tenidas en cuenta al restringir las mencionadas facultades judiciales a delitos poco graves. Sirvan como ejemplo las últimas reformas que en materia penitenciaria se han realizado en España, las cuales están dirigidas en la actualidad a ampliar el ámbito del arbitrio judicial sólo en la medida en que se trate de decisiones más favorables para el condenado y no entrañen, por lo tanto, un peligro para sus derechos.

De todo lo expuesto se concluye que la elaboración de sentencias en las cuales se determinan las penas —en cantidad y en especie— a imponer a los condenados, consiste en

un complejo proceso que en función de la teoría de la pena que fundamenta el análisis (en la medida en que cualquier teoría de la pena implica un criterio de legitimación del sistema penal), está destinado a alcanzar diferentes objetivos.....

Un claro ejemplo de ello lo representa el Coloquio de Bellagio de 1968, que reúne con regularidad a los representantes de las cuatro principales asociaciones internacionales interesadas por los problemas criminológicos (Asociación Internacional de Derecho Penal, Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, Sociedad Internacional de Criminología y Sociedad Internacional de Defensa Social), oportunidad en la que se hicieron manifiestas tres grandes orientaciones en lo que respecta al fin de la pena. La primera atribula a la sanción objetivos de intimidación y retribución, requisitos exigidos todavía por algún sector de la conciencia colectiva. La segunda le otorgaba finalidades de resocialización del delincuente, razón por la cual hacía hincapié en la importancia, durante el proceso de individualización de la pena, de la comunicación entre el acusado y el juez. La tercera, por último, enfatizaba la relación dialéctica que una sentencia establece entre los cuerpos judicial y social. Pese a las dificultades que las precedentemente citadas concepciones implicaban para la formulación de una única definición del proceso en cuestión, los participantes se pusieron de acuerdo en los siguientes términos: un acto que supone un enfoque que sobrepasa ampliamente las normas jurídicas de fondo y forma; un punto de encuentro entre las ciencias antropológicas y sociales; el resultado de numerosas decisiones preparatorias y el comienzo de diversas decisiones referentes a la ejecución de la pena; en suma, un acto humano que comprende numerosas interacciones entre el delincuente, el juez y la colectividad.

3. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Como se ha señalado, esta etapa consiste en que el agente juzgador establezca, dentro del marco que tiene para moverse en ejercicio de su arbitrio, cuál es la pena concreta a aplicar en un caso determinado, si cabe hacerlo, o la suspensión condicional de ella, o su sustitución por otra consecuencia jurídica. Sin embargo, este arbitrio no debe ser confundido con arbitrariedad, conforme lo señala Jescheck, al hablar de "discrecionalidad jurídicamente vinculada".

sino que tal arbitrio debe ser ejercido conforme a algunos principios que deben extraerse tanto de las formulaciones expresas de la ley penal como de los fines que se le atribuyan al derecho penal.

Conforme con tres criterios se ha planteado este problema en la doctrina, a saber: el de la prevención especial, el de la prevención general y el de la culpabilidad (en sentido amplio), incluyendo este último, aspectos tales como el de la proporcionalidad con la gravedad del hecho, y el de la culpabilidad *strictu sensu*. Así, el nudo de la cuestión se encuentra en determinar en qué medida el juez debe atender a cada uno de los criterios mencionados.

Una primera posibilidad es la sostenida por la llamada teoría de la pena exacta o puntual (*Punktstrafe*), la que entiende que el juez debe hallar la pena que resulte exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto, en un sentido amplio. Esta es una postura claramente retribucionista, la cual considera posible determinar el punto exacto de la pena que corresponde a la infracción cometida por el delincuente.

En la vereda opuesta a la teoría precedentemente citada se encuentra aquella que concibe a la culpabilidad, en un sentido amplio, únicamente como límite máximo de la pena, no como límite mínimo, de tal suerte que la pena no necesaria desde el punto de vista preventivo debería dejar de imponerse aunque fuese adecuada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor.

La primera teoría no contempla los fines de prevención en forma independiente. La segunda les concede, por el contrario, un margen ilimitado. En la actualidad, sin embargo, tienen mayor acogida otros planteamientos que pueden ubicarse en un lugar intermedio, como teorías eclécticas que buscan un equilibrio entre la función preventiva de la pena y la necesidad de ponerle un límite sobre la base de una proporcionalidad con la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor. Se trata de las teorías conocidas por el nombre de teoría del espacio de juego (*Spielraumtheorie*) y teoría del valor posicional (*Stellungswerttheorie*).

Según la teoría del espacio de juego, elaborada por la jurisprudencia alemana, la pena adecuada a la culpabilidad, en sentido amplio, no es una pena exacta, sino que abarca un marco determinado entre un máximo y un mínimo. Tal marco constituiría para el juzgador un "espacio de juego" dentro del cual podría moverse para graduar la pena en fun-

ción de las necesidades preventivas. Tal postura es defendible tanto desde una perspectiva que considere que la culpabilidad es la base de la pena exigida por la retribución, como lo sostiene Jescheck en su Tratado, como por aquellos que consideren la proporcionalidad como un límite de la pena exigido por la prevención general, tal como lo afirma Roxin en Culpabilidad y prevención en derecho penal. Asimismo, se discute también si dentro del marco que permite la culpabilidad sólo deben considerarse las necesidades de prevención general junto con las de prevención especial, o sólo las segundas.

En relación con la teoría del valor posicional cabe agregar que resuelve el problema entre culpabilidad en sentido amplio y prevención, otorgando a la primera la función de disponer por sí sola el quantum de la pena, y a la segunda, la de servir de guía, por sí sola también, a la decisión acerca de si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida (prevención especial).

Existen también otros factores a tener en cuenta en el análisis de la determinación judicial de la pena, mencionados tanto por la doctrina española como por la alemana, relacionados con específicas consideraciones y disposiciones que aparecen enunciadas en los Códigos Penales de los respectivos países, las que, asimismo, no son óbice para que el juzgador pueda y deba atender, además, a la totalidad de los principios que han de limitar el *ius puniendi* en un Estado social y democrático de derecho, a saber: principios de utilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, de resocialización, de humanidad, de legalidad, de culpabilidad y de proporcionalidad. Especialmente ponen de manifiesto la necesidad de que la determinación no ignore un principio constitucional básico: el de la igualdad, el que deberá servir para evitar que por razones coyunturales se apele a la prevención general para elevar la pena de algunos sujetos más que la de otros, así como para lograr que la prevención especial sea administrada de manera equitativa por los tribunales en sus sentencias.

Hasta aquí han sido analizados los aspectos concernientes a la relación que existe entre determinación de la pena y el fin de ella. Ahora es menester considerar los factores que inciden sobre la individualización, para observar si es posible encontrar criterios uniformes en esta materia o si, por el contrario, se trata de cuestiones que dependen estrictamente del tribunal encargado del juzgamiento, y que devie-

nen, por lo tanto, no susceptibles de ser sistematizados con miras a un mejor conocimiento del proceso que nos ocupa.

En este sentido se han realizado algunos estudios de campo, especialmente en Estados Unidos, Inglaterra, Canadá e Israel, que son particularmente esclarecedores del problema que estamos interesados en estudiar. Así, se ha examinado la incidencia de los factores legales y extralegales en las decisiones emanadas de los tribunales, llegándose a la conclusión de que los primeros, por ejemplo, el número de hechos, de condenas anteriores, el tipo de delito, los informes judiciales, etc., explican en gran medida la disparidad aparente entre las decisiones dictadas; y que para el caso de delitos de poca gravedad, pero no excesivamente leves, las normas jurídicas revelan una tendencia a hacerse menos explícitas y la individualización, un margen mucho mayor de discrecionalidad judicial. Otros estudios evidencian, por otro lado, la influencia de la manera de ponderar y de recibir información por parte de los tribunales, la forma en que la utilizan, la ideología, el sexo, la religión o la profesión anterior del juzgador. Como estudios empíricos, sólo dan cuenta de aspectos muy específicos y parciales de la realidad, debido a que para efectuarlos es necesario realizar recortes del objeto de estudio. Pese a ello creemos que son orientadores para concretar estudios de esta naturaleza en nuestro país, donde sintomáticamente no se han llevado a cabo, con la finalidad de encontrar, inductivamente, algunos elementos relacionados con los factores que inciden de manera esencial en la fijación de la pena por los agentes encargados de determinarla.

Sobre la base de las investigaciones recién señaladas, es posible afirmar que existen tres clases de factores típicamente judiciales: algunos de carácter estrictamente técnico, como la colegialidad o la unipersonalidad del tribunal, el tipo de procedimiento, la existencia o no de etapas independientes de instrucción y de sentencia, el carácter profesional o no del personal que debe decidir, la formación jurídica o criminológica del magistrado, etc.; otros de índole psicológica como el estado físico y mental del juez, su reacción ante la criminalidad en general y ante el delito que debe juzgar, su percepción de la política criminal, etc.; y finalmente determinados factores sociales, como la reacción de la opinión pública.

Los elementos hasta ahora reseñados sirven para tener un panorama de las diferentes formas de abordar la proble-

mática de la determinación de la pena desde diferentes perspectivas metodológicas, el que, obviamente, no se agota con los elementos mencionados. Nos resta, finalmente, explicar por qué creemos que todas las hipótesis indirectamente formuladas nos parecen insatisfactorias, a la luz de nuestro derecho positivo y a la sombra de nuestros magistrados, para dar una acabada solución al tema³.

4. EL DERECHO POSITIVO Y LOS PRONUNCIAMIENTOS NEGATIVOS. REFORMULACIÓN DEL PROBLEMA

A nuestro juicio, el principal problema que se presenta en esta materia es el de esclarecer cuáles son las razones que conducen a que en las sentencias penales el apartado concerniente a la determinación de la pena constituya un cliché que se reproduce casi sin diferencias a lo largo de los años y de los tribunales, a través de diferentes magistrados y justiciables. No se trata aquí de considerar el funcionamiento de la corporación judicial, aunque creemos que él no es ajeno a todo lo expuesto hasta el momento. Se trata más precisamente, de discutir por qué razón se violan constantemente garantías constitucionales —principios de legalidad y de igualdad ante la ley— en las sentencias de nuestros tribunales como algo natural, inconsciente y, por lo tanto, no cuestionable.

Salvo escasísimas excepciones, los jueces no otorgan mayor importancia a la graduación de la pena y a la determinación de la especie, con relación a los fundamentos que la justifican. Suele leerse: "para graduar la sanción que habré de imponer al justiciable, habré de tener en cuenta su edad, la recuperación, o no, del bien sustraído (en el caso de que se trate de un robo o hurto), la presencia, o no, de antecedentes condenatorios, la impresión personal que de él me formé en la audiencia consignada a fs. XX, así como las restantes pautas de dosimetría punitiva previstas en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal". Es difícil entender si estas pautas de mensuración punitiva actúan a favor o en contra del condenado, si se consideran en todos los casos o sólo en algunos, si se relacionan con la gravedad del injusto o con la culpabi-

³ Creemos que no existen respuestas definitivas a ningún problema científico, precisamente porque por su provisividad se lo define así, como científico.

lidad del autor, etcétera. Tales lagunas son, a mi juicio, violatorias de los principios establecidos en los arts. 18 y 19 de la Const. Nacional, a saber: del principio de legalidad y del de reserva, así como del principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la Const. Nacional.

Siguiendo a Zaffaroni, creemos que en nuestro Código Penal el criterio general en materia de cuantificación de la pena es que ella debe guardar cierto grado de relación con la magnitud del injusto y de la culpabilidad, sin perjuicio de admitir el llamado "correctivo de la peligrosidad", en cada caso concreto.

El sistema de cuantificación de las escalas penales contenido en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal pone en evidencia la inexistencia de penas rígidas en él, y aun más, permite al tribunal optar, hasta en las penas de duración perpetuas, entre reclusión o prisión, y para el caso del art. 80 del Cód. Penal, la reclusión accesoria del art. 52, o no (si bien en los hechos las diferencias entre reclusión y prisión son casi imperceptibles).

El art. 40 remite al 41: "en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condena-ción de acuerdo con las circunstancias atenuantes y agravantes particulares a cada caso, y de conformidad a las reglas del artículo siguiente". El art. 41 determina, en su inc. 1º, que se tendrá en cuenta a los efectos del artículo anterior, "la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados"; y en el inc. 2º señala criterios generales, pero no clasifica "agravantes" ni "atenuantes", como lo hacen otras legislaciones.

Las dificultades aparecen a la hora de interpretar los alcances de los artículos precedentemente citados, debido a que en este punto se ponen en funcionamiento las concepciones que se hayan adoptado del derecho penal y del delito, sintetizándose así todos los aspectos problemáticos de la teoría del derecho penal.

Hemos dicho que parte de la doctrina considera que la individualización judicial no constituye una etapa posterior e independiente de la individualización legal, sino que la continúa para precisar la pena que corresponde a un caso concreto cuya especificidad escapa al legislador. Pero si nos mantuviéramos en esa postura no podríamos explicar las discrepancias abismales que aparecen entre sentencias que resuelven sobre una misma clase de delitos y con autores

que revisten un grado similar de culpabilidad (si es posible formular generalizaciones tales). Por ello creemos que en la individualización judicial se ponen en juego un sinnúmero de factores que se le escapan al legislador y que no se relacionan solamente con la especificidad del delito.

Leemos en el Manual: "la pena tiene por objetivo proveer a la seguridad jurídica mediante la prevención de futuros ataques a la misma, lo que se obtiene o procura obtener con la acción preventiva especial"⁴. Por tanto, el disvalor del delito no debe ser desproporcionado con la lesión que inevitablemente trae aparejada la pena preventiva a los bienes del condenado por razones de seguridad jurídica que se hallan socioculturalmente condicionados. Ahora bien, puede ocurrir que por la personalidad del penado no quepa aplicársele todo el equivalente a la cuantificación que hubiera resultado de los criterios del injusto y de la culpabilidad. En este caso es admisible el correctivo de la peligrosidad "que no afecta la imagen del hombre como persona" ni implica un derecho penal de autor, en virtud de que no crea una punición sino que descende una cuantificación basada en el injusto y en la culpabilidad.

