PRUDENTIA IURIS Nº 53

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Pontificia Universidad Católica Argentina
"Santa María de los Buenos Aires"

Diciembre 2000

Ediciones de la Universidad Católica Argentina
Universitas S.R.L.
Tucumán 1436 - Buenos Aires
ISSN: 0326-2774
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO DICIEMBRE 2000 – Nº 53

APÉNDICE

•Toda la revista puede consultarse en **www.eldial.com** (Ver ícono de la Revista en la columna derecha)

•e-mail: derecho@uca.edu.ar (por favor aclarar en el texto at/Dr. Roberto Punte o Ezequiel Abásolo.

EDITORIAL

DISCURSO DEL SANTO PADRE A LOS PROFESORES UNIVERSITARIOS

Amadísimos Profesores Universitarios: Me alegra encontrarme con vosotros en este año de gracia, en el que Cristo nos llama con fuerza a una adhesión de fé más convencida y a una profunda renovación de vida. Os agradezco sobre todo el compromiso que habeís manifestado en los encuentros espirituales y culturales que han caracterizado estas jornadas. Al veros, mi pensamiento se ensancha en un saludo cordial a los profesores universitarios de todas las naciones, así como a los estudiantes confiados a su guía en el camino, fatigoso a la vez, de la investigación. Saludo asimismo al senador Ortensio Zacchino, ministro de Universidades, que está aquí con nosotros en representación del Gobierno italiano.

Los ilustres profesores que acaban de tomar la palabra me han permitido hacerme una idea de cuán rica y articulada ha sido vuestra reflexión. Les doy las gracias de corazón. Este encuentro jubilar ha construido para cada uno de vosotros una ocasión propicia para verificar en qué medida el *gran acontecimiento que celebramos, la encarnación del Verbo de Dios,* ha sido acogido como principio vital que informa y transforma toda la vida.

Sí, porque Cristo no es el signo de una vaga dimensión religiosa, sino el lugar concreto en el que Dios hace plenamente suya, en la persona del Hijo nuestra humanidad. Con él "el eterno entra en el tiempo, el Todo se esconde en la parte y Dios asume el rostro del hombre" (Fides et Ratio, 12). Esta "Kénosis" de Dios, hasta el "escándalo" de la cruz (cfr. Flp 2, 7), puede parecer una locura para una razón orgullosa de sí. En realidad, es "fuerza de Dios y sabiduría de Dios" (1 Co 1, 23-24) para cuantos se abren a la sorpresa de su amor. Vosotros estais aquí para dar testimonio de él.

*Hemos elegido como editorial de este número, las palabras del Santo Padre con motivo del año jubilar a los profesores universitarios, el sábado 9 de septiembre de 2000.

Cristo es la respuesta a la búsqueda del hombre

El tema de fondo sobre el que habéis reflexionado. La *universidad para un nuevo humanismo,* encaja muy bien en el redescubrimiento jubilar de la centralidad de Cristo. En efecto, al acontecimiento de la Encarnación toca al hombre en profundidad e ilumina sus raíces y su destino, y lo abre a una esperanza que no defrauda. Como hombres de ciencia, os interrogáis continuamente sobre el valor de la persona humana. Cada uno podría decir, con el antiguo filósofo: "Busco al hombre".

Entre las numerosas respuestas dadas a esta búsqueda fundamental, habéis acogido la respuesta de Cristo, que brota de sus palabras pero, mucho más, brilla en su rostro. *Ecce homo:* "he aquí el hombre" (*jn* 19, 5). Pilato, mostrando a la muchedumbre exaltada el rostro desfigurado de Cristo, no imaginaba que se convertiría, en cierto sentido, en portavoz de una revelación. Sin saberlo, señalaba al mundo de Cristo, en quien todo hombre puede reconocer su *raiz*, y de quien todo hombre puede esperar su *salvación. Redemptor Hominis:* esta es la imagen de Cristo que, ya desde mi primera encíclica, he querido "gritar" al mundo, y que este año jubilar quiere hacer resonar en las mentes y en los corazones.

Una cultura orientada hacia la verdad

Inspirándonos en Cristo, que revela al hombre (cfr. *Gaudium et Spes, 22)*, en los congresos celebrados durante estos días habéis querido reafirmar la exigencia de una cultura universitaria verdaderamente "humanística". Y, ante todo, en el sentido de que la *cultura debe ser a medida de la persona humana*, superando las tentaciones de un saber plegado al pragmatismo o disperso en las infinitas expresiones de la erudición y, por tanto, incapaz de dar sentido a la vida.

Por esta razón, habéis reafirmado que no existe contradicción, sino más bien un nexo lógico, entre la libertad de la investigación y el reconocimiento de la verdad, a la que tiende precisamente la investigación, a pesar de los límites y las fatigas del pensamiento humano. Hay que subrayar este aspecto, para no caer en el clima relativista que insidia a gran parte de la cultura actual. En realidad, si no está orientada hacia la verdad, que debe buscar con actitud humilde, pero al mismo tiempo confiada, la cultura está destinada a caer en lo efímerc abandonándose a la volubilidad de las opiniones y, quizá, cediendo a la prepotencia, a menudo engañosa, de los más fuertes.

Una cultura sin verdad no es una garantía para libertad, sino más bien un riesgo. Ya lo dije en otra ocasión: un riesgo. Ya lo dije en otra ocasión: "las exigencias de la verdad y la moralidad no menosca-

ban ni anulan nuestra libertad, sino que, por el contrario, le permiten crecer y la liberan de las amenazas que lleva en su interior" (Discurso a la III asamblea general de la iglesia italiana en Palermo, 23 de noviembre de 1995, n. 3: L' Osservatore Romano, edición en lengua española, 1 de diciembre de 1995, p. 7). En este sentido, sigue siendo perentoria la advertencia de Cristo: "La verdad os hará libres" (Jn 8, 32).

Apertura al Trascendente

Arraigado en la perspectiva de la verdad, el humanismo cristiano implica ante todo la apertura al Trascendente. Aquí residen la verdad y la grandeza del hombre, la única criatura del mundo visible capaz de tomar conciencia de sí, reconociéndose envuelta por el misterio suprema de la razón y la fe juntas dan el nombre de Dios. Es necesario un humanismo en el que el horizonte de la ciencia y el de la fe ya no estén en conflicto.

Sin embargo, no podemos contentarnos con un acercamiento ambiguo, como el que favorece una cultura de duda de la capacidad de la razón de alcanzar la verdad. Por este camino se corre el riesgo *del equívoco de una fe reducida al sentimiento,* a la emoción, al arte, en síntesis, una fe privada de todo fundamento crítico. Pero esta no sería la fe cristiana, que, por el contrario, exige una adhesión razonable y responsable a cuanto Dios ha revelado en Cristo. *La fe no brota de las cenizas de la razón.* Os exhorto vivamente a todos vosotros, hombres de la univerisdad, a realizar todos los esfuerzos posibles para reconstruir un horizonte del saber abierto a la Verdad y al Absoluto.

Sin embargo, debe quedar claro que esta dimensión "vertical" del saber no implica ningún aislamiento intimista; al contrario, se abre por su misma naturaleza a las dimensiones de la creación. ¡No podía ser de otra forma! Al reconocer al Creador, el hombre reconoce el valor de las criaturas. Abriéndose al Verbo encarnado, acoge también todo lo que ha sido hecho por él (cfr. *Jn* 1, 3) y por él ha sido redimido. Por eso, es necesario *redescubrir el sentido original y escatológico de la creación,* respetándola en sus exigencias intrínsecas, pero al mismo tiempo, disfrutándola desde la libertad, responsabilidad, creatividad, alegría, "descanso" y contemplación. Como nos lo recuerda una espléndida página del concilio Vaticano II, "gozando de las criaturas con pobreza y libertad de espíritu, (el hombre) entre en la verdadera

posesión del mundo como quien no tiene nada y lo posee todo. "Pues todas las cosas son vuestras, vosotros de Cristo, Cristo de Dios" (1 Co 2, 22-23)" (*Gaudium et Spes*, 37).

Hoy la más atenta reflexión epistemológica reconoce la necesidad de que las ciencias del hombre y las de la naturaleza vuelvan a encontrarse, para que el saber recupere una inspiración profundamente unitaria. El progreso de las ciencias y de las tecnologías pone hoy en las manos del hombre posibilidades magníficas, pero también terribles. La conciencia de los límites de la ciencia, considerando las exigencias morales, no es oscurantismo, sino salvaguardia de una investigación digna del hombre y al servicio de la vida.

Amadísimos hombres de la investigación científica, haced que las universidades se transformen en "laboratorios culturales" en los que dialoguen constructivamente la teología, la filosofía, las ciencias humanas y las ciencias de la naturaleza, considerando la norma moral como una exigencia intrínseca de la investigación y condición de su pleno valor en el acercamiento a la verdad.

Sociedad y persona humana

El saber iluminado por la fe, en vez de alejarse de los ámbitos de la vida diaria, está presente en ellos con toda la fuerza de la esperanza y de la profecía. El humanismo que deseamos promueve una visión de la sociedad centrada en la persona humana y en sus derechos inalienables, en los valores de la justicia y de la paz, en una correcta relación entre personas, sociedad y Estado, y en la lógica de la solidaridad y de la subsidiariedad. Es un humanismo capaz de infundir un alma al mismo progreso económico, para "promover a todos los hombres y a todo el hombre" (*Populorum Progressio*, 14; cf. *Sollicitudo Rei Socialis*, 30).

En particular, es urgente que trabajemos para salvaguardar, plenamente el verdadero sentido de la democracia, auténtica conquista de la cultura. En efecto, sobre este tema se perfilan tendencias preocupantes, cuando se reduce la democracia a un hecho puramente de procedimiento, o cuando se piensa que la voluntad expresada por la mayoría basta simplemente para determinar la aceptabilidad moral de una ley. En realidad, "el valor de la democracia se mantiene o cae con los valores que encarna y promueve. (...) En la base de estos valores no pueden estar provisionales y volubles "mayorías" de opinión, sino sólo el reconocimiento de una "ley natural" inscripta en el corazón del hombre, es punto de referencia normativa de la misma ley civil" (*Evangelium Vitae*, 70).

Función educativa de la cultura

Queridísimos profesores, también la universidad, al igual que otras instituciones, experimenta las dificultades de la hora actual. Y, sin embargo, sigue siendo insustituible para la cultura, con tal de que no extravíe su originaria figura de institución entregada a la investigación y, al mismo tiempo, a una función formativa vital y, diría, "educativa", en beneficio sobre todo de las jóvenes generaciones. Hay que poner esta función en el centro de las reformas y de las adaptaciones que también esta antigua institución puede necesitar para adecuarse a los tiempos.

Con su valor humanístico, la fe cristiana puede ofrecer una contribución original a la vida de la universidad y a su tarea educativa, en la medida en que se dé testimonio de ella con fuerza de pensamiento y coherencia de vida, mediante un diálogo crítico y constructivo con cuantos promueven una inspiración diversa. Espero que esta perspectiva se profundice también en los encuentros mundiales en los que los que participarán próximamente los rectores, los dirigentes administrativos de las universidades, los capellanes universitarios y los mismos alumnos en su foro internacional.

La Iglesia y las universidades

Ilustrísimos profesores, en el Evangelio se funda una concepción del mundo y del hombre que no deja de irradiar valores culturales, humanísticos y éticos para un correcta visión de la vida y de la historia. Estan profundamente convencidos de esto, y convertirlo en criterio de vuestro compromiso.

La Iglesia, que ha desempeñado históricamente un papel de primer orden en el mismo nacimiento de las universidades, sigue mirándolas con profundo aprecio, y espera de vosotros una contribución decisiva para que esta institución entre al nuevo milenio reencontrándose plenamente a sí misma como lugar donde se desarrollan de modo cualificado la apertura al saber, la pasión por la verdad y el interés por el futuro del hombre. Ojalá que este encuentro jubilar deje dentro de cada uno de vosotros un signo indeleble y os infunda nuevo vigor para esta ardua tarea.

Con este deseo, en nombre de Cristo, Señor de la historia y Redentor del hombre, os imparto a todos con gran afecto la bendición apostólica.

S. S. JUAN PABLO II

DERECHO PENAL
Y PROCESAL PENAL

PRESENTACION

El derecho penal se ha convertido en la actualidad en una de las ramas del derecho que capta especialmente la atención de nuestra sociedad. Por un lado, la falta de seguridad reinante provoca reclamos de penas más severas; por otro, surgen doctrinas que proponen distintas críticas que culminan en el abolicionismo.

Recogiendo estas inquietudes, las autoridades de nuestra Facultad han dado a esta materia un especial énfasis, que no sólo se ve reflejado en la intensa actividad del posgrado, con las visitas de importantes profesores extranjeros que se dieron cita en las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Penal, sino también en la apertura de tres comisiones de "Derecho Penal Profundizado" para los alumnos del quinto año de la carrera de Abogacía.

Con la creación de este ámbito de discusión académica se han realizado distintos trabajos y estudios, entre los cuales hemos seleccionado para esta publicación* aquellos relacionados con las distintas Jornadas realizadas en la Facultad, y otros sobre el asilo político, la culpabilidad, el error, la ley de residuos peligrosos, el agente encubierto, los delitos contra la integridad sexual de las personas y, finalmente, la protección penal de las personas por nacer.

Esta última temática es, a nuestro juicio, la más importante a desarrollar en nuestra Casa de Estudios, toda vez que en la actualidad no sólo existen grupos de personas que proclaman la legalidad del aborto, sino también que, en aras de la ciencia y de los negocios, autorizan la experimentación con "vida inocente". Estas posturas, a las que Juan Pablo II dedicó gran parte de la Encíclica *Evangelium Vitae*, no sólo resultan contrarias a nuestra Fe, sino que también atentan contra la dignidad del hombre y nuestra Constitución Nacional.

* y su apéndice.

Corresponde al derecho penal la protección de los bienes jurídicos más valorados por la sociedad, y de ahí la importancia de crear un ámbito de discusión académica que nos permita investigar, y así poder repetir experiencias como ésta.

ALFREDO BATTAGLIA - LUIS F. VELASCO (H)

JORNADAS
DE DERECHO PROCESAL PENAL

LOS DISTINTOS PROYECTOS DE REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN

RICARDO GIL LAVEDRA*

Agradezco a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, y sobre todo quiero destacar esta feliz iniciativa del Departamento de Postgrado y extensión jurídica de haber organizado estas segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal, que tocan una serie de cuestiones de gran actualidad y que seguramente se van a ver enriquecidas por el aporte de los expositores argentinos y extranjeros de alta calidad técnica que disertarán a continuación.

El propósito de las jornadas es tratar distintos aspectos referentes a la situación actual del derecho procesal, y principalmente lo que me han pedido los organizadores es establecer cuales son los proyectos actualmente vigentes en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación referidos a esta temática, es decir cuáles son los proyectos en poder del Gobierno en lo referente a la reforma del derecho procesal.

HEZNER decía, "otro gobierno, otro sistema, otro derecho procesal", refiriéndose generalmente a que los grandes cambios políticos en la historia de la humanidad dieron lugar a distintas formas de enjuiciamiento. Por eso, las antiguas repúblicas de Grecia y Roma acuñaron las formas de acusatorio puro, por eso cuando el poder se concentró en el imperio Romano, en los estados nacionales y en las formas de estados feudales de la edad media, el procedimiento fue el inquisitivo, y luego con el advenimiento de las ideas iluministas, en la gran revolución libertaria del siglo XVIII, trajo aparejado el inquisitivo reformado.

* Ex Ministro de Justicia de la Nación.

Decía que parafraseando a HEZNER, generalmente cuando se habla de nuevo gobierno se habla de nuevos proyectos o reformas, pero en el caso que nos ocupa no va ser exactamente así, pues se trata de un cambio de administración en la continuidad de un Estado democrático que se viene desenvolviendo desde el año 1983, con lo cual yo les quisiera exponer brevemente y a grandes líneas cuales son las ideas que desde el gobierno de la Nación existen para la reforma procesal.

Pero antes de ello, me gustaría que tengamos en claro qué es lo que queremos decir con esto de la reforma procesal y tratar de ubicarla en un contexto más amplio. Ustedes saben que el derecho penal es la intervención más grave que puede tener el Estado respecto de los derechos individuales, que es una función inexcusable de parte del Estado el tratar de proteger determinados bienes jurídicos cuya tutela le interesa particularmente, y para eso amenaza con una sanción a ciertas conductas particularmente graves que dañan esos bienes jurídicos cuya protección desea. Cuando sobrevienen estas conductas prohibidas, para restablecer esta paz social debe establecerse una sanción. Así funciona el mecanismo, el derecho penal vendría ser el garante de cualquier convivencia social pacífica dentro de una comunidad organizada.

El derecho procesal en el caso de la materia penal funciona diferente que el civil. La realización de las normas del derecho civil pueden hacerse sin necesidad de acudir al Estado para que con su imperio imponga cual es la conducta debida o la consecuencia que corresponda. Los particulares que día a día celebran contratos están cumpliendo las normas del derecho civil de fondo, y esto sin necesidad de proceso alguno. En el derecho penal por el contrario, el cumplimiento de sus normas trae aparejado la necesidad de un proceso, es decir el cumplimiento de determinadas formas, que anteceden a la aplicación de una sanción.

El derecho procesal penal aparece entonces, como aquellas formas necesarias para que se pueda imponer la pena, la consecuencia que amenaza la norma. Pero no sólo el derecho procesal es un instrumento de realización, es decir, los mecanismos que permiten realizar el derecho penal para imponer la sanción, sino que también las reglas del derecho procesal deben cuidar que estos mecanismos, rituales o formalidades no sean arbitrarias. Esto significa que no sólo es necesario que haya un juicio previo a la sanción que imponga el estado, sino que este juicio debe tener determinadas características; debe ser un juicio justo, leal, debido.

Por eso todas las legislaciones positivas de los países miembros de los estados de derecho, a fin de evitar la aplicación arbitraria de la ley penal han regulado estas características de cuando estamos frente a un juicio justo o un juicio debido, y lo es cuando en la aplicación de una sanción se respetan ciertas garantías al imputado, ciertos derechos básicos. Y aquí aparece este juicio emblemático de tensiones, que va a marcar a fuego al derecho procesal, y que tiene una actualidad tan inmensa hoy en día.

Se debe, por supuesto, como misión prioritaria poder castigar al culpable –realizar el derecho penal y poner una pena–, pero el derecho procesal también debe tratar de proteger al inocente, es decir aquel que es llevado injustamente a un proceso penal , y por otro lado aún a aquel que es encontrado culpable luego del cumplimiento de todos estos ritos y formas, merece un trato digno durante el transcurso del lapso del cumplimiento.

Sin ir a antecedentes remotos, y probablemente con alguna vinculación más mediata, en la gran explosión libertaria del siglo XVIII con el gran movimiento iluminista, quedaban plasmadas estas reglas de juicios justos en las principales cartas. La declaración de derechos de Virginia, Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano el mismo año, dos años más tarde en la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, y a partir de allí se van sucediendo a todas las normas que se van sucediendo en las distintas constituciones del Derecho continental europeo, y el ordenamiento procesal que los van reglamentando.

Por eso se dice con razón, y Uds. han escuchado la frase de la sensibilidad que tiene el derecho procesal penal sobre los derechos del hombre, en palabras de ROXIN de que el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución de un Estado, y en palabras también de FERRAJIOLI de que es el lugar en que el conflicto entre estos dos propósitos que anidan entre el Estado y el ciudadano, entre la autoridad y la libertad se hace más palmaria, cruda y evidente. Por lo tanto, cualquier ordenamiento o regla que tienda a tratar de establecer con éxito la armonía entre estos dos propósitos se encuentra cuando se alcanza un punto de equilibrio que permita realizar el derecho penal respetando los derechos del ciudadano. No hay cosa que parece más sencilla, que se repite diariamente y simultáneamente tan difícil de lograr.

Por eso este debate tan vigente hoy en día, acerca de si hay una antinomia entre los derechos del hombre y la eficacia en la realiza-

ción, que ha llevado a CAFFERATA NORES a decir que cuanto se gana en garantías se pierde en eficacia, y viceversa.

Qué pasa en perspectiva, acerca de las posibilidades de enmiendas en las reglas procesales. Como Ustedes saben todos los ordenamientos hijos de la ilustración, y todos los ordenamientos procesales del derecho continental europeo, proceden del inquisitivo reformado que fue ese compromiso entre las ideas de la ilustración y el viejo inquisitivo, el código de instrucción de Napoleón de 1808. A partir de allí, su influencia que perduró durante la segunda mitad del siglo pasado que sancionado en distintos ordenamientos continentales europeos, hasta el último de este siglo, el código italiano de 1813 y reformado en 1930.

Las reglas de este inquisitivo reformado que era una solución transaccional entre los viejos principios del acusatorio y el inquisitivo, tuvieron una gran utilidad. Constituyeron un cuerpo normativo de suma flexibilidad, tan flexible que pudo ser utilizado con éxito, yo diría durante más de un siglo y pudo servir tanto a regímenes democráticos como a totalitarios, pudo servir a derechos penales basados en concepciones retributivas, como sirvió también en plena euforia resocializadora, comenzando a resquebrajar cuando luego de aparecer nuevas concepciones, toman mucha fuerza los derechos ciudadanos, los derechos del hombre luego de la posguerra, cuando aparecen nuevas formas de criminalidad que lo tornan insuficiente muchos de sus postulados, y diría que la primera manifestación concreta de manifestaciones diversas, fue la sanción de la ordenanza penal alemana de 1975, que significa la ruptura con aquel viejo modelo y plantea una organización diferente del proceso. Le da la titularidad de la acción al Ministerio Público, introduce tímidamente el principio de oportunidad, es decir la posibilidad de no perseguir aquellas infracciones que por su menor gravedad revistieran menor interés por parte del Estado, organiza mejor el sistema del juicio, y finalmente en lo que hace al derecho continental, esta solución entre estos nuevos principios, sobre todo el derecho casuístico del derecho anglosajón encuentra su reformulación en otros dos cuerpos normativos sumamente trascendentes, seguramente el que es señalado como la mejor obra vigente de estos momentos, pese a las modificaciones que ha tenido hasta el presente es el Código Procesal Italiano de 1987, y el más reciente de Portugal. ¿Qué pasaba en la Argentina en todo esto? Como ustedes saben en la Argentina sancionada la Constitución de 1853, los distintos ordenamientos procesales no siguieron las directivas del progra-

ma de la Constitución. En el orden nacional rigió durante muchos años el Código de Procedimientos en Materia Penal que venía de la legislación española, a un código inquisitivo reformado, escrito, que cumplió sus buenos servicios durante muchos años.

En las provincias los aires de la renovación aparecen con la sanción del Código de Córdoba en 1939, que inauguró una línea dentro del derecho público provincial, de los códigos denominados modernos y que se fue transfiriendo en toda la República, primero en el noroeste, luego en el cuyo, el litoral, hasta el código de la Pampa. Esta línea estructuraba un modelo de proceso en el que su característica central, si bien marcaba una fuerte presencia inquisitiva en el sumario, tenía el juicio oral como conquista cultural. A estos códigos se lo distinguía por la presencia del juicio oral dentro del debate. Esta modalidad no pudo ingresar dentro de los distritos más grandes como las Provincias de Buenos Aires, Santa Fe, ni en la Capital Federal, finalmente luego de arduos debates y de la restauración democrática en 1983 se sancionó la actual ley de enjuiciamiento, que siguió las aguas del Código de Córdoba de 1939 sustancialmente. Es decir, que cuando se sanciona en el ámbito nacional, fue una gran conquista, por lo que significaba en aquél momento la rémora cultural de mantener un sistema que estaba tan alejado en ese momento de los principios constitucionales y la gran revolución que significó también el orden nacional, en el momento de sanción de esta norma, era una norma que ya era un poco vetusta.

El Código procesal nacional que se sanciona en 1992, ya es viejo en las provincias al momento que se sanciona en la Nación, al punto de que las provincias empiezan a sancionar otros códigos que sí siguen los lineamientos más modernos del Código de Italia. Córdoba vuelve lo reforma por un ordenamiento procesal, que sigue también al ordenamiento procesal modelo de Iberoamérica, así también se reforman en América Central, Tucumán, con modificaciones el de la Provincia de Buenos Aires, el de Mendoza, el de Chubut y el que está muy próximo a sancionarse en Neuquén. El nuevo ordenamiento nacional, sufrió casi de entrada serias modificaciones, ha sufrido un proceso de enmiendas importantes y seguramente, que más allá de las utilidades, significaron en su aplicación práctica que posee algunos defectos de funcionamiento importantes. Tengan en cuenta que este ordenamiento ha sufrido modificaciones tan significativas como la variación de los plazos de la prisión preventiva, la ley material en lo que hace a la suspensión del proceso, el procedimiento abreviado, una

modificación muy trascendente que fue la instrucción sumaria, etcétera. La reforma constitucional de 1994, también significó un impacto trascendente en el código, sin ir más lejos dejando de lado lo que significó la incorporación de diversos tratados en materias de derechos humanos, muchos de ellos con gran cantidad de garantías para aplicarse durante el proceso, la modificación que tuvo la independencia del Ministerio Público. Todas estas circunstancias hicieron que a muy pocos años de ser sancionado, ya comenzara a hablarse de la necesidad de introducirle modificaciones profundas al código procesal penal de la Nación. Estas enmiendas, incluso, han minado la coherencia intersistemática del propio ordenamiento y la aparición de ordenamientos para casos especiales han dado cierta inseguridad y confusión para algunos operadores del sistema.

Durante la administración anterior en el año 1998, una comisión de juristas muy destacados formuló un proyecto de modificaciones en los cuales trabajaron Miguel A. Almeyra, Chiara Diaz, Mario Liporace, Luis Cevasco, proponiendo introducir sobre la base del código, modificaciones que paliaran algunos de los defectos, por ejemplo avanzaba en la acción por parte del Ministerio Público, en la Policía Judicial, introducía la posibilidad de la antigua declaración del imputado sin juramento, y modificaciones al régimen de los recursos. Este proyecto no tuvo gran cantidad de debates, fue un proyecto del Ejecutivo elaborado de esta manera, lo tengo para mi que la situación actual exige más allá de los buenos propósitos de este proyecto la necesidad para avanzar con modificaciones más centrales y sustanciales, es decir más profundas. Por encargo del Presidente de la República, hemos iniciado desde el Ministerio una serie de consultas a los operadores del sistema penal tendientes a recoger cuál es su opinión acerca del funcionamiento del sistema. La productividad del sistema penal, medida en forma de eficacia no da buenos resultados, seguramente el crecimiento importante del delito, sobre todo del delito callejero de los últimos años, la legalidad procesal que obliga a perseguir todos los delitos, algunos defectos de organización judicial, han llevado a una circunstancia verdaderamente paradojal y que al ciudadano tiene que preocupar en grado sumo. Mientras se ha producido un crecimiento muy importante, sobre todo de los delitos contra la propiedad y los delitos violentos en los últimos años, el número de sentencias del sistema penal ha ido decreciendo. Mientras los delitos crecen, las sentencias decrecen, no ya en el orden nacional donde existe una suave pendiente descendiente, sino también en todo el país, en

donde hay algunos distritos con situaciones llamativas. En el orden nacional, lo que se nota es una acumulación de stock progresiva. Si bien hasta el presente los números de productividad del sistema dan cuenta de que el 65% de las causas se resuelven dentro de los tres años, en el 35% que queda sin resolver las dilaciones son enormes, y se nota cada vez más una tendencia acumulativa en los Tribunales Orales. Es decir, que si bien estos Tribunales iniciaron su actividad en el año 1992 de cero, progresivamente se nota una curva de acumulación que hace pensar de que en un tiempo no demasiado extenso el sistema va a caer en una situación parecida al de la Provincia de Córdoba, es decir que las causas sin presos se prescriben. Una suerte de principio de oportunidad fáctica, en la cual el juicio oral queda reservado nada más que para las causas con presos. Frente a esta situación desde el Ministerio de Justicia hemos enfrentado la cuestión desde dos ángulos, por un lado la posibilidad de estudiar algunas enmiendas, otra más, pero alguna otra enmienda parcial al sistema que permita superar algunas situaciones de emergencia. Por ejemplo, hemos enviado al Congreso un Proyecto tendiente a que en aquellos delitos correccionales, que no tengan autor identificado, no entren a Tribunales sino que permanezcan en una oficina del Ministerio Público con un fuerte apoyo informático. De esta manera vamos a conseguir descongestionar a los juzgados correccionales que se encuentran en una situación muy mala, tratando de tener una mayor eficacia en la persecución penal a través del cruce de datos e información en manos de un solo ente.

Hemos mandado también, otro proyecto de refuerzo a los Juzgados de ejecución cambiándoles la competencia en un caso y creándole más órganos, y estamos estudiando una serie de pequeñas cuestiones al sistema, como la posibilidad de regular mejor lo atinente a la nulidad, como los alcances de la regla de exclusión, y lo atinente a las facultades en el registro, etcétera. Estas enmiendas que son verdaderamente parches al sistema que funciona, no relevan de la posibilidad de que es necesario avanzar hacia una reforma de mayor envergadura. En ese sentido, en lo que estamos trabajando es en una evaluación muy cuidadosa y precisa del diagnóstico. Es decir, saber exactamente donde se producen los defectos, lo que hay que corregir, y por sobre todo consultar la opinión de los jueces, de los miembros del Ministerio Público, ya que este tipo de modificaciones no pueden hacerse desde el poder, ni tampoco aprovechando mayorías ocasionales en las cámaras legislativas, sino que requieren un consenso muy

fuerte por parte de quienes están llamados a aplicarlas, requiere una capacitación adecuada, un debate también pronunciado para que en el momento en que se lleven a cabo tengan verdaderamente éxito y puedan cumplir el rol para el que están diseñadas. Ahora, en este sentido lo que yo me voy a permitir exponerles a ustedes, son algunos principios que van animar este cuerpo de reformas que como les dije animarán esta serie de reformas, que como les dije, van a ser un proceso en el cual esperamos que sea objeto del debate que merezca y tenga el consenso que le otorgue la legitimidad necesaria.

El primer punto es la recodificación, que todos los procedimientos penales comunes especiales, estén contenidos en el CPPN, de forma tal que exista una estructura procesal penal orgánica y libre de contradicciones, por supuesto que puede haber determinados delitos que tengan un procedimiento especial, pero deben estar contenidos en el mismo cuerpo orgánico para que pueda cumplir el papel de cuerpo central codificado procesal. Es necesario también, trabajar sobre el sistema de la acción. La reforma constitucional del noventa y cuatro ha impactado dentro de la titularidad del ejercicio de la acción. Todos los ordenamientos procesales del mundo están cambiando en esa dirección, esto significa que la titularidad de la acción y su ejercicio en manos del Ministerio Público tendrá que estar estrictamente regulada.

El principio de la legalidad procesal, creo que nos lleva frente a estos altos índices, sobre todo de pequeña delincuencia, a un callejón que hay que revisar, es necesario para que el sistema pueda funcionar eficientemente introducir criterios de oportunidad que estén estrictamente regulados en la ley. La etapa preliminar del proceso, donde yo creo que radican muchas de las dificultades del actual sistema de enjuiciamiento. En ese cuello de botella que se ha generado a raíz de ese festival de recursos y constantes revisiones al tribunal superior por incidencia permanente, un régimen de nulidades, que yo también creo que debe ser revisado, y sobre todo una estructura formal inconcebible. No es verdaderamente admisible a esta altura las formalidades actuales de los sumarios, que son propias de los legajos de los inquisidores. Estos en la edad media reunían las pruebas en un legajo porque éstas facilitaban la revisión, por parte del superior jerárquico, obviamente el monarca. Esta es su función, en la práctica la formalidad del sumario, el modo con que se hace, se ha convertido en un antejuicio que ha tapado al verdadero juicio. El proceso es el debate oral, y por lo tanto hay que tratar de quitar formalidades a la

etapa del sumario para llegar rápidamente al juicio. En este sentido, hay que revisar todo el régimen de recursos, ya que todos los sistemas están implementando una audiencia preliminar para ver si es necesario ir o no al juicio, y obviamente que puedan ser recurribles todas aquellas decisiones que puedan tener una injerencia en los derechos individuales. Obviamente la libertad, y alguna restricción contra la propiedad. En el resto de los casos el régimen de recursos debe ser claramente reformulado, precisamente para que el actor del proceso sea el juicio oral y no el sumario.

El juicio mismo debe tener que ser simplificado, para tratar de armonizarlo mejor con el sistema acusatorio, a través de la supresión de aquellas reglas que inspiradas por las que se denominan máximas de la investigación judicial integral, quitan protagonismo a las partes, incluso imparcialidad a los jueces al otorgarles poderes sobre la configuración y prueba de los hechos debatidos. El recurso de casación también debe ser modificado, la práctica ha demostrado que los propósitos iniciales del legislador no están cumplidos, incluso la configuración del Tribunal de casación como Tribunal intermedio y la jurisprudencia de la CSJN que los obliga a intervenir en aquellas decisiones equiparables a sentencia definitiva y que contengan una cuestión federal, hacen que esto deba ser atendido. Habrá que discutir también respecto a como queda configurada la casación con la garantía ahora de la doble instancia, por supuesto, deberá quedar excluida en las cuestiones de hecho pero habrá que ver si en todas y de qué manera. No tiene sentido mantener el recurso de inconstitucionalidad, separado del de casación como se encuentra actualmente, debe ser uno de los motivos de casación. Pero la casación debe ser reformulada, al igual que toda la organización judicial, que es otra de las patas de esto, la organización judicial y del Ministerio Público debe acompañar, por supuesto, a todo este plan de reformas. Quizá habrá que ampliar la casación, o establecer una casación menor para resolver determinadas cuestiones. Cierta concepción feudal de la organización del Poder Judicial, en la cual el Juez es como el Sr. Feudal, el juzgado es como el territorio, y los empleados como los súbditos en una paradoja grotesca, pero refleja hasta que punto hay inficionadas ideas de este tipo, conspiran contra lo que son las organizaciones judiciales modernas, donde los jueces están absolutamente liberados de lo que sean las cuestiones administrativas, de personal y tienen más tiempo para dedicarse a la función estatal que los distingue, que es el ejercicio de la jurisdicción. Por supuesto, que todas estas

reformas del derecho procesal deben ir acompañadas de algunas reformas del derecho de fondo. El derecho penal como decía Monsen, sin un procedimiento penal es como un puñal sin empuñadura y muchas de estas modificaciones deben acompañarse con modificaciones sobre el fondo. El principio de oportunidad, que debe ser nuevamente restablecido, para lograr efectividad, incluso el principio de la acción requiere una modificación del código de fondo. En fin me he extendido quizás mucho más de lo que pensaba para decir cuáles son las directrices básicas en las que pensamos, pero que significan un desafío muy fuerte en este momento porque hoy en día no cabe ninguna duda que hay una relación directa entre la democracia y el desarrollo económico y en los países de bajos recursos, su capacidad competitiva está en su capacidad de gestión, es decir en la racionalidad con que aplican los recursos. Hay una demanda muy fuerte de la sociedad, tendiente a que el derecho penal cumpla su función, es decir que la pena estatal pueda ser vivida como tal y pueda cumplir el carácter de estabilizador social que tiene. En consecuencia es un desafío para todos el poder diseñar cuáles son las mejores formas procesales que puedan llevar a cumplir estos propósitos.

DIFERENTES PERFILES DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL*

FRANCISCO D'ALBORA**

En los últimos tiempos este tema, como pocos, ha soportado mucho vapuleo. Desde que en nuestro país se dio cabida a la moda de la víctima –aún por quienes habían echado fama de acérrimos enemigos de la querella– se difundió la leyenda en torno a la "expropiación de sus derechos" e, incluso, hay quienes, más allá, califican lo ocurrido como "confiscación de sus atribuciones".

Empero y en cuanto a la actividad en análisis, la aceptada opinión de GOLDSCHMIDT acerca de que un Código Procesal Penal no resulta otra cosa que barómetro de las garantías en el estado de derecho, es difícil de refutar.

Cuando la comunidad gobernaba mediante la expresión directa de su voluntad –democracia ateniense–, la condición de ciudadanos libres se eslabonaba con el ejercicio de la acción penal y así vió la luz el mentado sistema acusatorio. Su paradigma resulta la persecución penal a cargo exclusivo del ofendido. Este régimen subsistió hasta la Roma republicana. Cuando se conforma allí la monarquía, surge un funcionario a cuyo cargo queda perseguir –en un primer momento– episodios que podían afectar los intereses del rey; se trataba de una suerte de *procurador,* en quien confluían las funciones hoy asignadas al Ministerio Público; más adelante su espectro se extiende a todos los hechos que vulneren la posibilidad de convivir. Cuando nace dicha persecución penal, oficial o estatal, encapsula al sistema inquisitivo.

Esta dupla: acusatorio –tuitivo de las garantías individuales– e inquisitivo –otorgamiento al Estado de atribuciones aún para susci-

* Versión original con pequeñísimas modificaciones.