Por todo lo expuesto queda claro que no es posible sostener que en el art. 41 sólo se encuentran indicios de peligrosidad, como lo afirma parte de la doctrina nacional, porque en nuestro Código Penal el correctivo de la peligrosidad sólo puede obrar a favor del condenado.

El art. 41, inc. 1º, hace referencia a la cuantía del injusto, es decir, al grado de contradicción de la conducta con el derecho. La "naturaleza de la acción" es una expresión redundante porque ella surge del resto del enunciado del inc. 1º. Asimismo, las referencias al injusto no se agotan en el inc. 1º sino que en el inc. 2º se manda computar "la participación que haya tomado en el hecho", lato sensu, es decir, abarcando la coautoría. Existen también casos especiales de mayor contenido del injusto del hecho, como la pena del concurso ideal o la del delito continuado.

En relación a la culpabilidad de autor como criterio cuantificador (violatorio del principio de legalidad ya que reprocha conductas anteriores al delito y a las que la ley no declara delito -art. 18, Const. Nacional-; de cualquier ámbito de lo privado y del principio de reserva -art. 19, Const.

⁴ Ver nota 2.

Nacional— al reprochar lo no prohibido) aparece en las siguientes citas del art. 41: "la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos", siempre que la miseria no alcance un grado tal que determine un estado de necesidad justificante; "los demás antecedentes y condiciones personales", general referencia a la personalidad del sujeto como condicionante de su ámbito de determinación; "los vínculos personales" y "la calidad de las personas", como relaciones que unen al autor con la víctima y que le hacen más exigible la conducta conforme a derecho.

Por último el art. 41 establece una garantía de jurisdiccionalidad, en la medida en que demanda al juez "tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida en cada caso". Se trata de una disposición de naturaleza procesal pero de rango constitucional, razón por la que, como acertadamente señala Zaffaroni, los tribunales de alzada deberían cumplimentarla regularmente, tal como lo estipula el Código Penal.

A lo expuesto se le suma la prohibición de la doble desvaloración, por ejemplo, de la condición de hijo, lo que no obsta a que se gradúe la responsabilidad en algunos supuestos, por ejemplo, en el caso del funcionario público (no es igual la responsabilidad de un barrendero que la de un ministro).

Por otro lado, las escalas penales se alteran por el contenido del injusto derivado de la afectación del aspecto objetivo de la seguridad jurídica, en el caso de la escala penal de la tentativa y de la complicidad; y se agrava en base a un mayor contenido del injusto derivado de un mayor peligro de alarma social por la reincidencia, el cual es a todas luces inconstitucional, puesto que toda pretensión de agravar la pena de un delito posterior en razón de un delito anterior ya juzgado, importa una violación del principio *non bis in idem*.

Por último, cabe agregar que en la parte especial se fijan escalas penales para delitos en particular teniendo en cuenta tanto la cuantía del injusto como la culpabilidad (es el caso del art. 81, inc. 1°, la emoción violenta, y las motivaciones del art. 80, inc. 3°, por precio o promesa remuneratoria, inc. 4°, por placer, codicia, odio racial o religioso e inc. 7°, por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito).

La condena condicional implica el reconocimiento de la conveniencia de evitar las penas cortas, privativas de la libertad, admitiendo su carácter perjudicial y criminógeno, y

su nulo valor preventivo. Creemos que la aplicación de esta última por los tribunales también se hace de manera automática, sin tener en cuenta todos los factores anteriormente considerados.

5. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS Y CONCEPTUALIZACIÓN

"Cada sociedad tiene su régimen de verdad, su política general de la verdad: es decir, los tipos de discurso que ella admite y hace funcionar como verdaderos; los mecanismos y las instancias que permiten distinguir los enunciados verdaderos o falsos, la manera en que se sancionan los unos y los otros; las técnicas y los procedimientos que son valorizados para la obtención de la verdad; el status de aquellos que tienen a su cargo decir lo que funciona como verdadero"³.

Hemos visto, a muy grandes rasgos, en qué consiste la problemática de la determinación de la pena. Hemos tratado de formular los alcances de las teorías que se han elaborado para explicarla mejor. Hemos visto qué dice nuestro Código Penal al respecto. Hemos tratado de entenderlo. Pero no hemos podido responder con claridad al interrogante planteado al inicio: por qué razón en las sentencias penales prácticamente se ignoran las razones por las que se impone una especie de pena y una cantidad determinada o no de ella, por qué los jueces no se ven en la necesidad de justificar las sanciones que imponen (violando gravemente garantías constitucionales) y por qué, tal vez como consecuencia o concomitantemente con ello, la doctrina nacional prácticamente no se ocupa de este tema.

Creemos que la respuesta se encuentra probablemente al nivel del discurso jurídico, en la convicción de que se trata del discurso del poder por antonomasia. La verdad, en el discurso jurídico, no está fuera del poder ni actúa sin poder. Cuando el juez falla, dice el derecho, crea derecho y verdad jurídica. Puesto a analizar los elementos que integran el injusto que tiene frente a sí, y la culpabilidad del sujeto sometido a proceso, no se siente con demasiado lugar para la innovación. Tampoco es necesario. Acomoda los hechos a algún esquema de teoría del delito que considere

³ Foucault, Michel, en "L'Arc, Revue Trimestrielle", Aix en Provence, nº 70, La crise dans la tête. Entretien avec M. Fontana, p. 25.

conveniente y, si no encajan, por esa molesta manía que tiene la realidad de sustraerse al cómodo cepo que le impone la teoría, los mete a presión, como en lecho de Procusto, para que el teorema resuelva.

En el acápite de individualización de la pena, por el contrario, no encuentra elementos precisos, contundentes, que le permitan seguir adelante. El Código Penal es demasiado ambiguo; doctrina y jurisprudencia parecen escapar al tema.

Sin embargo, la pena debe ser impuesta, para que el sistema resuelva.

Creemos que en este aspecto entran en juego tanto el pensamiento mágico de los magistrados como el de la opinión pública, que clama venganza. ¿Cómo puede ser similar el proceso de individualización de la pena para un homicidio calificado y para un robo de autoestéreo en grado de tentativa?

Sólo en la medida en que lo que se requiere es castigo, retribución.

En este estado del análisis, podemos formular la siguiente hipótesis: En el proceso de individualización de la pena se pone en funcionamiento el pensamiento mágico de los magistrados y el de la opinión pública que, como parte del inconsciente colectivo, no se cuestiona ni necesita justificarse.

En lo que concierne al proceso de individualización de la pena, creemos que ha quedado claramente conceptualizado a lo largo de la exposición. Entendemos por pensamiento mágico aquel sistema de referencia, alejado del significativo y del significado, en cuyo seno pueden integrarse datos contradictorios². Magistrados son todos los agentes de la corporación judicial encargados de dictar sentencias; opinión pública, aquel objeto y producto de las manipulaciones "informativas" de los mas-media. Llamamos inconsciente colectivo, a las imágenes primordiales (pensamiento y sentimientos más antiguos, generales y profundos de la humanidad), posibilidades de humana representación, heredadas en la estructura del cerebro y que producen remotísimos modos de ver³. Por último, entendemos por cuestionarse a aquella actividad que consiste en reflexionar sobre las propias formas de actuar y de pensar, y por justifi-

² Conf. Lévi-Strauss, Claude, *Antropología estructural*.

³ Conf. Jung, Carl G., *Lo inconsciente*.

carer, a aquella consistente en otorgar sentidos a estas mismas formas.

6. DEMOSTRACIÓN. MOTIVOS DE ESTA INVESTIGACIÓN

No hemos podido implementar la tarea concerniente a la recolección de pruebas que permitan verificar la hipótesis planteada en el apartado anterior.

No obstante ello creemos conveniente mencionar que consistiría nuestra actividad, a saber: encuestas a magistrados, presidiarios y ciudadanos; relevamiento de sentencias, desde la implementación de la actual justicia penal hasta la fecha; confección de estadísticas buscando constantes en algunos de los sentidos en los que se ha orientado la investigación en otros países, y en otros sentidos originales, que se vayan descubriendo; además de todos los elementos que se hagan presentes a lo largo de la investigación, para poder contrastar y falsar con la mayor amplitud posible (proporcionada por la mayor cantidad de elementos de juicio que se pueden reunir) nuestra hipótesis.

En otro sentido, consideramos imperioso explicitar las razones que nos motivaron a llevar a cabo la presente investigación (o al menos comenzarla con este proyecto). Creemos necesario realizar reformas al Código Penal que tiendan a precisar con claridad reglas de individualización y de determinación de la especie y del quantum de la pena, como garantía de control al arbitrio judicial. Pero también creemos necesario desarrollar sistemáticamente principios que se encuentran presentes en algún rincón de nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo ha venido haciendo la doctrina extranjera en los últimos años.

Estamos convencidos de la necesidad de desmitificar el sentido de la aplicación de sanciones por parte de un tribunal, como paso inicial de un largo pero imprescindible camino que permita abolir este siniestro andamiaje punitivo, con miras a lograr una administración de justicia más igualitaria, más justa, donde los discursos de poder no sean unidireccionales sino que se integren a un entramado de relaciones sociales que sirva para eliminar de las mentes de los hombres la difundida idea de que el derecho penal es una herramienta legítima y eficaz para resolver conflictos que son creados, precisamente, por un mismo y perverso sistema de control social institucionalizado, y no tanto.

BIBLIOGRAFÍA

- Cuello Calón, Eugenio. *La moderna penología*. Barcelona, Bosch, 1958.
- Eco, Humberto. *¿Cómo hacer una tesis?*. Bs. As., Gedisa, 1978.
- Jaschbeck, Hans H., *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1966.
- Jung, Carl G., *Lo inconsciente*. Bs. As., Lonada, 1975.
- Levi-Strauss, Claude, *Antropología estructural*. Bs. As., Eudeba 1984.
- Mari, Enrique E., *La problemática del castigo*. Bs. As., Hachette, 1943.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal*. Barcelona, Publicaciones Universitarias, 1988.
- Rico, José M., *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*. México, Siglo XXI, 1987.
- Rosin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972.
- *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, 1981.
- Walzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983.
- Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 1987.
- Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Jaén, Edersa, 1979.

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL- DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL, UNA MISMA DISCIPLINA

ROSARÍA CORREA

1. INTRODUCCIÓN

Después de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) se produce un cambio en el derecho constitucional al constitucionalizarse ciertas instituciones de garantías procesales y de derechos sociales, con el fin de proteger al individuo de gobiernos dictatoriales o arbitrarios.

Surge la jurisdicción constitucional y, por ende, los Tribunales Constitucionales cuyo antecedente es el Tribunal austríaco de 1920, concebido por Kelsen¹.

Sin embargo, recién después de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) es cuando se desarrolla lo que había sido iniciado casi tres décadas antes.

Este desarrollo y preocupación acerca de la constitucionalización de garantías y de un proceso para hacerlas valer trajo como consecuencia la creación de Tribunales Constitucionales como el italiano (1947) y el francés (1946-1958).

Cabe advertir que antes de la Segunda Guerra Mundial, en 1931, fue creado un Tribunal de Garantías Constitucionales en España. En Hispanoamérica se instituye un control constitucional en las Constituciones de Cuba (1940), Panamá (1941) y Costa Rica (1943)².

¹ González, Nicolás - Deleito, Domingo, *Tribunales constitucionales: organización y funciones*, p. 15.

² *Ibidem*, p. 15.

En 1978, al establecerse la democracia en España, después de cuarenta años de dictadura, se ha vuelto a crear en ese país un Tribunal Constitucional.

Así pues, el problema de la justicia constitucional trae como consecuencia "un estudio de las normas que regulan el proceso constitucional³ y las garantías procesales elevadas a rango constitucional". De esta manera se origina una nueva disciplina⁴, llamada por algunos derecho procesal constitucional y por otros derecho constitucional procesal, pero que es una misma.

Esta discrepancia en cuanto a la terminología no es más que un reflejo de los problemas que afronta esta nueva disciplina. Es importante señalar que ella todavía está en estado evolutivo, pues su contenido y aún más los límites de su autonomía no están definidos.

Muchos son los estudiosos que se han inclinado por uno de los dos términos.

Entre los autores que se inclinan por la expresión derecho procesal constitucional tenemos a Couture, Sagüés, González Pérez, Hitter, y otros; mientras que para Fix Zamudio y Jorge Fábrega debe ser derecho constitucional procesal.

En cuanto a los estudios que se han hecho acerca de ella tenemos:

- a) La conferencia realizada en Florencia (Italia) en 1971, en donde participó Fix Zamudio.
- b) El I Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en México (1975) en donde se plantea la necesidad de integrar el derecho constitucional con el procesal para un estudio de mayor profundidad.
- c) El VII Congreso Internacional de Derecho Procesal en Alemania Federal en 1983⁵.

Son muchos los autores que se han preocupado por estudiar el origen, contenido y naturaleza de esta nueva disci-

³ González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, p. 48.

⁴ Alcalá Zamora plantea que es a Kelsen a quien se le atribuye la paternidad del derecho procesal constitucional. Citado por Torres, Secundino, *Examen panorámico de la Constitución: en 1972 y en las reformas de 1983. Defensa procesal de los derechos fundamentales*, en Fábrega, Jorge, "Estudios de derecho constitucional", p. 187.

⁵ Hitter, Juan, *El derecho procesal constitucional*, en Fábrega, "Estudios de derecho constitucional", p. 869.

plina jurídica. Ésta es la mejor forma de tener una idea del fin que se busca y de inclinarnos por uno de los dos términos.