** Prof. Titular de Derecho Penal. UCA.

tar intrusión en el ámbito de la privacidad de los particulares– también soporta una singular evolución. El devenir atisba un Ministerio Público que penetra en los Estados Unidos de América, cuyo enjuiciamiento muestra la institución del jurado, teóricamente expresivo de la participación popular en la administración de justicia y emblemático del acusatorio. En cambio, Inglaterra –otro país anglosajón– pese a contar con jurados, no tiene un Ministerio Público, perseguidor oficial, como lo concebimos nosotros.

Lo ocurrido parece paradojal porque en el país del norte no existe una instrucción o etapa preliminar oficial a nuestra usanza. Conviven la institución acusatoria del jurado con persecución estatal, neutralizada mediante el ejercicio discrecional de la acción por el Fiscal.

En Europa continental se abrió camino el Ministerio Público. No obstante, poco a poco, la intervención del particular en el ejercicio de la pretensión procesal penal se manifiesta a tráves de un abanico que va desde la acción popular, hasta el querellante conjunto, pasa por el adhesivo y llega al subsidiario.

En este punto corresponde poner énfasis en que privatizar la instrucción, aún para los delitos más graves, es una forma larvada de introducir una cuña facilitadora del abolicionismo penal.

Dicha actitud se produce de una manera desencubierta o elíptica. Si se tolera remover de la etapa preparatoria a un órgano oficial –juez, fiscal o prevención– por los particulares, se está a un paso del logro. Y esa meta se puede alcanzar pese a que se indique que el querellante no desplaza al Ministerio Público y sólo puede continuar a su riesgo la persecución, aunque toda la actividad se subordine a sus directivas, con el único límite de la razonabilidad.

Sin utopía, cuando en los siglos XV y XVI aparece el estado nacional, culmina un orden político, por suerte vigente aún hoy, pues el hombre no ha encontrado otra manera de convivir en forma armónica.

La función de perseguir se oficializa; sin embargo, con el tiempo, este monopolio acusador cede un tanto y al hacerlo se da cabida al reingreso de los particulares en la persecución penal. El sesgo no es irrestricto ya que el punto clave del acusatorio pasa por la distinción entre las funciones de acusar y juzgar. Admitir que un juez de instrucción puede lanzarse sobre el hecho de oficio, sin estimulo ajeno, sin que nadie se lo pida, es clara manifestación de un sistema inquisitivo; así ocurría con el derogado ordenamiento vigente por ley 2372. Es probable que ese aspecto concretara uno de los perfiles más repu-

diados del sistema. No pueden reunirse en el mismo órgano las funciones de acusar y decidir, sino tampoco la de instruir sin reclamo. Ustedes han visto como se cuestiona, en la actualidad, la función del juez correccional que, cosa censurable, reúne las dos actividades esenciales de un proceso penal completo: la actividad preparatoria y la del juicio. Y ahí es donde se puede poner en crisis algo que hoy es garantía constitucional. Se trata de la imparcialidad del juzgador, que luego de los tratados incorporados (art. 75 inc. 22, CN), tiene la misma jerarquía normativa que una garantía constitucional. Antes había que extraer esa imparcialidad del debido proceso, garantía innominada o bien de la inviolabilidad de la defensa en juicio, matices del juez natural, como uno de sus perfiles. Y hoy el asunto está alisado, teniendo en cuenta que los tratados internacionales, sobre todo dos –Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos–, aseguran, garantizan, con el mismo sustento otorgado a las demás garantías constitucionales, la imparcialidad del juzgador.

El querellante es el paciente penal que afronta la persecución del delito que lo agravia. El límite de su admisibilidad radica en la legitimación, extendida también como consecuencia de los tratados, al extremo que se le ha reconocido a un estado extranjero la posibilidad de asumir dicha función. Cuando uno apunta ese fallo, que es muy bueno, puede afirmar que sacando algunos tratados de extradición –por ej. el interamericano ratificado en 1956–, el estado extranjero no tenía nada que hacer en ningún proceso penal, en función de parte. En vez hoy la legitimación está conferida por el Código Procesal Penal, junto con el Código Penal, el Código Civil, los Tratados y diversas leyes especiales (Banco Central, Aduana). Esto viene a cuento porque se ha planteado un problema muy bien resuelto por BIDART CAMPOS, quien dice que la facultad, la atribución de intervenir, de que un ofendido participe en el proceso penal, queda asegurada por la Constitución Nacional; es que su art. 14, al reconocer el derecho de petición, la asegura.

Si se sigue dicha tesis, la intervención del querellante configuraría –cuando se niega– una cuestión federal simple porque versa en torno a la interpretación de una cláusula de la Constitución.

A mi ver, la intervención del ofendido, del paciente penal, en el proceso, está asegurada en nuestro ordenamiento jurídico, por dispositivos alojados por debajo de la Ley Suprema. Su repulsa, su desaparición, su negación, origina cuestión federal compleja indirec-

ta, porque se trata de dilucidar hasta dónde las normas inferiores pueden desconocer lo que se establece en las que tienen jerarquía superior por estar ubicadas en un código de fondo; tal lo que ocurre con el art. 71 del CP al establecer el ejercicio de la acción penal como función pública.

La Corte Suprema y, por empezar VÉLEZ SARSFIELD, vieron muy bien ésto; en el Código Civil, cuando en el art. 375 les dice a todas las provincias que la demanda por alimentos debe asumir las formas del juicio sumario, les resulta imposible desoir esa manda.

En la actualidad, con el abarrotamiento de los tribunales, sería cosa de orates remitir a un juicio ordinario una demanda por alimentos; VÉLEZ SARSFIELD proporciona a quien esté ante tan angustiosa situación, la posibilidad de abreviar la obtención de la sentencia, porque si tramitase todo por vía del juicio ordinario es muy posible que al momento de dictarse, aún de resultar favorable al demandante, ya habría perecido por inanición. No por culpa de los tribunales sino por el exceso de trabajo. También las excepciones que se pueden oponer al progreso de la acción cambiaria o el orden en que se pueden plantear las acciones en materia de posesión.

La Corte dijo y lo ha reiterado muchas veces que, cuando el funcionamiento de una institución sustancial, dependa de la uniformidad de la legislación procesal, el Congreso no se entromete en el ámbito de reserva de las provincias, si legisla sobre el tema. Así como lo ha hecho en estos ejemplos de derecho privado, igual sucede en materia represiva. El art. 58 del Código Penal, cuando RODOLFO MORENO lo fue a insertar en su proyecto, consultó con procesalistas y cayó en la cuenta, a través de lo que dijo JOFRÉ, que no había forma de mantener la unidad de la pena si no se preveía un régimen que descartara el apartamiento de las normas del concurso real (art. 55 íd.). Era imprescindible establecer la competencia del tribunal que debía unificar las penas en esos casos, ya sea mediante el dictado de sentencia única o bien unificar las dictadas por separado. Fíjense que esta es una norma de carácter procesal, inserta en un código de fondo y ninguna provincia puede desconocerla. Porque ahí se suscitaría una cuestión federal compleja indirecta, determinada por la incompatibilidad de la ley provincial que lo hiciera con la disposición fondal que lo establece. Esta situación se planteó, en punto al alcance del art. 71 del CP que sienta el principio del ejercicio público de la acción penal, para los hechos más graves. Originariamente la expresión fue entendida con algún retaceo; al final, incluso CLARIÁ OLMEDO dice que

es imposible negar la participación del ofendido en el proceso penal, a la luz de lo que establece ese art. 71 íd. Cabría añadir lo que dice el art. 72 id., pues al regular la acción dependiente de instancia privada, menciona a la *acusación*; si en la interpretación literal, radica la causa primigenia para la comprensión del dato jurídico, no se ve hasta qué punto una provincia puede detraerse de esta imposición. ¿Hasta dónde no están compelidas a admitir al querellante?

Cuando los cordobeses modifican en 1939, con VÉLEZ MARICONDE y SOLER, el régimen procesal penal argentino y establecen la oralidad obligatoria, importan un sujeto del proceso que es el actor civil. Es un factor de perturbación, pues ahora, aunque no asuma dicha función, el ofendido o damnificado, cuenta con una garantía que BORDA la vio muy bien, a través de asegurarle que la mera presentación de la querella suspendiese el curso de prescripción de la acción civil resarcitoria. Rige un artículo, el 3982 bis del Código Civil, según reforma de 1968, en cuya virtud la sola presentación de la querella, aún cuando no se ejercite dentro de ese proceso penal la acción civil, es decir no se exija un pronunciamiento sobre el objeto procesal eventual o accesorio, determina la suspensión del curso de su prescripción. Quien deduce querella puede entonces estar tranquilo, cuando menos durante dos años o uno si es un problema de transporte cumplido en el interior del país, durante los cuales quedará preservada la vida de su pretensión sustancial.

Hay un fallo de la Corte donde, a raíz de un planteo, se adujo que el código de Córdoba no podía excluir a la víctima del delito, para deducir la acción penal dentro del proceso pertinente, pues resultaba, consecuencia del art. 3982 bis del Código Civil. Es decir que cabía rebasar la mera presentación como actor civil y resolver la inconstitucionalidad en cuanto no se aceptaba al querellante conjunto, por colisionar con el art. 71 del CP que, obviamente, debe prevalecer sobre los códigos procesales penales locales. Como está regulada la intervención del actor civil en el Código Procesal Penal de la Nación –donde se habilita esa curiosa duplicidad tanto del querellante como del actor civil por diferentes carriles– créanme que sí tienen razón quienes lo propician, yo no lo entiendo. Lo cierto es que aquel recurso se perdió pues la Corte dijo que era un problema de admisión, resuelto por la legislatura provincial en ejercicio de facultades propias y lo rechazó.

OBARRIO en el derogado código nacional, en su proyecto de 1882 instauró al querellante; tuvo en cuenta a la posibilidad de que dentro del proceso penal se persiguiera no solo al imputado, sino también a

ejercer la acción civil respecto de los responsables por el resarcimiento de la conducta desplegada por aquél. En las medidas cautelares reales se establecía la posibilidad de pedir el embargo de bienes del tercero civilmente demandado, responsable en determinadas condiciones. Los avatares legislativos hicieron que la acción civil dentro del proceso penal no fuera regulada en forma completa, pues sólo se la expuso en el trámite de las medidas cautelares.

En la actualidad, este asunto de la víctima, ha originado una disciplina –la victimología– que yo respeto muchísimo, pero que no me cierra bien si tiene autonomía científica. Cuando escucho que hablan de la expropiación del derecho de la víctima a intervenir en el proceso penal y otros que dicen que es una confiscación, eso me conmueve aunque no lo entiendo. Estoy convencido de que con este enfoque foráneo que se nos quiere insertar, debiera ocurrir como con la mercadería del mismo origen y, antes pasar por la Aduana y pagar los derechos correspondientes. ¿Por qué olvidar los precedentes vernáculos?

Si no, los respetables juristas encolumnados en esa tesitura pueden pretender muchas otras cosas. Entre ellas, persuadir que la instrucción preparatoria la haga enteramente el ofendido. Y entonces se suprime el auto de procesamiento; cuando vino CARNELUTTI en 1948 dijo: caramba, los españoles ya lo tenían como modo de sujeción al proceso –significaba el alta procesal– pero los cordobeses lo han convertido en una garantía, al colocarlo después de la indagatoria e instaurar recurso para que se pueda inspeccionar la justicia de su procedencia. Y, sobre todo, apreciarlo como luz verde para abrir el juicio.

Veamos los diferentes perfiles a través de los cuales se puede ejercitar la acción penal. Si el sistema es acusatorio, sería a través de la actividad exclusiva de la víctima. El Ministerio Público, según se caracteriza hoy, fue creación de un espíritu práctico como el de Napoleón. Es que la revolución de 1789 tumbó muchas instituciones de la monarquía e importó el sistema anglosajón. El resultado fue un desastre, lo tuvieron que derogar los propios revolucionarios y admitir y darle razón a Napoleón cuando se aferró a la institución del Ministerio Público para perseguir. Es imposible en delitos que conmuevan cimientos de la convivencia en grado sumo, subordinar la persecución a los designios y deseos de la víctima. Admitir al querellante y desplazar al Ministerio Público en la instrucción, significa retrotraer el proceso penal al estadio de la venganza privada; creo

que ésto es absolutamente insostenible. Porque lo que debe hacer el querellante –tanto como el Ministerio Público– es colaborar en que el conflicto suscitado por la actividad ilícita de otro sea decidido por un tercero imparcial.

En cuanto a la acción popular, la diferencia pasa por la legitimación. Los españoles en la Constitución de 1978 la han incorporado. Estaba en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 y también con anterioridad. Consiste en que la legitimación, la posibilidad de intervenir en un proceso penal como parte no se defiere, no se subordina, no se restringe exclusivamente al que resulta ofendido, sino que se extiende a todos los ciudadanos españoles por el sólo hecho de serlo. Habilita para perseguir, requerir y acusar en casi todos los delitos. Nosotros hemos tenido y tenemos regímenes de acción popular. La ley Sáenz Peña, de sufragio universal, secreto y obligatorio, la instauró. La ley que estableció el empadronamiento militar obligatorio y la ley de enrolamiento femenino también. Todas esas leyes, donde se comprometen instituciones que hacen al desarrollo armónico de la vida institucional, han incorporado este sistema de acción popular. La Constitución española de 1978 tiene dos cosas interesantes: por un lado la acción popular que venía de la legislación procesal penal anterior a 1882; por otro, el jurado. La acción popular nunca les suscitó dolores de cabeza. El jurado es una suerte de pandemónium y las críticas que he leído sobre su funcionamiento en España son demoledoras. Creo que nosotros tenemos una disposición del Código Civil, el art. 1090, que establece la responsabilidad cuando la querella es calumniosa. Eso se podría tarifar, hasta responsabilizar por el ejercicio de una acción popular temeraria. Sin jurado, sin problemas, tarifando la responsabilidad, con un monto significativo para que cualquier aventurero irresponsable no se embarque, se afianzaría la participación popular en la administración de justicia.

En el proyecto Obarrio, eran considerables las atribuciones del querellante pues podía irse a juicio con su sola acusación. A mi me fascina el querellante conjunto que ahora lo he visto resurgir, en parte, a través de la interpretación de la Corte Suprema en "Santillán". Basta con que aquél pida pena, para que toda la jurisdicción quede habilitada para condenar. Obarrio estableció un querellante conjunto con funciones autónomas de intervención.

Es preciso proceder con cautela para no encandilarse con ciertas denominaciones. En el código portugués, por ejemplo, se incorpora un querellante al que se lo tilda "asistido" que, en rigor de verdad, cuen-

ta con facultades similares al denominado "conjunto". En especial deducir acusación por sí y con independencia del órgano estatal; puede interponer recursos aunque dicho funcionario no lo haga.

Las diferentes modalidades de intervención por los particulares en el proceso penal se reconducen –en primer lugar– a lo que en el proceso civil se denomina intervención de terceros autónoma o principal. Además hay una querella adhesiva, que coincidiría, según muy buena parte de la doctrina, con la función que le asigna el Código Nacional vigente por ley 23.984. Si sólo fuese tal, lo único que haría sería ponerle el hombro a la intervención del Fiscal. Actuaría como un mero tercero adherente simple o coadyuvante. La experiencia jurídica demuestra que no es así.

En el régimen italiano, en los delitos de acción pública, puede pedir al Ministerio Público formar expediente con los actos irreproducibles que, incluso, no deben ser tomados en consideración por el tribunal de juicio, hasta el momento en que se abra el expediente reservado que los contiene.

Los alemanes, a su vez, tienen una modalidad de querellante subsidiario que lo habilita ante el cese de persecución por el Ministerio Público, a proseguir con la acción penal. Además cuentan con un instituto similar al llamado "ofrecimiento de acciones": cuando el fiscal concluye en la inexistencia de delito o que el hecho está amparado por una causa de justificación o es atípico o hay una cuestión de inculpabilidad, deben notificarse las conclusiones al ofendido para que exprese si quiere provocar un reexamen de dicha tesitura, por una vía interna y recabar que un órgano superior decida la actitud a asumir. Además existe un examen externo para el control por vía del carril judicial.

En Argentina a través del art. 120 de la CN se puede vigilar la acción del Fiscal; basta con que sea otro órgano del Estado quien la cumpla. Como dice PALACIO, el Fiscal de acuerdo al art. 120 de la CN tiene que actuar en coordinación con las demás autoridades de la República y no se ve cómo el actual art. 348 del CPPN puede erosionar a aquél.

Ese querellante subsidiario también aparece en la legislación austríaca, tiene un parentesco con el particular damnificado de la provincia de Buenos Aires. JOFRÉ no lo tenía muy en claro, aunque siguió dicho modelo. Le negaba el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, tomándose del art. 1096 del Código Civil que reza "la indemnización del daño causado por el delito sólo puede reclamarse por acción civil independiente de la penal". Esto no significa más

que la disociación clara en cuanto a la relevancia que el suceso puede tener en el derecho civil o en el penal material; en vez, fue considerado por JOFRÉ para sostener que era imposible ventilar en un mismo proceso el objeto principal y el accesorio. Semejante criterio imperó hasta que en 1956 la Suprema Corte provincial estimó que el art. 29 del CP –cuestión federal compleja indirecta–, habilitaba el pronunciamiento sobre la cuestión civil siempre que hubiese reclamo. Este particular damnificado, que no podía acusar, tenía ciertas facultades como subsidiario. Así, en caso de sobreseimiento, podía apelarlo y sostener su nulidad. Tenía entonces una intervención autónoma, aunque la de subsidiario se veía diáfana a través de la intervención conferida para actuar, recurso de apelación mediante, ante la Cámara. En su código JOFRÉ estableció el régimen de la deserción para las impugnaciones. Cuando no se expresaban agravios, significaba la deserción del recurso. Si el Fiscal de Cámara no lo hacía, quedaba habilitado para hacerlo el particular damnificado y así podía tumbar el sobreseimiento. Al lograrlo, quedaba abierta la vía para llegar al plenario. Hoy después de la última reforma hay quien sostiene, con acierto –FALCONE–, que dicho sujeto hasta puede formular acusación.

El principio de legalidad –art. 71 CP– sufre mengua tangible en el código procesal penal proyectado del Neuquén, censurable cuando establece un régimen de oportunidad, cosa que ya incorporó el código de Mendoza. Se olvida que como modalidad del ejercicio de la acción penal, corresponde al Congreso Federal. ZAFFARONI lo señala: si el régimen de oportunidad se defiere a cada provincia, puede darse el caso de que de un lado del río la persecución sea de ejercicio privado y del otro de acción pública. Con todo, aquel código del Neuquén tiene un precepto que sería bueno incorporar a toda la legislación procesal: cuando una parte le pide a un juez audiencia, el magistrado tiene que hacerlo saber al abogado de la otra, recibirlos juntos y dejar constancia en el expediente. Tanto Mendoza como Neuquén han incorporado al querellante subsidiario; no tiene poderes autónomos de actuación.

El problema clave es determinar la legitimación del querellante. A través de ella se persigue que actúen las justas partes; pero resolver ese problema es tema crucial. Lo que se busca es que intervengan en el proceso aquellos que razonablemente aparecen como partes, es decir evitar la aventura judicial. Desde luego no se debe requerir al querellante la demostración acabada, terminante, rotunda, contundente de que es paciente del delito.

La legitimación se toma del art. 1079 del Código Civil, que es la norma madre aunque no única; corresponde tanto al ofendido como a aquél que ha soportado un daño aunque sea de modo indirecto. En otros términos, no se necesita ser titular del bien jurídico para constituirse como tal.

Ciertos delitos contra la administración –falso testimonio, desobediencia– habilitan a quien deba soportar las consecuencias de esos hechos directamente dañosos para el correcto, ordenado y legal desenvolvimiento de la actividad administrativa, a constituirse en querellante.

Un día me encuentro con un fallo de casación, el caso "Acervo", donde se dice que para poder recurrir a esa instancia, el querellante, a quien le habían cerrado el acceso para intervenir como tal, antes debía haber hecho pie en el expediente, porque quien no estaba legitimado, se hallaba impedido de deducir casación ya que es un recurso extraordinario. Aquí viene como de la mano, traer a cuento los estadios por los cuales pasó la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de la intervención del querellante en materia de recurso extraordinario federal. A mi ver esto refleja cuál ha sido el barómetro –recordemos a GOLDSCHMIDT– del derecho judicial argentino en cuanto a los alcances de la intervención de la víctima. En un principio, se le dijo le denegamos el recurso extraordinario, porque tiene todos lo remedios para proteger sus intereses en el derecho privado y ante el fuero civil. Así se continúa hasta que en 1964 se produjo una etapa de mucha conmoción, connotaciones muy graves, en un caso cuyo querellante era SOLER; se trataba de una estafa de seguros; hubo actividad del acusado enderezada a obtener su cobro. La absolución de la Cámara decía: no hubo comienzo de ejecución de la estafa de seguro, pues nadie quiso cobrarlo; olvidó que dicha gestión estuvo a cargo de la intervención judicial ante el aviso del imputado. Ahí la Corte expresó en frase tan dura como certera: conmueve tanto a la comunidad la condena de un inocente, como la absolución técnica de un culpable. Si esto era así, mediaba gravedad institucional, ya admitida por la Corte para cuestiones patrimoniales. Así aniquiló la sentencia y el acusado fue declarado culpable. En Fallos 268:266, caso "Otto Wald", avanzó frente a un requerimiento de apertura del recurso por un particular que pretendía la condena. Expresó algo para tener muy en cuenta: la atribución de ejercitar y obtener la apertura del recurso extraordinario federal, por los fines que preserva, protege a todo aquél que, como actor o demandado, querellante o querellado, pide la intervención de la Corte. Y a partir de ahí se terminó con la restricción; el caso "Santillán" es su consecuencia.

EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

JOSÉ CAFFERATA NORES*

Del tema del Ministerio Público Fiscal venimos hablando hace bastante tiempo y creo que a lo mejor podríamos hacer una cosa más útil si decimos novedades nuevas ideas respecto del Ministerio Público Fiscal, y dentro de estas nuevas ideas tenemos que hacer una referencia ineludible a la Constitución de 1994, o dos razones que vamos a tratar de relacionar entre sí.

Ustedes saben que a partir del 1994 se produce en orden a lo que es el sistema constitucional Argentino, una novedad muy importante que es la incorporación a la Constitución a su mismo nivel de toda la normativa supranacional sobre derechos humanos o por lo menos por demás importante desde la declaración de las Naciones Unidas hasta la Convención Americana sobre Derechos Humanos que son las que más inciden en estos temas.

Esta incorporación de legislación supranacional a nivel constitucional ha tenido la virtud de cambiar lo que nosotros conocíamos tradicionalmente como la pirámide kelseniana. Un sistema jurídico donde en el vértice estaba la Constitución y hacia abajo la legislación suplementaria, al haberse incorporado a su mismo nivel, estos tratados internacionales la figura es ésta, es una pirámide truncada porque en su vértice que antes era único hay ahora junto con la Constitución una serie de otras disposiciones, tratados, declaraciones, que por decisión de los constituyentes tienen nivel constitucional.

Esto ha permitido que los constitucionalistas más reconocidos digan que hoy día hay un bloque constitucional, compuesto por disposiciones de distinto origen, pero de la misma jerarquía. Uno de origen

* Diputado Nacional, Prof. de Derecho Penal (Universidad Nacional de Córdoba)

nacional, otro de origen supranacional, disposiciones que no se anulan entre sí no se neutralizan entre sí sino que se potencian en los límites en que esta incorporación se realizó, ustedes saben que el art. 75 inc 22 de nuestra Constitución pone algunos límites.

Este bloque normativo ha tenido la particularidad que ha pasado a veces desapercibido que junto con los tratados y declaraciones supranacionales sobre derechos humanos también ha incorporado a los Tribunales y organismos de defensa de los derechos humanos, en especial la Corte Interamericana de derechos humanos y la Comisión Interamericana de derechos humanos.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho que las opiniones y decisiones de estos dos, uno Tribunal y el otro organismo de carácter supranacional, son fuentes de interpretación auténtica de estos tratados. En este momento podemos rápidamente visualizar no solamente un bloque normativo sino un bloque normativo interpretativo compuesto por Constitución nacional, fallos de la Corte Suprema de Justicia, legislación supranacional, fallos y opiniones de los organismos supranacionales de defensa y los derechos humanos. Esto viene a que lo del Ministerio Público Fiscal esta indisolublemente relacionado con las dos fuentes del sistema Constitucional. Porque en la propia Constitución en el art. 120 de la Constitución se instituye el Ministerio Fiscal y en la misma Constitución se da a nivel constitucional, a esta normativa institucional o supranacional en materia de derechos humanos que como vamos a ver tiende a completar desde mi punto de vista por lo menos esta novedad de la que hablaba al principio en orden al Ministerio Público Fiscal.

La Constitución en el art. 120 instituye el Ministerio Público Fiscal que tiene una clara función requirente. Requerirle a los jueces promover la actuación de los jueces en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad y lo más interesante, lo más rico y lo menos debatido en este momento es que quiere decir intereses generales de la sociedad. Porque de lo que interpretemos en este punto va a ser la posición que adoptemos en orden a la situación institucional del Ministerio Público pero sobre todo al rol que tiene que cumplir el Ministerio Público Fiscal.

Un constituyente se preguntó al hablar de los intereses generales de la sociedad, si existían por encima o diferentes a los intereses de los ciudadanos que la componen, es una muy buena pregunta que todos los que estamos cerca del derecho penal, muy pocas veces nos la hemos formulado, creo que vale la pena hacer una brevísima y poco

académica comparación. Que en el fondo sustancialmente revela que es lo que pensamos los penalistas. Busquemos en el auditorio alguna joven de novia que va caminando por el pasillo de la Universidad con su novio, y el novio, torpe al fin, mira a otra niña que pasa, muy bonita, muy atractivamente vestida, entonces la novia le mete un codazo y le dice, che andá al diablo y antes de que el novio se pueda ir al diablo aparece un policía, lo agarra al novio y le dice señorita déjemelo a mi, la chica va a decir, mire en realidad que tiene que ver usted si en definitiva el que miró a la chica es él, y la que me he enojado soy yo, que tiene que ver usted, no se preocupe señorita el estado tiene la convicción y es interés de todos que los novios no miren a otras, razón por la cual, usted discúlpenos queda excluida de este conflicto y yo me voy a ocupar de su novio que va a ir preso, y cuando esta señorita le diga, al final no es para tanto, el policía va a decir no me importa, esto que ridiculizó es la esencia del Derecho Penal.

La esencia del Derecho Penal es la apropiación por parte del Estado de un problema que tiene un ciudadano con otro, sea un ciudadano común, sea un ciudadano que además es funcionario público. El Estado se mete dentro del conflicto, se apodera del conflicto y dice de ahora en adelante es mío, pero como no puede ser mío dice la víctima si al que le cortaron el brazo es a mí, entonces el Estado le dice, mire usted tendrá el brazo cortado, pero el delito lo cometió este señor y el delito es una desobediencia a la ley y en definitiva es una desobediencia a mí que tengo el poder del Estado y prohíbo que anden mirando minifaldas o cortando brazos.

Esta es la esencia y así planteado en términos ridículos o poco académicos es quizás la mejor forma de tratar de explicarla. ¿Cuáles son los intereses generales de la sociedad? o mejor ¿ hay algún interés de la sociedad que antes no sea un interés del ciudadano? ¿Puede tener la sociedad interés en proteger derechos que no sean del ciudadano?, sean sus derechos personalísimos, su vida, su propiedad, su integridad física o sus derechos como ciudadano sus derechos como contribuyente, como habitante. Detrás de cualquier delito hay una persona damnificada, actual o potencialmente, no puede haber delito si no hay daño y el daño es a las personas. Si no es directamente a las personas, termina en algún momento en la persona.

Mi opinión es que no puede haber intereses generales de la sociedad que no sean también de cada uno y esto tiene dos lecturas. No puede haber intereses generales que no sean de todos y de cada uno, no puede haber intereses que sean de sectores de poder, sectores de la

burocracia estatal, porque el día en que los intereses de todos se confundan con los intereses de sectores de poder o sectores de la burocracia, en lugar de ser intereses de cada uno de nosotros van a ser los intereses de ellos, de los sectores de poder, de los sectores de la burocracia y el Ministerio Público Fiscal que crea eso va a estar defendiendo no los intereses de cada uno sino los intereses de sectores. Los intereses generales de la sociedad son tales en las medidas que sean de todos no de sectores y, segunda conclusión, son generales porque son de cada uno.

Como lo explicamos en Derecho Penal, inventamos el bien jurídicamente protegido, entonces dijimos, mire que me cortó el brazo, entonces el derecho penal lo mira al manco y le dice, mire señor el brazo es problema suyo, yo estoy aquí para castigar la ofensa, el bien jurídicamente protegido, integridad física. Así nos enseñaron y así lo vivimos durante muchos años, yo fui educado en una Universidad en donde la víctima de un delito no era parte, en Buenos Aires no lo hicieron, la única diferencia que se hacía en el código procesal de entonces era, que si mentía quedaba sometido a las responsabilidades por calumnias y falsa denuncia. No era parte, no podía tener ningún tipo de intervención, no se lo notificaba de ninguna resolución que se dictaba, porque se le reconocía el derecho de reclamar por vía civil, el daño que había sufrido por la comisión del delito, pero por el brazo que le cortaron, por eso no, eso estaba en manos del Estado, se ocupaba el Ministerio Público Fiscal, la víctima no era parte.

A mí nunca me pasó gracias a Dios pero yo me imagino que le pasaría un manco que le cortan un brazo y va al proceso en el cual se está juzgando la conducta del que le cortó el brazo y en la puerta le dicen usted no puede entrar, usted no es parte y ojo, porque si hace una falsa denuncia usted está sometido a las penas del falso testimonio o de la falsa denuncia o de la calumnia, eso si venga para acá es objeto de prueba, va a tener que venir y se va a tener que someter a todas las pericias, inspección física, contradictorio de las partes; también exagero un poco pero no mucho.

Trato de hacer una primera síntesis. Intereses generales de la Sociedad son intereses generales porque están reflejados en ellos los intereses de cada uno. En el concepto bien jurídicamente protegido en todo o en parte en algo está incluido el daño concreto que ha recibido la víctima del delito, que es delito porque vulnera un bien jurídicamente protegido. Este esquema lo desarrollo el art. 120 de la CN, Pactos Internacionales y Jurisprudencia de los Tribunales suprana-

cionales. Los Pactos Internacionales establecen el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho que tiene toda persona a reclamar justicia o tutela de los Tribunales.

Este derecho en la Jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Comisión Interamericana, ha ido evolucionando con el tiempo hasta llegar a esta conclusión. Dicen es cierto que la Sociedad sufre por las agresiones al orden jurídico y a sus integrantes y esto merece una sanción punitiva. Esta reacción no puede desarrollarse a costa del sacrificio de los derechos del sospechoso, hasta aquí ninguna novedad. Ahora viene la novedad, el fundamento principal que tiene la persecución penal del delito es garantizarle a la víctima su derecho a la justicia, esto lo dicen organismos de protección de derechos humanos que están incorporados a la Constitución Nacional de los Argentinos y respecto de cuya opinión y decisiones la Corte Suprema de Justicia de este país ha dicho son fuente de interpretación auténtica, nos guste o no nos guste esto es así. Entonces con toda esta temática del 75, inc 22 de la CN podemos hacer dos cosas: una, la Argentina que es, como por ahí dijo una distinguida política de este país, que no es de mi partido lo cual significa un reconocimiento, que en la Argentina las nuevas leyes se asientan sobre las otras como las capas geológicas, nunca la que se asienta logra penetrar la de abajo, esto significa decir, que bien, qué lindo qué bonito, qué lindo es poder reclamar afuera las cosas que aquí no nos cumplen, pero a nivel constitucional significa que esa nube llueve y esas gotitas tienen que inundar la tierra de la legislación secundaria, la tierra de los procesos concretos, la tierra de las prácticas judiciales. Porque es una de las obligaciones que expresamente han aceptado los estados que aceptan esta legislación supranacional.

Yo quiero despejar esto que digo de todo lo que ha sido la visión más auténtica y tradicional del derecho de los derechos humanos, yo digo, positivista porque hoy día estos Pactos Internacionales son tan derecho positivo vigente como la Constitución Nacional y están a su mismo nivel. De esto para abajo tiene que significar algo, tiene que tener algún efecto. Entonces de repente nos encontramos con que tenemos un Ministerio Público Fiscal que tiene que procurar la defensa de los intereses generales de la sociedad ante los jueces haciendo como dice el código penal promoviendo y ejercitando la acción pública en los delitos de acción pública. Por otro lado le están diciendo al Ministerio Público Fiscal cual es la razón principal de su función, la razón principal de su función no es la satisfacción del interés estatal, no es

la satisfacción del interés público no es la satisfacción de los intereses de los poderosos, no es la satisfacción de las necesidades de su propia burocracia, o por lo menos no es la principal, la principal razón el principal fundamento de la actividad persecutoria del Ministerio Público Fiscal, es garantizar el derecho a la justicia que tienen las víctimas de un delito.

Un Ministerio Público pensado así tiene que estar ineludiblemente del lado de la víctima, junto con la víctima, y si la persecución penal no la lleva adelante el Fiscal, por obra de esta interpretación, que acabo de señalar, se tiene que permitir que la víctima lo pueda hacer por su cuenta. Sobre esto dos precisiones que se me hace ocioso a veces realizar con niveles como este que me acompañan, pero es necesaria para que nadie me interprete mal, cuando hablo de víctima hablo de víctima, no hablo de falsa víctima, no hablo de extorsión de falsas víctimas, no hablo de maniobras, porque por ahí cuando uno habla de víctima dicen: no, pero entones va a nacer la extorsión de las falsas víctimas, que los excesos; estoy hablando de víctima en serio, víctima real. No estoy diciendo que la víctima administre justicia, digo que la víctima tiene que tener el derecho a pedir justicia, la víctima no va a hacer justicia por sus propias manos lo que estamos planteando con esta visión es que tenga como el Ministerio Público representada, patrocinada, ayudada por el Ministerio Público o actuando en su lugar cuando el Ministerio Público no lo haga; posibilidad de pedirle a los Tribunales del Estado que hagan justicia, que administren justicia. Esto no es lejano de los Tribunales internacionales. Hace no más de un año se dio un caso en la Argentina que seguramente todos ustedes conocen, hay una jurisprudencia de la Corte que dice que si el Fiscal no pide condena el Tribunal no puede condenar, se dio un caso en donde había Fiscal y querellante. El Fiscal pidió la absolución, el querellante pidió condena y el tribunal condenó y la Corte Suprema dijo que la querella de la víctima era suficiente para que un Tribunal ejercitara su jurisdicción aún en ausencia de un requerimiento de condena por parte del Ministerio Público Fiscal; estas son ideas, pero que es necesario enfocar, para que este Ministerio Público Fiscal, cuarto poder, extrapoder, encuentre una dimensión, encuentre un lugar dentro de las instituciones del Estado, un para qué. Hablemos ahora del Ministerio Público Fiscal; no vamos a repetir lo que todos ustedes saben, sino que vamos a tratar de tocar dos o tres puntos con alguna observación. Primero, el Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente, y me parece muy bien, la

independencia del Ministerio Público Fiscal consiste en que cumple su función sin atender instrucciones, órdenes ni sugerencias de otros poderes del Estado. Ni tampoco presiones de grupos o sectores ni presiones de estados de opinión pública o de campañas de prensa etcétera. La libre decisión del Ministerio Público es la expresión de su independencia.

Pero así como la expresión de independencia es su libre decisión que es una cara, hay otra cara que es cuál es el límite, y por ahí hemos escuchado, el límite es la ley. Yo creo que está muy bien dicho, el Ministerio Público Fiscal solamente puede obedecer a la ley, y la ley le dice, primero prueba, segundo tipo penal, el Ministerio Público Fiscal tiene que respetar en su actuación, los límites que le pone la prueba y la ley. El Ministerio Público Fiscal es esclavo de la prueba y de la ley. Insisto en esto, porque ya tengo algunas actitudes más que soberbias, porque en realidad el soberbio sabe que lo hace, que yo se que son atrevidas, provocadoras y no se si son auténticas en mí, pero me divierte plantearlas porque me ayudan a pensar. KELSEN, la mayoría de los juristas se ocupan de ver el clavo, en el que KELSEN cuelga su cuadro este que hablamos recién, su cuadro del orden jurídico. A mí siempre me impresionó de KELSEN esta frase cuando habla de la justicia, y empieza su libro diciendo que cuando Pilatos le pregunta a Cristo cuál era el pecado de que lo acusaran, Cristo le dice, yo vine al mundo a dar testimonio de la verdad. Pero KELSEN dice, en realidad Cristo cuando dijo verdad no quiso decir verdad, quiso decir justicia, y nos dejó el peor de los problemas que tenemos y escribe entonces un libro sobre justicia. Pero se despacha –propio de un jurista de tal naturaleza– con una interpretación de Cristo donde se dice verdad, hay que leer justicia.

Todos los que de alguna forma estamos relacionados con el Derecho tenemos en la cabeza esa tentación de suplir verdad con justicia, o mejor, como verdad es en juicio lo que se prueba que es verdad, que muchas veces no es lo que yo creo que es justo, tenemos la tentación de suplantar la verdad y su prueba, por la justicia o por lo que yo creo que es justo.

En síntesis tenemos una tentación kelseniana, de hacer verdad probada, aquello que en realidad es solamente mi concepción de lo que es justo. Para que eso no ocurra está en la Constitución el art. 120 que dice que tiene que procurar ante los Tribunales el imperio de la legalidad, el imperio de la ley, tiene que ser esclavo de la ley, tiene que ser esclavo de la prueba y tiene que ser esclavo del Código Penal.

Esclavo de la prueba que hay para no pedir absoluciones y favorecer impunidades cuando no hay prueba de la culpabilidad, y también esclavo de la prueba que no hay, para salir a lo justiciero haciendo imputaciones o pidiendo condenas de sujetos que el sabe de entrada que no existe prueba o no va a lograr prueba para una condena. Esclavo de la ley: de la ley que hay, cuando no hay ley por más que le parezca horrible una conducta no tiene que retorcer otra norma para ver como so pretexto de interpretación la aplica analógicamente a un caso, que el legislador lamentablemente de estúpido que es, no se dio cuenta antes de que tenía que haberlo calificado como delito. Este tema deja además, la posibilidad de hacer una apostilla, porque esta esclavitud del Fiscal con la prueba, se relaciona con otro de los principios que gobiernan la actuación del Fiscal, que es su imparcialidad, y yo mejor creo tiene que denominarse objetividad. Y está relacionada con una deformación que tiene el sistema mixto de enjuiciamiento penal, ese que rige acá ahora con juicio oral y todo, tiene una característica principal que lo distingue. Todo el sistema está dirigido a buscar la verdad para aplicar la ley penal, y todos tienen en esa misión atribuciones para hacerlo, los Fiscales, cosa como totalmente natural que busquen la prueba de su acusación y también los jueces, cosa que no es absolutamente natural, los jueces no están para hacer prueba de la acusación, los jueces están para juzgar.

Como esto queda así como chocante, esta doble posibilidad de ataque en la búsqueda de la verdad contra el acusado, aparece la otra doble que es la doble imparcialidad, esto que dice que sean dos los que disparan en contra del acusado, lo vamos a compensar con que también sean dos, los que disparen imparcialmente, los jueces tienen que ser imparciales y también tienen que serlo los Fiscales, este paradigma ficticio de la doble imparcialidad, qué suerte dice el acusado, tengo un Fiscal y un Juez que son imparciales, se contradice con el paradigma de la doble acusación o la contribución indistinta sin separación de roles de fiscales y jueces en la acusación.

Este nuevo Ministerio Público Fiscal, que según la Corte Suprema de Justicia tiene la atribución de impedir que los Tribunales condenen si él no pide la condena, como se tiene que manejar con la prueba, o mejor dicho, cuál es la prueba que sostiene el Ministerio Público Fiscal para pedir una condena tiene que ser la plena prueba, tiene que estar el fiscal al pedir una condena plenamente convencido de la culpabilidad del acusado, tal como se le exige al Tribunal para poder condenarlo, dicho de otra forma, el principio *in dubio pro reo*, que es

un principio cardinal en la actuación de un Tribunal Judicial, rige también para el Fiscal, con el mismo alcance que para los jueces. Yo para esto no tengo más que una pregunta o mejor dicho varias preguntas que son las que les he señalado, y creo que buscando por ese lado encontraríamos un tercer camino para solucionar esta disputa, irreductible entre la Corte Suprema de Justicia y el 99 % de los Tribunales del país, que dicen aunque el Fiscal no acuse yo condeno. Por eso digo que los Fiscales acusen, porque si yo como Fiscal digo está probada la acusación en grado de probabilidad hay alguna duda que debe favorecer al reo y como la duda favorece al reo pido la absolución. Quien debe garantizar el *in dubio pro reo.*

El último aspecto es que hay algo que es central en la función del Ministerio Público Fiscal, lo primero que tiene que tener claro es que la Constitución lo ha puesto a cargo de la persecución penal. Defender o procurar ante la Justicia, los intereses generales de la sociedad y los intereses generales de la sociedad se defienden no solo cuando el encargado, da todo de sí sino cuando logra realizar una buena investigación que le permita juntar toda la prueba necesaria para que un Tribunal resuelva si con esas pruebas condena o absuelve.

Este es uno de los temas que más cuesta difundir, por culpa de las leyes, no por culpa de los jueces, y si ustedes preguntan quien es el culpable de la impunidad en el país les van a contestar que los culpables son los jueces rara vez van a encontrar alguno que diga son los Fiscales, y porque los jueces por obra del sistema en este país son los verdaderos defensores del interés social, son los encargados del castigo del delito y los jueces ni nacieron ni los inventaron para cumplir esa función, los jueces son la última garantía que tiene un ciudadano para evitar la arbitrariedad punitiva del estado.

Un Juez le tiene que decir al acusado, yo que soy tu última garantía como ciudadano te tengo que decir que la acusación del Fiscal está probada como lo exige la Constitución y la ley de modo que tiene razón el Fiscal cuando pide que te condene, por lo tanto te condeno. Pero no te condeno porque yo soy el encargado de la ley y del castigo del delito, yo no tengo más remedio que condenarte porque el Fiscal ha probado la acusación. Así nació la idea del Juez y así ha funcionado en muchos lugares del mundo durante mucho tiempo.

Esta idea que tenemos del Juez en América Hispana, es una idea de la inquisición española que no hizo más que confundir los roles, porque en definitiva donde había inquisición no había justicia, todo Juez que hacía de inquisidor no hacía justicia porque era injusta en sí

misma de modo que no podía aceptar ningún criterio de justicia. Al Ministerio Público Fiscal hay que exigirle, para lo cual hay que concientizarlo, para lo cual hay que dotarlo de medios, como para que se haga responsable de la eficacia de la persecución penal, Porque si vamos a tener un Ministerio Público Fiscal que siga haciendo como hasta el año 1993, estaríamos renegando de todo lo que significa no solamente como jurídico el art. 120 de la CN sino como estructura burocrática de poder. Hoy, el Ministerio Público Fiscal en el orden Nacional, si algo tiene que dejar de ser es ser partener, y que se transforme en un verdadero actor penal, responsable de la persecución penal, donde corresponda, cerca de la víctima del delito y trabajando empeñosamente para conseguir las pruebas que permitan el castigo del delito. Si no hay un sistema judicial que lleve al castigo del delito se pone en riesgo la credibilidad de la Justicia y se pone en riesgo el mismo estado de derecho.

Por cierto que hay grados, la sociedad a la que se debe el Ministerio Público Fiscal tiene exigencias, la exigencia de eficacia pasa por lo grande primero y lo chico después, primero el grandote el que causa mucho daño y luego el pobre y el chiquito, un Fiscal que se pare frente a cualquier cárcel mira y dice aquí veo pocos grandes, pocos cultos, es como una especie de misma cara que se reproduce, algo pasa para que eso ocurra y no vamos a creer que todos los males del mundo los provocan solamente estás personas que vemos como un prototipo poblando las cárceles.

Voy a terminar con una aclaración, nadie se sienta ofendido o agredido por lo que he dicho.

EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN ITALIA*

GIORGIO CHERUBINI**

El argumento a tratar es vastísimo. Considero útil trazar un perfil esquemático del Ministerio Público (M.P.) examinando los aspectos esenciales de este órgano procesal bajo el aspecto institucional y funcional.

El Ministerio Público hoy en Italia es un órgano independiente, en la misma posición que el Ministerio Público ocupa en la Argentina, a raíz del artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946 del 11 de marzo de 1998.

Esta independencia del Poder Ejecutivo se realizó definitivamente sólo con la ley del 31 de mayo de 1946 (llamada sobre las garantías de la Magistratura) casi un siglo después de la formación del Estado Unitario Italiano.

Esto no es sorprendente para los juristas argentinos porque, por lo que tengo entendido, también en vuestro país se verificó una evolución igualmente lenta.

El ordenamiento italiano de 1865, inmediatamente después de la unificación, configuraba al M.P. como "representante del Poder Ejecutivo ante la autoridad judicial" y lo ponía bajo la dirección del Ministro de Justicia.

Los funcionarios del Ministerio Público seguían una carrera distinta de aquella de los jueces; no tenían la garantía de inamovilidad de la que gozaban los jueces y el ministro podía suspenderlos en sus funciones.

*Conferencia dictada por el Procurador General de Toscana– Italia– GIORGIO CHERUBINI en las *Jornadas de Derecho Procesal Penal de la UCA* (traducción del italiano por Graciela Cerulli y Carlos A. Mahiques).

**Procurador General de la Región de Toscana, Italia.

En contrapartida los funcionarios del Ministerio Público tenían una acción de dirección y vigilancia sobre la policía judicial, y es sintomático que el código de procedimiento penal de la época incluía a los jueces de primera instancia y de instrucción entre los oficiales de policía judicial.

El esquema político subyacente a esta configuración era evidente y el mismo ministro de justicia no falto en subrayar que el gobierno tenía que tener una vigilancia constante sobre los jueces, asegurada por un Ministerio Público "esencialmente y exclusivamente dependiente" del poder ejecutivo.

Esta colocación quedó sustancialmente idéntica, también, en el ordenamiento jurídico de 1923 y en el Código de Procedimiento Penal de 1930. Ni siquiera el ordenamiento judicial de 1941 cambió la posición del Ministerio Público. Fue necesario esperar al final de la Segunda Guerra Mundial que cambió el sistema institucional italiano, y la ley sobre garantías que mencioné anteriormente para que la exigencia de una verdadera independencia del Ministerio Público del poder ejecutivo como garantía de una justicia imparcial fuera realizada.

El art. 39 de esta ley es fundamental se establece que el Ministro de Justicia tiene la "vigilancia" y no la "dirección" sobre las funciones del Ministerio Público.

Esto significa que el Ministro de Justicia no puede interferir en la actividad del Ministerio Público, pero ejercita sólo un poder de control externo sobre el funcionamiento de esta institución, con el fin de asegurar la regularidad, rapidez y eficacia del servicio.

Además, esta misma ley extiende también a los magistrados requirientes la prerrogativa de la inamovilidad: esto significa que los representantes del Ministerio Público pueden ser removidos o suspendidos del servicio o destinados a otras sedes o funciones solamente con la decisión del Consejo Superior de la Magistratura, adoptada con el consentimiento de los interesados o por motivos disciplinarios.

La Constitución Italiana, entrada en vigor el 1° de enero de 1948, fijó definitivamente el principio de independencia del Ministerio Público.

De hecho las normas concernientes al Ministerio Público están comprendidas entre aquellas atinentes a la Magistratura y la palabra Magistrados es usada constantemente tanto para indicar a los órganos judiciales, como a aquellos encargados de representar al Ministerio Público.

Es más para unos y otros se prevén una serie de garantías: La independencia de otro poder, la competencia del Consejo Superior de la Magistratura para todas las cuestiones que interesen. El *status* de los magistrados; la inamovilidad de que se habló; la distribución de los magistrados sólo por sus funciones. Otra norma fundamental de la cual se puede deducir la independencia del Ministerio Público es el art. 112 de la Constitución italiana, por la cual el Ministerio Público tiene la obligación de ejercer la acción penal. La existencia de esta obligación significa que cualquier ilícito penal tiene que ser penado, sea quien fuere quien lo comete, representándose así, la manifestación de mayor relieve del principio de igualdad, establecido por el art. 3° de la Constitución italiana.

Pero, para que esta norma en vez de parecer una afirmación abstracta, se vuelva un precepto concreto, es necesario que se den ciertas condiciones, entre las que deberá estar, esencialmente, la independencia del Ministerio Público. Esta independencia aparece con una atenta reflexión, más importante que aquella del Juez, toda vez que una sentencia que no tenga en cuenta los intereses de la parte puede ser impugnada ante una jurisdicción superior, mientras que si el Ministerio Público omite conscientemente de ejercitar la acción penal no existe un remedio directo.

Hay que aclarar que, con estas afirmaciones, no se entiende sostener que el principio de obligatoriedad de la acción penal es un presupuesto irrenunciable para la existencia de un estado democrático y legal, pero sí expresa una valoración contingente que no ha sido adoptada solamente por mi país. Por otra parte, quien pretenda afirmar una regla general de este tipo sería desmentido por la existencia de numerosos estados seguramente democráticos (*in primis* Gran Bretaña) en donde rige la discrecionalidad de la acción penal.

Aclarada la posición y las prerrogativas del Ministerio Público en el ordenamiento político judicial, y pasando a examinar la organización y funcionamiento de cada una de las oficinas individuales, hay que anticipar que la Constitución prevé entes políticos territoriales distintos del Estado (regiones, provincias, municipios) pero no atribuye a ninguno de ellos una independencia y una autonomía al nivel del reconocido a las Provincias argentinas respecto del gobierno federal.

En particular las funciones legislativas de las regiones, que son los entes públicos estructuralmente más parecidos a las provincias argentinas, están limitadas a materias de interés local. Esto explica cómo en Italia existe un único orden jurídico, un sólo Código Penal, un sólo Código de Procedimientos penal.

De esto se deriva que las oficinas del Ministerio Público están organizadas en modo unitario, aunque estén descentralizadas en oficinas judiciales periféricas. En Italia existe una Fiscalía General dependiente de la Corte de Casación (única, con sede en Roma) dirigida por un Fiscal General que opera con auxilio de un sustituto. En cada Corte de Apelación (donde la competencia territorial coincide más o menos con el ámbito regional) es instituida una Fiscalía General, en cabeza de la cual existe un Fiscal General. En cada Tribunal (donde la jurisdicción se extiende en ámbito regional) está prevista una Fiscalía de la República dirigida por un Fiscal de la República.

Hay que recordar que para los procesos atinentes a delitos de mafia, fue recientemente (en 1992) constituida la Dirección Nacional anti Mafia que se ocupa de la coordinación, en esta materia de la actividad de los fiscales de distrito instituidos en la Fiscalía de la República y en cada capital de cada provincia.

Cada Fiscal General y cada Fiscalía de la República tiene, respecto de las otras, una competencia territorial que coincide con aquella de la oficina judicial correspondiente. En vez el contenido de los poderes y las funciones atribuidos a cada una de las Fiscalías son idénticas. Las Fiscalías de la República en los Tribunales son las oficinas a las cuales normalmente les compete iniciar la acción penal, como dispone el art. 50 del CPP. Esta norma precisa que el Ministerio Público ejercite la acción penal de oficio, excepto en los casos en que la ley establece que tal ejercicio está subordinado a un pedido de un privado (querella o instancia) o de una autoridad (Ministerio de Justicia, Cámara de Diputados, Senado); en este último caso el acto que da inicio a la acción penal es llamado pedido y autorización a proceder.

En este punto hay que precisar que el sistema procesal italiano, es de tipo acusatorio. Las pruebas se sustancian en el debate ante el Juez y por lo tanto el Ministerio Público desenvuelve en la faz anterior, sólo investigaciones preliminares en base a las cuales el Juez de la investigación preliminar (se trata de un juez distinto que el del debate) toma o no toma el pedido de reenvío a juicio del imputado.

El Ministerio Público cuando tiene noticias de un delito lo inscribe en un registro indicando el nombre de la persona a la que es atribuido (art. 335, CPP), esta inscripción es procesalmente muy importante, porque hace transcurrir un plazo de seis meses dentro del cual el Ministerio Público tiene que concluir con las investigaciones; en efecto los actos de investigación realizados después del

vencimiento de este plazo son inutilizables, o sea no pueden ser hechos valer en el proceso. De todos modos el Ministerio Público puede pedirle al Juez explicándole las razones, prórroga por un total máximo de 18 meses.

El Ministerio Público realiza las indagaciones necesarias para asegurarse la existencia del delito directamente o utilizando la policía judicial. Forman parte de la policía judicial todos los integrantes del arma de los Carabineros, la Guardia de Finanzas y la Policía de estado; pero en cada una de las Fiscalías de la República existen secciones de policía judicial formadas por núcleos mixtos: de carabineros, guardias de finanzas y agentes de policía, que dependen directamente de la oficina del Fiscal de la República.

El Ministerio Público durante la indagación puede proceder a inspeccionar, requisar, secuestrar e interceptar conversaciones o comunicaciones. Esta última actividad asume un particular tinte jurídico. El art. 15 de la Constitución establece como forma de limitación a conversaciones o comunicaciones (y por lo tanto la interceptación) puede suceder sólo por acto motivado por la autoridad judicial.

Esto importa bajo un perfil procesal que, como especifica el CPP (art. 266), la interceptación puede darse sólo en los procedimientos relativos a algunos delitos enumerados en dicho artículo, y después de disposición al cual el Ministerio Público debe presentar el pedido. De todos modos, en caso de urgencia, el Ministerio Público puede disponer que la interceptación se haga y su disposición podrá ser convalidada por el juez. Si este último no la convalida, los resultados de la interceptación no pueden ser utilizados.

Terminada la actividad de investigación, el Ministerio Público presenta al Juez para las investigaciones preliminares el pedido de archivo, si sostiene que no existían elementos a cargo del indagado o bien el pedido de elevación a juicio.

Puede suceder que el Juez no de a lugar el pedido de archivo y pida un suplemento de investigación al Ministerio Público, el cual está obligado a realizarla.

En caso de pedido de elevación a juicio el Juez puede aceptarla y mandar las actas para el debate al Tribunal, o no aceptarla con sentencia de no a lugar proceder. El Ministerio Público participa en el Debate sosteniendo la acusación en contra del imputado y tiene el poder de impugnar la sentencia emitida por el Juez del debate.

Espero de haber dado una idea clara de la figura del Ministerio Público en Italia aunque haya tenido que expresarme sintéticamente.

EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

EDUARDO D'EMPAIRE*

I. Ubicación institucional

A diferencia de la Constitución Nacional, y de alguna Constitución Provincial como la de Salta (art. 167), que incluyen en su normativa al Ministerio Público como un órgano independiente de los poderes públicos, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, lo sitúa como parte integrante del Poder Judicial de la Provincia.

En el articulado de la Sección Sexta de la Carta Magna provincial se hace referencia a la designación de los miembros del Ministerio Público (art. 175), y a su estructura –miembros que lo componen– y superintendencia (art. 189), mas no existe párrafo o mención, como sí lo hacen algunas Constituciones Provinciales (Córdoba, art. 172; Chaco, art. 156, tercer párrafo), a las funciones del Ministerio Público, las cuales recién aparecen reguladas en la ley 12.061.

Es el art. 1° de este cuerpo normativo el que prescribe que el Ministerio Público es el cuerpo constituido por fiscales, defensores oficiales y asesores de incapaces encabezados por el Procurador General, que actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

Asimismo, el art. 2 de la ley expresamente señala que el Ministerio Público forma parte integrante del Poder Judicial, gozando de autonomía e independencia para el debido cumplimiento de su fun-

* Fiscal Titular de Bahía Blanca. Abogado. UCA.

ción requirente, lo que ha llevado a algunos autores a destacar que esta descentralización e independencia funcional expresarían la posibilidad de definirlo como una institución análoga a los órganos extrapoderes[1].

Así como está legislado, en cuanto a la función requirente, es claro que se instaura a cargo del Ministerio Público Fiscal la persecución del delito, actividad que conlleva la responsabilidad de buscar las pruebas que permitan formular fundadamente una acusación contra quien aparezca responsable de su comisión, el sostenimiento y acreditación de ella ante un tribunal de juicio, y la petición de pena si correspondiera[2].

Como dijimos, el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires está encabezado por el Procurador General, acompañado por el Subprocurador General, siendo los miembros jerárquicamente inferiores el Fiscal del Tribunal de Casación y su Adjunto, los Fiscales de Cámaras y sus Adjuntos, y los Agentes Fiscales que actúan en primera instancia y Adjuntos de Agentes Fiscales (art. 9 ley 12.061).

Advertimos en primer lugar que existe un único jefe que dirige también el Ministerio Público de la Defensa, sin que en la Constitución Provincial de 1994 se adoptara la pauta de la creación de un Defensor General que encabece el cuerpo de defensores. Esto, a pesar de que la Corte Suprema de Justicia la Nación ya había consagrado

[1] Así lo sostiene GUSTAVO HERBEL en su trabajo, "La investigación penal preparatoria del fiscal como forma de otorgar eficacia y garantías al sistema punitivo" (*Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IV Número 8 "B", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998). Si bien esta diferenciación solo podría tener un mero interés doctrinario, lo cierto es que tal como apuntaba el doctor NESTOR PEDRO SAGÜÉS con su precisa pluma, si se admite que el Ministerio Público no es un ente servicial del Poder Ejecutivo sino que le toca ejercer discrecionalmente la acción penal, velar por el principio de legalidad –en particular, de la legalidad constitucional– y velar por una recta administración de justicia, hay primero que jerarquizarlo, ubicandolo donde debe estar: una magistratura autónoma, órgano extrapoder, no sometida al Poder Ejecutivo ni tampoco al Poder Judicial, puesto que debe actuar con independencia de ambos (Reforma Constitucional: el Poder Judicial, LL 1987-E-848); tal como fue el criterio que siguieron los constituyentes nacionales de 1994. El mismo CLARIÁ OLMEDO ya señalaba en su obra de Derecho Procesal Penal que el acusador público debe gozar de independencia funcional, tanto respecto del Ejecutivo como de los jueces (*Derecho Procesal Penal*, T. II, pág. 20, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1984).

[2] CAFFERATA NORES, JOSÉ I., "Perfil funcional del Ministerio Público en la nueva legislación argentina", *Prudentia Iuris*, Número 50, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1999.

tal pauta al señalar como una verdadera esquizofrenia –como lo calificaba el doctor Cavagna Martinez– supraordenar a una sola cabeza funciones tan disímiles como las que se atribuyen a los fiscales y a los defensores[3].

Esta inconveniencia no fue solucionada por la ley 12.061. A pesar de ello, en la práctica la dirección del Ministerio Público de la Defensa se encuentra delegada por el Procurador General en el Defensor del Tribunal de Casación, delegación que existe por Resolución PG 495/98 y que incluso es anterior a la puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia. En uso de estas atribuciones el Defensor de Casación dicta resoluciones en forma autónoma y sin intervención del Procurador. Estas normas no hacen sino poner de resalto la necesidad que advierten los funcionarios de una reforma de la Constitución, que permita crear la figura del Defensor General Provincial que proporcione la independencia de las partes contradictorias del proceso.

La Provincia de Buenos Aires está dividida en 18 Departamentos Judiciales, en los cuales el Ministerio Público es dirigido por los Fiscales de Cámaras o Fiscales Generales Departamentales. Las funciones de estos Fiscales Generales son de una importancia excepcional, pues además de ejercer la superintendencia del Ministerio Público en su Departamento Judicial, tienen como deber la coordinación y dirección de la labor de los agentes fiscales y funcionarios judiciales, impartiendo instrucciones generales en las que en definitiva se termina delineando la política de persecución penal que deben llevar adelante los fiscales de su jurisdicción, decidiendo cómo se va a investigar, qué instrucciones se darán a la Policía en función judicial y qué pruebas se va a seleccionar, todo ello en función de la estrategia de la investigación penal preparatoria.

Podemos agregar para terminar con este primer acercamiento descriptivo que los miembros del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires se encuentran equiparados a los jueces en punto a sus derechos e inmunidades constitucionales y legales (art. 4, ley 12.061)[4].

[3] MASNATTA, HÉCTOR, *Régimen del Ministerio Público en la Nueva Constitución*, LL 1994-E-878.

[4] A pesar de la clara y contundente letra de la ley, ha sido un organismo provincial, el Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA), al cual se deben afiliar obligatoriamente todos los funcionarios y empleados de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de la Provincia de Buenos Aires –con excepción de los funcionarios de cargos electivos y de los jueces–, el que ha desconocido esto al negar la equiparación de los fiscales con los jueces en cuanto al derecho de la afiliación optativa a la obra social.

II. Principios que rigen la organización del Ministerio Público

La ley provincial de Ministerio Público señala que la organización del mismo es básicamente jerárquica, rigiendo los principios de unidad, indivisibilidad, flexibilidad y descentralización.

La subordinación jerárquica es uno de los pilares para lograr una actuación eficiente, rápida y coherente[5]. Se ha señalado que es la "herramienta fundamental" para lograr la unidad institucional, a partir de la cual pueda implementarse una política de persecución penal definida en un marco de coherencia entre los distintos integrantes del Ministerio Público. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha incluso reconocido en sus fallos que la estructura jerárquica del Ministerio Público es el medio para lograr esta necesaria unidad y coherencia[6].

En un capítulo específico de la ley 12.061 se ha previsto la posibilidad de que los miembros del Ministerio Público impartan de acuerdo a sus atribuciones las Instrucciones necesarias para el cumplimiento adecuado de sus funciones. Así, el Procurador General, los Fiscales Generales Departamentales y hasta los Agentes Fiscales titulares pueden dictar Instrucciones o Directivas Generales, adecuándolas a las políticas de persecución penal establecidas, con el propósito de lograr una mayor eficacia, pudiendo orientarse: 1) a la categoría de las cuestiones en litigio, 2) a la aplicación de diversos institutos de la ley de fondo y ritual , y 3) a las formas de simplificación y abreviación procesal.

Así, la Procuración General ha dispuesto como Instrucción que los Agentes Fiscales deben plantear, cuando lo consideren oportuno, el caso federal formulando la reserva pertinente, en aquellas causas relativas a las conductas aprehendidas por el art. 166, inc. 2° del Código Penal, ante un pronunciamiento adverso a las pretensiones de ese Ministerio en punto a la inncesariedad de acreditar el poder vulnerante del arma empleada (PG 14/10/99). En otra Resolución instruyó a los Fiscales de Cámaras y Agentes Fiscales que agoten las vías recursivas respecto de las resoluciones que concedan el bene-

[5] Puede verse una exhaustiva descripción de estos principios que inciden en la organización del Ministerio Público en el Informe del Ministerio Público Penal de 1988 (Proyecto Maier), publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año V, Número 8 "C", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

[6] CSJN, Causa "C., A. G. s/ Extradición", 22/12/92, publicada en ED, 154-321.

ficio de la excarcelación, aún en casos que se fundamenten en la declaración de inconstitucionalidad de alguno de los preceptos que la rigen (PG 7/04/00).

Por otra parte resolvió que los integrantes del Ministerio Público deben abstenerse de dar curso a denuncias anónimas, sin perjuicio de valerse de anoticiamientos que en forma anónima lleguen a su conocimiento, en la medida que estimen que los mismos puedan coadyuvar al esclarecimiento de un hecho delictivo (PG 8/03/00). Resolvió también recomendar a los Agentes Fiscales abstenerse de intervenir en aspectos tácticos y operativos del accionar policial tendiente al cese de la actividad delictiva en curso de ejecución, especialmente en aquellos casos en que se procura el rescate de rehenes o la retoma de establecimientos que alojan detenidos (PG 10/03/00).

Las instrucciones generales y particulares –estas últimas sólo las pueden impartir los Agentes Fiscales– son de cumplimiento obligatorio (art. 31, ley 12.061). No obstante ello, si el funcionario a quien estuviera dirigida considera que la instrucción es arbitraria o inconveniente, debe hacérselo saber a quien emitió la opinión mediante informe fundado. Si éste insiste en la legitimidad o conveniencia se hará conocer la objeción al Superior, que debe resolver. Si la actividad es impostergable, se debe cumplir, sin perjuicio del trámite de la objeción.

Rige también el principio de unidad, que se refiere a la actuación unitaria y no contradictoria de los integrantes del Ministerio Público, y que requiere un orden interno que sea funcionalmente vertical. Es decir, es un principio que se deriva de la organización jerárquica antes descripta.

Se ha señalado que para que funcione debe contarse con un sistema muy eficiente de información interna[7]. Este aspecto no está descuidado en el Ministerio Público de la Provincia, ya que está en implementación en todos los Departamentos Judiciales un sistema informático en red entre la totalidad de las dependencias, lo que permite entre otras cosas, acceder en forma inmediata a todas las Resoluciones de la Procuración General. Y por cierto a distintas bases de datos como registros de capturas de personas, pedidos de secuestros de automóviles o armas, y el padrón electoral, herramientas de importancia en la investigación criminal.

El segundo de los principios que habíamos mencionado es el de indivisibilidad. El Ministerio Público es único e indivisible: cada uno

[7] Informe citado en nota 5.

de los funcionarios, cuando actúa en un procedimiento, lo representa íntegramente. Que en el rol funcional del Ministerio Público es en realidad la representación de los intereses generales de la sociedad.

Flexibilidad implica una relación fluída entre los integrantes del Ministerio Público, desligada de toda rigidez, formalidad y burocracia. Resulta necesario terminar con las relaciones interjudiciales plagadas de complejos rituales formalistas que nadie sabe a qué razón obedecen[8].

El trabajo que puede realizar el Ministerio Fiscal a partir de esta premisa adquiere mayor posibilidad de eficiencia, en tanto pueden coordinarse esfuerzos con respecto a determinadas investigaciones, pues habilita a que exista colaboración entre los funcionarios, llevando a cabo una tarea conjunta que permita arribar a mejores resultados.

No se nos puede escapar que a partir de la división de la asignación de causas por "turnos", determinados hechos que no encuadren en las previsiones de la acumulación por conexidad (arts. 32 y 33 del CPP) y cuyo conocimiento en otras investigaciones pueda ser de vital interés, pueden quedar aislados. De otra forma, pueden afrontarse las investigaciones con mayores elementos, sin que queden frustradas por la fragmentación de la información.

La realidad no es compartimentada. Y la persecución penal de determinados modos de operación delictual que se repiten debe ser encarada con una visión distinta, integral. El principio de unidad antes señalado es el que permite entonces diseñar una estrategia que contemple por ejemplo Unidades Fiscales de Investigación Específicas, como la Unidad Funcional de Investigaciones Complejas creada en el Departamento Judicial La Plata, que concentra todas las causas de compleja investigación o que por su modalidad operativa organizada ameritan un esfuerzo adicional.

La descentralización como principio de organización y actuación, tiene que ver con la vasta extensión geográfica del territorio de la Provincia de Buenos Aires, y la distinta problemática poblacional de las variadas regiones. Las acciones delictuales no son las mismas en Departamentos de gran densidad de población como Quilmes o San Isidro, que en Departamentos de amplio territorio como Bahía Blanca –que ocupa el 22% de la superficie de la Provincia–, o en el que

[8] Ídem nota anterior.

como problemática particular aperecen los "corredores delictivos", bandas delictuales que, según se cree, operan desde Neuquén a Mar del Plata.

Esto es, cada Departamento de la Provincia presenta sus propias características criminológicas, que deben ser enfrentadas desde cada lugar, necesitándose entonces que la coordinación y dirección esté en manos de los Fiscales Generales, que pueden establecer las estrategias de persecución penal de acuerdo a la problemática de su jurisdicción.

III. El nuevo Código Procesal Penal de la Provincia

El día 28 de septiembre de 1998 entró en vigencia en la Provincia de Buenos Aires un nuevo Código Procesal Penal –ley 11.922 reformada por la ley 12.059–, derogando al antiguo Código de Procedimiento Penal –ley 3589– que había regido desde el año 1915.

El nuevo rumbo que toma el sistema procesal penal bonaerense es sustancialmente distinto. Se abandona un procedimiento inquisitivo y escriturario, para conformar un sistema acusatorio y de juicios orales y públicos. Esta sola mención nos permite acercarnos a la idea del giro copernicano –al decir de FALCONE– que tuvo la reforma procesal que comentamos. Reforma que todavía se encuentra dando sus primeros pasos y requiere seguramente ajustes, pero que tal como lo sostiene la mayoría de la doctrina –entre los que podemos citar a profesores como MAHIQUES, CAFFERATA NORES y LEDESMA, quienes han disertado en Jornadas anteriores llevadas a cabo en esta Casa–, muestra un sistema más acorde con la Constitución Nacional y su programa procesal penal[9].

[9] Ver MAHIQUES, CARLOS A., *La investigación penal entre la Policía en función judicial y el Ministerio Público Fiscal desde una perspectiva político criminal*; CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Perfil funcional del Ministerio Público en la nueva legislación argentina*; LEDESMA, ÁNGELA, ESTER, "El Ministerio Público"; *Prudentia Iuris* Números 49 y 50, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1999.

El Dr. MAHIQUES expresa que el programa político emergente de la reforma constitucional de 1994, así como los principios y contexto que informaron el art. 120 de la Constitución Nacional y la ley de Ministerio Público 24.946 evidencian que el eje del cambio es tendencialmente acusatorio.

El Dr. CAFFERATA NORES puntualiza que el sistema constitucional argentino (arts. 18 y 75 inc. 22, CN) establece que la función de perseguir y acusar es diferente e independiente de la de juzgar y punir, y pone a cada una a cargo de órganos públicos diferenciados e independientes entre sí, porque entiende que la función de juzgar no puede, sin grave riesgo para su imparcialidad y para la igualdad de partes, asumir atribuciones acusatorias o de persecución.

Resultaría repetitivo señalar entonces lo que los distintos autores, y los mismos tribunales penales han afirmado sostenidamente, en cuanto a que la nueva normativa restituye a los sujetos procesales necesarios sus verdaderas funciones, distinguiendo aquellas referidas a la jurisdicción de las de persecución[10]. Que esta distinción de funciones no es más que una adecuación a la garantía constitucional del debido proceso, en el que se debe contar con un Juez solo juzgador en todo el proceso, un titular de la acción pública independiente del poder de jurisdicción y una defensa inviolable.

Es en este marco que el rol del Ministerio Público Fiscal adquiere una mayor importancia dentro del proceso, dedicado a su función requirente, mientras queda para el Juez su propia función, ejercer su mandato de administración de justicia como tercero imparcial, es decir, ejerciendo el poder jurisdiccional.

El Código Procesal Penal de la Pcia. de Buenos Aires reserva para el Fiscal la dirección de la Investigación Penal Preparatoria, que no es una instrucción formal como lo era la prevista en el derogado Código Jofré, sino una investigación que se pretende desformalizada, agil, breve, y al solo efecto de que el representante del Ministerio Público se forme la convicción en cuanto a que los elementos que ha colectado son suficientes "para el ejercicio de la acción" (art. 334) ante un tribunal de juicio, en donde debe producirse la prueba. La etapa investigativa previa resulta entonces un estadio en el que se deben realizar las mínimas formalidades para fundamentar la requisitoria de citación a juicio, equivalente al requerimiento de elevación del art. 346 del Código Procesal Penal de la Nación.

Ciertamente, los actos del procedimiento en la Investigación Penal Preparatoria (IPP) son acotados. Como único paso previo a la formulación de la requisitoria de citación a juicio respecto de un imputado en libertad aparece la recepción al mismo de la declaración que establece el art. 308 del código, que no es sino el emplazamiento por el cual se lo vincula al proceso, anoticiándolo de los derechos de que

---

Y la Dra. LEDESMA afirma que la separación entre juez y acusador es condición esencial de la imparcialidad del primero, en relación a las partes; imparcialidad que representa un imperativo constitucional –arts. 75 inc. 22 CN y 8 inc. 1° del PSJCR– Otros autores como CARLOS CHIARA DIAZ, al señalar que efectivamente tal es el modelo que emerge de la Constitución Nacional, sostiene que se desprende de la organización del juicio por jurados y del juicio político, en los que se evidencia que debe haber un juicio de partes, sin que el Juez pueda interactuar entre ellas.

[10] Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala I, Causa n° 383 "GOMEZ, A.", 12/05/99.

goza y circunscribiéndole la imputación del injusto atribuído, con el objeto que pueda proveer adecuadamente a su defensa, tanto técnica como material. La aceleración es tal que en casos de delitos en flagrancia, en los cuales la prueba es simple y las diligencias practicadas en la prevención policial son suficientes para fundar una acusación, se formula sin mayores inconvenientes requerimiento de elevación al día o a pocos días de la comisión del hecho.

En los procesos con personas detenidas, el otro presupuesto procesal previo a la requisitoria es el dictado del auto de prisión preventiva, medida de cautela personal que proporcione base suficiente para fundar el encarcelamiento provisorio del imputado hasta el momento del juicio.

Como se ha venido refiriendo, la investigación que desarrolla el Fiscal es básicamente preparatoria del juicio. En la instrucción jurisdiccional del derogado Código Jofré se producía prueba, adquiriendo la etapa un papel central en el proceso, ya que el plenario escrito se constituía entonces en una cuestión de puro derecho, y en los juicios orales –previstos para homicidios dolosos u otros delitos seguidos de muerte– se repetía la prueba testimonial y se valoraba el resto de las actuaciones de la instrucción; mientras que la Investigación del Fiscal del código de forma vigente es solo preparatoria, para que la parte acusadora se forme convicción, pero sus actuaciones no pueden ser utilizadas en el pronunciamiento definitivo.