2. Concepto

Esta rama jurídica, como dijimos anteriormente, es un conjunto de normas que regulan el proceso constitucional y las garantías procesales elevadas a rango constitucional.

Para González y Deleito "el derecho procesal constitucional es la rama del derecho procesal que estudia y regula las cuestiones derivadas de la inconstitucionalidad de las leyes, de las violaciones de derechos y libertades proclamadas en los textos constitucionales y de los conflictos propiamente constitucionales entre altos poderes del Estado, entre éste y las comunidades autónomas o de éstos entre sí"⁴.

Por otro lado Fábrega plantea que: "El derecho constitucional procesal examina cuestiones como el proceso constitucional, sus tipos, su naturaleza, presupuestos, objeto litigioso, actos procesales, desarrollo y terminación del proceso, efectos del proceso, principios procesales al igual que las garantías constitucionales que deben dársele a las partes con otros procesos tales como el derecho a la acción, el debido proceso, etcétera"⁵.

Si comparamos ambos conceptos veremos que tienen similitud en cuanto a que establecen que esta materia regula el proceso constitucional cuyo objeto es la materia constitucional.

Sin embargo, vemos que en el primer concepto se habla de una rama del derecho procesal, mientras que en el segundo, no.

Este es un problema de naturaleza jurídica el cual estudiaremos posteriormente.

Vemos que se habla de un proceso constitucional con sus elementos, principios, efectos, etcétera.

Para Quiroga Cubilla el proceso constitucional es: "La relación jurídica de tipo complejo que busca la satisfacción de pretensiones basadas en normas constitucionales"⁶.

⁴ González - Deleito, op. cit., p. 11.

⁵ Fábrega, Jorge, *Derecho constitucional procesal panameño*, en Fábrega, "Estudios de derecho constitucional", p. 889.

⁶ Quiroga Cubilla, Héctor, *El proceso constitucional*, p. 1.

Al referirse a la relación jurídica de tipo complejo nos quiere significar que el proceso constitucional es especial, pues tiene un procedimiento especial. En nuestro ámbito jurídico [Bogotá] este proceso está regulado en el Código Judicial, Libro IV, bajo el título: "Instituciones de garantías".

Es a través de este conjunto de normas, tanto constitucionales como legales, que se llega a un restablecimiento del ordenamiento jurídico alterado para lograr el bienestar común y la paz social.

3. Contenido

La referencia al contenido de una disciplina alude a lo que encierra su estudio, lo que éste implica. De ahí que al estudiar el concepto podamos deducir dos grandes divisiones: el proceso constitucional y todo lo que éste implica y las garantías procesales contenidas en la Constitución.

Por otro lado, su campo de acción es muy relativo, pues va a depender de la jurisdicción constitucional de cada Estado⁹.

Es importante estudiar las divisiones que hacen algunos de los estudiosos de esta disciplina:

Hitter establece cuatro grandes vertientes:

- a) El derecho procesal legal.
- b) Las garantías de las partes.
- c) Las categorías de la jurisdicción.
- d) Las garantías judiciales.

Incluye además, la protección de los derechos humanos dentro de esta disciplina¹⁰.

Por su parte, Fix Zamudio la divide en dos grandes sectores:

- a) Normas constitucionales que regulan la organización y funcionamiento de los tribunales a las que podemos denominar "garantías judiciales".

⁹ Hitter, *op. cit.*, p. 872.

¹⁰ *Ibidem*, p. 889.

b) Los instrumentos relativos a la eficacia del proceso, que contienen los derechos de las partes y el debido proceso¹¹.

El procesalista panameño Jorge Fábrega sostiene que el contenido abarca dos subdivisiones:

a) Los procesos constitucionales.

b) Garantías elevadas a rango constitucional que ofrecen todos los procesos reconocidos en la Carta y desarrollados en los ordenamientos procesales¹².

Para ampliar un poco más, en la primera subdivisión se encuentran: el proceso de inconstitucionalidad, de hábeas corpus y el amparo de garantías.

Estas instituciones están consagradas en la Constitución, pero el proceso para lograr que se cumpla está contenido en la ley formal.

4. NATURALEZA JURÍDICA

Una de las grandes polémicas que se dan en el desarrollo de esta disciplina es la de ubicarla en el ámbito jurídico, es decir, establecer si es parte del derecho procesal o del derecho constitucional.

Por otro lado, muchos se inclinan por una solución ecléctica, pues plantean que es un tema que interesa a ambas ramas y que no puede ser estudiado aisladamente por una de ellas a espaldas de la otra. Fix Zamudio considera que su investigación debe ser objeto de un estudio interdisciplinario¹³.

Sin embargo, los que propugnan el planteamiento de que es parte del derecho constitucional establecen que lo novedoso es que garantías procesales hayan sido elevadas a rango constitucional.

Los que establecen que es parte del derecho procesal argumentan que la nueva disciplina estudia el proceso constitucional, que tiene los mismos principios procesales que todos, con la única diferencia de que el objeto materia del proceso son las normas constitucionales.

¹¹ Fábrega, *op. cit.*, p. 335.

¹² *Ibidem*, p. 338.

¹³ Ritter, *op. cit.*, p. 371.

Esta disciplina, como rama del derecho procesal, tendrá al igual que éste un carácter público, instrumental e imperativo.

Público, pues es el Estado el que realiza la función jurisdiccional a través del proceso, el cual es estudiado por el derecho procesal.

Se realiza, pues, una función publicista.

Señala González Pérez: "No puede negarse el carácter publicista del derecho procesal y que el derecho procesal constitucional al ser una rama del derecho procesal tiene el mismo carácter"¹⁴.

Es instrumental pues a través de este proceso constitucional se logra la justicia constitucional. Su papel es la defensa de la Constitución. Es el instrumento para hacer efectivas las pretensiones fundadas en la Constitución.

Es imperativo, pues como toda norma jurídica tiene dicho carácter, este conjunto de normas procesales lógicamente también lo tendrá.

Ubicar esta disciplina en un ámbito u otro es tratar de resolver el problema de la terminología, ya que ambos problemas están íntimamente vinculados.

El análisis de dichas posiciones nos lleva a pensar que el mejor término es derecho procesal constitucional y, por ende, que es parte del derecho procesal.

El término derecho constitucional procesal parece ser, a nuestro juicio, un estudio de las normas procesales contenidas exclusivamente en la Constitución, marginando así las normas que rigen el mismo proceso constitucional.

Vemos, entonces, que las normas procesales legales son importantes dentro del proceso constitucional y que hay una relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional. Es más, el derecho procesal tiene como fuente principal las normas procesales de rango constitucional que sirven de base para el nacimiento y desarrollo de normas procesales legales.

En conclusión tenemos que, así como el Estado ejerce su función jurisdiccional ("administrar justicia") por medio de un proceso, y las normas que lo regulan constituyen el derecho procesal, así también el Estado ejercerá la jurisdicción constitucional para lograr la justicia constitucional a

¹⁴ González Pérez, *op. cit.*, p. 53.

través de un proceso constitucional que es regulado por un conjunto de normas que constituyen el derecho procesal constitucional.

Para fundamentar mejor lo anterior tomamos en consideración la opinión de Calamandrei y de Couture de que "el consignar libertades en las Cartas Fundamentales es vano si no pueden ser reivindicadas en juicio"¹⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- Fábrega, Jorge. *Derecho constitucional procesal panameño*, en Fábrega, Jorge (comp.), "Estudios de derecho constitucional". San José, Costa Rica, Texto Ltda., 1987.
- González Pérez, Jesús. *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.
- González, Nicolás - Deleita, Domingo. *Tribunales Constitucionales: organización y funciones*, Madrid, Tecnos, 1980.
- Hitter, Juan. *El derecho procesal constitucional*, en Fábrega, Jorge (comp.), "Estudios de derecho constitucional". San José, Costa Rica, Texto Ltda, 1987.
- Quiroga Cubella, Héctor. *El proceso constitucional*, Bogotá, Librería del Profesional, 1983.
- Torres, Secundino. *Examen postmórtem de la Constitución: en 1972 y en las reformas de 1982. Defensa procesal de los derechos fundamentales*, en Fábrega, Jorge (comp.), "Estudios de derecho constitucional". San José, Costa Rica, Texto Ltda, 1987.

¹⁸ Hitter, *op. cit.*, p. 268.

CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

18. **LECCIONES Y EXAMEN.**

EN NOMBRE DEL JUEGO

CHRISTIAN COURTIS

Intentaremos en este comentario tratar con elementos de juicio poco usuales en el ámbito de la reflexión jurídica, el material que nos proporciona un fallo judicial. La elección del fallo, más allá de su contenido risueño, es absolutamente intencionada, ya que su simple lectura permite abarcar totalmente los diferentes segmentos con que se integra la decisión. Utilizar puntos de vista similares a los que aquí expondremos sobre sentencias más convencionales supondría la revisión de cada período procesal, especialmente el juego de peticiones, proveídos y contestaciones y la etapa probatoria, y tal examen excedería abultadamente el espacio con el que contamos.

Los supuestos del caso son sencillamente aislables. Se deniega en el Registro Civil la inscripción del nombre que los padres han elegido para su hijo; la denegatoria se recurre judicialmente y por apelación se llega a la Cámara. El precepto legal aplicable también está claramente identificado: el artículo pertinente de la ley del nombre (art. 3º, ley 18.248).

Pues bien, podemos partir de entender la decisión como el resultado final de un juego. Desde ya, nuestra proposición no tiene ninguna carga despectiva. Hablamos de juego tomando en consideración la existencia de ciertas reglas determinadas, ciertas posibilidades combinatorias, cierto desarrollo estratégico y cierta posición final. Por cierto esta definición es excesivamente laxa, pero, en principio, nos resulta conveniente para trabajar metafóricamente dentro del marco que deja delineado. En este caso nos interesa el rol de jugador llevado a cabo por la Cámara, exclusivamente.

El ejercicio de penetrar en la metáfora del juego nos permite describir los caracteres del proceso metaforizado en los términos del referente metafórico. De la fertilidad de

los resultados de dicha descripción depende la conveniencia o inconveniencia de este recurso teórico, que será especialmente útil cuando nos ayude a esclarecer lugares que permanecen oscuros en la explicación de los discursos teóricos tradicionales. Si la metáfora nos conduce a resultados atractivos, podemos conjeturar la posibilidad de transitar el sutil hilo que vincula la metáfora con la analogía, en la búsqueda de constitución de un nuevo modelo interpretativo.

Pues bien, ¿cómo podríamos reconstruir las reglas del juego cuyo resultado final constituye una sentencia como la que tenemos en vista? Parece partir de una situación originaria conflictiva, un dilema. La resolución de este dilema debe seguir ciertas reglas, fundamentalmente encaminadas a delimitar el material al que el jugador-juez puede acudir, y la forma en que puede disponer de dichas piezas. Y en nuestro caso, una de las particularidades del juego está dada por la textura abierta, no taxativa, *a priori*, del material al que el jugador puede recurrir. Las piezas no están concluyentemente determinadas, se puede elegir con cierta libertad los elementos que van a conformar la posición final: diferentes normas legales, precedentes legislativos, analogía, jurisprudencia, doctrina, distintas interpretaciones de estas variantes, sentido común, reflexiones personales, referencias históricas o sociológicas, criterio personal para considerar probados los hechos, etcétera. Con alguna cautela, y esto también es peculiar, podemos decir lo mismo de la forma, ya que si bien el ordenamiento procesal establece ciertas líneas, las directivas dirigidas al juez son las más blandas, las más modelables.

Tenemos entonces un dilema que inicia el juego, un relativo ámbito de discrecionalidad en la elección de las piezas a usar, y en grado menor, de la forma de disponer dichas piezas.

Pero ¿en qué consiste este juego? Ante la pregunta trataremos de definir dos líneas distintas en búsqueda de respuesta. Una primera tendencia podría contestar enumerando las reglas que describen los tipos de material al que puede acudir el jugador y las formas dentro de las cuales puede moverse. Se trataría de una descripción normativa, estática, referida fundamentalmente al marco dentro del cual debe desarrollarse el juego. Esta perspectiva nos habla de lo que puede o no puede hacerse en el juego. Digamos que en este sentido el ludo sería un juego en el que cada jugador

cuenta con tantas piezas que pueden moverse en concordancia con las cifras que se obtienen tirando los dados, avanzando en cierto sentido, etc.; la rayuela se describiría como un juego en el cual se participa con los pies, pudiéndose avanzar según el trazado de un mapa de cierta forma, sobre el que se prosigue si los pasos anteriores fueron válidos, entendiéndose por esto el no pisar las líneas, caer parado, etc.; el truco, un juego en el que se reciben tantas cartas, que tienen tal valor para el envío y tal para el truco, que dan tantos puntos en tal oportunidad, etcétera. Me refiero a juegos simples para que la ejemplificación sea corta y suficientemente ilustrativa. Según la otra línea, más que saber cuáles son las reglas, el sentido del juego quedaría definido respondiendo a la pregunta de qué hay que hacer para jugarlo, cuestión vinculada al problema de cómo se gana. Esta visión, a diferencia de la normativa, alude al desarrollo del juego; por ende es básicamente dinámica: la descripción cabal del juego es aquella que ilustra la dirección en que se encamina la estrategia de los jugadores. Ejemplificando: no describiríamos al ajedrez contando que los caballos se mueven en ele y los alfiles en línea oblicua, sino que nos referiríamos a él como el juego en el que se intenta inmovilizar al rey rival mediante el movimiento de las piezas propias; el fútbol sería el juego en el que gana el equipo que mete más goles; la batalla naval aquel que consiste en hundir lo antes posible los barcos del adversario; el ta-te-ti el que tiene como objetivo colocar tres símbolos análogos en línea, etcétera.