La ley 12.061 dispone que durante la investigación penal preparatoria se atenderá el principio de economía procesal en la recolección de pruebas, pudiéndose prescindir de la implementación de aquellas que se consideren inncesarias para requerir la elevación a juicio (art. 55, primer párrafo). No debe perderse de vista el breve término de cuatro meses con que se cuenta para la culminación de la instrucción (art. 282, CPP), y que todos los plazos de esta etapa son continuos –se computan los días feriados– y perentorios e improrrogables (arts. 139 y 140, CPP), que resultan "fatales" en caso de personas privadas de libertad (art. 141 CPP).

Es interesante ver que algunos Tribunales de juicio de la Provincia, al recibir las causas elevadas por los Juzgados de Garantías, solo admiten la requisitoria de citación a juicio y las piezas procesales necesarias para el trámite del proceso, como los autos de medidas cautelares personales y reales que estuvieran vigentes. Las actas de prueba definitiva e irreproducible –que fue llevada a cabo en la instrucción con autorización del Juez de Garantías y con intervención de

la defensa– u otro tipo de diligencia como el acta de aprehensión, o también los efectos –que se reservan en una Oficina creada a tal fin en las Fiscalías Generales Departamentales–, recién son incorporadas luego de ser ofrecidas como prueba por las partes y de ser admitidas por el Tribunal. Es entonces claramente el debate oral donde se centraliza el juzgamiento de la persona –audiencia en la que rige la igualdad de armas entre las partes–, y no en la investigación preparatoria.

El Fiscal debe imprimir a la instrucción un trámite desformalizado, en aras de lograr la celeridad y agilidad pensada para el procedimiento. Expresamente dispone la ley de Ministerio Público que para la incorporación de la prueba y realización de diligencias no serán necesarias otras formalidades que las indispensables para garantizar la validez convictiva de los actos (art. 55 segundo párrafo). En este sentido el Código Procesal impone formalidades para las diligencias de prueba de caracter irrepetible (art. 274 CPP), mientras que las restantes diligencias pueden no guardar otras formalidades "que las exigidas por la reglamentación y por las instrucciones generales y especiales expedidas por el Ministerio Público Fiscal", salvo las que tuvieran formas expresamente previstas (art. 275).

Asimismo, el Fiscal tiene libertad para llevar a cabo la investigación, mas debe actuar con criterio objetivo (art. 54 ley 12.061), característica que se deriva del carácter de órgano estatal, y de la propia función del derecho procesal penal en tanto debe tender hacia el castigo de los culpables y también a la tutela de los inocentes. Esto significa que debe requerir aún en favor del imputado, lo que adquiere también su lógica si pensamos en que no debe perderse el tiempo en requerimientos sin mayores basamentos probatorios.

El proporcionar a la víctima del delito un lugar en el proceso sin duda es uno de los avances legislativos del nuevo ordenamiento provincial.

Se ha establecido un catálogo de derechos y facultades (art. 83 CPP), entre los que pueden destacarse el derecho a obtener información sobre la marcha del procedimiento y el resultado de la investigación, el derecho a reclamar por demora o ineficiencia en la investigación ante el superior inmediato del agente fiscal interviniente, el derecho a procurar la revisión ante el Fiscal de Cámara de la desestimación o del archivo, y el derecho a la protección de su seguridad y la de sus familiares, así como de testigos que depongan en su interés.

En el ámbito de las Fiscalías Generales Departamentales se han creado los Centros de Asistencia a la Víctima, integrados por Asistentes Sociales, Psicólogos y Funcionarios letrados, que desarrollan una tarea de atención y asesoramiento de los damnificados de delitos. La experiencia recogida hasta el momento demuestra que la adecuada asistencia interdisciplinaria –social, psicológica y jurídica– a víctimas de delitos sexuales o de delitos de violencia intrafamiliar constituía una materia pendiente sobre la que urgía trabajar. Desde el Centro en cuestión se ha brindado asistencia profesional a la víctima; se ha coordinado con dependencias municipales o con instituciones de salud la derivación de aquella según las necesidades del caso; se ha asesorado a familiares para que puedan colaborar en el tratamiento y recuperación de la víctima; y se han divulgado a través de folletos, artículos en diarios y charlas en variados ámbitos los derechos de las víctimas, y desarrollado acciones tendientes a que la población tome conciencia de ellos.

Tal como lo impone la ley, se procede a notificar a las víctimas de los delitos, las resoluciones que dicta el Fiscal de desestimación de la denuncia por no constituir delito (art. 290, CPP) o el archivo por insuficiencia de elementos para acreditar la materialidad del hecho o la responsabilidad del imputado en el mismo (art. 268 CPP), facilitándose el acceso a la revisión de las mismas ante el Fiscal General (art. 83, inc. 8°, CPP), sin exigencia alguna en cuanto al tiempo y forma de su petición, no requiriéndose tampoco asistencia letrada. Asimismo, se debe informar al damnificado de la presentación de la requisitoria de citación a juicio (art. 334, CPP) y en los casos en los que se pretende aplicar la suspensión del proceso a prueba (art. 404, CPP).

La ley de Ministerio Público prescribe también en su capítulo dedicado a la víctima, que deberá propiciarse y promoverse la utilización de mecanismos de mediación y conciliación que permitan la solución pacífica de los conflictos (art. 38). Los distintos Departamentos Judiciales dispusieron en relación a este punto acciones diversas. Así, sobre la base de la letra del art. 86, inc. 1° del ordenamiento procesal que propicia la consideración de circunstancias atingentes a la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas, en la oportunidad de ser ejercida la acción penal, y con el objeto de contar con una "herramienta necesaria para procurar la solución a conflictos de convivencia de menor intensidad, para evitar consecuencias progresivamente dañosas", el Procurador General y el Fiscal General del Departamento Judicial Mercedes suscribieron un

convenio con el Colegio de Abogados de dicha ciudad mediante el cual el Servicio de Asistencia a la Víctima de este último recibe casos de conflicto que derive el Ministerio Público para mediación penal.

En el Departamento Judicial San Isidro se ha establecido una suerte de procedimiento en el Area de Asistencia a la Víctima a la cual son giradas causas correspondientes a "litigios de categorización difusa con matriz familiar o comunitaria" (amenazas de dudosa idoneidad, problemas alimentarios o de visitas en familias, altercados intravecinales o intrafamiliares con consecuencias lesivas), en el cual se realizan entrevistas del damnificado con personal idóneo del área, y una vez definida la cuestión conflictiva se cita a la contraparte a fin de mediar o concliliar entre los protagonistas la forma de resolver el mismo. De lo resuelto en la audiencia, podrá eventualmente surgir algún convenio al que se sometan las partes, el cual podrá ser utilizado en el fuero que corresponda (familia, civil, comercial o laboral), como documento labrado por un fedatario y suscripto por las partes. En cuanto a las actuaciones, vuelven a la Fiscalía debiendo el Agente Fiscal disponer al respecto[11].

En cumplimiento de la manda del art. 40 de la ley 12.061, que dispone que el Ministerio Público arbitrará los medios para proteger a quienes por colaborar con la administración de justicia corran algún peligro de sufrir algún daño, la Procuración General de la Provincia creó por Resolución PG 536/98 un sistema de protección de testigos, para casos en los que medie presunción cierta de peligro y las circunstancias lo justifiquen. Formula la solicitud el Fiscal General Departamental, que deberá elevar un informe reservado en el que se detalle la investigación en cuestión, la incidencia del testimonio,

[11] HERBEL, GUSTAVO A. –Fiscalía General San Isidro–, Perspectivas jurídicas sobre medios alternativos de resolución de conflictos en el nuevo sistema procesal penal bonaerense, Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro. En el trabajo que citamos se fundamenta la necesidad de disponer de mecanismos alternativos de administración de conflictos, señalándose que los sistemas procesales se encuentran desfasados de las necesidades de resolución que tienen aquellos, lo que torna inepto al Poder Judicial para promover soluciones concretas; y que la utilización de la estructura procesal penal para resolución del sin número de conflictos sociales de baja intensidad –cuya matriz es por lo general de sustancia intrafamiliar o comunitaria–, produce una saturación del sistema penal que, lejos de aportar soluciones a dichos conflictos, logra neutralizar a sus agentes respecto de la persecución de conductas delictivas graves. La forma en que el sistema judicial tradicional administra los litigios, tiende más a formalizar las diligencias para cuidar el rito, que de aportar una solución específica para el tipo de conflicto de que se trate. Se burocratiza la respuesta procesal al litigio en detrimento de la especificidad de cada problemática.

evaluación psicológica, antecedentes criminales si los tuviera y las medidas de tutela que se estimen convenientes. Las medidas de protección pueden consistir en el traslado y/o cualquier otra disposición de seguridad, pudiéndose extender al núcleo familiar o personas convivientes del testigo. La coordinación del programa de protección se encuentra a cargo de la Secretaría de Policía Judicial y Política Criminal de la Procuración. Una vez resueltas las medidas de protección, previo a su instrumentación, el testigo deberá labrar un acta en la que preste su consentimiento. Concretamente, se procede a trasladarlo a otro lugar de la Provincia, brindándosele alojamiento, comida y asistencia médica, sin que se le otorgue suma de dinero alguna.

Hasta la fecha se ha proveído a la protección de unos cien testigos, de los cuales aproximadamente el 30 % recién prestó su testimonio una vez instrumentadas las medidas de seguridad. Otro gran porcentaje corresponde a testigos que luego de declarar fueron amedrentados, lográndose con el programa la formalización de su testimonio en el juicio. El sistema no puede incorporar el cambio de nombre del testigo como en otras latitudes, porque la ley nacional lo impide, pero sí se ha logrado proceder a la reubicación definitiva en otra ciudad, a partir de acuerdos que se realizan con distintas Municipalidades de la Provincia.

IV. La situación actual y los proyectos legislativos

Sostiene CAFFERATA NORES[12] que el resultado de esta moderna legislación que estamos analizando debería ser el de mejorar, no solo la calidad sino también los resultados de la persecución penal. Para ello es que se procura reforzar las atribuciones jurídicas y optimizar la organización y funcionamiento práctico del Ministerio Público Fiscal. Este, afirma el jurista cordobés, debe responder por la eficacia. Señala que la eficacia en la represión de los ilícitos penales no debe procurarse genéricamente con el proceso, ni menos entenderse como responsabilidad propia de los jueces. Lo que debe ser eficaz a esos fines es la tarea de investigación y obtención de pruebas necesarias puestas a cargo del Ministerio Fiscal para lograr que los jueces acojan favorablemente la acusación.

[12] CAFFERATA NORES, JOSÉ I., "Perfil funcional del Ministerio Público en la nueva legislación argentina"; *Prudentia Iuris*, Número 50, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1999.

Sin embargo, es cierto que la mera transformación de algunas normas no puede traer como consecuencia una cambio sustancial en la realidad vigente del sistema de justicia penal en la Provincia de Buenos Aires, puesto que somo sostiene RUSCONI[13], hoy la reforma del sistema se caracteriza por lo que se ha llamado la "multidimensionalidad" de los procesos de cambio, refiriéndose a la necesidad de trabajo en distintas áreas como infraestructura tecnológica, edilicia, capacitación, difusión, normativa, organizacional, etcétera.

Desde este enfoque puede advertirse que la reforma iniciada con la puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal en septiembre de 1998 no contó con adecuados recursos humanos, pues el escaso número de Fiscalías creadas no permitió el correcto trámite de las denuncias, congestionandose nuevamente las dependencias judiciales con excesiva cantidad de investigaciones, lo cual obviamente conspira contra la eficacia pretendida. A ello se sumó la falta de personal para la planta de las Fiscalías. Tanto esto último como la cantidad de cargos de Agentes Fiscales está en proceso de reversión, aunque deberá seguirse contando con el esfuerzo de los funcionarios y empleados para lograr una estabilización que permita llevar adelante las investigaciones con un mejor criterio que las urgencias de cada una de ellas.

Por otra parte, no se ha cumplido aún con la organización de la Policía Judicial, que amén de estar prevista en la ley 12.061, surge del mandato constitucional de la reforma de 1994. Sin perjuicio de la importancia de contar con un cuerpo especializado de investigadores y de apoyo científico criminalístico, lo cierto es que la actual policía de seguridad, que actúa también como policía en función judicial, no se encuentra adecuadamente capacitada para llevar adelante esta tarea.

La Policía Judicial, cuya raigambre constitucional también se observa en otros Estados Provinciales, es auxiliar directa del Ministerio Público Fiscal. Interviene tanto en la confección de los sumarios como en las tareas de investigación, prestando también asistencia técnica y científica para la investigación penal. El anteproyecto preparado por la Procuración General, que aún no tiene estado parlamentario, prevé al igual que la ley de Ministerio Público –que le dedica un Capítulo específico a esta Institución– que los miembros de la

[13] RUSCONI, MAXIMILIANO, *Reforma del sistema de enjuiciamiento, Ministerio Público y relaciones entre Juez y Fiscal.*

Policía Judicial dependan jerárquicamente del Procurador General, pero que sean dirigidos operativamente por los Fiscales Generales Departamentales, quienes de acuerdo a las necesidades de cada distrito les asignarán las funciones que deberán cumplir.

La Procuración General pretende que sea un cuerpo que intervenga en los hechos complejos, en delitos que requieran para su mejor investigación, elementos científicos y conocimientos especiales, de modo de ir luego avanzando, paulatinamente, en la cantidad de hombres y de medios que la compongan. Esta función específica de actuación en casos de alta complejidad es la que cumple actualmente la Policía Judicial de Córdoba y la de Francia, sobre las que se tiene experiencias para tener en cuenta, aunque siempre sea necesario atender a la propia idiosincrasia para la organización de una institución como la que se trata.

No podemos finalizar esta exposición sin hacer referencia aún brevemente al Proyecto de Reforma del Código Procesal Penal que se generara también en el ámbito de la Procuración General de la Provincia con la participación de Fiscales Generales Departamentales.

Nos interesan algunas modificaciones que pueden avanzar en la simplificación y acelaración del procedimiento. Así, al proponerse la reforma de los arts. 274 y 276 del CPP se suprime la intervención del Juez de Garantías en la disposición de la recolección de prueba irreproducible, fundamentándose esta eliminación en que no se encuentra comprometida ninguna garantía individual que amerite su intervención. El Agente Fiscal será quien incorpore la prueba irreproducible o definitiva que oportunamente someterá a la valoración del órgano jurisdiccional en la etapa de juicio, diligencias que debe realizar con la debida intervención y control del imputado y su defensa.

Otra importante modificación se refiere a la llamada etapa crítica de la instrucción, que está actualmente a cargo del Juzgado de Garantías. Con la reforma se pretende que la requisitoria de elevación a juicio, a la que se alude como "acusación" sea presentada por el Fiscal directamente ante el Tribunal en lo Criminal o Juzgado en lo Correccional que corresponda, comunicando ello al Juez de Garantías y notificando a la defensa del imputado, que tiene su oportunidad de plantear su oposición e instar el sobreseimiento o deducir excepciones. Éstas son resueltas por el tribunal de juicio, con la posibilidad de apelación ante la Cámara de Garantías.

La ventaja de esta sistemática de la etapa intermedia es clara. Se evitan presentaciones ante el Juzgado de Garantías, que debe lue-

go elevar las actuaciones al tribunal que llevará a cabo el juicio. Se acelera la notificación al defensor, y por ende se abrevian sensiblemente los pasos del proceso.

El proyecto incorpora al art. 308 del CPP que regula la declaración del imputado, la declaración informativa, en los mismos términos que el art. 126, segundo párrafo del derogado Código Jofré y del art. 236 segunda parte del también derogado Código de Procedimientos en Materia Penal de la Nación, esto es, cuando no exista el grado de sospecha del primer párrafo de todos estos artículos.

Creemos que este punto significa un retroceso. No existe razón para convocar al imputado sobre el que los elementos existentes en la investigación no generen grado de sospecha suficiente. Por el contrario, importaría un paso ritual más, alejado de la concepción de una investigación simplificada, breve y solo preparatoria del juicio. Profundizando más la cuestión, entendemos que debería tenderse a la opción de no convocar coactivamente al imputado a prestar siquiera declaración indagatoria, dejándola librada al momento en que sea solicitada por el encausado. Esta idea es desarrollada con agudeza por el doctor JULIO MARTÍNEZ VIVOT (h), quien compara nuestro sistema con el norteamericano, que a pesar de tener similar base constitucional, tiene regulación muy distinta. Sostiene el destacado penalista que de esta forma la declaración del imputado adquiriría una trascendencia de la que ahora carece, y se evitaría inducir a declarar a quien puede creer que "el que calla otorga".

Es cierto que en nuestra legislación la indagatoria cumple también con la finalidad del emplazamiento del imputado, pero este acto puede llevarse a cabo a través de un acto procesal autónomo, en el cual ni siquiera sería necesaria la presencia del magistrado, pudiendo realizarla el Secretario dando fe de ello.

Con lo expuesto, se ha intentado realizar un breve acercamiento descriptivo del rol del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires y su perfil funcional, en el marco de la legislación que rige desde hace solo un año y medio. Como en la experiencia italiana que magníficamente se ha descripto en estas Jornadas, el examen de su funcionamiento seguramente impondrá necesarias reformas. No obstante ello, es el trabajo y la capacidad de los magistrados del Ministerio Público el que llevará o no a buen puerto esta nueva herramienta legislativa.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

JORGE REYNALDO VANOSSI*

"A un caballero, en una discusión teológica o literaria, le arrojaron en la cara un vaso de vino. El agredido no se inmutó y dijo al ofensor: "Esto, señor, es una digresión, espero su argumento" (El protagonista de esa réplica, un doctor Henderson, falleció en Oxford hacia 1787, sin dejarnos otra memoria que esas justas palabras: suficiente y hermosa inmortalidad)".

Jorge Luis Borges

"Arte de injuriar", en *Historia de la Eternidad* De, Emecé, Bs. As., 1998 (págs. 195 y 196).

I.- Dentro del tema del control de constitucionalidad, que en vuelve o encierra todo un universo de problemas, he decidido hacer –a vuelo de pájaro– una suerte de visión en escorzo, global o integral, de la experiencia del recurso extraordinario, con la finalidad de acercar y de aportar algunas sugerencias y sugestiones en torno a cómo ha sido la evolución y cuál es el estado actual, hoy y aquí, de un recurso que puede llegar a tener un desenvolvimiento tan impredictible como ha sido su evolución y su desarrollo, desde los orígenes hasta la actualidad.

Involucro al tema del recurso extraordinario en lo que algunos psicólogos contemporáneos llaman el "problema de la quiebra de las certidumbres". Asistimos en el orden general de las cosas de la vida, a una quiebra de las certidumbres que provocan angustia, que provocan desesperación, que provocan inquietud. El no saber a qué atenerse, el no poder precisar los alcances, el romper las reglas de predicti-

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales

bilidad o de previsión, lleva a que a eso se lo viva de una forma muy estresante. Ese mismo estres lo padecen los justiciables, los abogados y yo diría que hasta los mismos magistrados, cuando se trata de observar la linea de evolución del recurso extraordinario. Es decir que quien tiene la palabra final en esta materia que es la Corte Suprema de Justicia de laNación ha demostrado en numerosas oportunidades grandes aciertos, en otras –estimamos, o puede cualquier observador atento estimar– se ha equivocado. De lo que no cabe ninguna duda es que la Corte, muchas veces, ha asombrado, ha dejado touché a los protagonistas o actores por lo impredictibles que han sido sus pasos y sus sucesivas evoluciones en esta materia.

¿Cuál aparenta ser la metodología de la Corte? Dicho esto como gran interrogante, válido para los años que van desde la ampliación del número de los componentes de la Corte, hasta la actualidad, es decir una década. Estamos haciendo, de alguna manera el balance de esa década, porque la reforma fue en 1990. No es fácil responder, pero podría decir que a grandes rasgos hay una línea demarcatoria.

Por un lado, creo que para las cuestiones de indole política, de sustancia política o de interés político, la Corte ha optado por resolverlas con una decisión política; en la cual si era posible aplicar una regla de predictibilidad en el sentido de que, estando la Corte internamente dividida en dos sectores, era posible aventurar cuál iba a ser el camino a tomar por el grupo mayoritario y cuál iba a ser el camino a tomar por el grupo minoritario.

Para las cuestiones puramente técnicas –y por técnicas me estoy refiriendo a las que no tienen implicancias políticas o político partidarias– deberíamos suponer que el camino seguido por la Corte ha sido el de adoptar decisiones técnicas en problemas técnicos, porque la división entre mayoría y minoría se ha quebrado en esos casos. Por lo tanto muchas veces votaban asociados algunos miembros de la mayoría con algunos de la minoría y se producían las combinaciones más variadas, más diversas y hasta diría –en algunos caos– desconcertantes, desde el punto de vista de quién aparecía votando junto con otro u otros de los ministros. Esto, por supuesto es variación de un mismo tema.

Si uno piensa que a comienzos de siglo, cuando se escribe el primer libro importante sobre recurso extraordinario debido a la pluma de García Merou, el autor ya hablaba del "arcano" del recurso extraordinario; es decir, el recurso extraordinario como algo que envolvía una dosis de misterio, de suspenso. Y asistimos, con el transcurso

de los años, al agravamiento de un misterio difícil de desentrañar. La complejidad de las causas, la complejidad de los temas en tratamiento, la complejidad de la vida social que origina los conflictos y las controversias que llegan hasta los estrados judiciales, ha hecho que –en definitiva– este misterio o este arcano, se haya multiplicado.

Hay que señalar que en algunos momentos de la evolución del recurso extraordinario se hicieron aportes sin ninguna duda dirigidos a clarificar, en la medida de lo humanamente posible, la técnica del recurso extraordinario, para que quienes tuvieran que operar o actuar en ese ámbito supieran a qué atenerse. Por ejemplo la obra clásica de los doctores ESTEBAN YMAZ y REY fue una gran ayuda para guiarse por esos vericuetos tan complejos. Obra que desgraciadamente después de la actualización –magnífica, por cierto– que hizo el Dr. LINO PALACIO, ya no se ha reeditado más. Pero el porpio Dr. LINO PALACIO es el autor de otro magnífico libro en torno a este mismo tema.

Es irónico o paradójico que cuando comenzó la publicación de los fallos de la Corte –que fue con el surgimiento mismo de la Corte, en el año 1863– en el Prólogo del Tomo 1°, el entonces Secretario Dr. Guastavino anunciaba que la Corte actuaría en esta materia con una "serena firmeza".

Más recientemente, ya en el siglo que ha pasado, GENARO CARRIÓ aportó muchísimo con su sistematización, en un aspecto que pasó a ser de los que más espacio ocuparon en la Corte, que es el del recurso extraordinario contra las sentencias arbitrarias. Esta es en realidad, la materia en la cual el mayor porcentaje de los abogados trabaja cuando llega a la Corte. Y es también, quizás, el tema que mayor cantidad de asuntos incorpora a las estadísticas de casos que resuelve la Corte. Esa obra de sistematización de un hombre que con gran modestia, pero con gran sabiduría se abstuvo de intentar una definición de la arbitrariedad; significó, sin embargo, a través del orden científico que elaboró, una ayuda invalorable para la comprensión de un tema que es tan intrincado.

FERNANDO BARRANCOS Y VEDIA abordó, en su oportunidad, un nuevo perfin inimaginable hasta la segunda mitad del siglo que acaba de terminar, que fue el de la gravedad institucional, que a su vez, registró una evolución. Recurso extraordinario y gravedad institucional o recurso extraordinario por gravedad institucional. Era, no un juego de palabras, sino una opción respecto del grado de asimilación que este nuevo supuesto tenía con lo ya conocidos –también de creación pretoriana como la arbitrariedad– o estábamos ante un nuevo supuesto con plena autonomía respecto de los preexistentes.

Esto comienza hace cuarenta años, en el conocido caso "Jorge Antonio "(Fallos 248:189, año 1960) que en su momento significó toda una conmoción en la estructura de los recaudos formales y de los requisitos propios del recurso extraordinario. Como los versos, tan repetidos, de Machado: "caminante no hay camino, se hace camino al andar". Es decir, el recurso extraordinario, más allá del escueto artículo 14 de la Ley 48 y pocas normas más afines, se ha ido haciendo con el andar, con la larga experiencia de más de un siglo.

Pero más allá de lo histórico, lo político y de lo poético, lo único cierto es que falta –precisamente– eso: falta la certeza. Estamos ante un tema en el cual la quiebra de las certidumbres la podríamos traducir, en un leguaje más jurídico, como la insuficiencia de certeza en cuanto a lo que puede ser la suerte procesal de sustanciación del propio recurso extraordinario.

Por ello, como una primera conclusión, puedo señalar que el recurso extraordinario se ha parecido en su uso al fuelle de un bandoneón: cierre y apertura, apertura y cierre, según las circunstancias.

Voy a señalar, por lo menos, seis etapas:

– Una primera, hasta lo años iniciales del 900, en que el tema era absolutamente desconocido.

– Alli, por 1908, aparece la concepción "teórica" del recurso extraordinario por arbitrariedad en une *obiter dictum* en que la Corte –sin llegar a revocar la sentencia inferior–, admite la posibilidad de que pueda haber sentencias descalificables como acto judicial. Esta sería una segunda etapa.

– La tercera etapa, se inicia en 1938 con la aplicación "práctica" del recurso extraordinario por arbitrariedad, a partir del caso Storani, en que ya la Corte comienza a revocar sentencias de tribunales inferiores y de tribunales locales. Era la respuesta a una gran demanda que existía en la sociedad, especialmente por el desagrado que causaban las sentencias emanadas de tribunales en provincias donde la agitación política y la subversión isntitucional hacían difícilmente admisible la hipótesis de que existiera separación de poderes y por lo tanto, de que hubiera juez independiente y juez natural propiamente dicho.

– Una cuarta etapa es la que se registra entre el juicio político y el cambio de la composición de la Corte Suprema en 1947 hasta la renovación, es decir, la destitución y reemplazo de esa Corte en 1955. En este período podríamos decir que predominaron las notas políticas y, por lo tanto, la concepción más restrictiva del recurso por arbi-

trariedad, ya que "el superior siembre tiene razón y si se equivoca, más razón aún tiene". Por lo tanto era muy difícil que la Corte –con la composición que tuvo en esos años– enmendara la plana a los jueces inferiores que, a su vez también, habían todos ellos sufrido una gran purga a raíz de que la reforma de 1949 puso en comisión al poder judicial, al requerir en todo el país un nuevo acuerdo del Senado y por lo tanto un nuevo pedido de acuerdo por el Ejecutivo para todos aquellos funcionarios que necesitaban para su estabilidad constitucional ese requisito.

– A partir de 1955 se produce lo que podríamos llamar una quinta etapa de progresivo aperturismo. Es decir, la Corte gira notablemente en su orientación y en forma gradual y progresiva permeabiliza y da mayor porosidad a las hipótesis de su intervención; no sólo en materia de arbitrariedad, sino también en otras hipótesis.

– Una sexta etapa sería la de los años 1966 en adelante. Es decir, coincide con otro cambio de la composición de la Corte Suprema. Coincide también con el alejamiento de la Corte Suprema de los integrantes que más velaban por lo que podríamos llamar "la ortodoxia ritual" del recurso extraordinario. Dicho esto con un sentido encomiástico y no peyorativo, porque realmente lo hacían con una profunda sabiduría y con una gran coherencia; pero la Corte que se instala en 1966 comienza a producir el aflojamiento de los rigores adjetivo formales o adjetivo procesales, y por lo tanto, los justiciables encuentran una mucho mayor facilidad u oportunidad para obtener la revocación de sentencias inferiores.

II. Todo esto se alcanzó sin reformas legislativas de por medio hasta ese momento, de modo que se puede hablar de un largo período que abarca gran parte o la casi totalidad del siglo que acaba de terminar. Hasta allí existían los incisos escritos del art. 14 de la ley 48 con las hipótesis clásicas y lo que podríamos llamar un inciso no escrito –es decir, un inciso creado pretorianamente– donde sí tenían cabida, por vía de creación jurisprudencial, las otras hipótesis que fueron naciendo y se fueron desenvolviendo.

La más importante era la de la arbitrariedad, qué se fundaba en la idea de abrir un recurso que permitiera dejar sin efecto sentencias que por el orden natural del reparto de las competencias y del orden natural jurisdiccional, debían quedar finiquitadas en instancias inferiores –ya fuera nacionales o provinciales– y no ser revisada por la Corte, porque no eran materia de recuso extraordinario escrito.

El doctor YMAZ decía que se trataba de sentencias que adolecían de un error inexcusable. No cualquier sentencia errónea, salvo si el error era de gravedad tal que lo hacía inexcusable. El apoyo constitucional para quitar validez a estos actos –ya fuera del art. 14 o el art. 17 de la Constitución– era la lesión patrimonial que sufría al perjudicado; pero la mayor parte de los autores y la mayor parte de las sentencias, optaron finalmente por radicar ese fundamento en el art. 18, sobre todo en la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Es decir, una sentencia arbitraria era una sentencia que violaba la mencionada garantía constitucional.

La Corte Suprema de Estados Unidos, que no utiliza normalmente la palabra arbitrariedad, ha hecho –en su largo trajinar– una labor que ha llevado a anular decisiones de tribunales inferiores cuando ha considerado que ese acto judicial en examen es algo inconcebible, desde el punto de vista de que puede haber sido dictado por un tribunal. Es decir, anula algo que considera inconcebible como acto judicial (Holmes: caso Chicago Insurance Life c. Cherry).

Personalmente, en mi libro sobre recurso extraordinario, he defendido a rajatabla, la tesis de que la sentencia arbitraria es un acto inconstitucional. Y por lo tanto, la anulación por vía de arbitrariedad, forma parte del gran capítulo del control de constitucionalidad; en virtud del cual la Corte declara la inconstitucionalidad de leyes, de decretos, de resoluciones, de decretos-leyes, de cualquier tipo de normas –ya sean nacionales o provinciales– y también declara la inconstitucionalidad de las sentencias. Se trata de actos que emanan del propio poder, pero de un órgano inferior, como son los jueces de primera o segunda instancia, los que también pueden incurrir en el vicio de la inconstitucionalidad, como puede incurrir el legislador o el poder ejecutivo.

Y para poner un poco de humor a este tema tan crítico, diría que un ex Juez de la Corte Suprema un hombre muy serio y muy respetable, por cierto, decía siempre en rueda de amigos, que no había forma de definir lo que era una sentencia arbitraria; pero había sí una forma de expresar cuál era el estado emocional de alquien que se encontraba frente a una sentencia arbitraria. Y ese estado emocional se traducía en lo siguiente: que después de haberla leído y releído decía...¡pero los autores de estos son unos hijos de tal por cual! Es decir, algo inconcebible.

En síntesis, asistiríamos en el caso de la sentencia arbitraria a una inequidad grosera e insultante. Es decir, la sentencia arbitraria

es un acto de inequidad; pero no de cualquier inequidad, sino al nivel de una grosería, de un insulto al valor de la justicia, al valor de la defensa en juicio, al valor de la protección constitucional que deba regir para todos y en todos los casos.

III. La Corte, en principio, siempre había dejado afuera del control cierto tipo de cuestiones. Eso ya la vieja ley 48 lo tenía claro: las cuestiones locales, las cuestiones procesales, los juicios ejecutivos, las medidas precautorias, las nulidades por vía de principio. Pero obviamente, en los casos de arbitrariedad todas estas vallas se fueron quebrando, se fueron saltando una a una y dieron paso a que la Corte entrara a analizar situaciones de este tipo. Y nos encontramos entonces con el dato de que, a diferencia de lo que ocurría en el siglo XIX –desde la instalación de la Corte hasta 1938, cuando comienza a aplicarse esta doctrina; y de 1938 en adelante hasta la actualidad cada vez se ha ido invirtiendo la relación y ha sido menor el conjunto, cuantitativamente hablando, de casos que llegan a la Corte por los incisos escritos, en comparación con la verdadera e imponente cantidad de casos, que llegan por vía del inciso no escrito. Uno se pregunta por qué. Y esto no responde a un capricho, ni a una moda, ni a un talante. No obstante, los cambios que hemos registrado o podemos registrar en la evolución de la Corte, hay que decir la verdad por más cruel que sea: si la Corte, tanto y tanto tiene que intervenir en materia de arbitrariedad, y tantas veces anular invocando la arbitrariedad, es porque realmente ha descendido mucho la calidad del producto judicial emanado de los tribunales inferiores.

IV. El otro gran problema fue la exigencia de respetar la existencia de una sentencia definitiva emanada de un superior tribunal de la causa, como exigía, y sigue exigiendo, el art. 14 de la ley 48. La razón por la cual la Corte se resistía a abrir el recurso extraordinario en casos de apremio, o juicios ejecutivos, es decir procesos sumarísimos, o en casos en que no se habían agotado todas las instancias, era explicable y justificable. El recurso extraordinario tiene una similitud, en el ámbito judicial, con el instituto de la intervención federal en las provincias, que prevé el art. 6° de la Constitución. O sea, una excepción a la autonomía local que consagra el art. 5° de la Constitución. De modo que cuando la Corte interviene en un caso en el cual normalmente la causa debe finiquitar en la órbita local, es una manera de intervención, como cuando el Congreso dicta una ley de intervención federal y sustituye a los poderes políticos locales. Sólo que esto es

judicial y no de índole política. En consecuencia, la anomalía a corregir, debe ser obviamente una anomalía muy grave, para producir esta excepción al principio o regla de la no intervención, pues la intervención de la Corte supone una sustitución de jurisdicción y competencia para dirimir el conflicto. No nos olvidemos que la vieja ley 27 –que fue la primera ley de organización de la justicia nacional– decía en su art. 5°, referido al orden federal: " No 'interviene' en ninguno de los casos en que, compitiendo ese conocimiento y decisión a la jurisdicción de provincia no se halle interesada la Constitución ni ley alguna nacional". Es decir, la regla era la no intervención y la excepción sólo podía ser, valga la redundancia, excepcionalísima.

Es por ello también que la Corte exige que la decisión recurrida emane de la Corte o superior tribunal de la jurisdicción local, o sea, del Máximo Tribunal y no simplemente de la Cámara de Apelaciones o el tribunal inferior colegiado. Para las nuevas generaciones esto puede resultar una perogrullada, pero para los que ya pertenecemos al espacio que va más allá de la línea del Ecuador en el transcurso de la vida, las cosas no eran así. Por ejemplo en la provincia de Buenos Aires se entendía que el superior tribunal de la causa era la Cámara de Apelaciones y ante ella se interponía el recurso extraordinario para acceder a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Hasta que a partir del caso "Strada" (abril de 1986), hace no muchas décadas la Corte Suprema rectificó este criterio y sostuvo lo que yo considero la buena tesis, y por la cual predicábamos un sector de la doctrina, en el sentido de que era obligatorio para los litigantes agotar todas las instancias, incluída la Corte Suprema o Superior Tribunal de Justicia de las provincias antes de interponer el recurso extraordinario. Y esto no era asi a causa de una confusión proveniente fundamentalmente de las doctrinas procesalísticas europeas, ajenas a la tradición de nuestro sistema de control de constitucionalidad, que es netamente de filiación americana. Porque nuestro sistema de control es difuso y cualquier juez, cualquier tribunal de cualquier instancia puede ejercer el control de constitucionalidad. No es como en los países que tienen un control de tipo concentrado, donde sólo algunos tribunales tienen esta tarea a su cargo. Por lo tanto, las que eran inconstitucionales eran las constituciones provinciales o los Códigos procesales provinciales que sólo preveían recursos reducidos, recursos limitadísimos para apelar ante el máximo tribunal provincial –llamado por lo general Corte Suprema o Superior Tribunal de Justicia– y llevaban entonces a que los litigantes saltearan esa instancia y desde las cá-

maras de apelaciones fueran directamente a la Corte. Hoy en día, ya rectificado este rumbo, la Corte rechaza la admisibilidad del recurso, cuando encuentra que algún abogado se ha equivocado y ha interpuesto el recurso extraordinario sin haber llegado primero hasta la Corte provincial.

Segunda conclusión: Siempre hemos estado más cerca del modelo americano que del modelo europeo. Y ni qué hablar del modelo o sistema francés donde el control de constitucionalidad está a cargo de un órgano muy particular, muy peculiar que es el Consejo Constitucional. La naturaleza de ese órgano difiere incluso del sistema Kelseniano –que es el que hoy predomina en Europa, por lo menos en Alemania, en España, en Italia, en Portugal, en Austria– donde hay un tribunal constitucional, es decir una Corte Constitucional que tiene el monopolio del control de constitucionalidad. Nuestro sistema es totalmente distinto y nos hemos salvado por un milagro de que en la infortunada reforma constitucional de 1994 –donde la Corte Suprema se la ha despojado de muchos de sus poderes, para otorgárselos al Consejo de la Magistratura– también se la despojara, como hubo intento, del control constitucional, creando entre nosotros el engendro de una Corte Constitucional o Tribunal Constitucional, que hubiera prácticamente producido una alteración total de la filiación histórica del sistema argentino.

V. ¿Qué es lo que la Corte también ha querido subrayar con sus intervenciones, que en definitiva conducen al estado actual de la cuestión? Lo que se ha ido imponiendo crecientemente. Ha sido la idea de la trascendecia institucional, por oposición antinómica a la llamada cuestión "baladí" (término al cual era muy afecto el Doctor ESTEBAN YMAZ, que fue treinta años secretario de la Corte y después de varios años juez de la misma) es decir, una cuestión superficial, intrascendente. O también la cuestión reiterada, o una cuestión insustancial. La Corte pasó a discriminar entre lo baladí y lo sustancial, entre lo trascendente y lo intrascendente. La trascendencia institucional aparece en el caso concreto cuando éste afecta un interés público y su solución supera al interés de los litigantes. La ley 48, en su art. 15 exigió relación directa y concreta con las normas federales (Constitución, Ley, Tratado) que se invocan. Podemos afirmar que esta exigencia actuó como un perno en la apertura o cierre del Recurso y así nació el cliché de la "cuestión federal insustancial", que posibilitó el rechazo de recursos extraordinarios por algunas de estas razones de impedimento dirimente:

a) Reiteración baladí del tema; o
b) falta de fundamentos federales.

Asi, aumentó progresivamente el acento o el rigor en la exigencia de:

a) cuestión federal bastante; y
b) cuestión federal concreta.

Se llega después de una verdadera paradoja: que mientras en los Estados Unidos, país con sistema de *common law*, el CERTIORARI estaba legislado: en la Argentina, con su sistema continental, Funcionaba a manera de creación judicial.

No encuentro mejor forma de conceptualizar la cuestión que con estas breves palabras: por trascendencia institucional la Corte entiende no sólo la gravedad del caso sino también la trascendencia del mismo respecto a lo que pueda ser una afectación del interés general, ya sea porque ese caso va a tener repercusión, o porque ese caso puede repetirse, o reiterarse, o por reflejo producir secuelas en un ámbito social más allá de actor y demandado; porque repercute en las partes que han compuesto la relación procesal.

VI. Entonces, de repente, la Corte da unos pasos más. Por etapas, éstos fueron los momentos:

1) cuando supera los "ápices procesales", es decir, devalúa lo formal, para ir a lo sustancial.

2) cuando pasa a no requerir con rigor formal el cumplimiento de algunos de los recaudos tradicionales, ya sean propios o impropios: y

3) cuando llegamos al milagro laico del recurso *per saltum*. Lo llamo milagro laico porque felizmente no hubo ninguna intervención divina en la creación de este nuevo arcano, o nuevo misterio del recurso llamado *per saltum*.

El *per saltum* nos plantea algunos problemas. Vamos a acudir, como siempre, a la norma fundamental que es la Constitución y vamos a ver que es lo que se ha dicho, en definitiva, el legislador. El art. 117, que antes era el art. 101, es decir el artículo siguiente al que enumera los casos de competencia de la justicia federal, dice: " En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso. Pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules

extranjeros y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente". Es decir, que la Corte ha separado la jurisdicción originaria de la apelada. La originaria, exclusivamente, es para dos hipótesis: los diplomáticos y las provincias cuando son parte. En la apelada hay reglas y excepciones, que las dicta el legislador, cuando regula el recurso extraordinario. La primera, la originaria, no es ni ampliable ni restringible. El legislador no puede alterarla. No puede crear más casos, ni suprimir alguno de estos dos casos. Cuando lo ha intentado hacer, la Corte ha considerado inconstitucional la ley del Congreso. Pero en la jurisdicción apelada, ahí si el Congreso tiene obviamente una potestad amplia a efectos de decidir. Y esta potestad amplia es como la sonrisa de la Gioconda, en cuanto a las reglas y excepciones. Esto lo decía mi profesor de Derecho Constitucional cuando yo era alumno y se refería –no a este caso concreto que estoy mencionando– sino a otros; pero es igualmente aplicable, *mutatis mutandi*; pues cuando uno contempla el magnífico cuadro, no sabe si la Gioconda sufre o goza, si ríe o llora, incluso algunos discuten si es hombre o mujer. Es una incógnita, admite toda clase de interpretaciones; y esta primera parte del art. 117 de la Constitución también es como una sonrisa de la Gioconda.

VII. Nueva conclusión. Tenemos pues, dos grandes creaciones pretorianas; una recepcionada legislativamente: el polémico *certiorari* –que analizaremos más adelante– a partir de la ley 23.774 del año 1990, y la otra ubicada en el limbo, que es el recurso *per saltum*. Ese recurso que se inició con el caso "Aerolíneas Argentinas", planteado por el entonces Ministro de Obras y Servicios Públicos (el Dr. Dromi), realmente no sabemos cómo va a terminar o cómo va a evolucionar. El *per saltum* es lisa y llamamente –como el nombre lo sugiere– el salto u omisión de la o las instancias previas o inferiores. La Corte "chupa" el caso, lo absorbe, lo succiona, se lo quita a otro tribunal y resuelve directamente. Esto me recuerda un poco aquella famosa novela de Mario Benedetti "Gracias por el fuego", donde el personaje se levanta un día y el Uruguay ha desaparecido: ¡desapareció el Uruguay ! Bueno, aquí también desapareció el expediente, lo "chupo" la Corte, no está donde debería estar. Pero lo grave es que no hay ley que lo regula. Y lo grave es, no succionarle el expediente a una Cámara de Apelaciones –lo cual supone que ya hay una sentencia de un tribunal inferior– sino "chupar" un expediente cuando todavía no hay ninguna

sentencia de ningún tribunal. Porque entonces estamos violando el artículo citado, y estamos creando un nuevo supuesto de competencia originaria de la Corte, que ya no procedería "cuando un diplomático es parte" o "cuando una provincia es parte", sino cuando a la Corte se le antoja, o cuando a un ministro o a alguien se le ocurre pedir que la Corte intervenga directamente antes que medie una sentencia de tribunal inferior. Estaríamos dilatando los supuestos de competencia originaria, lo cual la propia Corte en sus viejas composiciones dijo siempre que era inconstitucional, que no se podía realizar. Llama la atención que el legislador no aprobó ninguno de los proyectos de ley en ese sentido, para legalizar el recurso *per saltum* (Proyecto del 18 de julio de 1990: Trámite Parlamentario n°5 del diputado Jorge R. Yoma).

Tampoco fue aprobada la orden del día n° 1282, en las Sesiones Extraordinarias del año 1987, cuyo art. 3° Decía: "En el marco de su competencia material y cuando a su juicio el caso revistiese gravedad institucional, la Corte Suprema podrá conocer en la causa con prescindencia del cumplimiento de los requisitos legales propios de los recursos. En tal supuesto, su decisión de entender en los autos deberá ser fundada, con explícita mención de las circunstancias que configurasen la situación de gravedad institucional y evidenciaren que su solución no admite demora alguna".

Queda claro que el proyecto aludía al desplazamiento de los requisitos legales, pero no los constitucionales.

Es obvia la diferencia de lo acontecido, con el certiorari, en la reforma de 1990, que como art 2° de la ley que en su primer artículo ampliaba de cinco a nueve el número de ministros de la Corte, previo ese supuesto.

VIII. Hay opiniones dispares respecto de este problema:

1) ¿Es un paso más en la gravedad institucional el recurso *per saltum*, como lo fue aquélla en su momento?

Así lo fue la gravedad institucional con respecto a la arbitrariedad. En su oportunidad se dijo: la gravedad institucional es un paso más dentro de la arbitrariedad. ¡Pero cómo no lo va a ser si se están salteando instancias o no ha habido ninguna instancia inferior!

2) ¿Es una variable autónoma?

Así con el transcurso del tiempo se lo admitió para la gravedad institucional: variable autónoma respecto a la arbitrariedad. ¿Es esta una nueva variable autónoma inmominada que ha aparecido con la

varita mágica, extraída de la galera por la Corte? ¡En fin! Dejo así planteados los interrogantes. Hay muchas preguntas y tenemos muy pocas respuestas seguras.

IX. La doctrina y la experiencia de la "gravedad institucional" se pueden observar a través de varios planos, a saber:

1) Marco de aparición: fue varias décadas atrás, como una especie de mecanismo de contención de los excesos rituales (SAGUES). Esa aparición dio lugar a que se pensara en la modalidad de un recurso extraordinario por gravedad institucional (BARRANCOS Y VEDIA).

2) Evolución y alcances: el propio autor recién citado verbalizó la dilatación del recurso y habló de recurso extraordinario y gravedad institucional.

3) Perspectiva y significado: lleva a preguntarnos si lo notable será encontrar un recurso extraordinario sin gravedad institucional.

Ante esta evolución, pensamos que es más apropiado hablar de: la gravedad institucional a través del recurso extraordinario.

Recordemos que toda la potencia jurisdiccional de la Corte Suprema brota de la Constitución. De allí las grandes creaciones pretorianas: el amparo, el recurso extraordinario por arbitrariedad, y la gravedad institucional. Son medios o herramientas para la defensa de valores prioritarios. En ese sentido, cada sistema constitucional crea su propio aparato instrumental . Así, por ejemplo, Méjico opta por la unidad, a través del Instituto del "amparo"; mientras que, en cambio, la Argentina ofrece un régimen de pluralidad, dispersión y variedad.

Entre nosotros, pues, a veces, los jueces se anticipan y se adelantan al legislador y, entonces, la Corte Suprema crea un instrumento: es la respuesta para superar una ineficiencia en el control de constitucionalidad.

Y uno se pregunta: ¿Por qué no surgió con anterioridad? ¿No había necesidad, acaso? O como sostiene los ingleses: *Where is a wrong there is a remedy*.

En conclusión, puede afirmarse que para los problemas novedosos, se necesitaron soluciones imaginativas.

¿ Por qué hace falta una ley? Entendemos que una regulación sería conveniente para la mejor atención del valor "seguridad jurídica" (certidumbre) que también comprende lo procesal.

¿Vamos hacia la "codificación" del Derecho adjetivo federal?

X. Repasemos un poco tan complejo tema:

La Corte Suprema desplegó su conciencia de la dimensión de su competencia a través de dos válvulas, por cuyo conducto se canalizaron las reacciones del Tribunal ante la demanda de los justiciables.

– "cuestiones federales insustanciales": mayor restricción para cerrar la entrada, cuando falta todo fundamento o media clara y reiterada jurisprudencia al respecto.

– "gravedad institucional": mayor apertura.

Recordemos que el recurso extraordinario tiene requisitos propios y requisitos formales:

– Cuestión federal: planteo de la cuestión federal.

– Sentencia definitiva y mantenimiento del caso federal.

– Tribunal superior (caso "Strada") e interposición del recurso extraordinario.

– Resolución contraria.

A su vez, la "Cuestión Federal" puede ser:

– Simple: interpretación de una norma federal.

– compleja: confrontación entre normas federales.

Y la compleja puede ser:

– Directa: esta en juego la Constitución Nacional.

– Indirecta: (o mediata) entre otras normas federales inferiores.

Hoy, para llegar a la Corte Suprema hay dos caminos posibles, por reducción final:

– cuestión federal, o

– gravedad institucional.

Como lo fue la arbitrariedad en su momento (y lo sigue siendo), ya es otro inciso no escrito del art. 14 de la ley 48: es una vía autónoma o concepto analógico. Estamos ante un nuevo estándar.

¿Qué es en síntesis? ¿En qué consiste, pues? Podemos contestar diciendo que:

a) se remueven los obstáculos formales o procesales para dejar expedita la vía extraordinaria de inmediato; y

b) se opera un ablandamiento del ritual.

¿Cuál es la diferencia con la arbitrariedad? En el caso de la gravedad institucional, se excede el interés individual, por entender que la cuestión que está en juego atañe a la colectividad.

A veces la nota es:

– Cuantitativa: por ejemplo, el desapoderamiento total del ejecutado.

– Cualitativa: por ejemplo, anomalía o iniquidad del gravamen (antes que el monto).

La evolución se registró a partir de juicios de apremio y juicios ejecutivos, que eran sentencias no definitivas; pero que también eran casos en que se producía una perturbación en la expedita prestación de los "servicios públicos". Se consideró que había que obviar ese reclamo, en aras de intereses superiores.

Luego se extendió a hipótesis de juicios ordinarios (caso "Jorge Antonio"), por estimarlos casos en que se imponía superar cuestiones procesales, que pese a su carácter formal afectaban instituciones fundamentales de la Nación.

Más adelante, se aplicó a casos penales de enorme resonancia y conmoción pública. Así, casos en que era menester asegurar una irreprochable administración de justicia (casos "Toculescu" y "Penjerek"); o bien casos en que irritaba la excesiva duración del proceso penal (caso "Mozzatti", que llevaba 25 años de sustanciación).

Así mismo, se extendió excepcionalmente a casos comerciales; por tratarse de supuestos en que mediaban legítimos intereses de la economía nacional (caso "Ind. Aut. de Santa Fe"); o bien en otras situaciones muy resonantes como el caso "Sasetru".

En síntesis, la gravedad institucional se ha planteado en cuestiones procesales, de hecho, de derecho común y de derecho local, tales como medidas precautorias (excarcelación), nulidades procesales, fijación provisoria de alimentos, jurisprudencia contradictoria y recursos de inaplicabilidad de ley (salas y plenario).

En tales hipótesis –tan disímiles entre sí– la gravedad institucional es invocada expresamente (hay que alegarla) y demostrada (hay que probarla). O sea, pues, que no basta con la mera mención.

¿Y cuál es el efecto de esa articulación?

Entendemos, en consecuencia, que el señalamiento de la gravedad institucional convierte en "federal" a la cuestión, por su decisiva repercusión, resonancia e implicancia constitucional.

Nada más y nada menos que en esa medida y por esa razón: la trascendencia a los niveles constitucionales.

La gravedad que reviste el caso hace aparecer o nacer una cuestión federal "suficiente" o "bastante": he ahí el perno o llave para la apertura de la vía ante la Corte Suprema.

XI. La Corte Suprema no se ha equivocado, pese a su casuismo: todos los casos están históricamente justificados. Pero hay que reconocer que un excesivo "casuismo" puede provocar una máxima incertidumbre.

Con el tiempo, se ha incentivado la tendencia multiplicadora. Y, así, se torna tan difícil de tipificar como la arbitrariedad. Esos no es malo o negativo de por sí. Enriquece al instituto. Pero una cosa es que esté *in fieri*, perpetuamente, en cuanto a sus aplicaciones prácticas se refiere. Y otra cosa es que la disparidad de trato pueda, en la práctica, lesionar el valor de la igualdad ante la ley (art. 16 de la CN). Por ello es que hay que preservar a este instituto, perfilándolo y reencausándolo.

Esta notable construcción de la Corte Suprema, obliga a un reconocimiento: estamos ante una obra de ingenieria constitucional, más allá de la relatividad de sus enunciados o de la incoherencia que puedan exhibir sus aplicaciones concretas. Es un patrón o estándar muy lato, pero que está incuestionablemente al servicio del valor justicia, en manos del tribunal que se desempeña como intérprete final de nuestra Ley Suprema de la Nación.

Es la propia Corte Suprema la que ha dibujado el perfil de la gravedad institucional, al incluir en ese rubro:

a) Cuestiones que afectan el orden institucional o el fondo de las instituciones nacionales, o las instituciones fundamentales que el Recurso Extraordinario tiende a tutelar.

b) No alude a cualquier cosa o problema, sino a organizaciones fundamentales del Estado, nación o sociedad, que constituyen el basamento sobre el que se asienta la misma que se ven afectadas o perturbadas en el caso sometido a decisión.

c) La gravedad o el interés institucional existe cuando lo resuelto excede el interés individual de las partes y atañe también a la colectividad; vulnera un principio institucional básico y la conciencia de la comunidad; o puede resultar frustratorio de derechos de naturaleza federal con perturbación de la prestación de servicios públicos.

Así veamos, por ejemplo:

1) Cuando se ha excedido el ejercicio normal de las facultades impositivas y se cuestiona la validez intrínseca del reclamo del Fisco (apremios);

2) o lo decidido se proyecta en la necesaria y oportuna recaudación de la renta fiscal;

3) o en los legítimos intereses de la economía nacional;

4) o en caso de excepcional difusión y notoriedad alcanzada por el proceso.

XII. Tratemos ahora de resumir, a vuelo de pájaro, cuál es el significado constitucional de la gravedad institucional:

1) Predominio del interés general versus el aldeanismo del mero caso doméstico.

2) Reconocimiento de una trascendencia institucional.

3) Evitar la irreparabilidad del daño o la privación de justicia, (para ello hay que superar los "ápices procesales").

4) La verdad jurídica objetiva debe prevalecer sobre el mero rigorismo formal.

5) Posibilita el rescate de prioridades axiológicas de valor arquitectónico: separación de poderes, derechos humanos, moral pública y credibilidad en el sistema.

6) Operativiza cláusulas de derechos y protecciones constitucionales.

7) Permite buscar y hallar un punto de equilibrio entre el liberalismo constitucional y el demorcratismo constitucional.

Así procede cuando el asunto compromete las instituciones básicas de la Nación o las instituciones fundamentales del país, porque excediendo el interés de las partes se proyecta sobre la buena marcha de las instituciones por las proyecciones que hacia el futuro pueda tener la decisión que en definitiva recaiga.

Por el contrario:

1) No hay gravedad institucional si de la solución del caos no puede desprenderse algún principio general que sirva para ser utilizado en problemas futuros de similar índole.

2) No basta la mera repercusión patrimonial de la cuestión a considerar.

3) No obstante la extraordinaria magnitud económica, es menester además que la situación exceda meros intereses particulares.

La tesis restrictiva, superada dialécticamente, sostenía que:

A) No se pueden revisar pronunciamientos en los que no se ha resuelto cuestión federal alguna.

B) No procede el asunto –aún de extrema gravedad– si no compromete la supremacía federal garantizada por el art. 31 de la Constitución Nacional.

El valor supremo en que se asienta el instituto de la gravedad institucional, que lo justifica y que lo fundamenta en Derecho, es, sin duda alguna, la búsqueda incesante de un estado de justicia y con justicia.

Se ha creado este remedio, con la finalidad evidente de que a la imposición del ritualismo formal se anteponga la vigencia de los derechos subjetivos o la preservación de los cimientos constitucionales de la República. O sea: que cede el formalismo que actúa la jurisdicción Suprema; y que se asegura así la justicia.

En la duda, hay que estar a favor de la intervención de la Corte Suprema, ya sea por la vía de la gravedad institucional, que ante el riesgo es una instancia más de revisión Extraordinaria; o en su caso a través del *per saltum*, que ante la conmoción, es la pronta intervención de la Corte como Poder de Estado.

XII. Ese es el fin querido por la Corte, interpretando a la sociedad ¿Qué busca salvar o defender la Corte Suprema por esas vías? Hay dos respuestas posibles: ¡Creencias subjetivas!; creemos que no (son meras discrepancias); o bien valores preeminentes: creemos que sí (son objetivos y no subjetivos). En esta hipótesis, la Corte Suprema se coloca en el terreno de la defensa de instituciones, aunque admito que la Corte puede correr el riesgo de confundirse en las situaciones (Ejemplo: casos "Riveros de Pacheco" y caso "Fernández" (1976) s/seguridad social y matrimonio).

Por un lado, hay un derecho "colectivo" (de la sociedad) a que se manifieste el control y a que actúe la jurisdicción Suprema, pese a los escollos del ritual formal o procesal.

Por otra parte, es un derecho público subjetivo a la garantía de la eficacia del control.

La gravedad institucional es un correctivo en la técnica instrumental del control para asegurar la eficiencia del sistema de revisión judicial en aras de la supremacía constitucional.

La Corte Suprema ha prestado un servicio de justicia a la justicia. Está entre los poderes implícitos de la Corte Suprema, la facultad de creación pretoriana (el llamado Derecho Judicial) orientada al establecimiento de grandes herramientas para alcanzar la plena efectivización del Derecho.

En definitiva, estamos con lo que sostuvo RUDOLF VON IHERING: "¡Qué el derecho se realice !" (citado por la Corte en el caso "Perez de Smith"), en su inmortal obra *La lucha por el Derecho*. O sea, que la

función del Derecho, en general, es la de realizarse: lo que no es "realizable" nunca podrá ser Derecho.

Por ello es que hay que reconocer a la Corte Suprema los medios necesarios para que pueda ejercer su específica función jurisdiccional "resolviendo con la esencial efectividad que exige el Derecho".

XIV. Podemos afirmar que en todas estas creaciones estamos asistiendo al ejercicio de facultades implícitas de la Corte Suprema.

En numerosas oportunidades la Corte ha considerado indispensable para lograr la plenitud del estado de Derecho, que es su deber "poner en ejercicio los poderes implícitos que hacen a la salvaguarda de la eficacia de la función judicial principalmente en cuanto se refiere a la protección de los Derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional" (caso "Pérez de Smith").

¿En qué se apoya esa potestad? Pues en..." la grave naturaleza de su función institucional como cabeza de uno de los Poderes del Estado...." La idea o preocupación obsesiva de la Corte Suprema es siempre la de evitar una efectiva privación de justicia (18-IV-77).

La Corte no reclama un privilegio. Apela a poderes que son inherentes a las potestades "supremas". También al Congreso y al Ejecutivo se le reconocen atribuciones implícitas. Ya en 1960 la Corte invocaba el ejercicio de "facultades implícitas que son inherentes a todo poder estatal..." (caso "Bianchi c. DGI", 14/XI/60).

XV. Conclusión: el Congreso puede reglamentar las vías procesales; pero no podría dejar de lado el Art. 101, ya que la competencia originaria de la Corte no es ampliable ni reducible por la Ley del Congreso; y éste sólo puede crear "excepciones" en la competencia apelada.

La Corte Suprema misma ha sido muy pudorosa, declarando en varios ocasiones la inconstitucionalidad de normas que extendían la competencia originaria. Así, en el caso "Sojo" (Fallos 32:125), como en otros (Fallos 162:80), expresó: "De ambos textos resulta, si bien con mayor claridad en el texto argentino, que el Congreso puede establecer excepciones y dictar reglamentos a la jurisdicción de apelación, lo que importa decir distribuir la justicia entre los tribunales inferiores y la Corte que siempre es de apelación, con excepción de los casos en que la ley hubiese limitado el recurso o en que la jurisdicción es originaria y exclusiva, vocablo que no está en la Constitución americana y que hace más terminante el precepto si aún pudiera serlo más.

La jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte, no está sujeta a las excepciones que puede establecer el Congreso: limitada como lo está no puede ser ampliada ni restringida; la que está sujeta a reglamentación, es la jurisdicción apelada, que puede ser ampliada y restringida por la ley, según la organización y reglamentación de los tribunales inferiores, tanto respecto de las cuestiones de hecho como de derecho".

Ergo, hay que respetar el reparto formulado en la propia constitución; y al respecto dice la Corte Suprema:

"25)...Que tal atribución, que es por otra parte un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario, que hace la Constitución, y de la naturaleza esencialmente subordinada y limitada de este último...." (Fallos 33:162, caso "Elortondo").

XVI. Por lo tanto hay que distinguir:

– Gravedad institucional, es un género.

– Apelación *per saltum*, es la especie.

Haría falta una ley que viniera a protocolizar la existencia y el ejercicio de facultades implícitas.

La Corte siempre ha articulado sus diafragmas para operar bidireccionalmente la recepción de las cuestiones en el terreno de su competencia.

Ya sea:

– Obturando: al sumar exigencia de inestancias (Ej. caso "Strada" [8-IV-86], requisito del "Superior Tribunal de la causa");

– permeabilizando: al restar:

– exigencias: gravedad institucional

– instancias: *per saltum*

Acá si que actúa primigeniamente como Poder del Estado. La Corte –recordemos– no es un Tribunal creado por la ley, sino establecido directamente por la Constitución Nacional.

XVII. Tenemos dos cuestiones en derredor del *per saltum*:

1) ¿La Corte procede de oficio? Podríamos creer que sí; toda vez que no se está creando un recurso personal nuevo; ni se reconoce la titularidad de una acción. Se puede pedir la avocación, pero ello no quiere decir que haya un derecho subjetivo a tal cosa.

En la doctrina, MARIO AUGUSTO MORELLO, entiende que debe mediar un recurso contra una decisión de primera instancia y que la

legitimación activa sólo debe corresponder al Ministerio Público; por lo que parece excluir la posibilidad de que la actuación de la Corte Suprema sea oficiosa.

En USA es a petición de cualquiera de las partes (*upon petition of any party in any civil or criminal case*); y cabe descartar la posibilidad, conocida en la teoría y práctica norteamericana, que la Corte pueda entender en un asunto de oficio, es decir, sin que se lo haya pedido una de las partes interesadas.

2) ¿ Debe mediar una instancia inferior al menos?; o sea: ¿Puede haber *saltum* sin decisión de un juez *a-quo*?

Queda la duda ante casos en que la cuestión sea gravísima.

Así admite algunos casos MORELLO: juez que bloquea una negociación internacional; juez que descalifica la validez de la consulta popular (Beagle); ablación o trasplante de órganos; ingreso perentorio de un educando en el ciclo lectivo.

Para GERMÁN BIDART CAMPOS la avocación "por salto" y sin recurso de parte es viable, entonces, únicamente después de haber recaído en la causa por lo menos una decisión inferior sobre el fondo del asunto y, por supuesto, por razones de real apremio e interés institucional. Lo contrario configuraría una añadidura inconstitucional a las únicas causas de competencia originaria y exclusiva previstas en el art. 101; hoy art. 117 de la Constitución Nacional.

XVIII. ¿Y el principio constitucional del "juez natural "? Dice el art. 18: "...ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la Ley antes del hecho de la causa". Algunos sostienen que:

a) no se lesiona la ley anterior,
b) no hay "comisión especial";
c) hay una jurisdicción preestablecida y
d) la competencia de la Corte preexiste al caso.

Veamos cómo son las cosas en la Suprema Corte de USA; cuando aparece el llamado *certiorari per saltum*.

1) Es un instituto muy excepcional. La última vez fue en 1974, caso "United States vs. Nixon", con motivo del caso "Watergate". Antes, en 1952, en el famoso caso "Youngstown Sheet and Tube Co.".

2) Está reglado por las normas federales sobre procedimientos (Secciones 1254 y 2101) y en las "Reglas" de la Suprema Corte (17 y 18).

3) El *saltum* consiste en saltear la instancia de apelación federal. O sea, que media al menos una "sentencia", que debe ser considerada "definitiva". No obstante ello, en el caso "Nixon", la Corte admitió una excepción, sosteniendo que la importancia del caso requería una atención inmediata de la Suprema Corte.

Fue una interpretación extensiva de su Regla 18, que admite cierta discrecionalidad, al admitir el *per saltum*..."cuando la parte que lo peticiona demuestre que el caso es de una importancia tal que justifique saltearse los pasos procesales normales y una atención inmediata de este Tribunal.

4) Cuando la Suprema Corte lo concede, entonces, expone sus fundamentos, para destacar la importancia del caso pero cuando este Tribunal lo rechaza, entonces rara vez lo fundamenta.

Se ha querido ver un antecedente lejano en la ley 50, art. 223, que decía:" ..Podrá también a petición de todas las partes, resolver sobre lo principal, aun cuando la apelación hubiere recaído sobre un incidente de la causa".

Pero hay que tener en cuenta:

a) Que hasta 1900 no existieron las Cámaras federeales; y

b) que esa ampliación de la jurisdicción apelada sólo se producía a petición de todas las partes".

En resumen:

En el *per saltum*, la apelación es de oficio; o a petición de parte o del Ministerio Público.

El Congreso tiene competencia para determinar qué se entiende por apelación, y cómo puede ser ésta. No olvidemos que el art. 101, hoy 107 señala –refiriéndose a los casos mencionados en el anterior– que: "En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso....".

Por lo tanto, parecería que el Congreso podría establecer la apelación de oficio, habilitando a la Corte como juez de la apreciación de la "gravedad institucional" que justifica su intervención. Pero la mitad de la biblioteca puede sostener una cosa y la otra mitad puede avalar la tesis opuesta.

XIX. Vuelvo al principio: vivimos en la incertidumbre. La ley de ampliación del número de jueces de la Corte modificó también el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y lo hizo en

términos que aceptan también distinta interpretación. Pero, por lo menos hay una base legal. Dice: "La Corte, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia"(art. 2°, ley 23.774). Esta es la base legal de la varita mágica para operar en materia de *certiorari.*

Pero la historia del *certiorari* es larga y previa a esta reforma del art. 280. En Estados Unidos de Norteamérica, arranca desde el año 1925, la llamada Ley de los jueces– *The Judge Bill* (13-II-1925; véase VANOSSI, "Teoría Constitucional", Depalma Bs. As., 2000, págs. 147 a 152)– en que la Corte propició, ella misma la creación de lo que podría llamarse "*ampliar la órbita de la jurisdicción facultativa y restringir la órbita de la jurisdicción obligada.*

En Estados Unidos había razones prácticas con base constitucional muy poderosas, porque el federalismo en este país –a diferencia del nuestro– retiene en la competencia de las provincias el dictado de las leyes de fondo (civil, comercial, penal, etcétera). De modo que ese mosaico de cincuenta leyes diversas en cada materia, llevaba a la necesidad de tener algún resorte discrecional que permitiera en casos extremadamente delicados operar una suerte de "casación" es decir, de unificación interpretativa. Que no es el caso nuestro donde, de todos modos, bien vendría –y yo lo propuse siendo legislador– crear un Tribunal Nacional de Casación, no solamente para la materia penal como existe, sino para todas las materias, con una composición federal. Necesitamos un tribunal intermedio a efectos de resolver problemas de interpretación exclusivamente, y aliviar de esa manera a la Corte de la mayor parte de los casos que le llegan por el pabellón de la arbitrariedad.

Es una asignatura que está pendiente.

XX. En nuestro país el *certiorari* fue por primera vez proyecto legislativo a comienzos de la década del 40, por parte del diputado Emilio Hardoy (del 14-VI-1939; y en 1978 y 1980 insiste periodísticamente), quien fuera brillante diputado del Partido Conservador.

¿Hace falta una ley previa?

La Corte Suprema la gestionó en 1958; y así fue que el diputado López Serrot presentó el proyecto de 1959; que decía:

Art. 14 ley 48) agregar:

"...la apelación sólo será otorgada cuando resulte de los autos que la consideración de los agravios en que el recurso se funde tenga alcance institucional que exceda el mero interés personal del apelante".

El Congreso no tuvo en consideración ese proyecto; ni abordó el punto en el debate en el Senado de 1904 (frustrada reforma del Senador Fassi).

Mientras la mayoria acudió al "Cliché", en el seno de la CSJ las posiciones estuvieron divididas. Se aplicó *certiorari* sin llamarlo certiorari, a partir del caso "Jorge Antonio" –que ya mencionamos– con resistencia por parte de algunos jueces que consideraban que sin una ley que lo autorizara, el tribunal no podía por sí mismo modificar su jurisdicción. Fue el caso del Dr. Luis María Boffi Boggero –uno de los grandes jueces que tuvo nuestra Corte Suprema–, que, en disidencia en los casos "Jorge Antonio" y "Basombrío", exigía el respaldo de una fórmula legislativa.

Cuando me tocó desempeñarme en el Poder Legistativo propuse incluir en el art. 14 de la ley 48, además de modificar los incisos ya existentes, dos párrafos que dijeran lo siguiente: "La apelación sólo será otorgada cuando resulte de los autos que la consideración de los agravios institucional o general que exceda el mero interés personal del apelante, y no se otorgará cuando sean insustanciables las cuestiones planteadas por falta de un mínimo de agravio o por la inexistencia de razones que conduzcan a modificar una clara y reiterada jurisprudencia respecto de tales cuestiones.

De igual manera se procederá con los recursos directos deducidos en caso de denegación del recurso extraordinario, los que se desecharán de plano si de su texto no trasciende el alcance institucional o general de la decisión de los agravios en que la apelación se fundamenta. Pero en los casos de objetiva gravedad institucional, y siempre que medie alguna de las cuestion federales o constitucionales arriba previstas, la Corte Suprema podrá admitir el recurso aunque no se cumplan sus demás recaudos si así lo estima necesario para evitar la frustración del derecho invocado.

XXI. Recordemos que:

En Estados Unidos para llegar a la instancia de la Suprema Corte, hay dos vías:

– Recurso de apelación: tradicional o "appeal"

– Avocación por *certiorari*: *writ* o mandamiento. Le confiere a la Corte una enorme potestad para la selección o rechazo de los casos a decidir.

La Corte determina los criterios discrecionalmente acerca de cuándo corresponde una y otra vía. En el caso del *certiorari* la petición es presentada directamente ante la Suprema Corte.

Pero obviamente, si medimos cuantitativamente los casos que se presentan y los casos que se resuelven, las cifras son impresionantes e impactantes:

– 85% de los casos que resuelve la Corte Suprema de USA son por la vía del certiorari.

– 15% por apelación tradicional.

Además, en USA, el procedimiento –aún ante la Corte Suprema– es predominantemente oral y los votos de los jueces son generalmente individuales.

XXII. La crítica tendríamos que hacerla, en todo caso, a la versión "criolla", que es de una aplicación muy caprichosa.

El balance de estos diez años, que van del 90 hasta el comienzo del nuevo siglo, arroja el resultado de que se registren las más variadas hipótesis.

– La mayoría resuelve con el art. 280, es decir, aplica el "sellito". No corresponde a la Corte intervenir, pero los disidentes, discrepan con voto fundado. Hay una mayoría con base en el art. 280 del CPCC, es decir, infundada, y una disidencia o varias fundadas a través de los votos.

– Otro grupo de hipótesis se da cuando la mayoría abre el recurso extraordinario, o sea que considera que es procedente. Pero los disidentes optan por el art. 280 con el "sellito".

– Otra hipótesis se da –parecida a la anterior– cuando la mayoría abre. Pero los disidentes cierran, no con el art. 280, sino que cierran la vía extraordinaria con voto fundado, es decir, con largos fundamentos.

Como decía al comienzo, en este tema, con la Corte actual, no hay alineaciones permanentes o predecibles. Se cruzan, muchas veces, las opiniones de los ministros que componen lo que normalmente y en la jerga, se llama "bloque mayoritario" con el "bloque minoritario".

XXIII. Palabras finales.

Pues entonces, primera pregunta ¿Cuál es la dirección que está siguiendo la Corte? ¿Cuál es la orientación,"lo indirizzo"?

No tengo respuesta.

Segunda pregunta: ¿Cuál es la política del *certiorari*? Así como ha habido una política de la arbitrariedad, una política de la gravedad institucional, cuál es la política del *certiorari*? La Corte no ha abierto la boca.

No tengo respuesta.

Tercera pregunta:¿Hay criterios técnicos de selección en materia de *certiorari*?

No tengo respuesta.

La Corte no ha dado precisiones al respecto. Hay un gran mutismo. Es decir, no ha hecho por vía de un *obiter dictum*, a mayor abundamiento y más allá de los fundamentos, una precisión doctrinaria respecto de la cuestión. Y esto la Corte lo ha hecho muchas veces en su historia, para clarificar ante los justiciables, para "dar letra" (expresión poco académica) respecto de cómo tienen que manejarse en el futuro. Les emite un "guiño", les da una señal, hay un signo respecto de cómo va a manejar determinado instituto procedimental. Aquí no lo ha hecho todavía.

Y es muy difícil responder a estas preguntas con una Corte compuesta por nueve jueces y en la que trabajan más de cien secretarios, letrados y judiciales, en torno a estos temas.

Quiero aclarar que tuve oportunidad de ser secretario en una Corte que tenía siete jueces y todo el personal letrado de la Corte era de quince letrados. Ahora son alrededor de 176 (no tengo los datos actualizados). Y la Corte sigue atrasada. Por eso los argumentos del diputado Yoma, cuando fundó la ley en 1990, y se quiso justificar el aumento a nueve, fueron refutados y quedaron desmentidos por la realidad.

Los dos argumentos fueron: que la Corte estaba muy atrasada (y sigue atrasada); y que había mucha delegación de los jueces en los secretarios. Sigue habiendo delegación, no nos engañemos. No ofendo a nadie diciendo la verdad.

Por lo tanto: hay que volver a la Corte de cinco jueces. Incluso es más rápido, es más ágil que lo vean cinco que nueve. Es más rápido que trabajen veinte o treinta secretarios y no cerca de doscientos o más de cien. Va a ser más cómodo para todos y va a ser más seguro para los valores que queremos, de alguna manera, privilegiar.

XXIV. Y queda pendiente el gran interrogante final ¿Qué es la Corte? Hemos preguntado alguna vez: ¿Tribunal o Poder? Y respondimos a este interrogante: Tribunal y Poder.

En nuestro sistema es un Tribunal, el de mayor jerarquía. Intérprete final de la Constitución, según sus propias palabras. Y es también un Poder de Estado. Cabeza del Poder Judicial. Defensora del paladium de las libertades, o como también con propias palabras se

ha definido: Tribunal de garantías constitucionales. Por lo tanto es realmente Tribunal y Poder de Estado. La respuesta estará dada por su actuación, que es algo versátil. O convengamos en que es algo desconcertante.