Ambas posiciones son complementarias, y ello nos ayuda a individualizar varios niveles en el juego. En nuestro caso, si definimos el juego en el primer sentido, deberíamos poder establecer el campo de selección del material y los límites formales que le dan marco. En cuanto al material a utilizar no solamente nos referimos a la base legal, que nos remitiría al sempiterno problema de las fuentes del derecho, sino también, y esto es fundamental ya que nos coloca definitivamente en el ámbito de la decisión específica de cada partida, a la base fáctica, que se incorpora al juego a través del ofrecimiento y valoración de la prueba. En este análisis trataremos de leer el resultado del juego no a través de lo que pudo haberse elegido para decidir sino por medio de lo que efectivamente se utilizó para decidir.

El problema de los límites dentro de los cuales se puede jugar, guarda directa vinculación con la normativa procesal, pero nos interesa señalar la existencia de lo que denomina-

mos materia blanda o modelable en este ordenamiento: por ejemplo, amplias facultades ordenatorias e instructorias del art. 34 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, carácter irrecurrible de cierto tipo de medidas, discrecionalidad en la valoración de la prueba, etcétera. Lamentablemente, una lectura provechosa de estos límites no es posible contando únicamente con el texto de la sentencia. Para un análisis más fértil sería necesario revisar un expediente entero y describir la evolución del proceso en cada etapa, es decir ir evaluando cada jugada. Como dijimos al comienzo esta tarea excede la sumaria intención del presente trabajo.

Con respecto a la segunda posición, la que calificamos de dinámica, tentativamente podemos decir que el juego consiste en lograr una posición final o sentencia que resuelva el dilema original mediante el empleo del material a disposición. En cuanto a quién gana, y aceptando que la pregunta puede generar susceptibilidades varias, diremos que se nos ocurre una respuesta provisoria y quizás irreverente: este juego es de aquellos en los que no se gana sino que alguien pierde, como en el juego de la silla o en el chancho o en la ruleta rusa. ¿Y quién es el que pierde? Aquel cuya decisión es ulteriormente considerada errónea y revocada en una instancia posterior. O sea que no pierde aquel que logra que la sentencia quede firme. Se podría objetar a esto el hecho de que haya jueces que fallan deliberadamente en contra de la opinión de la instancia superior, a sabiendas de que la sentencia será revocada, de acuerdo con su conciencia, su propia interpretación o un sentimiento superior de justicia. Diremos que en este caso estos jueces juegan deliberadamente para perder, y ello no tiene nada de extraño ya que se explica justamente por la adhesión del juez a ciertos valores más allá del resultado, como sucede en el fútbol o en el póker, con la profesión por parte del equipo o del jugador de cierta filosofía de juego, más allá de que se gane o se pierda. Por otro lado resulta útil para explicar la especial carga psicológica que caracteriza a estos jueces que saben que sus decisiones van a ser desechadas desde el mismo momento de su formulación. Es común encontrar en los fallos de estos jueces que sostienen criterios opuestos a los de Cámara largas peroratas en las que se insiste sobre lo razonable de su propia posición, dirigidas a justificar su proceder ante la instancia revisora.

Otra objeción posible es la referida a los tribunales cuyas sentencias son irrevisables. Con esta perspectiva, el juego a nivel de Corte Suprema, o de Cámara o tribunal de

instancia única en causas en las cuales no se debatan cuestiones federales, no tiene sentido, ya que no se puede perder. Esto es cierto, pero podemos restringir nuestra metáfora de modo tal que siga resultando fértil. Una respuesta a esta objeción diría que en instancias cuyas sentencias son irrevocables, efectivamente no hay perdedor, pero que este hecho es común a algunos juegos en los que el participante es uno solo, como en una carrera de un solo corredor o los juegos electrónicos en que uno maneja una nave que mata marcianos o un bicho que come manzanitas, en los cuales el objetivo es conseguir la mayor cantidad posible de puntos, o en algunos tipos de solitario. Cuando el fallo es revisable, no existe un jugador único porque está habilitada la instancia para que participe otro a continuación. Esto puede explicar, aunque requiere una investigación pormenorizada, cierta arrogancia de los tribunales con sentencias irrevocables que se expresa a través de creaciones pretorianas, obiter dicta inatinentes, desinterés por la fundamentación acabada de una decisión, etc.: los juegos de un solo jugador suelen ser bastante aburridos.

Otra respuesta menos comprometedora consiste en limitar esta noción de juego a la actividad de tribunales cuyas sentencias sean revisables.

En busca de una respuesta definitiva mantendremos la idea que convinimos acerca del contenido del juego como la resolución de un dilema cristalizado en una sentencia.

Ya hemos sondeado el alcance de nuestra metáfora para dar una idea de cuáles son los elementos con los que pretendemos trabajar. Vayamos ahora a nuestro fallo y veamos cómo puede leerse a través de estos elementos.

Dijimos que la sentencia es la posición final del juego, la situación de las cartas, los dados o las piezas al terminar la partida. Intentemos, pues, describir el material al que acudió la Cámara para llegar a esta posición.

Lo primero que hace es sentar una definición general del derecho en cuestión (derecho a imponer nombre a los hijos). El orden en que van colocados los distintos componentes del fallo habla del orden de prioridades que establece el jugador. Sigue a la referencia al derecho, la salvedad que señala las exclusiones que sufre ese derecho. Para sustentar estas afirmaciones acude a citas doctrinarias hacia las cuales colectiviza la verdad de lo dicho. Mayor importancia tiene aun el hecho de aludir en forma conjunta a doctrinarios prestigiosos (Llambías, Borda) que habitualmente

sostenían opiniones divergentes. El acuerdo en este tema crea un efecto: "sobre esto no se discute".

Para ilustrar lo verdadero de estos principios, se muestra justamente que la ley los consagra positivamente. La secuencia de "derecho en forma genérica-excepciones-consagración legal" denota el orden de prelación al que hacemos referencia líneas atrás.

Ahora toca invocar los hechos del caso. Se transcribe así el nombre en cuestión y se remarca que es extranjero. Sabemos que el dato del nombre proviene de la apelación de los padres.

Después de aludir al nombre problemático, es el turno de jugar una carta fuerte: prácticamente se repite el art. 3º de la ley del nombre, en dos sentidos. Por un lado se dice que por ser extranjero, el nombre cae en la prohibición de dicho artículo. Pero como éste prevé excepciones, se dice expresamente que no encuadra en ninguna de ellas, lo que en términos estrictos es inútil, pero en términos funcionales crea el efecto "agoté toda salida posible".

Sin embargo, el concepto central de la denegatoria es el de extranjero. Como su discusión conlleva alguna ambigüedad y en el juego lo importante es resolver el dilema de forma convincente, se acude a material que podemos calificar de "técnico", proveniente de un informe de "expertos". Se trata de un informe de la Academia Argentina de Letras que confirma el origen griego del nombre problemático, y aun va más allá, consignando su significado, su etimología y la trascendencia de su uso histórico-sacramental. No cuesta imaginar esta información sobreabundante como un dato que agrega la Academia para presentar el informe con mayor prolijidad, con la intención de no agotarlo en la sola mención de la raíz lingüística del nombre examinado. La cita de un informe "técnico" refuerza esta opinión de encuadramiento del nombre como extranjero, extendiendo la responsabilidad de la afirmación a los "expertos". En el caso creo que es perfectamente indiferente cuál es el organismo consultado, bastando la apariencia de "erudición" acerca del tema. Podría haberse tratado de la Agregaduría Cultural de la Embajada griega o de la Sociedad de Filántropos Helenistas.

Pero parece que los datos que completan el informe entusiasman a los miembros de la Cámara para completar el juego. El uso religioso del nombre presta la llave para introducir material ritual que por su carácter dogmático se

hace indiscutible. Al mismo tiempo, mediante la mención de la tradición onomástica argentina como parámetro de decisión, se interconecta la profesión de fe con el peso de la tradición, de modo que el par religión-tradición constituye el bloque que cierra el juego, decidiéndose en contra de la imposición del nombre.

Las razones rituales no parecen tener demasiada relación con la posibilidad de elegir tal o cual nombre, pero sin duda tienen un fuerte valor heurístico. Crean la impresión de que aquello que se opone directamente a ellas trae aparejado un tufillo sacrilego inconveniente. Algo similar sucede con la tradición onomástica argentina, que tampoco parece tener entidad absoluta para determinar la posibilidad de elegir un nombre.

Nos preguntamos por qué no juegan argumentos de esta especie cuando se inscribe a alguien con el nombre de "Jesús", o qué ocurriría si pretendieran inscribirse los nombres "Mahoma" o "Buda". Frente a estas dudas creemos que la posición final alcanzada es fundamentalmente estratégica: lo extraño del dilema originario incide en la elección de material exótico para configurar la posición final que intenta solucionarlo.

En síntesis, la disposición final de las piezas contribuye en esta partida del juego a disipar cualquier sospecha que pudiera girar en torno al carácter subjetivo de la evaluación de nombres poco frecuentes. El material seleccionado por el tribunal, presentado en la secuencia definitiva "delimitación del derecho con apoyo doctrinario-coincidencia de la prevención normativa-encuadramiento del nombre en una prohibición fundada en un informe técnico-proyección del informe hacia razones religiosas tradicionales", intenta dar cuenta del dilema planteado originariamente en una pluralidad de frentes. La estrategia que ha guiado el juego fue la de escalonar los argumentos de modo de presentar un abanico de razones convergentes que desde distintos niveles mostrara la imagen de "respuesta 'completa' o 'acabada'" al asunto en cuestión. Por lo visto esta vez el tribunal ha ganado el juego, aun habiendo acudido a fuentes notoriamente extrañas como los argumentos religiosos sobre el nombre de Cristo o la alusión a la tradición onomástica.

No se trata aquí de criticar el sentido del fallo, que en última instancia salvó al pobre cristo de que le encajaran el nombre de Christos, sino el de experimentar con el uso de algunas metáforas en búsqueda de nuevas vertientes que pue-

dan ayudar a comprender el fenómeno jurídico. La aplicación de la teoría del juego, como espejo para desentrañar determinadas estrategias, ha caracterizado las ciencias sociales de los últimos veinte años, en especial la sociología y la antropología. La teoría jurídica siempre queda un paso atrás con respecto a la búsqueda especulativa contemporánea, básicamente en razón del aislamiento provocado por su dudoso status epistemológico. Lo que particulariza esta búsqueda es el tomar conciencia de las ventajas que puede ofrecer la variación del punto de vista, la ubicación deliberada del ojo en rincones que hasta ahora no imaginábamos que podían iluminar de algún modo la opacidad de ciertos problemas, recurso que es perfectamente aplicable a múltiples campos del derecho. Esta perspectiva permite reevaluar los logros de enfoques anteriores, y a fuer de ser hereje diré que aun los de las posturas iusnaturalistas más recalcitrantes. En efecto, enfrentarse al derecho preguntando cuál es el orden justo o cómo se nos revela el orden natural, determina el acomodamiento de un arsenal conceptual que se esforzará por dar cuenta de estos interrogantes, y que nos permitirá releer los alcances y limitaciones de esa posición, del mismo modo que la pregunta por la ubicación anatómica del alma o por la fórmula que resumiera la física social nos ha revelado la insolubilidad de esos cuestionamientos y la insuficiencia de dichos puntos de partida.

El planteo de temas como el del juego suele generar suspicacias o acusaciones de banalidad o de poca cientificidad. El tejido de rechazos a priori de algunos lugares de pensamiento conforma un sistema que reproduce moldes nada ingenuos. La elusión del juego, el teatro, la ficción, la palabra de los niños, la irrupción de la risa, la locura, la violencia institucional, el deseo, las malas palabras, el sexo, como objetos de análisis o puntos de vista muestra a las claras el mapa del "buen pensar" y del "mal pensar", cómo se revelan determinadas formas "puras" de pensamiento y se ocultan simultáneamente otras formas posibles pero inconvenientes, porque tienen vinculación directa con lo otro, con lo que no se vive racionalmente, con lo que excede la posibilidad de reducción lógica. Es el simple y cotidiano operar de la censura, de la autoridad que dibuja los bordes que excluyen lo poco serio, lo cómico, lo infantil, lo patológico, lo obscuro.

En notas posteriores intentaremos presentar otras metáforas que aspiran a develar sugestivamente aspectos pro-

blemáticos del derecho. En definitiva lo que pretendemos es desarrollar los sentidos del término *inteligencia*, tanto en su vertiente etimológica, es decir, *intus legere*, leer en, como en su versión contemporánea, apócrifa pero ben trocata: *inteligente* como aquel que interliga, interligante. Leer en, interligar fenómenos humanos permitirá a la teoría jurídica recibir una bocanada de oxígeno que la ayude a disminuir la brecha abismal que la separa de las demás ciencias sociales.

CNCiv, Sala E, 8/9/88,
"Oliveto, Luis H. y otra"

Segunda instancia

Buenos Aires, septiembre 8 de 1988.

El derecho a imponer nombre propio a los hijos corresponde a los padres, por ser una consecuencia natural de la patria potestad. Sin embargo, tal facultad tiene sus límites, pues no puede hacerse un uso arbitrario de ella, violando así los motivos de interés general que han determinado al legislador a establecer prohibiciones o limitaciones en tal sentido (Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 1, p. 300 y 55, 402; Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 6ª ed., t. 1, p. 325; Belluscio - Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias*, t. 1, p. 364, § 2).

Desde esta perspectiva se ha dictado la ley 18.248, reglamentaria de lo concerniente al nombre de las personas individuales, cuya aplicación al caso, como bien lo destaca el fiscal de Cámara, resulta insoslayable.

El prenombre, cuya imposición se requiere, es "Christos", voz de origen griego.