Y entonces cabe preguntar; y aquí viene la pregunta verdaderamente arcóntica, es decir, fundamental:

¿La Corte actúa soberanamente?

Decimos que alguien es soberano, cuando no está sometido a control. La Corte controla a otros pero ¿quién controla al control? Podría contestarse que hoy en día, con la incorporación a un sistema interamericano –que probablemente en el futuro pueda ser, incluso, mundial– aparecen cuartas y quintas instancias a nivel supranacional. Pero esto es la excepción y no la regla.

También se dice que alguien es soberano cuando no tiene límites. ¿Tiene la Corte límites sobre ella? ¿Hay por encima de ella algún límite? No. De modo que la Corte, en esta materia, nos guste o no nos guste, actúa soberanamente. Porque no tiene límites, no se pone límites y no está sujeta al control de otro órgano. Y si se pone límites, pues un fallo posterior modifica al anterior; de modo que lo que dice en 1999 puede cambiarlo en el 2001 y decir otra cosa distinta.

XXV. Mi conclusión en un tema tan escabroso es que, habiendo actuado en los cuatro lados del mostrador, no dos (en la profesión, casi cuarenta años de mi vida, en la Corte como Secretario letrado, hace muchos años, en la doctrina escribiendo sobre este tema y presentando algunos proyectos de ley en el Congreso).

Primero, creo que deberíamos dar más certidumbre al derecho federal adjetivo codificándolo por el legislador. Hay que ordenar y codificar el derecho procesal federal adjetivo. Hace falta una ley que dé a todo esto contextura, organicidad, coherencia y sistematización: consolidación.

¿Cuál es la razón? Muy sencilla: pues hace falta más seguridad jurídica. Esto hace a la seguridad jurídica, ya que este valor supremo no se limita a conocer las leyes de fondo. Se extiende también a la faz procedimental; pudiendo ser modificada por el simple hecho de que cambie la composición humana de un tribunal. Así, por ejemplo ha acontecido con efecto suspensivo o no suspensivo de la interposición del recurso extraordinario (caso "Daniela", del 17-4-1995, también llamado "caso Osswald")

Hay que respetar la regla de la predictibilidad. Hoy está reconocido un espacio llamado Derecho Procesal Constitucional: es una asignatura, una materia. Y, obviamente, esto pertenece a ese espacio.

Por lo tanto, primera conclusión, el procedimiento tambien requiere un mínimo de certezas. Y no tenemos ese mínimo de certezas a mano.

Segunda conclusión: en la salvaguarda de la supremacía constitucional no hay diferencias entre el fondo y la forma. En materia de Constitución es tan importante el texto de un artículo, en su faz literal, en el significado de sus palabras, como una coma o un punto y coma. La forma vale tanto como el fondo. Por lo tanto el procedimiento vale tanto como el fondo para la seguridad jurídica. No nos olvidemos de aquél afamado jurista, que siendo ministro del interior inventó un punto y coma en el art. 23 de la Constitución, para dar lugar a una interpretación que impidiera la salida del país –bajo el estado de sitio– ejerciendo el derecho de opción que el art. 23 concede, a un ex presidente de la República. Me estoy refiriendo a un caso sucedido en la década del 30. Ese punto y como, si existía o no existía, tenía una enorme importancia. No era una cuestión de forma, estaba en juego toda una concepción, respecto de la libertad personal, del estado de sitio y del derecho de opción.

Tercera y última conclusión. En definitiva, cumplir con la advertencia de ese gran jurista de origen alemán y hoy en día británico, miembro de la Cámara de los Lores, Lord Dahrendorf, que cuando señala los requisitos básicos y fundamentales para poder decir, afirmar y sostener que vivimos en un estado de derecho; uno de los dos que señala es la necesidad de separar y emancipar a la justicia de los partidos políticos, de las luchas partidarias, de la política en el sentido "agonal" (como diría ARISTÓTELES) del término. Todo eso en la Argentina todavía no lo hemos conseguido. O por lo menos no lo hemos conseguido en la dosis necesaria, como para decir que estamos satisfechos con nuestro precario estado de derecho.

LA SITUACIÓN DEL IMPUTADO

HERNÁN MUNILLA LACASA*

Lo que sigue es el texto de la conferencia brindada por el doctor HERNÁN MUNILLA LACASA el día 10 de mayo de 2000, en las IIas. Jornadas de Derecho Procesal Penal, organizado por el Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA.

Para referirme a la situación del imputado a la luz de las normas que rigen el proceso penal en la Capital Federal, resulta insoslayable hacerlo desde un enfoque constitucional, es decir, más amplio, pues me parece inevitable recordar que el artículo 18 de la Constitución Nacional establece la inviolabilidad de la defensa en juicio, como asimismo que la pena será la conclusión de un juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

¿Qué debe entenderse por juicio? ¿Es acaso el juicio oral y público que compone la segunda etapa del sistema de enjuiciamiento, o abarca desde el mismo momento en que existe una imputación y se forma un proceso? En otras palabras, ¿desde cuándo la defensa es inviolable?

Para seguir en el plano de los interrogantes, ¿se requiere de algún presupuesto formal para que una persona pueda ejercer su defensa en juicio? ¿Es necesario el dictado de un auto de procesamiento? ¿O hay que retrotraerse a instancias anteriores, como el llamado a prestar declaración indagatoria o al requerimiento fiscal de instrucción? Incluso, antes aún, ¿podría sostenerse que una persona puede ejercer su defensa a partir del momento en que es indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictivo?

* Profesor Adjunto de Derecho Penal II de la UCA.

El Código Procesal Penal de la Nación no define al imputado, pero sí establece cuándo y cómo adquiere esa calidad. Lo dice en el artículo 72, incluido en el Título IV referido a "Las Partes", el cual textualmente dice: *Cualquier persona que sea indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictivo podrá hacer valer los derechos que el código acuerda al imputado.*

El artículo siguiente (73) señala que la persona a quien se le imputare la comisión de un delito tiene derecho, "*aun cuando no hubiere sido indagada*", a presentarse al Tribunal personalmente con su abogado defensor para aclarar los hechos e indicar las pruebas que puedan ser útiles.

Para aclarar aún más la cuestión de la oportunidad o el momento en que una persona puede ejercitar su derecho de defensa en relación a una imputación delictiva, el artículo 279 establece: *la persona contra la cual se hubiere iniciado o esté por iniciarse un proceso, podrá presentarse ante el juez a fin de declarar.*

De una exégesis cabal de los artículos 72, 73, 279 y 2º del Código Procesal Penal, el cual dice que toda disposición legal limitativa del ejercicio de un derecho atribuido por el Código deberá ser interpretado restrictivamente, se concluye, con claridad, que la calidad de imputado se adquiere desde el momento mismo en que existe una imputación concreta. A partir de ese momento el imputado tiene asegurado el irrestricto derecho a defenderse, sin necesidad de que sea formalmente legitimado como sujeto pasivo del proceso mediante el llamado a prestar declaración indagatoria o en virtud a un requerimiento de un fiscal de instrucción.

Ni el artículo 72, 73 ni el 279 establecen actos procesales determinados, en otras palabras, no condicionan el ejercicio de la facultad defensiva a la existencia previa de ningún presupuesto formal que pudiera demorar su más pronta y expedita defensa. Por el contrario, señalan que aún antes de iniciarse un proceso, la persona contra la cual se haya o esté por dirigirse *una imputación tiene derecho a presentarse ante el juez a fin de prestar declaración. Es más, el propio artículo 73 expresamente dice que no es necesaria la indagatoria para que el imputado se presente en forma espontánea a brindar su descargo.*

El actual Código Procesal Penal ha significado, en este sentido, un considerable avance con relación a la situación del imputado durante la vigencia de la ley 2372. Dicho ordenamiento consagraba la diferencia entre imputado no procesado y procesado.

Cierto es que la ley 22.383 había implicado un adelanto con relación al decreto-ley 13.911/62, el cual había incluido una segunda parte al artículo 236 (la llamada "declaración informativa"), que no pocas controversias había generado entre los autores y tribunales. La citada reforma le otorgó al imputado, en forma expresa, *todas las garantías y facultades previstas en el Código para los procesados y sus defensores* –conforme exposición de motivos de la ley, ADLA XLI-A.1981–.

Al respecto merece recordarse el fallo plenario "Musolino", dictado por la Excma. Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal el 30 de marzo de 1987, donde se estableció que *quien fue citado a declarar en los términos del artículo 236, segunda parte del CPMP no puede recurrir el sobreseimiento provisional recaído en la causa.*

En dicho plenario, la posición minoritaria fue sostenida principalmente por los jueces Guillermo Navarro y Guillermo Ouviña, quienes en lo fundamental señalaron que si la ley procesal otorgaba al imputado todas las garantías, facultades y deberes que el código establecía para los procesados, no encontraban modo de interpretar que *todas estas facultades resultaban ser solamente algunas.* No concebían que cuando la ley decía "todas las facultades", el intérprete pudiera "excluir" alguna.

Señaló además el doctor Ouviña en su voto que *tan respetable era la inocencia del procesado como la del imputado no procesado. Y en verdad* –agregaba– *esta última debería serlo más.* El reconocido ex camarista encontraba singularmente paradójico que el ansiado beneficio (el sobreseimiento) tuviera que depender de una mayor hostilidad hacia el derecho.

Sin embargo, la postura mayoritaria definida en el citado acuerdo plenario, severamente cuestionado por importantes procesalistas, como CAFFERATA NORES (JA 1987-IV-126) y D'ALBORA (LL 1987-C-328), relacionada a las facultades del imputado no procesado dentro del sistema de enjuiciamiento anterior (ley 2372), quedó superada con la sanción de la ley 23.984. Como bien apunta otro distinguido autor y ex magistrado, MIGUEL ANGEL ALMEYRA, entre los derechos que el código vigente le asegura al imputado se incluye el de ser desvinculado del procedimiento instructorio por una decisión con alcance de cosa juzgada (JA 1992-IV-5). Cabe anotar, por lo demás, que esta postura es la actualmente aplicada por la gran mayoría de los tribunales penales de la Capital Federal.

Pero retomemos el marco de referencia constitucional al cual me referí en un comienzo, sin olvidar que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó, en el célebre fallo "Mattei" (Fallos: 272:188), que *liberarse del estado de sospecha se halla incluido en la garantía de la defensa en juicio (art. 18 CN).*

Es sabido que la reforma de la Carta Magna operada en el año 1994 incorporó a su texto diversos Pactos y Tratados internacionales sobre Derechos Humanos. La jerarquía superior de tales normas no puede estar en duda, ni ser ignoradas por los poderes estatales encargados de velar por la aplicación de sus mandatos.

Concretamente relacionado al Poder Judicial, ha afirmado BIDART CAMPOS que *cuando un Tratado como el Pacto San José de Costa Rica obliga a los Estados a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que resulten necesarias para la efectividad de los derechos, hay que reconocer que entre esas medidas de otro carácter se hallan las sentencias, porque los jueces, en cuanto operadores, tienen la obligación de dar aplicación y eficacia a los derechos reconocidos en los Tratados sobre Derechos Humanos.* Y agrega este autor que las normas de los Tratados gozan de una presunción de operatividad ("La relación entre el Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho argentino", en "La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos", pag. 84).

Vinculadas a las primigenias y más elementales facultades del imputado, sostienen las principales Convenciones internacionales:

• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *Art. 14.3: Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informado sin demora ... y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.*

• Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): *Art. 8.2: ...durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada. c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa ....*

De las disposiciones transcriptas surgen los elementos que no pueden dejar de tenerse en cuenta. En primer lugar se consagra el derecho a ser informado durante la tramitación de "todo" el proceso, sin distinción de etapas predeterminadas, o sea rige tanto durante la instrucción como en el juicio oral propiamente dicho.

En segundo lugar se establece que la citada información debe ser brindada al imputado "sin demoras". Tal mención constituye una pauta precisa del momento en que el imputado debe ser informado. Dicha facultad empieza a correr tan pronto como es indicado como sujeto pasivo de un hecho delictivo.

En tercer lugar y en relación al contenido de la información que debe brindarse al imputado, las normas analizadas señalan "el derecho de ser informado en forma detallada de la naturaleza y causas de la acusación formulada". Ello significa que el imputado debe ser anoticiado de la ocurrencia de un hecho penalmente reprochable y de los fundamentos de la imputación, esto es, de todos los elementos de prueba y de los argumentos que la sustentan. La exigencia de que la información sea detallada implica que sea clara, precisa y completa.

En cuarto lugar el imputado debe disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa. Esto último se engarza con el derecho a ser oído, derecho que expresamente figura en todos los Tratados y Convenciones incorporadas a la Constitución Nacional.

El derecho a ser oído es la consecuencia inmediata y directa al derecho a ser informado. Solo así puede garantizarse el derecho de defensa. Solo puede pensarse en una defensa eficiente en la medida en que exista tiempo y medios adecuados para su preparación.

El derecho a ser oído equivale al derecho a defenderse. ¿Cómo hace el imputado para defenderse? Proponiendo y generando pruebas; participando de los actos probatorios; controlando y valorando dicha prueba y pidiendo conforme a derecho la solución del caso, además de declarar en el proceso cuantas veces lo considere útil y pertinente.

Pero todos estos actos de defensa tienen su razón de ser en la medida en que exista una imputación penal en su contra. El derecho a ser oído es la respuesta a una imputación primigenia que le da sentido; o sea, tal derecho presupone una imputación.

¿Y cómo debe ser esa imputación? La imputación es una presunción de responsabilidad penal. Presupone la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho delictivo concreto. Y si bien la imputación sufre variaciones (se va afirmando con el correr del proceso), por más vaga y ambigua que sea importa una atribución delictiva.

En tal entendimiento corresponde señalar que la persona que tiene el derecho a defenderse es el imputado, en cabeza de quien están regladas todas las facultades del código. ¿Debe acaso esperar a

ser objeto de una imputación formal efectuada por el órgano persecutorio? Hasta que se consolida la hipótesis de la imputación, ¿el derecho a defenderse queda paralizado? ¿Acaso esta no es una forma indirecta de decir que el derecho a defenderse recién comenzará a correr para el imputado cuando quieran el Fiscal o el juez, y no cuando lo quiera el imputado?

Entiendo que el derecho a ser oído, el derecho a defenderse, no es una gracia o concesión que hacen los poderes, sino que está garantizado constitucionalmente y tiene operatividad desde el primer momento en que una persona es indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictivo, tal como lo expresa con claridad el artículo 72 del código de rito.

Sin embargo, la operatividad del derecho que emana de las cláusulas de los Tratados, como asimismo la inequívoca interpretación que emerge de los artículos 72 y 73 del Código Procesal Penal, es contradicha por otra disposición del digesto adjetivo.

En efecto, el artículo 204, referido al carácter de las actuaciones, dice que el sumario es público para las partes y sus defensores después de recibida la declaración indagatoria al imputado. Hasta ese momento la causa se encuentra automáticamente reservada, aun cuando no se hubiera implantado el secreto del sumario por auto fundado, tal como manda el mismo artículo 204, en su segundo párrafo.

Entiendo que para que el derecho constitucional a ser oído no se torne ilusorio, el imputado debe tener acceso al expediente para conocer la imputación que se le dirige. Bien sostiene MAIER que nadie puede defenderse de algo que no conoce. Nadie puede defenderse a ciegas.

De acuerdo con el artículo 204 la indagatoria constituye el pasaporte para el pleno ejercicio de los derechos que el Código confiere al imputado. Según el artículo 294, la indagatoria será recibida *cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito.*

Para el juez, por lo tanto, constituye el afianzamiento de una convicción, por esencia subjetiva, sustentada en diversas constancias probatorias que han permitido consolidar la hipótesis de la imputación. Para el imputado, en cambio, constituye el más eminente acto de defensa.

Ello nos conduce a extraer una primera conclusión con la cual no estamos de acuerdo: cuando el peso de la acusación comienza a gravitar en el ánimo del juzgador, precisamente allí y no antes, comienza

para el imputado la real posibilidad de ejercer su defensa. Mientras las diferentes pruebas de cargo fueron acumulándose, una a una, en el sumario, el derecho de defensa del imputado permaneció en estado de expectativa, paralizado, al aguardo de que su intervención le permitiese nivelar la balanza, inclinada en su perjuicio por el solo efecto de su forzada inactividad.

Participará en el proceso solo cuando quien ha de juzgar su conducta presuma, con el grado de convicción definido en el artículo 294, que el hecho importa una delito y que él es su autor responsable. Hasta entonces, el imputado, de acuerdo con el artículo 204, se ve impedido de conocer el contenido de la imputación, como así también los documentos agregados, las declaraciones recibidas, las pericias, dictámenes e informes que hayan contribuido a fundar la sospecha requerida por el artículo 294.

La segunda conclusión que puede extraerse, con la cual también discrepamos, es que hasta su indagatoria el imputado se encuentra privado de la real y efectiva posibilidad de defenderse. No podrá hacerlo cuando él quiera, sino cuando el juez lo disponga. Y éste lo resolverá, como ya dijimos, cuando se encuentre convencido de la sospecha bastante de culpabilidad.

En mérito a las conclusiones extraídas a partir del análisis del artículo 204, cabe preguntarse ¿el proceso, para el imputado, se pone en marcha recién cuando presta declaración indagatoria?

Dijimos que no, y que a la luz de las disposiciones de los Tratados y Pactos Internacionales, del principio contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional consagratorio de la inviolabilidad de la defensa y de los artículos 2°, 72, 73 y 279 del Código Procesal Penal, el artículo 204 se erige en un claro obstáculo, en una ilegítima restricción al derecho de defensa. Entiendo que resulta inadmisible sostener que una norma del Código ritual limite los alcances de otra que emana de la propia Constitución Nacional, con la consecuente alteración de la jerarquía normativa consagrada en el artículo 31 de la Carta Magna.

Esta anómala situación ha sido en buena hora percibida por la mayoría de los tribunales, los cuales se resisten a aplicar una disposición que pugna con el derecho de defensa. Así, la Excelentísima Cámara Federal y casi todas las salas de la Excelentísima Cámara en lo Criminal y Correccional permiten al imputado y al abogado designado compulsar el expediente, en atención a lo normado por el artículo 106, y siempre que en la causa no se haya decretado el secreto temporal del sumario por auto fundado.

Sin embargo, la sala IV del Tribunal mencionado en último término se empeña en otorgar supremacía al artículo 204, por sobre las restantes disposiciones señaladas.

Se advierte entonces que la posibilidad de ejercitar plenamente el derecho constitucional de defensa depende de la ventura o desventura de un bolillero, es decir, del azar, lo cual resulta inadmisible.

A mayor abundamiento, la Excelentísima Cámara Nacional de Casación no ha considerado nunca la cuestión, por cuanto las decisiones que versan sobre la aplicación del artículo 204 no son aquellas que admitan la interposición del recurso de casación, atento lo establecido por el artículo 457. Así lo sostuvo, por lo demás, la sala III del citado Tribunal en la causa "Amarilla", resuelta en abril de 1994.

Conforme lo que acabo de señalar, y a la luz de las normas constitucionales antes indicadas, entiendo que el imputado debe tener acceso al contenido de la imputación, por más vaga y ambigua que ésta sea.

Ya CARRARA decía hace casi un siglo y medio, conforme anotan los autores MARCELO COLOMBO y JULIÁN ERCOLINI, en su enjundioso trabajo sobre el derecho del imputado a ser informado de la imputación, publicado en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal nº 9": *Si el derecho de defensa ha sido reconocido ya como sagrado y como perteneciente al orden público, no puede haber distinciones de tiempo, pues desde el primer momento en que la justicia pone la mano sobre un ciudadano, so pretexto de que es culpable de algún delito, cuyo castigo pretende hacer caer sobre él, desde ese momento el imputado tiene derecho a que se le abran las vías útiles de la defensa* (Programa y 980 y su nota).

Cabe agregar que si bien el Código Procesal Penal no contiene ninguna disposición expresa que establezca la obligación del juez o del Fiscal de hacer saber al imputado la acusación que se le dirige, en consonancia con las argumentaciones efectuadas precedentemente, tal información debería ser hecha al imputado en forma inmediata. De lo contrario, implicaría admitir una persecución a espaldas de la persona contra quien se dirige.

Los autores antes citados, COLOMBO y ERCOLINI, sostienen incluso que omitir notificarle al imputado de la puesta en marcha de la instrucción, debería acarrear la nulidad absoluta de lo actuado, por cuanto ello implicaría haber inobservado las disposiciones concernientes a la intervención del imputado (art. 167, inc. 3º, CPP).

Por último, y siempre en relación a la situación del imputado, quisiera referirme brevemente al juicio correccional, el cual se lleva a cabo ante un magistrado unipersonal.

¿Violan los artículos 27 y 405 del Código Procesal Penal la garantía de la imparcialidad del juez, consagrada también en todos los Tratados y Pactos Internacionales incorporados a la Constitución Nacional?

Recientemente la sala IV de la Cámara de Casación (*in re*: "Galván", rta. 31/08/99) resolvió que un juez que intervino como juez de la instrucción ya ha formado opinión, aún mínimamente, sobre la culpabilidad que en el hecho le cupo a quien es perseguido penalmente.

La inconveniencia de que una misma persona reúna los elementos necesarios para dar base a la acusación y después decida sobre esa misma acusación, se cristaliza en el auto de procesamiento, que constituye una declaración jurisdiccional incriminadora.

Es imposible que el juez instructor no se contamine de prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado, que le influyan a la hora de sentenciar. Agregó el Tribunal aludido que la "ley vigente" no se limita al Código Procesal Penal, sino que también abarca la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de igual jerarquía. En definitiva, no declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones mencionadas, sino que resolvió remitir a sorteo el expediente para que otro juez correccional sustancie el juicio.

La misma sala del Alto Tribunal confirmó dicho criterio el 10/03/2000 en la causa "Danziger". Pero es preciso señalar que la sala II de la aludida Cámara de Casación adoptó la postura contraria y mantuvo al mismo juez correccional que había sustanciado la etapa instructoria. La discrepancia anotada nos lleva a pensar que no demorará en reunirse el Tribunal en pleno para dirimir la postura que habrá de regir tan delicada cuestión.

INCORPORACIÓN DE PRUEBA AL DEBATE

ROBERTO RAÚL DARAY*

Introducción

Si se repara que es regla que todo aquéllo que no ha sido incorporado de algún modo al debate no puede servir de ulterior sustento al pronunciamiento jurisdiccional conclusivo, fácil es deducir la importancia que adquiere el tema sobre el que ha de versar nuestra charla de hoy, esto es la incorporación de prueba al debate.

Esa actividad puede presentar múltiples aristas o análisis de interés. Por citar alguna: si se puede incorporar por lectura al debate la declaración de un testigo anónimo o de identidad reservada (según la ley de estupefacientes), o de un testigo encubierto o un agente secreto (siempre según esa ley), conforme quiera llamarse a la figura o si, contrariamente, se lo debe traer a declarar al juicio y cómo ha de concretarse en tal caso su declaración; otro ejemplo podría constituirlo el debate acerca de la posibilidad o no de incorporar a la audiencia de juicio, prueba derivada de tareas de inteligencia de la autoridad preventora o, dicho de otro modo, prueba derivada de la información brindada por informantes anónimos de la policía (véase La Ley fallo 99.894). Y existen muchos más (por ventura ¿puede reabrirse el debate para verificar prueba en perjuicio del imputado por los jueces de juicio, so pretexto de la verdad real?).

Hoy, sin embargo, nos ha parecido oportuno centrar nuestra atención sobre un punto particular del tema, vista la exigua extensión temporal de nuestra intervención en estas jornadas; así, puntualmente a la discusión que puede suscitarse en rededor de la introducción al

* Profesor Invitado de Derecho Procesal de la UCA.

debate de declaraciones testimoniales que, bien producidas durante la instrucción ante el juez o, aún, durante la prevención ante la autoridad preventora, hubieran luego resultado imposible *producir* nuevamente durante el debate, por haber el testigo fallecido, estar ausente del país, ignorarse su residencia o hallarse inhabilitado por cualquier causa para declarar, esto es por alguna de las hipótesis referidas en el inciso tercero del artículo 391 de la ley procesal. Este dispositivo, recuerdo, sanciona con nulidad la sustitución de toda declaración testimonial por la que se hubiere producido previamente durante la instrucción, salvo en determinadas hipótesis que son, entre otras, las antes mencionadas y en tanto se hayan respetado las formalidades de la instrucción en la recepción de tales exposiciones.

El tema no es menor, vista la asiduidad con que esas hipótesis de abstinencia testifical vienen a darse y porque la cuestión ha venido a ponerse en el tapete a raíz de un fallo de la sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, conocido en la jerga del fuero como la causa "Abasto".

En "Abasto" (así lo identificaremos al fallo en adelante) se declaró la nulidad de la incorporación por lectura al debate de varias declaraciones testimoniales vertidas durante la instrucción por las víctimas –damnificadas por los delitos de violación y de amenazas por los que venía condenado Abasto–, y la nulidad de la sentencia condenatoria consecuente. Esa incorporación se había debido a que ambas víctimas, luego de haber declarado una de ellas tres veces durante la instrucción y la otra cuatro, habían abandonado el país, desconociéndose su paradero.

A la hora de decidir, los jueces de "Abasto" hicieron primario hincapié en que en el caso –para diferenciarlos de otros, anteriores y posteriores en los que sí valoraron prueba así introducida por lectura– la prueba resultaba dirimente, dando a entender que tanto la declaración de nulidad de la incorporación por lectura como de la sentencia derivaba de que se trataba de una prueba definitoria, esto es de una de aquéllas que, suprimidas mental e hipotéticamente, habría conducido su ausencia a una resolución final distinta. Obviamente, de no haberlo sido (no haber sido dirimente la prueba, me refiero), la solución no habría sido la dada en "Abasto", según se infiere de la lectura del fallo.

El tema guarda estrechísima vinculación con las garantías constitucionales previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

que recogidos en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, estatuyen el derecho de toda persona imputada de un delito, en plena igualdad, *a interrogar a los testigos presentes en el tribunal* (artículo 8, párrafo segundo, inc. f) y a *interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo* (artículo 14, párrafo tercero, inc. e), derechos que han llevado a que varios tribunales nacionales de juicio de nuestro país, yendo aún más allá de "Abasto", hayan directamente vedado la incorporación por lectura en los casos antes citados, basándose en la violación que así ocurriría del principio de contradicción y del de inmediación, al margen del carácter dirimente de la prueba.

Sobre esas bases, examinaremos aquí si le es lícito al tribunal de juicio incorporar por lectura al debate las declaraciones de quienes, habiendo comparecido durante la instrucción o la prevención, no hubieran concurrido a la audiencia por alguna de las siguientes razones: haber fallecido, ignorarse su lugar de residencia, estar ausente del país o por cualquier causa hallarse inhabilitado para declarar.

La incorporación por lectura al debate en las condiciones del artículo 391, inc. 3° del Código Procesal Penal de la Nación. Habremos de anticipar ya nuestro distanciamiento de la doctrina sentada en "Abasto" y por aquellos otros tribunales de juicio y sostendremos aquí que cumplidas durante la instrucción las formalidades debidas, las declaraciones imposibles luego de producir durante el debate pueden incorporarse; que en el acto de la incorporación no puede ni debe meritarse el carácter dirimente de la prueba al decidírsela; y que la sentencia que recoja esa prueba resultará válida en cuanto a ese aspecto –la introducción por lectura–, sin perjuicio de la eficacia probatoria que los jueces asignen a la prueba así introducida, por virtud de la ausencia de esa contradicción y, fundamentalmente, de inmediación (pienso, cuando así lo afirmo, en el caso del único testigo cuyo testimonio se enfrenta al del imputado que niega).

A la hora de fundarse "Abasto" el tribunal de casación echó manos a ciertos precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que hubieron de resolverse a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, continente de una disposición similar a uno de los referidos textos constitucionales y cuya doctrina, por tanto, vista esa similitud, resultó consultada. Me refiero al artículo 6°, apartado 3, inc. f, del Convenio Europeo, que reconoce el derecho a *interrogar o de hacer interrogar a los testigos de la acusación*, norma esta similar a la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Lo hizo ajustándose a aquélla doctrina de nuestra Corte que dice que "proce-

de acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar la inteligencia de las garantías contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Fallos 322-1564) y, fundándose, según se dijo en el fallo, en la marcada analogía de esos precedentes con el de "Abasto".

Si se analiza esa analogía, y creo que es necesario hacerlo porque pareciera ser, a estar al fallo, que el tribunal europeo habría decidido de igual modo a "Abasto" casos parecidos a él, veremos que, sin embargo, esa analogía no es en realidad tal y que, por tanto, a lo menos en esos fallos, el tribunal europeo no estableció ni dijo lo que en definitiva se estableció o dijo en "Abasto".

En efecto, en "Unterpertinger c. Austria", que es uno de los precedentes citados por la casación, la lectura del fallo nos ha ilustrado de que se trató del caso de un marido acusado de haber golpeado a su esposa y a la hijastra de ésta. Con basamento en una norma procesal del código austríaco que veda (o vedaba, por entonces) la rendición de testimonio frente a situaciones de parentesco, las víctimas se habían negado a declarar en la audiencia contradictoria, razón por la cual el tribunal austríaco había procedido por lectura a la incorporación de las declaraciones realizadas en sede policial. Ese procedimiento llevó a que el Tribunal Europeo considerara que el acusado no había sido objeto de un proceso justo por ausencia de contradicción, disponiéndose a cargo del país austríaco una indemnización a su favor. Cabe aclarar que, previamente, sometida la cuestión a la Comisión Europea de Derechos Humanos, ésta había admitido la validez de ese procedimiento, o sea la validez de esa incorporación testimonial así ocurrida (por cinco votos contra cuatro, y una abstención), a contrario de cuanto se afirma en "Abasto".

En "Bonisch" (también contra Austria) –que es el restante antecedente europeo citado en "Abasto"– tratóse de un caso muy particular. La causa había sido iniciada por denuncia del Instituto Federal para el Control de Productos Alimenticios, cuyo director ejerce la condición de perito durante el juicio con amplísimas facultades, como la de preguntar al acusado y al propio testigo-perito de la defensa, el que a su vez no podía repreguntarle a él. En el proceso, tampoco se había permitido a Bonisch designar contraperito. De resultas de todo ello y desechándose el argumento del gobierno austríaco de que el director del instituto era un perito y no un testigo y que por tanto no era aplicable la normativa prevista para éste, el Tribunal entendió que no había tenido Bonisch un proceso justo, porque el perito del

Instituto era por la naturaleza de sus funciones un verdadero testigo de cargo; porque no se le había permitido repreguntarle existiendo desigualdad de las funciones entre aquél y las del testigo-perito de la defensa –aquél podía repreguntar y éste no–; y porque, además, no se le había permitido a Bonisch designar contraperito; todo lo cual llevaba a un proceso no justo, violándose la disposición del Convenio (art: 6.1.).

Como se observa, en ninguno de los dos casos los antecedentes de hecho se vinculan a las hipótesis que trata el inc. 3° del artículo 391, esto es de testigos ausentes del país, inhabilitados para declarar, fallecidos o de paradero desconocido, como sucedió en "Abasto". Se trató sólo de la veda impuesta por tribunales austríacos al interrogatorio de testigos presentes o que, cuando menos, podían presentarse o ser presentados a la audiencia, estando física y mentalmente en condiciones de declarar.

Por tanto, la posibilidad "efectiva y útil" de interrogar al testigo que se menciona en "Abasto" como criterio del Tribunal europeo, se vincula, si se está a esos precedentes, a testigos o peritos presentes o convocables o en condiciones de declarar y que no fueron escuchados en la audiencia; no ausentes, fallecidos, etcétera. Esta distinción, según nuestro criterio, resulta fundamental para la correcta dilucidación del punto que nos convoca.

En realidad, si acudimos a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, veremos que ésta es bastante abundante en la discusión acerca de los testimonios de los llamados testigos anónimos, respecto de los cuales los Estados partes pareciera que, en general, fueron bastante renuentes a someterlos al contradictorio, situación que llevó reiteradamente al Tribunal Europeo a proclamar la necesidad de hacerlo, sin perjuicio de adoptarse las medidas de seguridad convenientes según el caso. Sin embargo, respecto de los testigos ausentes, fallecidos, etcétera, no se observa una actividad tan prolífica, si bien existen algunos antecedentes.

En un fallo sobre el particular, no tan lejano en el tiempo como los antes mencionados (que son de los años 1986 y 1985, en su orden), hemos observado que, sin embargo, el Tribunal Europeo resolvió a contrario de lo dicho por la casación en "Abasto" y aquellos otros tribunales inferiores del país. En efecto, dicho tribunal en "Doorson contra Bélgica" (que puede leerse en el Bulletin de Jurisprudence constitucionelle –fascículo 1 del año 1996, página 140– o en la Revista de Investigaciones editada por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la CSJN) examinó si se compatibilizaba la realiza-

ción de un juicio justo con la negativa del tribunal de convocar a juicio a seis testigos anónimos que habían declarado ante la autoridad policial y si era dable fundar un veredicto condenatorio en esos testimonios y, en cuanto aquí nos interesa, en el testimonio de un testigo que había declarado ante la autoridad policial y que luego no había podido ser hallado y, por tanto, tampoco interrogado por la defensa.

En la oportunidad, el Tribunal Europeo dijo que "...*Si bien fue claramente preferible que el requirente asistiera al interrogatorio de los testigos, la Corte Europea entiende que la Corte de Apelaciones pudo estimar que los intereses del requirente* (esto es del condenado) *eran menos importantes que garantizar la seguridad de los testigos. La existencia de un proceso justo fue satisfecha en este aspecto.*" Y añadió, en cuanto al testigo que sólo había declarado en policía y que no había podido ser ubicado, que "*la Corte estima que le era permitido a la Corte de Apelaciones tomar en cuenta la declaración obtenida por la policía que, por lo demás, está corroborada por otras pruebas recogidas por aquélla. Luego no ha habido violación del artículo 6.1. combinado con el artículo 6.3. del Convenio Europeo de Derechos Humanos*". La declaración vertida en sede policial por el testigo de cuyo testimonio se valió al tribunal belga para condenar, cabe aclarar que no había sido ordenada, o a lo menos concretada, su ratificación en sede judicial.

Asimismo, en otro antecedente, "Isgró contra Italia", de fecha 19 de febrero de 1991, y también respecto de un testigo que había declarado sin la presencia de la defensa ante la policía, y que cuando ésta lo propuso no había podido ser hallado, el Tribunal Europeo subrayó que durante el proceso el abogado del requirente –esto es de Isgró, que había sido condenado– había podido cumplir su tarea en conocimiento no sólo de las declaraciones sino también de la identidad del testigo, pudiendo contestar la exactitud de las primeras y la credibilidad de la segunda, avalándose de tal modo la valoración en la condena de sus expresiones, condena que, señaló la Corte, además hallaba sustento también en otras, señalándose el testimonio de la esposa del requirente.

La idea que venimos anticipando, de que la doctrina del Tribunal Europeo no es, cuando menos, tan contundente como se dice en "Abasto" en la solución de conflictos como los planteados en esa causa, lo muestra un fallo de la sala I del Tribunal Constitucional de España, que ha dicho que: "es doctrina reiterada del Tribunal –la Corte– que

la prueba testifical constituye uno de los actos probatorios que los jueces penales pueden tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la ley no excluye su validez y eficacia; y, asimismo que la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral..." (sentencia del 15 de julio de 1997; en la que se citan varios fallos en tal sentido, entre ellos Isgró). El resumen de este fallo puede leerse en la revista "Investigaciones", fascículo 1 del año 1999, editada por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como se observa, pues, ni los antecedentes jurisprudenciales del Tribunal Europeo citados en "Abasto" se relacionan adecuadamente con el problema que allí debía decidirse sino que, además, tampoco las ideas de ese Alto Tribunal contenidas en los que hemos analizados pueden considerarse que respaldan homogénea y contundentemente la solución prohijada por nuestra casación (en punto al carácter dirimente de la prueba); mucho menos concuerdan con las de otros tribunales que lisa y llanamente vedan la incorporación a juicio de los testimonios producidos sin contradicción por virtud de las razones apuntadas en el artículo 391, inc. 3° de la ley procesal, al margen –siempre– de ser o no dirimentes (por otro parte, no podemos dejar de señalar que el carácter dirimente o no de la prueba, que se invoca en "Abasto" es, anticipamos, cuestión cuya valoración se debe marginar en ese momento, porque obvio es que el tribunal no puede llegar a esa conclusión al momento clave de tener que decidir la incorporación).

Ya hemos anticipado que no compartimos la solución dada al conflicto en "Abasto" y que por tanto, se pueden incorporar tales testimonios por lectura, sin perjuicio de su eficacia probatoria en cada caso en concreto para fundar un pronunciamiento condenatorio (vista la influencia que la ausencia de contradicción y, fundamentalmente, de inmediación puede aparear en su valoración por los jueces; recuérdese el ejemplo del testimonio único que se enfrenta al del imputado que niega su participación en el hecho delictivo y que puede tornar de aplicación puntual la regla *testis unus, testis nullus*). Añadiremos ahora que, al así hacerlo, no se viola ni la Convención ni el Pacto antes citados.

Pero dejamos a salvo que tales testimonios de la instrucción, para ese modo excepcional de introducción y ulterior meritación, presuponen su producción en aquella etapa, con estricta sujeción a las pres-

cripciones de ley, según lo marca expresamente el artículo 391 de la ley procesal. Esto lo aclaramos porque la prueba testimonial no siempre es *ab initio* repetible, y el propio legislador la ha considerado irrepetible expresamente en el artículo 200 de la ley procesal, razón por la cual, en determinadas hipótesis allí previstas, el testimonio debe ser rendido en presencia de todas las partes –previamente convocadas en legal forma– y si ello no ocurrió la declaración será inválida. Esta situación suele suceder con mucha frecuencia en el caso de que las víctimas, por ejemplo, sean turistas o personas de avanzada edad, casos en los cuales rigen aquellas formalidades de excepción.

Sentado ello, sostenemos que tanto el artículo 8 de la Convención como el artículo 14 del Pacto antes referidos, no constituyen derechos absolutos del imputado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en numerosas oportunidades que los derechos civiles, políticos y sociales consagrados por la Constitución Nacional deben compatibilizarse con los que corresponde reconocer a la comunidad y que "deben ejercerse conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que si no son irrazonables ni adolecen de iniquidad manifiesta no pueden ser impugnadas exitosamente como inconstitucionales" (causa Fernández, La Ley 1993-A-546).

También ha dicho, respecto del derecho de defensa en juicio que tampoco éste es absoluto y que está sujeto a las reglamentaciones necesarias, de modo de hacerlo compatible con el interés social de obtener una justicia eficaz (Fallos 212-447, entre otros).

Puntualmente, también en doctrina europea, en interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se ha dicho que "el derecho de interrogar o de hacer interrogar a un testigo –consagrado en el art. 6.3.d.– no es absoluto, sino sólo un aspecto particular del imperativo general de equidad del art. 6.1." (Renucci, Jean-Francois, "Les temoins anonymes et la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en "Revue Penitentiaire et de Droit Penal", París, nº 1-2, p. 3/13, año 1998).

Y por otra parte, igualmente debemos señalar que la misma Convención Americana de los Derechos Humanos establece en su artículo 32 que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común".

Esa carencia de absolutismo –que se reitera con otras palabras en otros Pactos de los incluídos en el artículo 75, inc. 22– deriva asimismo de textos constitucionales vigentes, preexistentes a esas con-

venciones. Así, el artículo 14 de la Constitución Nacional, respecto de los derechos allí consagrados, alude a las leyes que reglamenten su ejercicio; también el artículo 28, que indica, precisando los límites de la restricción que esa reglamentación importa, que no podrán ser alterados los principios, las garantías y los derechos reconocidos por la Constitución, por las leyes que la lleven a cabo.

Acorde a este criterio, advertimos y sostenemos que el artículo 391, inc. 3° del código procesal no es sino un segmento de la reglamentación del derecho constitucional del imputado al interrogatorio del testigo y que su eficacia, entonces, debe ser apreciada conforme al principio de razonabilidad de la ley. Dicho de otro modo, resta por ver si ese dispositivo de forma altera aquel derecho o, con mayor precisión, si la reglamentación resulta razonable a la luz la jurisprudencia de nuestra Corte y de nuestra propia doctrina constitucional, que ha elaborado sobre ese particular el ya aludido principio. En seguimiento de MIGUEL ANGEL EKMEDJIAN (*Tratado de Derecho Constitucional*, tomo III, 33) allí radicará, en definitiva, la validez o invalidez de la reglamentación.

Expresada la misma cuestión desde otro ángulo, podemos decir que restaría por ver si la disposición que hace excepción a la regla de la declaración del testigo durante el debate permitiendo su substitución por la antes prestada, cuando hubiere fallecido, se hallare ausente del país, se ignorare su paradero o estuviere por cualquier causa inhabilitado para declarar, obviando de tal modo la contradicción, la inmediación y la oralidad, resulta o no razonable (como reglamentación, repetimos, del ejercicio de aquel derecho).

Llegados a este punto, me permito recordar, con EKMEKDJIÁN (ob.cit.), que *la razonabilidad es un estándar valorativo que permite escoger una entre varias alternativas, más o menos restrictivas de los derechos, en tanto ella tenga una relación adecuada entre el fin de salud, bienestar o progreso, perseguido por la norma cuya constitucionalidad se discute y la restricción que ella impone a determinados derechos. En otras palabras, una norma reglamentaria es razonable cuando guarda adecuada proporción entre el objetivo buscado y la intensidad de la restricción empleada.*

El concepto de razonabilidad es, por cuanto se observa, un concepto continente del valor justicia, como opuesto ésta a la arbitrariedad. Si se tiene todo ello pues en cuenta, y si de acuerdo al artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos *los derechos*

de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, no pareciera ya de por sí que pudieremos sostener la irrazonabilidad de esa reglamentación constitucional.

Pero a ello hay que agregar, en pos de esa razonabilidad, que la restricción del artículo 391, inc. 3° de la ley procesal, deviene justa hasta por el propio texto constitucional, pues si bien así no lo indica el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la antes citada Convención Americana sobre Derechos Humanos sí aclara que el derecho del imputado al interrogatorio del testigo debe ceñirse "...a los testigos *presentes* en el tribunal", esto es a aquéllos que están en condiciones de ser escuchados, de modo que así no se restringa el derecho a un proceso justo y equitativo para el acusado y que la igualdad de armas no se vea vulnerada.

Todo ello, además, se encuentra acorde con el principio de verdad real o histórica cuya reproducción impera –sin absolutismos lo afirmamos– en el proceso penal, a contrario de la verdad formal que permiten otros ordenamientos procesales.

El derecho por tanto al interrogatorio del testigo por el imputado no es, entonces, absoluto; y resulta razonable la limitación que, por excepción, establece el artículo 391, inc. 3ª, para las hipótesis allí tratadas.

Recientemente, y con argumentos en algún caso coincidentes con los aquí expuestos, se ha pronunciado la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (causa 2.251, "Fuñoli Salazar, J.D.", del 26 de noviembre de 1999), en un fallo diametralmente opuesto a "Abasto". En "Fuñoli Salazar", con prescindencia de si la prueba resultaba o no dirimente, se admitió la validez de la incorporación por lectura que el tribunal oral había concretado respecto de las declaraciones prestadas en sede policial por la víctima del delito –luego fallecida– y por un testigo presencial –luego inhallable–. Se dijo allí que resultaba perfectamente válida tal incorporación y la condena consecuente, pues aquéllas –las declaraciones durante la prevención– habían sido recibidas conforme a las prescripciones legales, exigencia que impone para su introducción por lectura el artículo 391.

Se añadió, entre otros fundamentos, que la solución era acertada en virtud de los *principios de verdad, de moral y de justicia que deben regir a toda sociedad civilizada, que...justifica cabalmente la existencia de la norma concebida por el legislador en el artículo 391...toda*

vez que en las circunstancias establecidas resulta irrazonable conceptualizar tan imprudente estado de indefensión social y consagrar así el consecuente grado de impunidad frente al hecho fortuito del fallecimiento de la víctima y la desaparición del testigo de cargo.

Aunque desde otra óptica, la sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, ha prohijado un criterio bastante similar. En el caso de una niña violada y por el que venía condenado el imputado, estableció acertada la negativa del tribunal oral de no recibirle declaración –de modo alguno– a la menor durante el debate, para evitarle daños psicológicos. La decisión de incorporar, consecuentemente, por lectura su declaración prestada durante la instrucción vino a ser avalada expresamente por esa sala, con fundamento en la Convención sobre los Derechos del Niño (de la que también fue receptáculo nuestra Constitución merced a la reforma del año 1994), con el objetivo de evitar la "doble victimización" o la "victimización institucional" y con fundamento en la norma procesal cuyo examen nos ocupa, esto es en la imposibilidad de declarar de la víctima del delito (causa 1.836, "Barrera, A.", del 15 de diciembre de 1998).

Esa sala dijo que no era violatoria de la garantía de defensa en juicio la negativa del tribunal oral a llamar a prestar declaración a la menor víctima del delito de violación, sustituyendo la medida por la incorporación por lectura de sus dichos ante la instrucción, si la restricción probatoria se fundó en la opinión de expertos con base también en el art. 391, inc. 3, del CPPN). Se señaló textualmente que "no puede alegarse válidamente que la ausencia de ese testimonio haya conculcado el derecho de defensa que le asistía a Barrera durante el debate".

Se añadió además en el fallo, en sus renglones finales, que la defensa había podido controvertir y contrastar las expresiones de la víctima al ser leída su declaración, que no había demostrado la defensa perjuicio alguno derivado de la veda a la declaración en el debate y que la fundamentación del decisorio abarcaba además otras pruebas independientes que resultaban suficientes para avalar la decisión de condena.

Como conclusión de lo hasta aquí expuesto, reiteramos que la incorporación por lectura al debate de las declaraciones testimoniales prestadas durante la instrucción por el testigo luego fallecido, ausente del país, de paradero desconocido o incapaz de declarar, es perfectamente lícita para el tribunal, por tratarse de una reglamen-

tación razonable al derecho constitucional al interrogatorio del testigo, al margen de su carácter dirimente; y que otro tema será, según cada caso en particular, el valor convictivo que pueda alcanzar la prueba así introducida al debate y a la sentencia (esencialmente, por la ausencia de inmediación).

EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES *

CARLOS A. MAHIQUES**

La que sigue no pretende ser sino una breve exposición esquemática del recurso de casación en el nuevo ordenamiento procesal penal de la provincia de Buenos Aires y como tal, carecerá de la exhaustividad de un abordaje sistemático. Será, más bien una presentación de las principales cuestiones que está planteando la nueva vía recursiva en la praxis judicial.

Antecedentes

La Pcia. de Bs.As. fue la primera en establecer la casación por la Constitución de 1873 (sobre la base de la Casación española), *para todo el derecho* y por vía del recurso de inaplicabilidad de ley.

La casación penal aparece, en cambio, en los códigos provinciales (especialmente el de Córdoba de 1940, con el modelo del código italiano de 1930). Al suprimirse en ellos el recurso de apelación de las sentencias definitivas, incompatible con la estructura de ese proceso de única instancia, fue necesario instituir un remedio para corregir graves defectos jurídicos en los fallos.

La casación en el nuevo Código Procesal Penal de Buenos Aires (ley 11.922 del 10-1-97), reconoce como antecedentes a los códigos de Córdoba; al código nacional (ley 23.984); a los proyectos del CPP unificado de 1965 (Comisión integrada por los Dres. CLARIÁ OLMEDO, LEVENE y TORRES BAS); y el proyecto de Código Procesal para Iberoamérica (redactado por JULIO MAIER).

* Síntesis de la conferencia dictada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA en el marco de las 2das. Jornadas de Derecho Procesal Penal.

** Doctor en Ciencias Jurídicas, Profesor Titular de Derecho Penal II, y Juez del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As.

El código bonaerense, sin embargo, está condicionado por la normativa constitucional provincial en lo relativo al recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal de competencia de la Suprema Corte de Justicia local. Se da, pues, una situación peculiar: "doble casación" (casación de la casación; o casación ordinaria y extraordinaria), con una verdadera "superfetación" de recursos, según la gráfica expresión de FRANCISCO D'ALBORA. Una hermenéutica superadora requerirá la armonización entre los arts. 448, inc. 1°, primer párr. y 494 del CPP.

Algunos de los problemas anticipados resultan, para empezar, de la redacción del art. 494, que menciona la "doctrina legal" que debe entenderse como la resultante de los precedentes de la misma SCBA (como lo hacía el derogado art. 352 *in fine*). ¿Es ésta la misma "doctrina jurisprudencial" del art. 448, inc. 1°?. LINO PALACIO se pronuncia afirmativamente, y que incluye a los fallos del Tribunal de Casación, mientras no sea rectificada por la Corte. Esto último se corroboraría con lo dispuesto en el art. 467, inc. 8° del CPP, que al regular la acción de revisión, incluye como uno de los motivos para su procedencia, que la sentencia impugnada se funde "en una interpretación de la ley que sea más gravosa para el condenado que la sostenida por el Tribunal de Casación o la SCBA al momento de la interposición de la acción de revisión".

Finalidad de la Casación

Sucintamente expuestas, aquella se sintetizaría en los objetivos de:

a) Procurar la igualdad de trato y la certeza jurídica a los justiciables. Así se infiere de numerosos fallos de la Suprema Corte de Bs.As. en los que se reafirma que "La Casación es una institución organizada para garantizar la vigencia de un criterio jurisprudencial único en todo el ámbito de la provincia".

b) Asegurar la justicia "material" de los fallos.

En ese sentido, LINO PALACIO sostiene que "el tribunal de Casación controla, a través del recurso, la correcta aplicación de las normas sustantivas como procesales que conciernen al 'debido proceso'".

Motivos de la Casación penal "ordinaria"

El régimen reformado debió adecuarse al sistema recursivo fijado en el art. 161, inc. 3° de la Constitución provincial. Allí surge una

superposición de causales con los recursos de inaplicabilidad de ley y extraordinario de nulidad, de lo que se deriva un cuadro impugnativo complejo (PALACIO) al que hay que agregar la vía del art. 14 de la ley 48.

En el art. 448 del CPP aparecen otras dos finalidades procesales:

a) Mala aplicación de la ley y violación de las formas esenciales del proceso (casación formal).

b) Modalidad de revisión del fallo no firme.

Por el inciso 1° de la referida norma es materia casable la "inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal o de la doctrina jurisprudencial correspondiente en la decisión impugnada" (aunque está en el primer párrafo, es aplicable a todo el contenido del inciso). Vale esa aclaración porque el segundo párrafo dice: "cuando lo inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto grave de procedimiento o un quebrantamiento de formas esenciales del proceso o de la resolución, el recurso sólo será admisible siempre que el interesado haya oportunamente reclamado su subsanación, o hecho formal protesta de recurrir en casación, salvo los casos del artículo siguiente".

La expresión *lo inobservado* no es clara (el texto parece vincularse con el art. 342 del Proyecto Modelo para Iberoamérica de MAIER, pero éste dice: "Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado constituya un grave defecto...", lo que no deja duda sobre el objeto de la casación, que es siempre una norma jurídica general).

Hubiera sido preferible la redacción del art. 456 del CPP nacional que prescribe como segundo motivo de casación la "inobservancia de normas establecidas bajo penas de nulidad".

En cualquier caso debe entenderse que la Casación es competente para juzgar sobre la ley de fondo aplicada a los hechos por el tribunal *a quo*, y para examinar si se quebrantaron formas esenciales del proceso, y en estos casos, si se aplicó correctamente el precepto legal –sustantivo o adjetivo–, o en su caso la doctrina jurisprudencial correspondiente a ese precepto, aplicable a la cuestión materia de recurso.

Precepto legal

Por tal debe entenderse a los fines del recurso de casación, toda norma general de derecho positivo dictada por el Estado a través de los órganos competentes (Constituciones, leyes, reglamentos, ordenanzas, tratados, leyes penales en blanco –principal y remitida–, costumbre *secundum legem*).

Doctrina jurisprudencial

La Constitución provincial solo menciona la "inaplicabilidad de ley". El Código de JOFRÉ de 1915 agregó la "doctrina legal". La SCBA lo interpretó como la doctrina de sus propios fallos. El CPP reformado, en el art. 352 *in fine*, lo definió como "los precedentes jurisprudenciales de la SCBA en casos análogos". Este último criterio es el adoptado por el código vigente con su referencia a la "doctrina jurisprudencial" (cuando se refiere al Tribunal de Casación", pero lo omite cuando regula el recurso de inaplicabilidad de ley ante la Corte).

Por otra parte, la jurisprudencia de la Casación estará vinculada por la doctrina de los fallos de la SCBA, pues ésta es la que "fija la doctrina legal aplicable" (art. 496, CPP).

Casación formal

Apunta a subsanar "graves defectos del procedimiento o quebrantamiento de las formas esenciales del proceso o de la resolución". Ello guarda correlato con la salvaguarda al "debido proceso judicial" y con los dispositivos de los arts. 106, 201 y 202 del CPP que establecen causas de nulidad por ausencia de motivación; violación del derecho de defensa en juicio; legitimación de jueces y tribunales; y la debida intervención de partes.

Asimismo, el trámite impuesto es coherente con los principios generales en materia de nulidades (art. 205), porque exige oportuno reclamo de la subsanación del vicio, o "protesta de recurrir en casación", esto último relacionado con los "incidentes" durante el debate o en los actos preliminares (art. 249, CPP).

Motivos "absolutos" de casación formal

Están consignados en el art. 449 del CPP. Esta norma se ajusta a los principios generales al eximir de reclamos previos cuando se invoquen vicios relativos a la legitimación de los jueces intervinientes; la constitución del tribunal; la intervención de las partes esenciales (concordante con el art. 202); la declaración del imputado (conc. art. 308); la publicidad y continuidad del debate; y las formas esenciales del fallo.

Condiciones de admisión (material)

El recurso debe delimitar adecuadamente la *quaestio*, esto es, el objeto procesal del recurso, mediante la reseña de los antecedentes del caso.

En tal caso, el Tribunal examinará las cuestiones de derecho, *in procedendo* e *in judicando*.

En ese sentido, podrá también realizar una valoración "indirecta" de la prueba a través del examen de la logicidad por la vía de la arbitrariedad (éste se refiere solo a la insuficiencia de motivación y no a la de prueba –violación al principio de razón suficiente–).

También efectuará un control de razonabilidad del juicio judicial (error *in cogitando*), es decir cuando la sentencia no está fundada en razones o lo está insuficiente, aparente o defectuosamente. La sentencia fundada es aquella que posibilita en su discurso la verificabilidad y la racionalidad (inteligibilidad).

Hará el control de los hechos y de la prueba mediante la nulidad por inobservancia de las garantías del debido proceso.

Verificará si existe inmotivación de la sentencia o resolución. Una verdadera revisión de "hechos" mal determinados.

Por fin, establecerá si hubo violación de las reglas de la sana crítica. "Las sentencias... serán fundadas" (arts. 1 CN y 171 C. Bs.As). "Decir "lo justo" es la culminación de una obra colectiva realizada con ciertas exigencias lógicas".

Revisión anticipada

Este instituto está regulado en el art. 448, inc. 2° del CPP que fija la procedencia del recurso de casación "cuando nuevos hechos o elementos de prueba por sí solos o en conexión con los ya examinados en el juicio, evidencien y manifiesten que el hecho no existió o que el imputado no lo cometió". Se trata de uno de los supuestos del inc. 4° del art. 467 del CPP para la *acción de revisión*.

Los nuevos hechos o pruebas deben ocurrir pasada la oportunidad de introducción al debate, y, obviamente, sin que el fallo haya quedado firme.

En este supuesto, la materia "casable" no es estrictamente "jurídica" (puede versar sobre "hechos"). Tampoco tiene el carácter "devolutivo" propio de todo "recurso" y el objeto procesal no será el mismo juzgado por el *a quo*, sino otro distinto. Es una revisión anticipada, que no requiere esperar a que el fallo quede firme. La competencia del tribunal de casación es en este aspecto muy amplia, porque a pesar de los límites fijados en el primer párrafo del inciso 2° del art. 448, en el segundo párrafo del mismo inciso extiende como "motivos especiales de casación, los incluidos en el art. 467 del CPP", o sea todos los que habilitan la via extraordinaria.

Interposición del recurso

Aquel debe interponerse ante la sala de turno del Tribunal de Casación (art. 451, CPP). Mejor hubiera sido seguir el criterio del art. 433 que permite interponer el recurso ante el mismo órgano que dictó la resolución que lo concede, de inmediato y sin juzgar su procedencia. En el sistema vigente (art. del Reglamento Interno del Tribunal de Casación), el primer examen de "admisibilidad formal" será responsabilidad de la presidencia del cuerpo).

El plazo para interponer el recurso es de 20 días pero dentro de los primeros siete, el impugnante debe manifestar ante el órgano que dictó la resolución, su intención de hacerlo.

El recurso debe estar fundado (art. 451, párr. 3°, CPP) aunque el fundamento puede ser ampliado dentro del término.

El examen de las condiciones de admisibilidad formal (que además de la interposición en tiempo y forma, incluye constatar el agotamiento de las vías recursivas previas por ejemplo ante la Cámara de Garantías) a cargo de la presidencia se limitan a verificar si el escrito está firmado por abogado; si fue realizado en término (dos "primeras" horas si hubo aclaratoria y/o suspensión de plazos); y dentro de los plazos del art. 451 del CPP.

Decisiones recurribles

Por imperio del art. 450 del CPP. Son recurribles, además de las resoluciones "especiales" como la denegación de un hábeas corpus (art. 417, CPP), las sentencias "definitivas" dictadas por los tribunales criminales y jueces correccionales. Rige aquí, como lo ha resuelto recientemente en pleno el Tribunal de Casación bonaerense, el principio de "taxatividad" (Expte. 2924 del 13-4-00).

También se habilita el recurso respecto de los autos que pongan fin a la acción penal, a la pena o una medida de seguridad.

Igualmente son casables los autos que imposibiliten que continúe la acción penal, la pena o una medida de seguridad; los que denieguen la extinción o suspensión de la pena; y los que no hagan lugar al pedido de sobreseimiento fundado en la extinción de la acción penal.

"Sentencias definitivas", a los efectos del recurso son las excarcelaciones; los sobreseimientos y la prisión preventiva (asimilable según la naturaleza y proyección en el caso concreto). Primará en estos casos: a) la arbitrariedad manifiesta o absurdo notorio; b) la

imposibilidad de una reparación ulterior. La doctrina judicial ha afirmado por ejemplo en el acaso de una excarcelación con detenido, que aquella no procede si la recurre el fiscal (CJN en los casos "Todres" y Cám. Cas. Pen. Nac. *in re*, "Larceri").

¿Qué es o no es equiparable a sentencia firme a los efectos de la casación provincial?. En primer término, hay que señalar en las *sentencias anuladas, es decir,* los pronunciamientos que no privan al apelante de la posibilidad de obtener la tutela de sus derechos en otras instancias, no revisten el carácter de sentencia definitiva. Por eso tampoco lo son las resoluciones que declaran la nulidad y remiten las actuaciones a primera instancia o a otros tribunales para que dicten nuevo pronunciamiento (CJN "Monserrat, Miguel" Fallos, 251:514, 1961; "M.E. Martinez de Perón", Fallos, 303:988, 1981).

También carecen de carácter definitivo las sentencias en las que el Tribunal de Casación anula el fallo apelado y dispone que se dicte uno nuevo (CJN, "Fiscal c. Astesiano", Fallos, 301: 1067, 1979); o cuando la anulación procede de un fallo plenario ("Heredia c. Cía. Sudamericana BTB S.A. Fallos, 248:402, 1960).

En los *Hábeas Corpus*, la CJN (Fallos, 301:708, 1979, "Ibáñez, Manuel"), resolvió que la resolución de la Cámara de Apelación en lo Penal de Morón, que rechazó un Hábeas Corpus sobre la base de que la orden de detención del recurrente se ajusta a las normas de la Constitución local y del CPP, no constituye sentencia definitiva.

Igualmente, no constituyen "sentencia definitiva" los *autos* encuadrados en el art. 417 del CPP de Bs.As, para los hábeas corpus, y art. 450 para otros casos) que afectan "provisionalmente" la libertad (procesamiento, prisión preventiva, excarcelación y exención de prisión); lo mismo que el sobreseimiento; las nulidades; la prescripción de la acción; y las medidas de prueba o incidentes.

Las reglas generales que surgen de la doctrina judicial de la CJN, SCBA y Casación Bs.As.), permiten presumir que no son, tampoco, sentencias "definitivas": las resoluciones que obligan a seguir sometido a proceso (pues no le ponen fin ni impiden su continuación, v. CJN "Alvarez, Jorge.", Fallos, 316:341, 1993. "Rico, Aldo y otros", Fallos, 312:575, 1989); las restricciones normales que derivan del sometimiento a juicio (ya que no causan perjuicio irreparable, v. CJN, "Castro Viera, Gregorio", Fallos, 310: 1486, 1987, "Cacciatore, Osvaldo", Fallos, 314:657, 1991); la resolución que no hace lugar a la reapertura del proceso (CJN, "de Bento, Hugo". Fallos, 306:578, 1984).

Se han admitido no obstante, algunas excepciones, como en los casos en que la resolución pueda provocar un gravamen de insufi-

ciente, imposible o tardía reparación ulterior (CJN, "Taussig, Jorge", Fallos, 314:377, 1991) o en supuestos de continuación del trámite de una querella con un sobreseimiento definitivo en causa anterior por el mismo hecho y los mismos sujetos.

Asimismo, por regla general, no es considerada la prisión preventiva una sentencia definitiva ni equiparable a tal (CJN, "Monzón, Carlos", Fallos, 311:2136, 1988. "Legumbres S.A.", Fallos, 305:1022, 1983). Ni aun cuando se trate de delitos no excarcelables ("Videla, Jorge R.", Fallos, 307:2348, 1985).

El fundamento es que la prisión cautelar –esencialmente reformable, revocable y que no causa estado– reposa en la circunstancia de que no impide la obtención de la tutela jurisdiccional de la libertad ambulatoria (por vía excarcelatoria) mientras no se destruya el estado de inocencia del sospechoso (CJN, "Kacoliris, Dionisio", 1993).

Normas especiales de recurribilidad

En este punto cuadra señalar que El Ministerio Público Fiscal puede recurrir de la sentencia absolutoria cuando haya pedido condena; de la sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad inferior a la mitad de la requerida; del sobreseimiento; o cuando medien graves defectos procesales.

El particular damnificado puede recurrir de la sentencia absolutoria y del sobreseimiento, pero limitado a "los mismos agravios" del fiscal. Si no hubo recurso de su parte, el particular damnificado tendrá tres días después de vencido el plazo para solicitarle al fiscal que lo haga adjuntándole una copia de su recurso. Si el fiscal accede tendrá el plazo del art. 451 del CPP para recurrir a contar de la presentación del particular damnificado. La fuente de esta norma es el art. 339 del Proyecto de Código Unificado para Iberoamérica de Maier, pero sin el párrafo que éste contiene acerca de la caducidad de la facultad de recurrir por el vencimiento de los plazos. De todos modos, es claro que si el fiscal no recurre, el damnificado pierde de pleno derecho la vía impugnativa.

El imputado o su defensor pueden recurrir, por su parte, de las sentencias condenatorias; de las que impongan medidas de seguridad; de las que condenen a indemnizar daños y perjuicios; y de las resoluciones que contengan graves defectos procesales o del fallo mismo.

A su vez, las partes civiles y el citado en garantía pueden recurrir de las sentencias definitivas (art. 425, CPP) aunque el imputado no recurra o carezca de recurso (art. 426, CPP).

Trámite del recurso

La vía casatoria en la provincia de Buenos Aires, prevé una audiencia previa, y la posibilidad de ofrecer prueba, no sólo en el caso de la revisión, sino también para demostrar "defectos de procedimiento o quebrantamiento de formas esenciales" (art. 457, CPP), lo cual, en la praxis, opera como un factor que desnaturaliza la función y la esencia de la casación.

Sentencia del Tribunal de Casación

El plazo prescripto es de 20 días, pero el término es ordenatorio (art. 459, CPP). El Tribunal puede casar el caso sin reenvío (460, CPP) o disponer un nuevo debate, anulando y reenviando la causa al órgano competente.

Procedimiento abreviado para el recurso de casación

El mismo tendrá lugar cuando lo recurrido sean los autos "con efecto definitivo" del art. 450 del CPP. Esto es, los que concedan o nieguen la extinción o suspensión de pena, acción penal medida de seguridad o corrección; las resoluciones que deniegan hábeas corpus (considerada "definitiva" en el art. 417 del CPP); la sentencia recaída en juicio abreviado (art. 395 CPP); la sentencia que imponga condena de ejecución condicional, o pena privativa de libertad no superior a tres años, multa, o inhabilitación.

La Casación penal "extraordinaria" (ante la SCBA)

Este recurso, salvo absurdo o arbitrariedad, no abre la jurisdicción de la Corte para juzgar sobre *hechos* que declare probados la sentencia recurrida. La materia no tiene límites precisos y por eso es el más frecuente.

Salvo casos de *inconstitucionalidad* directa (recurso de insconstitucionalidad. art. 484, CPP), y extraordinario de *nulidad* (art. 491 CPP) contra resoluciones que transgredan los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial, toda otra cuestión constitucional, nacional o provincial, incluyendo el ataque a una sentencia inconstitucional por *arbitrariedad,* como también toda cuestión en que se discuta la correcta aplicación de normas sustantivas o adjetivas, es materia de inaplicabilidad (art. 494, CPP).

Procede igualmente contra las sentencias definitivas del Tribunal de Casación que, por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o doctrina legal o, revoquen una sentencia absolutoria o impongan una pena de reclusión o prisión superior a 6 (seis) años; apliquen una medida de seguridad o inhabilitación absoluta o una multa cuyo monto fuere el máximo contemplado en la ley para el delito de que se trate.

La restricción impuesta limitada al examen sólo de la "ley sustantiva" es de dudosa constitucionalidad.

El Ministerio Público Fiscal podrá recurrir contra una sentencia "adversa" cuando hubiese pedido más de 6 años de pena privativa de libertad o medida de seguridad, inhabilitación absoluta o el máximo de pena de multa. También de las sentencias absolutorias.

La circunstancia de que el art. 454 del CPP permita interponer recurso de casación contra las sentencias condenatorias dictadas por el juez correccional o por el Tribunal en lo Criminal, así como contra aquellas que impongan una medida de seguridad o condenen a indemnizar daños y perjuicios sin limitación de monto, y el art. 494 del CPP condicione la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley al requisito de que la sentencia del Tribunal de Casación haya impuesto pena de reclusión o prisión superior a 6 años o haya aplicado una medida de seguridad o inhabilitación absoluta o una multa cuyo monto fuere el máximo contemplado en la ley para el delito, conduce a la consideración de dos temas relevantes: a) determinación del "tribunal superior de la causa" a los fines del recurso extraordinario federal; y b) la constitucionalidad del art. 494 frente a la exigencia de la doble instancia del art. 8, inc. 2°, apartado h) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante los fallos "Strada" y "Di Mascio", resolvió que deben agotarse las instancias locales –ordinarias y extraordinarias– siendo éste un inexcusable presupuesto de acceso a la instancia federal del art. 14 de la ley 48; y que además son impugnables por inconstitucionales las limitaciones impuestas a la admisibilidad de los recursos previstos en el orden provincial ante los respectivos tribunales superiores.

Palacio afirma sobre el punto que, a pesar de ser el de casación un recurso extraordinario, la intervención de la Suprema Corte de Buenos Aires en el conocimiento del recurso de inaplicabilidad de ley, lo convierte en el "último tribunal de la causa" a los fines del recurso federal.

En cuanto a las limitaciones para la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley por el monto o intensidad de la pena, habrá que atender a la doctrina de "Strada". Así, agotado sin éxito el trámite del recurso de casación, para acceder eventualmente a la instancia federal, pesa sobre el impugnante la carga de articular la inconstitucionalidad del art. 494 del CPP, en cuanto impide deducir recurso de inaplicabilidad de ley contra sentencias que imponen penas de reclusión o prisión inferiores a 6 años, inhabilitación especial o una multa inferior al máximo previsto en la ley en relación al delito de que se trate.

Esa es la vía señalada en precedentes de la CJN ("Giroldi") en los que se afirma preservar de este modo, la garantía de la "doble instancia".

Otro problema se presenta cuando el Tribunal de Casación rechaza recursos contra los autos que deniegan la extinción o suspensión de la pena o el sobreseimiento como fundamento del pedido de extinción de la acción penal (art. 450, párr. 2°, CPP). Porque el recurso de inaplicabilidad de ley ante la SCBA es solo contra "sentencias definitivas" (art. 482, CPP), y aquellas no lo son. Entonces, ¿cómo se cumple con la imposición de la CJN, contenida en el fallo "Christou" que exige al interesado en recurrir por vía del recurso federal, que, previamente, agote la instancia local por medio del recurso de inaplicabilidad de ley? ¿También aquí deberá reclamarse la inconstitucionalidad –por restrictivo– del art. 482 del CPP? En ese caso el interesado deberá demostrar que la resolución cuestionada era asimilable a definitiva porque el agravio que causa es de imposible o muy dificultosa reparación ulterior.

Palacio aconseja, en razón de que podría alegarse que las resoluciones dictadas con ajuste al art. 450, párrafo 2° del CPP pueden causar gravamen irreparable, interponer el recurso de inaplicabilidad de ley y la inconstitucionalidad del art. 482 del CPP, y, al mismo tiempo, deducir el recurso del artículo 14 de la ley 48 contra la sentencia del Tribunal de Casación.

EL PROCESADO EN ESTADO DE CAUTIVIDAD
Un elector constitucionalmente habilitado

JORGE KENT*

"Desterremos toda inmisericorde castración de derechos fundamentales si es que palpitamos la plena sensación de exhalar el saludable oxígeno que nutre las vísceras de una auténtica democracia"

I. La intronización del "Thema Decidendum"

Se ha ido instalando, en los últimos tiempos, la progresiva inquietud enderezada a vehiculizar la participación electoral de los ciudadanos que, privados de su libertad por la presunta conculcación del ordenamiento jurídico vigente, aguardan la elucidación de los respectivos entuertos en calidad de procesados argumentándose – entre otras elucubraciones de fuste – que su carácter de tales, la presunción de inocencia que impregna, de un modo irrefragable, semejante contingencia ritual y la ausencia de una conminación que conlleve determinadas inhabilidades, erígense en ingredientes de valía que deberían cincelar las bases fundacionales para prestarle aquiescencia a una incumbencia de semejante porte, esencialmente dentro de un declamado estado de derecho cual irrestricta reverencia a principios liminares de raigambre constitucional.

En prieta síntesis, inquiérese acerca de la factibilidad de que, quiénes atesoren el *status* de procesados y se encuentren alojados

* Abogado, UBA.

en centros de detención, puedan tomar parte en los actos eleccionarios sufragando, en paridad de condiciones, con el resto de los ciudadanos.

Comparto la recóndita sensación que nos transmite MARCOS AGUINIS pues, aunque emparentada con otras motivaciones, no resigna una inconmensurable verdad englobante:

"... Desde el principio reconocemos dudas. Que son las dudas de quienes anhelamos entender. Entender para resolver. Resolver para crecer. Crecer para enjugar anacrónicos sufrimientos, corregir tramposos disvalores y aumentar la autoestima creadora de la nación..."[1].

II. Una fugaz incursión autóctona y foránea por el espectro normativo de prevalencia

Dable es rememorar que el Código Electoral Nacional [2] incluye, expresamente, entre quienes están excluidos del padrón electoral, a:

"... Los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad" [3].

Tengo para mi –anticipando, desde los mismos albores, mi personal impronta– que, en principio, no existiría un insalvable impedimento legal para acoger la vocación eleccionaria de un procesado pues, *no mediando sentencia condenatoria que suspenda sus derechos políticos, estaría habilitado para ejercer el mentado derecho.*

Además, en esta meritación del *subdiscussio,* no debemos dejar de computar el ancestral principio de la presunción de inocencia, que inunda a nuestro ordenamiento procedimental.

Empero, robusteciendo esta favorable tesitura dable es redimir que, a partir de la reforma constitucional de 1994, se han incorporado a nuestra Carta Magna diferentes tratados internacionales que, de consiguiente, han adquirido abolengo constitucional.

Y, entre estos plexos normativos de real alcurnia, destaco la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" conocida como "Pacto de San José de Costa Rica"[4], en tanto estatuye que:

[1] "Un país de novela. Viaje hacia la mentalidad de los argentinos", Editorial Sudamericana, Buenos Aires,1998, pág.315.

[2] Ley 19.445 de fecha 4 de noviembre de 1972, Boletín Oficial n° 22.568, de fecha 19 de diciembre de 1972, con las enmiendas introducidas a través del decreto 2.135, de fecha 18 de agosto de 1983, Boletín Oficial n° 25.251, de fecha 6 de setiembre de 1983; ley 23.476 de fecha 31 de octubre de 1986,Boletín Oficial n° 26.097, de fecha 3 de marzo de 1987 y ley 24.444 de fecha 23 de diciembre de 1994, Boletín Oficial n° 28.064, de fecha 19 de enero de 1995.

[3] Artículo 3°, inc.d.

[4] Sancionada por ley 23.054, de fecha 1° de marzo de 1984, Boletín Oficial de fecha 27 de marzo de 1984.

"Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica"[5].

Esta previsión se engalana con la subsecuente normativa:

"Derechos políticos. 1.Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a)De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. b)De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores... 2.La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal"[6], sin descuidar de redimir esta complementaria regulación:

"Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley..."[7].