Al respecto, debe señalarse, en primer término que, como nombre extranjero, encuadra en la prohibición que contiene el art. 3º de la referida ley máxime cuando no se trata de ninguno de los nombres de los países.

Por otra parte, según surge del informe brindado por la Academia Argentina de Letras, el griego "Christos" significa "ungido", que a su vez deriva de la voz hebrea "Mestas" y se añadió al nombre de Jesús, pasando a convertirse en otro nombre propio de éste.

En consecuencia, dado que es su origen etimológico y su uso ha sido reservado para designar al "Hijo de Dios", a la par que su utilización como nombre no pertenece a la tradición onomástica argentina, se impone negar la inscripción pretendida.

En su mérito y fundamentos del fiscal de Cámara, se resuelve: Confirmar la disposición A y D. a 110 del Registro Civil y Capacidad de las Personas obrantes fs. 1. Osvaldo D. Mirás - Juan C. G. Dupuis - Mario P. Calatzud (h.) (Secr.: María E. Geraudy).

HOMENAJES

RECORDANDO A IGNACIO WINIZKI

HORACIO SANCONE

La promoción que hace treinta y cinco años estaba en la Facultad, fue llamada –un tanto sorpresivamente–, a vivir una inolvidable aventura intelectual. La Universidad autónoma, de alto nivel científico y estatura ética, que resultó entre 1955 y 1966, por una serie de afortunadas circunstancias, un paradigma: la mejor Universidad argentina.

En aquella gran Facultad, cuyas autoridades solían ser opositoras al rector Risieri Frondizi, pero que participaba del ambiente creador y luminoso de toda la Universidad, los jóvenes conocimos una serie de prácticas pedagógicas y cívicas absolutamente novedosas.

Recibíamos el ejemplo de maestros sustanciales, y sentíamos muy fehacientemente que participábamos en ideas y circunstancias fermentales y renovadoras.

Llamados a cogobernar, según la concepción republicana de 1918, en el Consejo Directivo –verdadera escuela política, según el mejor sentido del término–, con cierta insolencia, proponíamos proyectos no siempre descabellados y debatíamos a fondo –y dignamente–, con las primeras espadas de nuestra ciencia. Aprendíamos y colaborábamos ofreciendo experiencias insustituibles, desde un ángulo de observación estrictamente nuestro.

El cogobierno estudiantil, ejercido con seriedad y mesura, nos fortalecía, completando la tradicional información librea, y también a la Casa con iniciativas útiles.

Al Departamento de Extensión Universitaria, que dirigía Sabsay, convocábamos –como si fuera nuestro hogar–, a escritores, sabios, políticos o artistas con quienes nos habituamos a tratar casi de igual a igual: por ejemplo, José Luis Romero, Miguel Ángel Asturias, Raúl Prebisch, Rafael Alber-

ti, Alfredo Palacios, Adolfo Morpurgo, Aron Kaschaturian, Jean-Louis Barrault, Jaime Dávalos, Ezequiel Martínez Estrada o... el torero Mario Cabré.

Todos ellos nos enseñaban más que los volúmenes y monsergas que por décadas habían agobiado a los iniciados.

Éramos, por supuesto, principiantes, catécúmenos, teknones como llamó César a Bruto*. No teníamos dudas de nada, e íbamos a transformar al país y al mundo en lugares dignos de ser vividos.

En el Centro estudiantil —que podían presidir Jorge Sáenz o Moisés Ikonikoff— y en los comicios oficiales del Consejo, dirimíamos nuestros encuentros y desencuentros; asistidos a veces, como en la proclamación de la fórmula para el período 1959-1960, por el propio rector de la Universidad de la República Oriental, el eminente Mario Cassinoni, el joven dirigente cordobés Francisco J. Delich y un cubano que presidía la Federación de su patria, en pleno fervor revolucionario (el tal cubano, según rumores, concluyó pagando fuerte tributo personal cuando ciertas obvias perplejidades lo llevaron después a la disidencia). Más tarde, nuestras divergencias y solidaridades, fueron y vinieron en la vida. Elección hubo donde, en listas opuestas, me enfrenté limpiamente con varios amigos —como Vanossi o Botana—, que el trajín existencial me asignaría, al final, entre los mejores. Inclusive allí estaba ese “amigo y medio”, que según el conde Lucanor, es lo máximo que podemos pretender los mortales.

Desde el Centro, por ejemplo, Carlos Strasser convocó a un debate abierto sobre las “Tres revoluciones”, y aunque la discusión acerca de la de 1955 motivó una pelotera regular, fue una de las primeras veces —si no la primera—, que en la Facultad se trató de la historia reciente.

Y cuando el Teatro Colón no pudo organizar su temporada lírica, el Centro suplió(?) esa defeción, presentando en el Astral una ópera de Menotti y una cantata de Bach. Fue un desastre financiero pero un triunfo artístico razonable.

Pues en el aspecto cultural, el Centro de Derecho y Ciencias Sociales (FUBA) andaba activo; y por entonces publicó

* Según Suetonio, la frase dicha (en griego) por César apuñalado, habría sido “Kai sí, teknon”. Algo así como “Tú también, pibeño”, síntesis admirable de reproche afectuoso, formulada por un hombre maduro a un presumido chiquillo.

solicitamente, los últimos números de su Revista Jurídica. La dirigieron José Nua, Alberto Ciria y Pedro Böhmer, entre otros; y no faltó un Suplemento Literario que regia Manuel Antin. Por esa actividad editorial aprendimos qué es una prueba de galeras, nos carteamos con los grandes —yo conservo correspondencia, p.ej., de Vicente Alexandre, Hermann Hease, Thornton Wilder y Armand Salacrou—, y tratamos a Álvaro Yunque, Carmen Gándara, Alejandro Cassa, Leónidas Barletta, Alberto Hidalgo, Atilio J. Castellpoggi, Adolfo Mitre, Nicolás Cócara, Samuel Eichelbaum o Fernando Guibert, entre muchos pares.

Pero esta incitación intelectual —un tanto irregular, pues la Revista galgueaba, como corresponde a tales casos— halló muy pronto un nuevo teatro: el Departamento de Publicaciones de la Facultad.

Ignacio Winiski asumió su dirección en 1956, creo que durante la breve intervención de Luis Baudizzone. Era un joven profesor de Derecho Comercial, ya eminente y en breve muy temido. Integrando un elenco no muy nutrido de titulares reformistas —Gioja, Díez, Ahumada, Sánchez Viámonte, Díaz de Guíjarro, Bielsa—, poseía un saber inmenso. Había revelado públicamente la utilidad del cheque de viajero. Y a veces se solzaba escandalizando con una severidad algo teatral. Lo recuerdo mientras consignaba prolijamente ciertos disgustos que ocasionaba a algunos graduados, a quienes con toda naturalidad, aplazaba; ¡en el examen de tesis!

Junto a esa exigencia implacable era, sin embargo, capaz de lucir una airosa cordialidad y una profunda aptitud para las sales del humor y de la amistad sin sombra.

No resultaba difícil admirar y querer muy pronto a Winiski. Trabajador a destajo, poseía el raro don de hacer discípulos. Transmitía su entusiasmo y obraba como un revulsivo constante que atacaba nuestra pereza y nuestro conformismo.

Nadie podía resistir comprometerse con su estilo de labor, y asumiendo el compromiso, uno estaba perdido si no cumplía puntualmente. Winiski se encargaba de avergonzar al moroso, en público y en privado, enrostrándole sus traiciones, destacando el desprestigio que afectaba a la ciencia jurídica nacional por su desidia culposa.

También constituía un ejemplo ético, en lo cívico y en lo íntimo. Padeció la triste honra de recurrentes cesantías y persecuciones arbitrarias, e integró muchos, demasiados años, esa provincia de los exiliados en su propia tierra, que

ti, Alfredo Palacios, Adolfo Mörpurgo, Aron Kaschaturian, Jean-Louis Barrault, Jaime Dávalos, Ezequiel Martínez Estrada o... el torero Mario Cabré.

Todos ellos nos enseñaban más que los volúmenes y monsergas que por décadas habían agobiado a los iniciados.

Eramos, por supuesto, principiantes, catecúmenos, teknonos como llamó César a Bruto*. No teníamos dudas de nada, e íbamos a transformar al país y al mundo en lugares dignos de ser vividos.

En el Centro estudiantil —que podían presidir Jorge Sáenz o Moisés Ikonnikoff— y en los comicios oficiales del Consejo, dirimíamos nuestros encuentros y desencuentros; asistidos a veces, como en la proclamación de la fórmula para el período 1959-1960, por el propio rector de la Universidad de la República Oriental, el eminente Mario Cassinoni, el joven dirigente cordobés Francisco J. Delich y un cubano que presidía la Federación de su patria, en pleno fervor revolucionario (el tal cubano, según rumores, concluyó pagando fuerte tributo personal cuando ciertas obvias perplejidades lo llevaron después a la disidencia). Más tarde, nuestras divergencias y solidaridades, fueron y vinieron en la vida. Elección hubo donde, en listas opuestas, me enfrenté limpiamente con varios amigos —como Vanossi o Botana—, que el trajín existencial me asignaría, al final, entre los mejores. Inclusive allí estaba ese “amigo y medio”, que según el conde Lucanor, es lo máximo que podemos pretender los mortales.

Desde el Centro, por ejemplo, Carlos Strasser convocó a un debate abierto sobre las “Tres revoluciones”, y aunque la discusión acerca de la de 1955 motivó una pelotera regular, fue una de las primeras veces —si no la primera—, que en la Facultad se trató de la historia reciente.

Y cuando el Teatro Colón no pudo organizar su temporada lírica, el Centro suplió(?) esa defeción, presentando en el Astral una ópera de Menotti y una cantata de Bach. Fue un desastre financiero pero un triunfo artístico razonable.

Pues en el aspecto cultural, el Centro de Derecho y Ciencias Sociales (FUBA) andaba activo; y por entonces publicó

* Según Suetonio, la frase dicha en griego por César apuñalado, habría sido “Kai es, teknon”. Algo así como “Tú también, pibe”, síntesis admirable de reproche afectuoso, formulada por un hombre maduro a un presumido chiquillo.

solicitamente, los últimos números de su *Revista Jurídica*. La dirigieron José Nun, Alberto Ciria y Pedro Böhmmer, entre otros; y no faltó un *Suplemento Literario* que regia Manuel Antín. Por esa actividad editorial aprendimos qué es una prueba de galeras, nos carteamos con los grandes —yo conservo correspondencia, p.ej., de Vicente Aleixandre, Hermann Hesse, Thornton Wilder y Armand Salacrou—, y tratamos a Álvaro Yunque, Carmen Gándara, Alejandro Casona, Leónidas Barletta, Alberto Hidalgo, Atilio J. Castellpoggi, Adolfo Mitre, Nicolás Cócara, Samuel Eichelbaum o Fernando Guibert, entre muchos pares.

Pero esta incitación intelectual —un tanto irregular, pues 'la facultad paguésela, como corresponde a tales casos'— nació muy pronto a un nuevo teatro: el Departamento de Publicaciones de la Facultad.

Ignacio Winiski asumió su dirección en 1956, creo que durante la breve intervención de Luis Baudizzone. Era un joven profesor de Derecho Comercial, ya eminente y en breve muy temido. Integrando un elenco no muy nutrido de titulares reformistas —Gioja, Díez, Ahumada, Sánchez Viámonte, Díez de Guizarro, Bielsa—, posea un saber inmenso. Había revelado públicamente la utilidad del cheque de viajero. Y a veces se solazaba escandalizando con una severidad algo teatral. Lo recuerdo mientras consignaba prolijamente ciertos disgustos que ocasionaba a algunos graduados, a quienes con toda naturalidad, aplazaba: ¡en el examen de tesis!

Junto a esa exigencia implacable era, sin embargo, capaz de lucir una airosa cordialidad y una profunda aptitud para las sales del humor y de la amistad sin sombra.

No resultaba difícil admirar y querer muy pronto a Winiski. Trabajador a destajo, poseía el raro don de hacer discípulos. Transmitía su entusiasmo y obraba como un revulsivo constante que atacaba nuestra pereza y nuestro conformismo.

Nadie podía resistir comprometerse con su estilo de labor, y asumiendo el compromiso, uno estaba perdido si no cumplía puntualmente. Winiski se encargaba de avergonzar al moroso, en público y en privado, enrostrándole sus traiciones, destacando el desprestigio que afectaba a la ciencia jurídica nacional por su desidia culposa.

También constituía un ejemplo ético, en lo cívico y en lo íntimo. Padeció la triste honra de recurrentes cesantías y persecuciones arbitrarias, e integró muchos, demasiados años, esa provincia de los exiliados en su propia tierra, que

Alberdi denunciaba como un factor paralizante de nuestras mejores energías.

Pero además, en lo particular, resistió con ejemplar gallardía los embates de una enfermedad gravísima y la venció; como se venció a sí mismo soportando, junto con su estoica mujer, el inaudito dolor de perder en sazón sucesivamente, a sus dos hijas: el mayor sufrimiento reservado a la condición humana.

¿Cómo habría de encarar, semejante personalidad, la tarea del Departamento? Era previsible: abandonando el fatigado carril de los usos estratificados, infecundados, concibió un plan imaginativo que comprendía —amén de la edición de varias Guías y Boletines que resultaron útiles—, dos publicaciones periódicas de aliento: primero, la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, manejada por profesores y graduados, de alto nivel científico, con abundante doctrina internacional en su original extranjero más la traducción, y sumarios en inglés, francés, italiano y alemán. El más alto saber. Y además, *Lecciones y Ensayos*. Comprendía la lección del profesor, destinada primordialmente a dilucidar un punto programático oscuro, ilustrar un enfoque novedoso o cubrir una laguna bibliográfica; y ensayos de alumnos primerizos, azorados por ver ¡al fin!, su nombre en letras de molde; alumnos que producían la nota bibliográfica como echando el resto, con el cuidado y la pulcritud de una tesis. Aquellas notas bibliográficas de enorme aptitud docente, donde tantos hicimos nuestras primeras armas, que el propio Winiski no desdeñaba redactar y cuya trascendencia señalaba una y otra vez.

En verdad, él registraba como una de sus primordiales inquietudes "la intercomunicación entre profesores y alumnos". Y entregó "la efectiva dirección" de *Lecciones a los alumnos* —"entiéndase bien, a todos los alumnos"—, que tuvimos entonces contacto fluido con los docentes y tribuna propia de incalculable eficacia formativa. Un comité integrado por estudiantes de promedio distinguido, discutía, evaluaba y por fin autorizaba o no la publicación de *Estudios*, *Crónica legislativa*, *Jurisprudencia en broma y en serio*, *Revista de revistas*, *Escritos judiciales* y hasta poesía y cuento.

Un consejo profesoral por donde transitaron Dassen, Boffi Boggero, Allende, Jiménez de Asúa, Soler, Malagarri-ga, Linares Quintana, Risolía, Argúas, Gioja, Aztiria, supervisaba el conjunto.

Entre los alumnos o graduados jóvenes estaban Rodríguez Galán, Fargosi, Barrancos, Carrió, Vivet, Vera Villalobos, Pigretti, Alterini, Vanossi, Laquis, Petracchi, Bacqué, Suárez Anzorena, Buljgin, Siperman, Balestra, Gastón Dassen...

¿Cómo evocarlos a todos?

Fue un vivero fantástico, donde sazaban los juristas de la generación, los futuros jueces, políticos, hombres de consejo.

¡Y qué reuniones aquéllas! Como la hora era el medio día y las necesidades epicúreas más elementales no podían descuidarse, acometíamos una torre de sandwiches sin descuidar la ironía ni la mayéutica.

Las viandas se evaporaban al conjuro de ideas, opiniones y propuestas. Allí aprendimos a valorar el ingenio agudísimo de inolvidables *coarseurs*—recuerdo, muy particularmente, a Julio Dassen, y al propio anfitrión—. Allí vimos, en suma, operar a la inteligencia viva y supimos una vez más, que no necesariamente lo mejor proviene de los libros.

Por otra parte, Winiski organizó dos memorables Congresos de revistas jurídicas.

Al de Córdoba viajamos, con Mario de Marco Naón. Los tres nos alojamos en Únquillo y allí Winiski pronto distribuyó tareas y responsabilidades. Tocaba diana muy temprano, y tras bañarse con agua helada, ya en viaje a la ciudad iniciaba una jornada fecunda de razones y proyectos. Estaba proponiendo una nueva publicación, a la que parafraseando el fascinante nombre de ciertas viejas ediciones que acababa de descubrir, llamaría *Teatro jurídico argentino*. Nada de eso, que estuvo en avanzado estado de gravedad, finalmente resultó posible.

Llegó 1966, un final abrupto e inexplicable. Nunca entendí por qué y nunca he de cesar de protestar por aquel daño sin reparación posible.

El Departamento se diluyó y las revistas dejaron de aparecer, salvo algún parche o remedo circunstancial.

Sin embargo, a partir de 1964, Ignacio —tuve por fin el honor de llamarlo así y darle el tuteo— volvió a dirigir "su" Departamento con el mismo ímpetu de los viejos tiempos. Volvieron a aparecer *Lecciones* y la *Jurídica*. Volvieron a reunirse los elencos juveniles y devoramos algunos empareados más.

Y todo hace pensar que la siembra no será en vano, aunque Ignacio ya no nos acompañe.

Murió un fin de semana, subrepticia y discretamente, como si quisiera decirnos: "Amigos, yo me retiro del teatro -jurídico o lo que sea-, porque es mi tiempo de hacerlo. No se molesten por mí".

Pero al irse así, yo estoy seguro, seguro, que contaba con dos cosas: que habrá nueva cosecha y que ninguno de nosotros lo olvidará.

MISCELÁNEA

CUENTOS

LA PALABRA OLVIDADA *

Esa mañana me desperté con una sensación de vacío, como si parte de mi cuerpo se hubiera quedado olvidado en algún rincón del sueño sin ganas de salir a la superficie. En realidad, no era demasiado extraño, hacía varios días que me ocurría lo mismo. Durante unos segundos me quedaba quieto, petrificado en la blanda calidez de la cama sin sentir nada pero sabiendo que, al mismo tiempo, todo estaba ahí, hasta que el hueso se resquebrajaba e iba dejando paso a las formas cotidianas de mi habitación. Hay veces que trato de imaginar qué ocurriría si me quedara para siempre atrapado en ese limbo donde no existe tiempo ni espacio. En ese preciso momento no se me ocurrió una respuesta, o sea que, lo único que hice, fue levantarme, preparar el desayuno y levantar las persianas. Recuerdo claramente que me llamé la atención, al mirar por la ventana, ver una niebla espesa que envolvía la ciudad, y tal vez fuese el sentido de oscuridad o confusión, lo que me hizo pensar en un libro sobre laberintos que había leído hacía unos años. En todo caso sé que no le di mayor importancia, aunque en verdad, debo reconocer que la imagen me acompañó durante toda la mañana, mientras realizaba algunos trámites relacionados con la venta de la casa de la calle Bogotá. El resto del día se evaporó fácilmente entre los intrincados pasillos de Tribunales y alguna que otra consulta en el estudio.

El día siguiente fue igual, salvo por la llamada de Vicky que me recordaba la cena de esa noche con Jorge y Mónica que habían regresado hacia tan sólo una semana de Espa-

* José Luis López Galés.

ña. Nos encontramos a eso de las nueve de la noche en un restaurante del centro, al que solíamos ir, frecuentemente, en otro tiempo. Era un lugar pequeño y tranquilo. A esa hora muy pocas personas habitaban el local, lo que nos permitió elegir mesa. Nos decidimos por una que estaba del lado opuesto a la entrada, cuestión de resguardarnos bien del frío y conversar más tranquilos.

Curiosamente, durante toda la cena, hablamos muy poco del viaje de Jorge y Mónica. Casi toda nuestra charla giró en torno a la vieja casa que yo estaba por vender y los días en que era tan fácil quedarnos por horas discutiendo acerca de un libro que nos entusiasmaba, los días de la facultad, de los amores fugaces, de las reuniones multitudinarias que tenían como excusa el estudio y que terminaban casi siempre en fervientes discusiones sobre un tema musical, alguna película o simplemente nuestras vidas, como en verdad debe ser toda reunión de amigos que se precien de tales. Creo que, entonces, era inevitable que esos recuerdos nos llevaran a pensar en Claudia y su prolongada ausencia.

La última noticia que había tenido, era una carta suya que había recibido dos semanas atrás, proveniente de un lejano pueblo del sur, cerca de la cordillera. Entre la cantidad de acontecimientos que me contaba, lo más rescatable parecía ser el hallazgo de un manuscrito que le llamaba poderosamente la atención, más por su autor que por sus dichos. La descripción de cada uno de los pasos que había dado hasta encontrarlo ocupaba casi dos hojas, y sólo al final de la carta me expresaba su deseo de verme en forma urgente. Agregaba además, lo cual me parecía bastante misterioso, que debía guardar el secreto de su descubrimiento hasta que nos viéramos. No había vuelto a tener noticias de Claudia en todo ese tiempo. Al terminar el relato, tanto Vicky como mis amigos, coincidieron en que les parecía una de las tantas locuras de Claudia, sin nada en especial. Para mí, en cambio, la lectura de la carta había sido como recibir un golpe desde muy atrás, con la certeza de que algo que no alcanzaba a precisar había cambiado definitivamente.

Del resto de la reunión no cabe destacar nada más. Cerca de las dos de la madrugada pagamos la cuenta y salimos del restaurante. Afuera nos recibió un frío húmedo, por lo que nos despedimos rápidamente de Jorge y Mónica, y fuimos en busca del auto, estacionado a dos cuadras del

lugar. Ya estábamos instalados dentro del coche cuando le dije a Vicky que, antes de llevarla a su departamento, debía pasar por la casa de la calle Bogotá a buscar unos documentos que necesitaba. Ella no se opuso, aunque supongo que le pareció un tanto raro mi deseo. Creo que presentía que nuestra conversación de esa noche escondía algo más profundo, quizás la secreta razón que me unía a Claudia, el invisible lazo que ella nunca había podido cortar. Probablemente por eso, no hablamos demasiado durante el viaje, sólo alguno que otro comentario acerca de la niebla que dificultaba la visión y hacía aún más largo el trayecto.

Habremos llegado cerca de las tres de la mañana. La cuadra se encontraba tal como yo la recordaba, como si el tiempo se hubiera detenido, especialmente, para regocijo de nuestra memoria. Una sola luz, en lo alto, la alumbraba, un poco difusa a causa de la niebla y, tal vez por eso mismo, tardé en reconocer a la persona que estaba junto a la puerta, el espanto al saber que era Claudia la que yacía ahí, con sus manos aferradas a la reja, temblando de frío por una fiebre altísima que le ganaba el cuerpo. Tardé unos segundos en reaccionar y un poco más en sacarla de esa posición y llevarla hasta el coche. La recosté en el asiento trasero, cubierta por mi abrigo para que tuviera un poco de calor, pero cuando quise salir me detuvo su mano que, aferrada a mi brazo, parecía implorarme que no me fuera. Balbuceaba algunas palabras incomprensibles, producto sin duda del estado febril y su dificultad para respirar, pero que, a juzgar por el esfuerzo que realizaba para decirlos, debían ser importantes. Lamentablemente no llegué a saberlo en ese momento, porque casi enseguida perdió el conocimiento. No cabía otra cosa, ante la gravedad de su estado, que llevarla a un hospital. Vicky se acordó de uno que no quedaba muy lejos y, dada la urgencia de la situación, hacia ese lugar nos dirigimos.

Unos quince minutos tardamos en llegar e internarla. Al rato vino un médico de guardia que, luego de revisarla, nos dijo que debía esperar que la fiebre bajara para poder realizar los análisis y medicarla. Momentáneamente, lo mejor que podía hacerse era aplicar el suero y esperar. Nos preguntó después si era factible encontrar algún pariente de Claudia para avisarle lo que pasaba, a lo cual respondí que era imposible, ya que sus padres habían muerto cuando ella era muy chica y su única familia era una tía octogenaria que se hallaba postrada en un asilo. Sólo quedaba yo, que si bien no pertenecía a la familia, era su mejor amigo. Le

aseguré, además, que me haría cargo de todos los gastos que ocasionara su internación y posterior tratamiento.

Cuando hube terminado mi charla con el médico, me volví hacia Vicky que, curiosamente, se había mantenido en silencio, sumida en sus propios pensamientos, y viendo su cansancio le rogué que tomara un taxi y se fuera a su departamento a descansar. Yo me quedaría esa noche y los días que hiciesen falta hasta que Claudia se recuperara. No se resistió demasiado, a pesar de que no le gustaba dejarme ahí solo, pero ante mi súplica entendió que ésa era la solución más conveniente. Por lo tanto, la acompañé hasta la salida del hospital y se fue, no sin antes prometerme que volvería al otro día para saber cómo estaba mi amiga. Ahora, viendo todo a la distancia, no me parece tan extraño que Vicky no haya vuelto en los días que siguieron, o que yo me fuera alejando paulatinamente de su lado. Todo era parte de un mismo juego, un juego que ninguno de los dos podía entender conscientemente, como si te cantasen jaque mate sin haber comenzado la partida.

De esa forma se fue una semana, esperando despertar de esa feroz pesadilla. Muy de vez en cuando volvía a mi departamento, y siempre por una o dos horas. Todo el resto del tiempo lo pasaba dentro del hospital, en su cuarto, sentado cerca de su cama, observando cómo la fiebre la devoraba sin poder hacer nada más que tomarla de la mano y darle un poco de agua fresca. A veces, si me concentraba un poco, podía sentir cómo corría la sangre por sus venas, igual que si yo estuviera dentro de su cuerpo, entendía su infinito horror al saber que era imposible despertar, que la fiebre la perseguía incansablemente por los miles de pasadizos de su mente. En esos momentos, sus manos se aferraban fuertemente a las mías buscando a tientas el otro lado, el pasaje de fuga que la comunicara a la otra Claudia, con la que yo había crecido imaginando fantásticos castillos en los cuales esconder nuestros tesoros. La misma Claudia que, ya adulto, podía encontrarme, como por casualidad, en una calle cualquiera o al doblar una esquina, buscando siempre un objeto mágico, una clave que descifrara el sentido de nuestra existencia. Cómo no sentir entonces un inmenso dolor al verla en esa cama, aguardando un rescate que no llegaba.

Sin embargo, una tarde se produjo el cambio. Había ido hasta el departamento a bañarme y cambiarme de ropa. Cuando volví al hospital, al entrar en su habitación sentí el

olor profundo, penetrante, de un perfume que no pude reconocer, y vi a Claudia despierta. Estaba esperándome y me pidió que me acercara. La fiebre parecía haber amainado, aunque sus ojos brillaban intensamente en la penumbra del cuarto. Su voz sonaba lejana cuando me dijo que debía buscar un libro en mi vieja casa. Me explicó que el libro contenía una palabra que ella necesitaba desesperadamente conocer, y, aunque pareciese una locura, la única persona que podría verla y decirse la era yo. Ante eso, lo primero que atiné a decirle fue que no sabía cómo buscarla, pero ella ya no me escuchaba, unas lágrimas corrían por sus mejillas, hasta que de pronto comenzó a gritar mientras se revolvió frenéticamente en su cama. Llamé de inmediato a la enfermera que vino rápidamente, y le dio un sedante, el cual hizo efecto casi de inmediato.

Durante unos minutos me quedé paralizado, ahí, al borde de su cama, sin saber qué hacer. Estaba demasiado asustado, aturdido por un torbellino de imágenes confusas. Sentía que estaba yendo detrás de algo que aún no alcanzaba a comprender, como si un dios misterioso hubiera decidido los movimientos de antemano. Di vueltas varias veces a la misma idea sin ningún resultado positivo hasta que, finalmente, me decidí a ir en busca del libro.

Al salir del hospital ya era de noche. A lo lejos se escuchaba la sirena de un barco. La niebla seguía estacionada en la ciudad y un frío intenso se hundía en mi carne. La gente había desaparecido de las calles, refugiándose seguramente en el calor de sus casas. A pesar de una tenue llovizna que comenzaba a mojar me el rostro, decidí ir caminando hasta la casa, tratando de ordenar mis emociones, de encontrar una explicación a aquello que me parecía irreal. Tuve, entonces, la sensación de que me alejaba a cada paso de los valores conocidos para entrar en un terreno fangoso, como si caminara por un túnel rumbo al pasado, entre telarañas y moho.

Todavía pensaba en eso cuando llegué a la casa. Cruzé el pequeño jardín y abrí rápidamente la puerta principal. Me detuve en la sala y encendí las luces. Recorrí muy despacio cada una de las habitaciones vacías, respirando los silencios, las voces de los fantasmas que la habían habitado. Supongo que aún temblaba cuando entré en la biblioteca y sentí el olor profundo de un perfume que inundaba el cuarto. Sobre el escritorio estaba un libro abierto, como si alguien, recientemente, hubiera estado leyéndolo. Pensé en

Claudia, pero era imposible, ella no tenía las llaves de la casa y, además, la habíamos encontrado fuera de allí. Comencé a revisar el libro y no tardé mucho en darme cuenta de que se trataba del libro sobre laberintos en el que había pensado hasta sólo unos días, al ver la niebla por la ventana. Fui pasando cada una de las páginas, cada frase, con una extraordinaria voracidad, dejándome envolver suavemente por la trama. Es muy probable que en ese momento tuviese fiebre muy alta, porque los ojos se me iban cerrando y las letras se esfumaban ante mí. Después sólo sé que me dormí y tuve un sueño. El sueño era una habitación vacía, cuatro paredes y una sola puerta. Del otro lado venían las voces de unos chicos que, a juzgar por el tono, daban la impresión de estar jugando. La curiosidad me llevaba a abrirla, para no encontrar nada más que la oscuridad y una sola voz que pronunciaba una palabra, casi un aullido, el anuncio que daba paso a una boca gigantesca que me tragaba. Me desperté sobresaltado. El reloj marcaba las doce del mediodía, y en la habitación algo había cambiado, el libro ya no estaba en la mesa.

De lo que pasó después sólo me quedan imágenes fragmentadas: mi salida apresurada de la casa, un taxi y el rostro de una enfermera tratando de hacerme comprender que nunca había visto a una mujer llamada Claudia internada en ese hospital, que todo era un sueño, una locura pasajera y que lo que debía hacer era irme a mi casa. No sé bien si, más tarde, vomité en un baño o simplemente estuve llorando. Lo último que recuerdo es que anduve vagando días enteros por las calles, como un poseído, buscando algún dato que me condujese a ella, recorriendo los sitios más lúgubres de la ciudad. A consecuencia de eso enfermé durante varios días, y cuando finalmente me repuse, vendí la casa.

No he vuelto a buscar a Claudia desde entonces. Algunas veces me pregunto por ella, qué caminos recorrerá, y siento pena. Otras, me imagino que está ahí nomás, del otro lado de la puerta, que bastaría abrirla para verla nuevamente, esperándome como siempre. O como el otro día, cuando salía de un bar y la vi en la vereda opuesta, y sin poder contenerme le grité y corrí tras ella. No respondió a mi llamado. La seguí algunas cuadras, pero cada vez estaba más lejos de ella. Quizá me equivoqué en ese instante, aunque, al darse vuelta (tan sólo una ráfaga) estoy seguro de que eran sus ojos los que brillaban afebrados en la oscuridad, buscando la salida, la clave oculta que ha de sacarla al-

gún día de allí, donde sólo existe la niebla que yo miro por la ventana y que me hace pensar, extrañamente, en un libro sobre laberintos que he leído y ya no recuerdo.

SEGUNDO VIAJE A LUGARES COMUNES *

Nunca segundas partes fueron buenas, pero tanto va el cántaro a la fuente que al fin se rompe, y como a la ocasión la pintan calva le puse una peluca, empaqué mis bártulos y me lancé a la aventura por los caminos de Dios.

Todos los caminos conducen a Roma, así que no necesité conductor. Arribé a la Ciudad Eterna, me tuvieron de la Ceca a la Meca y al caer la tarde estaba muerto de cansancio, o sea que no estaba muerto. Los pies me dolían horrores. Jugué varios partidos infiltrado (en el equipo contrario), por amor a los colores del club y al de los dólares que me pagaban. Hasta que me hice atender por un verdadero mago de la medicina, y el dolor desapareció como por arte de magia.

Tan feliz suceso retempló mi espíritu, y me fui a París donde no pude encontrar a las famosas cigüeñas que traen bebés a la Argentina. Viví un tiempo en la Ciudad Luz, y ¡no quiero contarles lo que fue la cuenta de electricidad!

En menos que canta un gallo me decidí: tomé las de Villadiego, que eran bonitas pero un poco tontas, puse pies en polvorosa y me largué con viento fresco. Ya estaba lejos cuando el gallo cantó: alguien le había quitado la mordaza.

Muchas familias dieron abrigo al peregrino, quien al final instaló una tienda de venta de abrigos. Muchas señoras dieron de comer al hambriento, y siempre le dieron habas cocidas, porque en todas partes se cuecen habas.

Quise conocer el ombligo del mundo, pero el mundo se negó a sacarse la camiseta de frisa invocando el intenso frío reinante, que estaba sentado en su magnífico trono de oro y diamantes, mandoneando como se pueden imaginar.

Para ir a ninguna parte pero rápido, elegí la vía aérea. Compré un pasaje abierto y lo hice cerrar. Los rieles estaban tan oxidados que al instante comprendí que se trataba

* Fermín P. Ubereano.

de una vía muerta. Vino el forense, le extendió el certificado de defunción, y la enterraron con todos los honores, y hasta con un ataúd de bronce.

Persistiendo en mi propósito, me dirigí hacia la zona bancaria, entré raudamente en una institución, saqué número y conseguí butaca en un cheque volador, que en un abrir y cerrar de ojos me hizo un significativo guiño. Caí en el más profundo de los sueños, pero la caída fue una desgracia con suerte: no se me rompió ningún hueso ni el amuleto de plástico irrompible.

Me sacaron del pozo. Salí de la sartén para caer en el fuego. Un negro presentimiento se apoderó de mí, pero me liberé, le di un puntapié en la espinilla y el moreno se quedó blanco como el papel blanco. Llamé a los bomberos, llegaron en un santiamén y me echaron un balde de agua fría. Ellos no se andan con paños tibios...

Esperé quince minutos y pasó mi cuarto de hora. Le hice dedo, me dio la mano y yo me tomé hasta el codo. La borrachera fue de las bravas, por culpa del vino, que era malo, y además era mucho.

De todos modos ascendí al vehículo, y para no pagar me cubrí la cabeza y viajé de gorra. Hasta la próxima estación, que era la primavera. Allí descendí y me planté con siete y medio pero el gorgojo arruinó la cosecha.

Yo me sentía realizado, mi alegría no tenía parangón porque no lo necesitaba. Finalmente yo había alcanzado el mayor lauro, había llegado a la cátedra en una alta casa de estudios (tres pisos), cuya fama era la admiración de los países limítrofes y Perú.

Dicté clases. ¡Cómo dictaba! Fue una experiencia maravillosa ver a los copistas (disfrazados de alumnos) escribir desesperadamente cuanta imbecilidad yo decía, para después oír a las máquinas repetidoras (disfrazadas de alumnos) repetir maquinalmente mis enseñanzas: ubi lex non distinguit..., quien puede lo más..., al que nace barrigón..., y no recuerdo que sigue porque la memoria me fue infiel y tuve que pedir el divorcio, por el qué dirán, usted sabe, vecina. Y por los cuernos.

Fui a Sevilla y perdí mi silla. La perdí jugando al truco. Con trampas. Ellos. Ellos mejor que yo. Fuse la otra mejilla, me dieron otra cachetada.

Poco después un golpe de suerte cambió mi vida. Aquel chichón me acompañó durante años y años.

Mucho después la fortuna me sonrió, y yo le devolví la sonrisa para no quedarme con nada ajeno. Encontré una aguja en un pajar, y con ella pude zurcir mis destrozadas ilusiones. Vendí la aguja por chaucha y palitos, pero estaban tan gastados que no servían para nada. No me quedaba otra: se los regalé a los pobres, a quienes tampoco le servían para nada. Estaban bien educados y me agradecieron de un modo conmovedor, asegurándome que jamás olvidarían mi gesto, y que yo era "flor de gaúcho". O algo parecido, no entendí del todo bien, porque se me llenaron los ojos de lágrimas. De cocodrilo, claro.

Tantas emociones habían minado mi salud. Recordé a quien fuera como un padre para mí: mi padre. Empecé el regreso.

Aplastado por el peso de los años, volví al hogar y entré por la rendija debajo de la puerta. Los años no habían pasado en vano: habían pasado en ciclomotor.

Y colorín colorado este cuento se ha acabado. El príncipe y la princesa se casaron, vivieron felices y comieron perdices. Ellos preferían otras comidas, pero era su obligación: en el final de los cuentos, los príncipes y las princesas siempre comen perdices a rajacíncha.

Sin otro motivo, saludo atentamente al infatigable viajero doctor Jair: abogado, profesor universitario y periodista, desde su Brasil natal hizo —deliberadamente— la primera excursión intensiva por los lugares comunes. Muchos lo hacemos todos los días sin darnos cuenta.

(Estruco)

El viaje se compuso con variaciones castellanas sobre una idea de Jair Francisco Hamma, *Viagem a lugares comuns*, publicado originalmente en el diario "O Estado" de Florianópolis, y recopilado junto con otros artículos del mismo autor en el libro *O detetive de Florianópolis*, Editora de la Universidad Federal de Santa Catarina en coedición con "O Estado", Florianópolis, 1983, p. 104-106.

POR EL HONOR *

Temblaba. Con su vista empañada escrutaba los gestos del profanador.

* Ignacio Adrián Lerer.

No podía explicarse su parsimonia, su indiferencia. No entendía cómo había ocurrido.

Mancillar el honor, ultrajar su honra; infamia tras infamia cometida, hasta la última; estocada certera y final.

Los ojos le resultaban demasiado pequeños como para retener —dentro de sí— tanta impotencia bañada en lágrimas de sangre. Se imaginaba el castigo merecido, el rayo con que la Divinidad debía fulminar al pusilánime violador.

Mas su cobardía, su inveterado temor, su extremo instinto de autoconservación le hacían callar. El calvario, atroz, volvía a su memoria una y otra vez. Sin embargo, de su boca no saldrían nunca las palabras que una tras otra, a borbotones, sangraban desde su corazón.

¿Cómo aceptar la humillación? ¿Por qué resignarse, con el desdén de los demás, ante tanta injusticia e iniquidad?

Le preocupaba, también, la inevitable aparición del dedo acusador: los demás lo señalarían, reconocerían en él, de inmediato, al objeto defenestrado impunemente. Y él, indefenso, no podría explicar nada.

Por eso se justifica una y otra vez al relatar su actitud; no hay quién lo convenza de la innegable cobardía, de lo despreciable de su reacción.

No durmió por unos días, con sed de venganza. Caminó incansablemente, recorrió calles y casas, hasta encontrarlo.

Sabía que esa tarde todo se conjugaba para lanzar el ataque final.

Decidido, se dirigió hasta el primer piso de ese edificio demasiado grande como para creerse helénico, demasiado conocido como para quitarle confianza.

Lo encontró de espaldas, leyendo un libro apoltronado en el verde sillón.

Sus manos se crisparon. Su pulso se aceleró hasta dejarlo sin respiración; sentía el corazón obturándole la garganta, sus sienes se ensanchaban, desacompañadas.

Tomó fuerzas —en estos casos no puede hablarse de valor— y, con una tranquilidad insaudita, pero previsible, sus labios esbozaron un obsecuente saludo, para luego casi sin hesitar, pedirle al profesor que, en vez de un ocho, le pusiera un diez.

FICCION JURÍDICA

VOLVAMOS A HACER LAS COSAS CON LAS MANOS*

Hemos leído números atrás una propuesta de privatización de la pena de muerte. Sin perjuicio de coincidir con dichos postulados, creemos firmemente en la necesidad de combatir el crimen no sólo a través del perfeccionamiento de la ejecución penal, sino fundamentalmente mejorando la prevención del delito. Seguridad ciudadana y prevención forman un dúo siamés, imposible de viviseccionar. Si el Estado mata caro y mal, pues también previene el delito caro y mal: sus funcionarios se corrompen, brindan protección desigual e incluso aseguran la impunidad de los delincuentes que se contubernian con la autoridad empleando el canto de sirena del rédito económico. Es la misma ineficiencia del Estado la que quiebra la igualdad de los ciudadanos sobreprotegiendo a algunos, desprotegiendo a otros y soslayando la acción de la justicia frente a otros.

Contra este esquema de corruptela, nada mejor que cortar por lo sano. ¿Quién es el que va a poner mayor celo en resguardar su propia seguridad, la de sus hijos y la de sus bienes? Pues el ciudadano. Luego, restituyamos la prevención al ciudadano.

Hemos pensado algunas soluciones que han tenido sus primeras manifestaciones en países más desarrollados, pero humildemente creemos haber encontrado bases jurídico-políticas más sólidas que las desplegadas en aquellas naciones, en las que lamentablemente se ha interrumpido la profundización de la idea de bien común. Así, creemos que constituye una obligación del Estado entregar a cada ciudadano contribuyente un arma de fuego corta, un arma de fuego larga por grupo familiar y una caja de cartuchos mensual por cada uno de los componentes del grupo familiar. De este modo la distribución materializa el principio de igualdad y consolida el espíritu republicano y democrático. La prevención y cristalización de la seguridad pasan a manos de los propios beneficiarios y se constituyen a la vez en

* Christian Courtis.

derecho y carga pública; el principio de subsidiariedad cobra cuerpo una vez más asegurando la propia actividad privada, la tarea que el Estado ha demostrado ser incapaz de cumplir.

Este avance nos obligaría a flexibilizar ciertas normas: presumir *turis et de iure* que la muerte o las lesiones producidas contra extraños por el uso de estas armas en el ámbito del recinto hogareño ocurren en ocasión de legítima defensa; prevenir el uso indebido de estas armas imponiendo cadena perpetua a quien se valga de ellas para delinquir fuera del perímetro de su propiedad, y en especial reglamentar minuciosamente la actuación de la policía estatal. La intromisión de esta fuerza sólo podrá legitimarse cuando las víctimas de la agresión sean menores o incapaces, cuando se denuncie la inferioridad de condiciones de los defensores respecto de los atacantes, o por pedido expreso, que deberá ser grabado en la seccional correspondiente. En los últimos dos casos, si se comprueba la innecesariedad del auxilio policial, y en el primero, si del caso surge la negligencia de los encargados al abandonar a los representados, los contribuyentes responsables deberán solventar económicamente la tarea efectuada por la fuerza de seguridad y pagar una multa que castigue el incumplimiento de su carga. El monto del servicio incluye los gastos funerarios de las eventuales víctimas policíacas.

Por último, creemos que después de una primera etapa de asentamiento del sistema, debemos licitar el servicio policial, persiguiendo su privatización y desmonopolización, de modo tal que la competencia incremente la calidad de la prestación.

NOTAS ACERCA DE LA IMPUTABILIDAD PENAL DE LOS ANIMALES *

Eminentes iusfilósofos contemporáneos entienden que, actualmente, fuera de los entes colectivos o supraindividuales, llamados "personas jurídicas" (en sentido estricto), sólo los hombres pueden ser sujetos de derecho (v.gr., así, Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch,

* Luis Guillermo Blanco.

1974, p. 401-403), opinión de la que, en consecuencia, se sigue que los animales (no humanos) no son ni podrían ser sujetos tales, y de ahí que estos últimos seres no podrían ser pasibles de incriminación penal ni, por ende, de sanción punitiva alguna —en este orden de ideas, al referirse a la "acción" como uno de los elementos de la definición de delito ("delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal"), entiende Sebastián Soler (Derecho penal argentino, Bs. As., Tea, 1973, t. I, p. 208) que aquella existe "toda vez que un comportamiento corporal es jurídicamente referible a alguna forma de la voluntad humana", excluyendo así, pues, a toda forma de voluntad animal (no humana), y con ello, a la imputabilidad penal de los animales—.

Sin embargo, es de recordar (con Gregory Zilboorg —Tendencias primitivas en la justicia civilizada, en "Revista de Psicoanálisis", Bs. As., APA, 1945, año II, n° 4, p. 532—) que "hasta el siglo XVIII fueron formalmente condenados a muerte toda clase de animales. Se dictaron sentencias contra toros, vacas, cerdos, asnos, cebras, caballos, ovejas, perros, gallos, tortugas, ratas, ratones y hasta contra lombrices, langostas y orugas", es decir, contra toda suerte de animales que habían delinquido, ya individualmente, ya en banda —v.gr., en forma de plagas—, dictándose las sentencias del caso luego del debido proceso (judicial), aspectos todos los aquí apuntados acerca de los que muy bien trata Paul Tabori (Historia de la estupidez humana, Bs. As., Siglo Veinti, 1965, p. 177-187), quien, entre otros casos dignos de ser mencionados, alude al homicidio intencional causado por un irascible toro en la aldea francesa de Moisy —había cornado a un hombre—, crimen acaecido en el año 1314 y por el que esa bestia fue procesada, condenada a muerte y ahorcada, esto último en el patíbulo de dicha aldea —igual pena se infligió en 1462 a un malvado gato que había asesinado a un niño en su cuna—, y, también, al de un agresivo carnero ruso —delincuente habitual, como que acostumbraba atropellar premeditadamente a la gente— que fue condenado al exilio en Siberia.

Ahora bien, este sano criterio incriminatorio fue, paulatina y universalmente, dejado de lado, admitiéndose la imputabilidad de los animales, y así, es de ver que, en nuestro ordenamiento jurídico, aquéllos no son pasibles de sanción penal (vale acotar que, en materia civil, los animales no son legalmente responsables por los daños que causaren, sino que lo son sus dueños o guardianes, o bien, el

tercero que hubiere excitado a los primeros, tal como lo indican los arts. 1124 y 1125, Cód. Civil), solución la aquí apuntada que no nos parece acertada.

En efecto, si la Liga Internacional de los Derechos de los Animales, en cierta oportunidad, propuso la sanción de una cierta "Declaración Universal de los Derechos del Animal", cuyo art. 1º establece: "Todos los animales nacen iguales y tienen el mismo derecho a existir" (cfr., Montejano, Bernardino, Curso de derecho natural, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978, p. 270, nota 424), norma que, evidentemente, reconoce y recepta a otra tal declarada como su antecedente inmediato: "Todos los animales son iguales" —"pero algunos animales son más iguales que otros", se agregaría luego— (cfr. Orwell, George, *Rebelión en la granja*, Bs. As., Delmar, 1984, p. 21 y 95), y si, particularizando, en los hechos, nada ha obstado para que un acudalado súbdito británico llegara siete millones de libras esterlinas (alrededor de u\$s 13.000.000) a organizaciones dedicadas al cuidado de gatos ("Clarín", 24/5/88, p. 31), ni, más concretamente, para que una gata siamesa neoyorquina haya sido instituida por su ama como única heredera testamentaria —en la suma de u\$s 50.000— ("La Razón", 20/4/87, p. 1; citado por Grandoli, Mariano J., *Conceptos sobre la adopción*, ED, 35-835), es decir, se ha beneficiado jurídicamente a los animales, acordándoles implícitamente la calidad de sujetos de derecho, en consecuencia, no nos parece éticamente aceptable que un animal que ha cometido un crimen, por el solo hecho natural de ser irracional, no reciba la adecuada retribución penal del caso. De otra manera, dicha irracionalidad —inherente a todo animal— se traduciría en una causal de inimputabilidad de vigencia universal, lo que no resulta aceptable, como que, siendo la irracionalidad —insistimos— una característica propia de la especie animal (exceptuando al animal humano —regla que también admite excepciones—), un factor tan general y así de consustancial al ser animal, por tanto, no puede jamás erigirse en una causal de inimputabilidad que goce de un alcance tal como el recién indicado, en desmedro de la justicia, el orden y la seguridad —eternos valores jurídicos—, y menos aún teniendo en cuenta que la cotidiana realidad jurídica nos enseña que los animales no acostumbrán confesar sus crímenes ni arrepentirse de ellos —de ahí que no resulte aventurado presumir que los animales que han incurrido en conductas delictivas sean delincuentes natos, aspecto el indicado que merece un pormenorizado estudio criminológico—.

Ello así, podemos entonces concluir este ensayo proponiendo el retorno al viejo criterio incriminatorio del caso y, al efecto, postulando, sin hesitaciones, la plena imputabilidad penal de los animales irracionales, como que, en una sociedad civilizada, ningún crimen puede quedar impune, y menos aún en razón de un preconcepto —la inimputabilidad arriba apuntada— que a ningún resultado jurídico valioso puede conducir.

¿LO SABÍA?

Sin título

Artículo 1º. — Decláranse disueltas la Cámara de Senadores y la Cámara de Representantes.

Art. 3º. — Prohíbese la divulgación por la prensa oral, escrita y televisada de todo tipo de información, comentario o grabación que, directa o indirectamente, mencione o se refiera a lo dispuesto por el presente decreto atribuyendo propósitos dictatoriales al Poder Ejecutivo, o pueda perturbar la tranquilidad y el orden públicos.

(firmado)

BORDABERRY, BOLENTINI, RAVENNA
Decreto 464 de 1973
República Oriental del Uruguay
EMILIO GARCÍA MÉNDEZ
Autoritarismo y control social,
Bs. As., Hammurabi, 1987.

LA JUSTICIA AMENAZADA

El caso de los chizitos pingosos está conmoviendo a la ciudad de Mar del Plata, donde el juez en lo criminal Guillermo Erbetta denunció a sus vecinos —tres niños de seis, once y doce años— por el delito de arrojar trocitos del conocido alimento de maíz inflado y queso —con el agravante de mayonesa— en el jardín de su casa. El matrimonio Rabuffetti, padres de los pequeños delincuentes, fue detenido y encerrado en la comisaría no sin antes pasar por el conocido "planito" (toma de huellas digitales) que permite investigar

su prontuario criminal. La jueza interviniente dictó el sobreseimiento, pero el fiscal, si bien acordó que no había mérito para un proceso por desacato, sí encontró razones para la prosecución de la causa por el delito de perturbar la acción de la justicia, ya que Erbetia, según declaró, no podía "estudiar con tranquilidad los expedientes" por culpa del estruendo de los arrojadizos chizitos.

Página 12, 26/4/89.

ECONOMÍA SOCIAL DEL DELITO Y LA LOCURA

Queda por resolver el problema del inmenso número de defectuosos y de criminales. Constituyen una carga enorme para aquella parte de la población que ha permanecido normal. Como ya se ha indicado, en la actualidad se requieren sumas gigantescas para mantener las cárceles y los manicomios, y para proteger al público contra los gangsters y los lunáticos. ¿Por qué conservamos esos seres inútiles y peligrosos? Lo anormal impide el desarrollo de lo normal. Es preciso enfrentarse cara a cara con este hecho. ¿Por qué no ha de disponer la sociedad de los criminales y de los locos de una manera más económica? No podemos seguir tratando de separar los responsables de los irresponsables, castigando a los culpables, librando a aquellos que, aun habiendo cometido un crimen, se piense que son inocentes moralmente. No somos capaces de juzgar a los hombres. Sin embargo, la comunidad tiene que estar protegida contra los elementos peligrosos y molestos. ¿Cómo puede hacerse? Desde luego, no construyendo cárceles mayores y con más comodidades, del mismo modo que la auténtica salud no se logrará con hospitales mayores y más científicos. La criminalidad y la locura sólo pueden evitarse por medio de un mejor conocimiento del hombre, por la eugenesia, merced a cambios en la educación y en las condiciones sociales. Entretanto debemos ocuparnos eficazmente de los criminales. Tal vez deberían abolirse las cárceles. Podrían reemplazarse por instituciones más pequeñas y menos caras. Castigar a los delincuentes con un látigo o con algún procedimiento más científico, seguido de una corta estancia en el hospital, bastaría probablemente para asegurar el orden. De aquellos que han asesinado, asaltado con pistolas o ametralladoras, raptado niños, despojado a los pobres de sus ahorros, que han engañado al público en asuntos importantes, debería disponerse, humana y econó-

micamente, en pequeñas instituciones de eutanasia (muerte piadosa) provistas de gases adecuados. Un tratamiento similar podría ser aplicado a los locos culpables de actos criminales. La sociedad moderna no dudaría en organizarse por lo que se refiere al individuo normal. Los sistemas filosóficos y los prejuicios sentimentales deben desaparecer ante esta necesidad. El desarrollo de la personalidad humana es el supremo fin de la civilización.

ALEXIS CARREL

(Premio Nobel de Medicina 1912),
La incógnita del hombre,
Bs. As., Joaquín Gil Editor, 1953.

PARA UNA NACIÓN DE CATÓLICOS

Tienen también el deber de promover la justicia social, así como, recordando el precepto del Señor, ayudar a los pobres con sus propios bienes.

CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO

Deberes de los fieles, canon 222, inc. 62.

DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS ANIMALES Y DE LAS PLANTAS

En Basilea, Suiza, en el año 1474 un gallo puso un huevo. Las autoridades civiles lo procesaron "por violar las leyes naturales"; se lo juzgó, declaró culpable y condenó a ser quemado vivo.

MORRIS CLARENCE

La justificación del derecho,
Bs. As., Tea, 1974, cap. 8, "Derechos y deberes
de los animales y de las plantas", p. 231.

LOS TESTÍCULOS SOBRE LA MESA

En el Génesis, capítulo 24, versículos 2 y 3, se encuentra una referencia bíblica que dice: "Abraham dijo al más viejo de sus criados: 'Por, te lo ruego, tu mano bajo mi muslo y haré el juramento'".

En la antigüedad los hombres prestaban juramento por los testículos, mientras los cogían con su mano.

La palabra testículo tiene el mismo origen latino que las palabras testificar y testimonio y significado testigo pequeño.

SUSANA HAYDÉE BROWBERG

El notario en el derecho hebreo,
en "Revista del Notariado", abr.-may.-jun. 1983,
nº 817, p. 427.

**ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE UNA EVENTUAL
LEY DE DEFENSA INTERIOR**

En la segunda mitad del siglo xviii, se soñó mucho en utilizar al ejército como instancia de vigilancia y de rastreado general que permitiera controlar a la población. El ejército por disciplinar todavía en el siglo xviii, está concebido como "disciplinante". Cfr. por ejemplo, J. Servan, *Le soldat citoyen*, 1780.

MICHEL FOUCAULT

Vigilar y castigar. El nacimiento de la cárcel,
Siglo XXI, p. 215, nota 16.