Emerge, diáfanamente y sin necesidad de acudir a mayores denuedos dialécticos, que la reglamentación mentada tan sólo es procedente, entre otros supuestos, para aprehender los casos de condenados por juez competente, razón por la cual –a *contrario sensu*– quedarían excluidos quienes revisten la condición de procesados.

No olvidemos de recordar que las sabias "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos" [8], condensan este concepto:

"Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de orígen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera"[9].

Incursionando por el derecho comparado, advierto que la Ley Orgánica General Penitenciaria de España[10] prevé que:

"La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, las personalidad humana de los recluidos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse

[5] Artículo 3°.

[6] Artículo 23.

[7] Artículo 24.

[8] Aprobadas durante las deliberaciones del Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra, en el transcurso de 1955.

[9] Art.6.1.

[10] 1/79, de fecha 26 de setiembre de 1979, BOE núm.239, de fecha 5 de octubre de 1979.

diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza. En consecuencia: 1.Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin excepción del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena..."[11].

A su turno el Reglamento Penitenciario[12], consecuente con el texto legal ya recordado, encapsula esta conceptuación:

"1. La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad y dignidad humana de los recluídos. 2.Los condenados a penas de prisión gozarán de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria..."[13], para reforzarla del siguiente modo:

"...Se garantiza la ... y a participar en los asuntos públicos por medio del sufragio, en las condiciones legalmente establecidas..."[14], colofonándose este abanico de amparo de derechos esenciales estipulándose que:

"La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y le facilitará el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que sean incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena."[15].

Fluye, sin hesitación, de la legislación analizada, el pleno derecho al sufragio de los procesados, salvo excepcionales limitaciones inherentes a la detención o al cumplimiento de una condena.

Por lo demás, la Constitución de dicho país no ha permanecido indiferente ante esta problemática y, consecuente con la reverencia por los derechos esenciales de los ciudadanos, ha consignado que:

"Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley"[16], en tanto más adelante se plasma que:

[11] Artículo 3°.

[12] Aprobado por Real Decreto 1201 de fecha 8 de mayo de 1981,BOE núms.149 a 151, de 23 a 25 de junio, corrección de errores en BOE, núm.182, de fecha 31 de julio de 1981.

[13] Artículo 3°.

[14] Artículo 5°, apartado 2.

[15] Artículo 5°, apartado 3.

[16] Artículo 16.

"Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal..."[17], sin dejar de redimir que:

"...2.Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad..."[18].

No pecaría de un mayúsculo equívoco si me arriesgara a afirmar, en mérito a una exégesis del modelo constitucional exhumado, que el valladar –casi inexpugnable– para limitar los plenos derechos de los ciudadanos está representado por la mediación de una sentencia condenatoria que encapsule una expresa limitación, razón por la cual la condición de procesado no es óbice para que el interno ejerza el derecho de sufragar.

La doctrina del susodicho país está conteste con esta persuasión, pudiendo extractarse del pensamiento de ANTONIO RODRÍGUEZ ALONSO que:

"...Por tanto, salvo que lo impida el contenido de las penas de inhabilitación, los recluídos podrán participar en los asuntos públicos, ejerciendo los derechos de sufragio, participación en referéndum, petición..." [19].

Y, si bien cierto es que, conforme lo recepta el nuevo Código Penal español de 1995, en el sentido de que: *La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos*[20], no es menos cierto –como lo afirman DIEGO LÓPEZ GARRIDO y MERCEDES GARCÍA ARÁN– que: "...la presente regulación no incluye expresamente la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio activo... pero no

[17] Artículo 23.

[18] Artículo 25.

[19] "Lecciones de Derecho Penitenciario. Adaptadas a la normativa legal vigente", Editorial Comares, Granada,1997, pág.49.

[20] Artículo 44.

puede ignorarse que se permite la inhabilitación especial para cualquier otro derecho, cuya concreción ha de efectuarse, expresa y motivadamente, en la sentencia...".[21]

FRANCISCO BUENOS ARUS se pronuncia, indulgentemente, respecto del derecho político de los internos, apostrofando que:

"...Por tanto, salvo que el alcance de una inhabilitación o suspensión, impuesta como medida preventiva o como pena principal o accesoria, lo impida, el recluso puede ejercitar los siguientes derechos: participación en los asuntos públicos, petición individual o colectiva, sufragio, referéndum...".[22]

Dable es rememorar que, en el seno de la "5ª Reunión Nacional de Directores Generales de Prevención y Readaptación Social"[23], se pudieron atender diferentes ponencias de los disertantes invitados redimiendo, por su maridaje con la cuestión abordada, la puntual respuesta conferida por el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, Borja Mapelli Caffarena, a una concreta pregunta que le fuera formulada por uno de los concurrentes mas luego de haber culminado su pedagógica y lúcida exposición intitulada "Orientación de la Legislación Penitenciaria en el ámbito europeo".

Sobre el particular, el reconocido estudioso sintetizó su captación de la inquietud planteada explicitando que:

"...Bueno, lo que dijimos ayer era que en España la pena de inhabilitación para el sufragio en el nuevo código penal ya se había hecho en la reforma anterior y quedó limitada a inhabilitación para el sufragio pasivo pero es inalienable el sufragio activo, o sea, que a nadie se le puede quitar el derecho a votar; lo que sí se puede hacer es restringir el derecho a presentarse como candidato a unas elecciones. Esa es la primera restricción que se ha introducido en el nuevo código penal y la segunda cuestión que plantea es si la condición de preso preventivo tiene o debe de implicar la pérdida, la inhabilitación para ejercer el derecho al sufragio. Si somos coherentes con todo el sistema y con los principios generales del derecho penal , no parece lógico que

[21] "El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario", Madrid,1996, pág.62.

[22] *Derecho de los internos*, Capítulo comprensivo de la obra colectiva intitulada *Ley Orgánica General Penitenciaria*, Revista de Derecho Público. Comentarios a la Legislación Penal, Tomo VI,Vol.1°,dirigida por Manuel Cobo del Rosal y coordinada por Miguel Bajo Fernández, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, pág.59 y siguientes.

[23] Convocada por el gobierno del Estado de Sonora y llevada a cabo en Hermosillo (Sonora), México, durante los días 21,22 y 23 de mayo de 1998.

una persona que está en condición de preso preventivo y, por lo tanto, no ha sido condenada, se le estén ya aplicando consecuencias jurídicas de carácter punitivo, de manera que lo lógico es que el derecho de la norma, el derecho positivo, no establezca la inhabilitación para ejercer el sufragio hasta tanto no se haya producido la condena, en virtud del principio de presunción de inocencia...".[24]

Aludiendo, expresamente, al contenido del nuevo artículo 41 del Código Penal español [25], Miguel Angel Boldova Pasamar y M. Cármen Alastuey Dobón recuerdan que su contenido procede, en su mayoría, del anterior catálogo represivo, acotando que: *"...si bien ya no forma parte de esta pena la privación del derecho a elegir, es decir, no conlleva la privación del derecho al sufragio activo, sino tan sólo del derecho al sufragio pasivo y aún la mención a la privación de este derecho en el contexto de la inhabilitación absoluta es, como dice Manzanares, redundante...",* queriendo ello el significar a *contrario sensu* que, salvo que se invoque una exclusiva conminación, la inhabilitación absoluta únicamente veda la posibilidad de ser elegido –sufragio pasivo –, mas no la de elegir – sufragio activo –razón por la cual si el mismísimo condenado puede emitir su voto, qué decir entonces del interno procesado que mantiene incólume semejante derecho de linaje constitucional [26].

Un tributo interesante, al par que asazmente convincente, prohijando la innegable participación como electores de los internos castrados en su libertad, está rubricado por Nicolás Guzmán, permitiéndome seleccionar estos pensares:

"...Parece entonces que si una persona es inocente hasta tanto no exista una condena firme en su contra, la privación que impone el art.3°,inc.d) del Código Electoral deviene contraria a la Constitución Nacional ya que se le está imponiendo al detenido en prisión preventiva una especie de "sanción" o inhabilitación que nuestro Código Penal establece expresamente para quienes ya han sido condenados. De

[24] *Orientación actual de la legislación penitenciaria. Memoria*, publicación de la Secretaría de Gobernación del Estado de Sonora, México,1998, pág.229 y siguientes.

[25] "La pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena".

[26] *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, Editorial Tirant Lo Blanch,Valencia,1998, pág.108, bajo la coordinación de Luis Gracia Martín.

igual forma, no se llega a comprender por qué una persona que se encuentra procesada sin prisión preventiva, o sea, que soporta el trámite del proceso de libertad, puede ejercer libremente su derecho de voto y otra persona que está igualmente procesada –aunque detenida en prisión preventiva– no puede ejercer de igual forma su derecho electoral. Creo que no puede darse una respuesta convincente a este cuestionamiento...Por lo tanto, es el Estado quien debería encontrar la forma más conveniente para que estas personas detenidas en prisión preventiva puedan ejercer ese derecho constitucional tan importante con que contamos en un Estado democrático..."[27].

En la península itálica el espectro no se distancia, en demasía, del recientemente auscultado ya que la Constitución de la República Italiana, en el Titulo IV, rotulado "Relaciones Políticas", reza que:

"...El derecho de sufragio podrá limitarse por incapacidad civil o por efecto de sentencia penal firme o en los casos de indignidad moral indicados en la ley" [28], razón por la cual se patentiza, una vez más, que toda posible restricción a la emisión del voto debe estar precedida por una sentencia penal firme superando, con creces, el mero estado de sospecha que conlleva la condición de procesado.[29]

III. Nuestra antagónica realidad legiferante

Regresando a la experiencia vernácula, he podido constatar que el Poder Ejecutivo Nacional, al sancionar la ya mentada ley 19.945, se encontraba sometido al Estatuto de la Revolución Argentina, razón por la cual en el ejemplar del Boletín Oficial pertinente tan sólo puede leerse una escueta nota de elevación, suscripta por el entonces Ministro, Arturo Mor Roig, carente de toda fundamentación en cuanto concierne a la materia que nos convoca.

Entonces, por no contarse con la siempre orientadora Exposición de Motivos –y, aún más, con los consecuentes debates parlamenta-

[27] *Derechos electorales activos y pasivos de las personas detenidas en prisión preventiva*", en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal" Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Año 4,nº 8- B, diciembre de 1999, pág. 297y siguientes.

[28] Artículo 48.

[29] También sabemos que en Alemania, por conducto de la Ley Electoral del 7 de mayo de 1956 –enmendada en varias ocasiones–, se legisla el voto por correspondencia, así como que el Reglamento Electoral Federal dispone que: "El Ministerio del Interior dicta el Reglamento Electoral Federal necesario para la ejecución de esta Ley. A tal efecto acuerda especialmente preceptos sobre...la votación en establecimientos penitenciarios..."(art. 52, apart. 14).

rios–, el coloquio que me motiva puede no resultar del todo satisfactorio en la medida que se desconoce la génesis de la exclusión mensurada, todo lo cual conduce a elevar un juicio de valor únicamente provocado por la simple lectura de las previsiones legales en vigencia.

Paréceme prudente recordar que el artículo 12 del Código Penal establece que:

"La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho a disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces", en tanto el artículo 19 subsume esta noción:

"La inhabilitación absoluta importa:... 2) la privación del derecho electoral...".

Siendo ello así, está claro que sólo cuando se sentencia por más de tres años corresponde la imposición de la inhabilitación absoluta y, por carácter transitivo, el penado queda inhabilitado para participar en actos eleccionarios. Contrariamente, si la pena reviste menor entidad en su dosificación, no correspondería la simultánea adición de la susodicha inhabilitación y, de suyo, el derecho al sufragio no debería verse malogrado.

Además, mas luego de la sanción de la ley 24.660[30], se recogió una saludable disposición:

"Las inhabilitaciones del artículo 12 del Código Penal quedarán suspendidas cuando el condenado se reintegrare a la vida libre mediante la libertad condicional".[31]

En otras palabras, desde un ángulo de equilibrio estrictamente penal, el derecho de sufragar de un condenado quedaría suspendido si fuere sentenciado a más de tres años de prisión y renacería al acceder al beneficio de la libertad condicional. Por el contrario, si es castigado con una pena menor a la referida, su participación en un acto semejante no debería serle coartada.

Empero, desandando el entorno del Código Electoral Nacional, si bien en una inicial aproximación podría pensarse que tan sólo se en-

[30] de "Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad", sancionada el 19 de junio de 1990 y promulgada el 8 de julio del mismo año.

[31] Artículo 220.

cuentran imposibilitados de votar quienes hayan sido: condenados por delitos dolosos a pena privativa de libertad y por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena[32] –párrafo que, de reverso, habilitaría a emitir su voto a los condenados por ilicitudes de índole culposa, así como a quienes permanecen en el contexto social, observando el cumplimiento de la sanción–, más adelante se explícita que: *"...La condena de ejecución condicional se computará a los efectos de la inhabilitación..."*.[33]

Resumiendo este desandar por dos normativas reguladoras de situaciones que deberían excitar una misma respuesta para garantizar la uniformidad del ordenamiento que nos rige es evidente que, por aplicación del Código Penal, todo condenado a una pena no superior a los tres años tendría capacidad para emitir su voto, así como también desde el momento de empezar a usufructuar las bondades de la libertad condicional, en tanto que para el espíritu que nutre a la ley electoral no cabría tolerar semejante distinción y tan sólo podría llegar a aceptarse que podrían participar de los actos comiciales quienes hayan sido condenados por delitos de naturaleza culposa.

Este análisis de la persona del condenado –a la luz del Código Penal y del Código Electoral Nacional– me transporta a reforzar la opinión ya anticipada en cuanto al legítimo derecho que le asiste a los procesados detenidos a ser incluídos en los padrones para poder emitir su voto, so pena de plasmarse una irritante desigualdad, violatoria del artículo 16 de la Ley Fundamental.

Y, en cuanto atañe a este medular principio, bien sabido es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en innumerables intervenciones, ha tenido próvida ocasión de manifestar que:

"La garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen, de manera distinta, situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni configure una ilegítima persecución o indebido privilegio a personas o grupos de personas aunque su fundamento sea opinable". [34]

La incursión *"ex-profeso"* por el universo de los condenados, no ha de ser entendida ni como una actitud de engreimiento, asi como

[32] Artículo.3°,inc.e).

[33] Artículo 4°.

[34] "L´Eveque,Ramón Rafael s/robo", de fecha 16-VIII-988;idem causa M.580,XX,"Motor Once S.A. c.Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", del 14-V-987, en La Ley, 1988-A-55; ídem Fallos,301:276;299:146, en La Ley, 1979-D-50;1978-C-168;300:1049; 301: 1185; 302: 192 y 457, La Ley, 1980-C-506, entre muchos otros.

tampoco como una postura caprichosa, sino que responde al designio de pretender demostrar la jerarquización que asume la potestad del derecho de voto de un procesado pues, si quien ha sido ya juzgado y encontrado culpable por su conducta disvaliosa mediante una sentencia con los blasones de la cosa juzgada puede ejercer el susodicho derecho en ciertas circunstancias, *cuánto mayor resultará el propio de aquél que, aunque privado de su libertad, aguarda que la justicia quiebre – en su favor o en su desmedro – la presunción de inocencia que le acompaña, de una manera indivorciable, igual que el hombre y su sombra.*

"Hay verdades tan evidentes que se injuria a la razón con pretender demostrarlas".[35]

A pesar de lo que enseñaba JOSÉ ANTOLÍN DE CUETO, en el sentido de que *"la ley reina y la jurisprudencia gobierna"* [36], es dable aceptar que en el intérprete pueden confluir distintas posturas respecto de un determinado texto legal en mérito a su actividad mental, razón por la cual no debe desdeñarse una investigación de la voluntad de la ley a fin de explicar y detectar su real contenido, así como su significación y proyección dentro del contorno del ordenamiento global tratando, en sustancia, de alcanzar un equilibrio entre la defensa de la sociedad y las garantías fundamentales de la persona humana.

En esta inteligencia, comulgo con el señero pensamiento de SEBASTIÁN SOLER en cuanto a que, si bien cierto es que el telos de la ley es fundamental para interpretar sus preceptos, ese telos no debe: *"...solamente inducirse de la disposición aisladamente considerada; debe tomarse en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico; es en este punto en el que con más firmeza se aplica el procedimiento sistemático de interpretación..."* [37].

Empero, aún las leyes claras merecen ser interpretadas pues, a juzgar por la advertencia de Grispigni: *"...porque aun frente a éstas, corresponde no atenerse demasiado al significado inmediato de las palabras, sino indagar el sentido más íntimo y profundo de la disposición y el verdadero alcance de ésta..."* [38].

Obiter dicta, en el delicado tratamiento de la mentada interpretación, un conocido jurista francés adujo que:

[35] MARIANO MORENO.

[36] *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Editorial Losada, 2a. Edición, Buenos Aires,pág.411.

[37] *Derecho Penal Argentino*, Tomo I,pág.152.

[38] *Derecho Penal Italiano*, edición 1949.

"...La atadura del juez a la ley o su mayor arbitrio derivan de dos métodos opuestos: si el juez trata de respetar ante todo la libertad individual, se reducirá a la interpretación estricta de los términos de la ley; y si mira ante todo a la defensa social, no dudará en extender los preceptos legislados. El problema de la interpretación de las leyes pone frente a frente a las dos grandes ideas que dominan el derecho penal: la del respeto a la libertad individual y la necesidad de defensa social...".[39]

Si partimos, entonces, de la medular premisa de que la interpretación es una operación jurídica que se endereza al descubrimiento de la voluntad de la ley en función de todo el ordenamiento jurídico y las normas superiores de cultura con el propósito de aplicarlas a los casos específicos de la vida real, así como que el criterio que califica la naturaleza de dicha gestión reside, esencialmente, en el fin del precepto jurídico en el momento de su aplicación[40], va de suyo que la receptación del voto de los procesados se impone, sin dubitación alguna.

"La primera fuente de inteligencia de la ley es su letra; pero, además, la misión judicial no se agota con ello ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de las normas. Todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional"[41], doctrina que se reanima con el siguiente *dictum*:

"Ninguna de las normas de la Ley Fundamental de la Nación puede ser interpretada en forma aislada, desconectándola del todo que compone y la interpretación debe hacerse, al contrario, integrando las normas en las unidades sistemáticas de la Constitución, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y relación entre ellas...La obra genuina de los intérpretes y, en particular, de los jueces, es permitir el avance de los princi-

[39] COSTE-FLORET, *"L'interpretation des lois penales"*, en "Revúe de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé",año II,1937,p.4-2O.

[40] HANS WEZEL, *"Derecho Penal"*,parág.5,II;Luis Jiménez de Asúa,"Tratado", Tomo II,pág.48; EDMUND MEZGUER, *"Tratado de Derecho Penal"*, Tomo I,parág.II.1.2, EUGENIO CUELLO CALÓN, *"Derecho Penal"*,pág.194 y siguientes.

[41] Corte Suprema de Justicia de la Nación, D.346.XXXIX,"Dessy, Gustavo s/ hábeas corpus"del 19-X.995, en La Ley,1996-D-316 y CN Casación Penal, sala III, "Vázquez, Emilio M.", del 15-V-998.

pios constitucionales que es de natural desarrollo y no de contradicción, consagrando la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para los que fue dictada la Constitución Nacional...La Constitución Nacional y el ordenamiento jurídico del que es base normativa deben ser examinados como un todo coherente y armónico, en el cual cada precepto recibe y confiere su inteligencia de y para los demás. Ninguno puede ser estudiado aisladamente sino en función del conjunto normativo, es decir, como parte de una estructura sistemática considerada en su totalidad. Esta interpretación debe tener en cuenta, además de la letra, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad...". [42]

Rememorando la privilegiada verba de GERMÁN J.BIDART CAMPOS,. bien pudo confiarnos que:

"...siempre hay que oxigenar a las leyes con el aire que circula en estratos más altos y superiores: la constitución, sus principios, sus valores, el derecho internacional de los derechos humanos, el valor justicia...".[43]

En un sistema democrático la norma –al decir de RAMÓN SORIANO– es, o debe ser, obra y expresión de todos, no existiendo un dueño de la ley ni un custodio de la fidelidad de su texto. Por ello, la interpretación objetiva –*voluntas legis*– y los criterios teleológicos son afines a semejantes regímenes de gobierno[44].

Bienvenida sea, pues, la observación de RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, en el sentido de que:

"...La norma no es un mandato de sentido y alcance inalterables, que siempre exija una misma interpretación, sino que por el contrario admite muy diversas aplicaciones en función de las circunstancias cambiantes de la realidad social. Dicho de otro modo, está superada hace tiempo la idea, fruto de un excesivo legalismo, de que una misma norma no puede ser objeto sino de una interpretación siempre idéntica. La observación de la norma, no como frío mandato, sino como instrumento encaminado a la más efectiva y saludable organización social, conduce a la conclusión de que es preciso dotarla, en cada mo-

[42] Corte Suprema de Justicia de la Nación, voto mayoritario en causa "Gauna, Juan Octavio s/acto comicial" 29-3-97; G.2992.XXXIII,29-O5-O7, en La Ley, edición el 6 de enero de 1999.

[43] Glosa inserta al pie del fallo del Juzgado en lo Criminal n° 3 de la ciudad de Mar del Plata,en la causa "E.C.S.",c.31.197,de fecha 30-VIII-993, Rep. La Ley,LIV-JZ, pág.1324,sum.7.

[44] *Compendio de Teoría General del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1989,pág. 163 y 164.

mento, del sentido que mejor se acomode a las exigencias prácticas. El juzgador puede... (dar) a una norma o conjunto de normas la interpretación que parezca más adecuada al momento que vive...[45].

No hesito en pensar que puede haberse plasmado una discordancia entre la textura del Código Penal y el andamiaje anejo al Código Electoral Nacional acerca de una misma cuestión, ofreciendo respuestas aparentemente antagónicas, razón por la cual este disímil ensamble merecería ser raudamente subsanado para la evitación no sólo de ulteriores planteamientos de inconstitucionalidad y/o de amparo, sino también para preservar las primordiales exigencias de asegurar un ordenamiento jurídico homogéneo, aventando las interpretaciones incompatibles que desmerecen el sentido y la proyección de ciertas instituciones.

Procuremos rehuir –cual excelso homenaje a la tan dilipendiada seguridad jurídica –todo lo vaporoso y confuso, en síntesis, aquello que ofrece –al decir de Jean Guitton-una indisimulable pátina de *sfumato*.[46]

En última instancia –exagerando, quizás, un tanto, la propia e íntima conceptuación sobre la materia abordada–, pareciera ser que el impedimento que obstaculizaría la votación de un procesado privado de libertad radicaría más en una contingencia adunada a inconvenientes de practicidad que en ingredientes de arraigo eminentemente legales, persuasión ésta que me transporta a reiterar la postulación ya adelantada en tanto consiente la participación de tales personas en los actos comiciales, bajo ciertas condiciones que deben ser objeto de un meditado análisis de concreción por conducto de las autoridades competentes en la materia, en aras de que se adopte el sistema que mejor consulte los diferentes intereses comprometidos, cuales son –entre otros– el irrestricto derecho a sufragar, la preservación del orden que debe imperar en el recinto penitenciario y la absoluta seguridad de que el derecho político del prevenido se consagre en la urna, sin mengua alguna, asegurándose el secreto de la opinión y la receptación de la misma por el estamento electoral pertinente mediante el instrumento más acorde para regir en un medio con las indisimulables particularidades que exhibe la vida en estado de cautividad.

[45] *Introducción al Estudio del Derecho*, Universidad de Deusto, Bilbao, España,1988, pág.169.

[46] *Mi testamento filosófico*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998, pág. 25.

De llegarse a adoptar la determinación gubernamental de conferirle el derecho político que me ocupa a tan peculiar falange de la ciudadanía, no olvidemos de inventariar –cual realidad ostensible e implacable– que, en el seno del ámbito bonaerense –por computar uno de los más aledaños espacios geográficos– gran cuantía de individuos, sometidos a la medida cautelar de la prisión preventiva yacen, vergonzosamente, observando sus estigmatizantes secuelas, en el perímetro de influencia de distintas comisarias por la inexistencia de establecimientos carcelarios suficientes, circunstancia esta abyecta que abonaría la conveniencia de pensar muy seriamente en la propuesta de solución ya anticipada pues, si bien cierto es incrementaría la faz laboral de la autoridad policial –hoy en día aún desprestigiada y en pleno trance de intentar asumir un rol protagónico impelente del incesante avance de una impiadosa delincuencia–, redundaría en una más operativa practicabilidad a la hora de la consecuente instrumentación factual.

Las estadísticas difundidas con asiduidad – malgrado la certeza que pueda conferírseles a unas y la inexactitud de otras – no dejan de ser asazmente alarmantes pues nos participan de que más del 60% de la población penitenciaria está constituída por procesados que esperan la cansina definición de sus expedientes, gran parte de los cuales se encuentran hacinados en destacamentos policiales desnaturalizándose, de este modo, los postulados mínimos que deben imperar para el cumplimiento de una medida de semejante entidad.[47]

Hasta se los podría llegar a parangonar –con un anticipado sabor de confesa demasía lingüística– como una suerte de intolerable lumpenaje.

Esforzándome –confesión mediante– por no pecar de escéptico ni, mucho menos, de pesimista, imploro para que *Aquél cuyo nombre no puede mencionarse en vano* ilumine a quienes deban decidir no sólo la procedibilidad de la propuesta motivante, sino la morigeración de la señalada promiscuidad claustral y la pronta culminación de los procesos, so pena de tener que desarchivar aquel concepto que fragüé con ocasión de indagar, tiempo atrás, el panorama ahora nuevamente escrutado, habiendo expuesto que:

"La justicia corporizada en *expedientes dormidos* y en *presos sin condena* ha dejado de ser tal y se ha convertido, bochornosamente, en

[47] JORGE KENT, *Los problemas judiciales y penitenciarios. El impertérrito desamparo de un augusto cometido jurisdiccional*, en La Ley de fecha 26 de mayo de 1999.

una entelequia de ignominia para el sistema de gobierno que adjure reverenciar un imaginario estado de derecho".[48]

En última instancia, la justicia penal no puede ser abordada únicamente desde la mera formalidad de la norma escrita, sino que debe ser discernida con un sensible espíritu de apertura, de benevolencia, de altruismo y de profunda consubstanciación con el connatural dolor que se gesta al conjuro de la pérdida de la libertad.
"El mundo está en manos de aquellos que tienen el coraje de soñar y de correr el riesgo de vivir sus sueños"[49].

IV. Una experiencia que excita ser cirscunspectamente mensurada

Inmerso en este contexto de razonamiento, cabe expresar que la ley orgánica 5/1985, de fecha 19 de junio [50], instituye en España el "Régimen Electoral General". [51]

Se desprende de su Preámbulo, entre otras consideraciones, que: "...La Constitución impone al Estado, por una parte, el desarrollo del artículo 23, que afecta a uno de los derechos fundamentales en la realización de un Estado de Derecho: la regulación del sufragio activo y pasivo para todos los ciudadanos...".

A su vez –ratificando la unicidad del ordenamiento jurídico español–, el artículo 3°, apartado 1, de la preceptiva que examino, estipula que: "... *Carecen de derecho de sufragio: a) los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento...*", queriendo ello el significar que *tan sólo resultan excluídos como electores los condenados siempre y cuando una sentencia asi lo establezca expresamente, razón por la cual están plenamente habilitados quienes*

[48] JORGE KENT, *Derecho de la Ejecución Penal. Una aproximación al tercer milenio*, Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires,1996, pág. 365, con prólogo de Tristán García Torres.

[49] PAULO COELHO, *Las Walkirias*, Editora Rocco,Rio de Janeiro,Brasil,1995.

[50] BOE n° 147, del 20 de junio de 1985, modificada por las Leyes Orgánicas 1/1987, del 2 de abril, BOE n° 80, del 30 de abril; 8/1991, del 13 de marzo, BOE n° 63, del 14 de marzo; 6/1992,del 2 de noviembre, BOE n° 264,del 3 de noviembre;13/1994, del 30 de marzo, BOE n° 77, del 31 de marzo y 3/1995, del 23 de marzo, BOE n° 71, del 4 de marzo.

[51] "Legislación electoral, estatal, autonómica y de la Unión Europea", Editorial Tecnos, Madrid,1996 y " Ley Orgánica del Régimen Electoral General", publicación de la Junta Electoral Central, Madrid, 1995.

no estén aprehendidos por una inhabilitación específica y, sin hesitación, los procesados, tanto en estado de cautividad, cuanto en régimen ambulatorio.

Merced al real decreto 435/1992,[52] se legisla –enriqueciendo el diáfano criterio anticipado– acerca de todos las previsiones que deben adoptarse para la debida comunicación al Registro Central de Penados y Rebeldes del Ministerio de Justicia, así como a la Oficina del Censo Electoral respecto de las condenas que lleven aparejada privación del derecho de sufragio, ya sea como pena principal o como accesoria de otra conminación.

Valorando el paisaje normativo que antecede, pareciera oportuno y conveniente pensar en la implementación de un procedimiento de voto por correspondencia que, de ser consentido, complacería una doble finalidad: superar las adversidades ya computadas y conferir respuesta a los eminentes fines constitucionales implicados en la contingencia, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan el ejercicio de un derecho político tan esencial en tanto constituye el : "...momento máximo de expresión de la soberanía popular en las democracias representativas y, en último extremo, el entramado de derechos y libertades del estado democrático...".[53]

En esta inteligencia de la *quaestio facti*, se impone que los Estados establezcan los procedimientos necesarios para que la mayor parte de los ciudadanos hagan uso de su derecho fundamental al sufragio.

Indefectiblemente, no obstante semejante aspiración de raigambre republicana, habrá un conjunto de aquéllos que se encontrarán imposibilitados de ejercer, de manera personal, el aludido derecho ante las mesas electorales, razón por la cual una porción de los países con rancia prosapia democrática han perfilado mecanismos especiales de votación por conducto del sufragio por representación o mediante la utilización de la correspondencia.

Una vez adoptada la decisión de establecer alguno de los sistemas referidos, el legislador debe enfrentarse a una doble serie de problemas: por una parte, debe garantizar que el voto se emita en las condiciones más similares posibles al ejercido por el conjunto de los ciudadanos procurando, en esencia, que se resguarde el postulado

[52] De fecha 30 de abril.

[53] PABLO SANTOLAYA MACHETTI, *Manual de Procedimiento Electoral*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, pág.85.

constitucional en tanto reclama que el voto sea universal, igual, secreto y obligatorio[54] y, por la restante, debe velar para que se instauren procedimientos técnico-operativos que aseguren la efectividad de dicho voto para que, con sujeción a procederes de irrefragable legitimidad y pulcritud, pueda ser contabilizado en tiempo y forma.

No puedo sustraerme a la tentación de transcribir algunas cavilaciones vertidas por LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO, particularmente resumidas en la imperiosa necesidad de resguardar la mas amplia participación ciudadana con ocasión de un acto eleccionario, implementando sistemas que aventen todos aquellos impedimentos que puedan dificultar la expresión de la voluntad popular.

En este sentido, nos participa que:

"...El voto es un derecho incluído dentro de los derechos fundamentales y más en concreto, como subraya el profesor Biscaretti, dentro de los derechos políticos, los cuales se ejercen en cuanto se forma parte de una colectividad política, sea ésta estatal, regional o municipal. Por eso, el derecho de sufragio no sólo tiene una vertiente individual, como derecho fundamental de la persona, sino colectiva y corporativa, ya que se ejerce en cuanto parte del cuerpo electoral, prestándose como una forma o manifestación de autogobierno de la colectividad política. Ello determina la universalidad del sufragio y, consecuentemente, la obligación del Estado de otorgar a todos los ciudadanos con capacidad activa las mayores facilidades para ejercer este derecho. Esta es la fundamentación principal para reconocer el voto por correo... Todo el derecho comparado de los países comunitarios, con excepción de Luxemburgo, contiene disposiciones que posibilitan el voto de los ausentes por correo o por procuración... En definitiva, los requisitos que se exigen en el voto por correspondencia han de contar con las suficientes garantías para proteger la pureza de las elecciones y al mismo tiempo ser lo suficientemente flexibles y exentos de excesivos trámites burocráticos, con el fin de facilitar el ejercicio del derecho de sufragio. Es, pues, un difícil equilibrio que solamente puede lograrse mediante una Administración ágil y eficáz y un electorado maduro y consciente".[55]

Precisamente, meritando esta indisimulable inquietud, la ley orgánica 6/1992 del 2 de mayo, modificatoria de los artículos 72, 73 y

[54] Artículo 37 de la Constitución Nacional.

[55] *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, Editorial Civitas, S.A., Madrid,1986,pág.683 y siguientes.

141 de la ley orgánica 5/1985 del 19 de junio, referente al Régimen Electoral General español, corona las distintas medidas garantizadoras con la concreción de un tipo penal para los particulares que dolosamente violen los trámites establecidos para el voto por correo, acuñándose este precepto: "El particular que dolosamente vulnere los trámites establecidos para el voto por correo será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas".

Este abanico de exigencias puede, no obstante, en algún segmento de la estructura a ser considerada, resultar difícil de conciliar, sin perjuicio de advertir que de nada serviría un mecanismo absolutamente garantista de la esencia libre y secreta de los votos no emitidos en las respectivas mesas si estuviera revestido de una complejidad extrema que imposibilitaría una participación vasta e insospechada de tan peculiar pleyade de ciudadanos. Por lo demás, tampoco resultaría tolerable, desde un prisma de valoración democrático, un sistema simple y precipitado que propendiera a la expansión del falseamiento y la manipulación de los sufragios, razón por la cual debe seleccionarse el procedimiento que, valorando ambos componentes, otorgue la más complaciente respuesta a tan delicada cuestión.

Excusemos cualesquier propósito de remozamiento de aquellos verecundos días del impúdico fraude electoral que, con su habitual destreza escritural, nos los reminiscencia MARCOS AGUINIS al desvestir tamaña indignidad, esculpiendo esta patética locución:

"...El sistema electoral es corrupto y en los salones se estila que el 'sufragio universal es el triunfo de la ignorancia universal'. La inscripción en los padrones depende de las autoridades locales y el escrutinio no es secreto. Votan los muertos y se contratan matones para decidir a los indecisos. La ley aún está lejos...", para rematar ese incontestable escenario de nuestra controversial historia con una elocuente evocación atribuída a la paternidad del reluciente Enrique Santos Discépolo, en el sentido de que:

"...aquellos comicios donde los malevos opinaban a balazos y donde tu opinión merecía tan poco respeto como tu libertad o tu vida misma. Entonces no importaban los hombres amados por el pueblo, el poder pasaba de mano en mano, no como una preciosa conquista de los humildes, sino como un arreglo de compinches. Entonces el escrutinio no era una ceremonia sino una complicidad. Eran los años del comité que chorreaba vino barato y olía a empanadas gratuitas, los años en que los muertos abandonaban su indiferencia y se incorporaban a la

caravana de los que votaban al oficialismo; los años en que la libreta de enrolamiento no era un documento sino una changa..."[56].

El "Régimen Electoral General" español, en prieta síntesis, estructura el anticipado modelo con sujeción a estos parámetros de comportamiento:

1. Los electores que prevean que, en la fecha de la votación, no se hallarán en la localidad donde les corresponde ejercer su derecho de voto o que no puedan personarse *–supuesto de los procesados bajo estado de detención–*, pueden emitir el mismo por correo, previa solicitud a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, con los requisitos siguientes: a) el elector solicitará, de la correspondiente Delegación y a partir de la fecha de la convocatoria y hasta el quinto día anterior al de la votación, un certificado de inscripción en el Censo; b) la solicitud deberá tramitarse personalmente pues el funcionario de correos, encargado de recibirlas, exigirá al interesado la exhibición de su documento de identidad y comprobará la coincidencia de la firma; c) en caso de enfermedad o incapacidad que impida la formulación personal de la solicitud –caso de los prevenidos en situación de privación de libertad– la misma podrá ser efectuada, en nombre del elector, por persona debidamente autorizada, acreditando ésta su identidad y su representación con documento autenticado por Notario o Cónsul.

2. Recibida la solicitud aludida, la Delegación Provincial comprobará la inscripción y realizará la anotación correspondiente en el censo a fin de que el día de las elecciones no se realice el voto personalmente, extendiendo el certificado solicitado.

3. Tan pronto como estuvieran disponibles, la Oficina del Censo Electoral remitirá al elector, al domicilio por él indicado, las papeletas y los sobres electorales, junto con el certificado mencionado, asi como un sobre en el que figurará la dirección de la Mesa donde le corresponde votar, adjuntándose una boleta explicativa.

4. Una vez que el elector haya escogido o, en su caso, rellenado la papeleta de voto, la introducirá en el sobre de votación junto con el certificado ya aludido, enviándolo a la Mesa por correo certificado, sin necesidad de abonar franqueo alguno.

5. El Servicio de Correos conservará, hasta el día de la votación, toda la correspondencia dirigida a las Mesas Electorales y la trasla-

[56] *Un país de novela. Viaje hacia la mentalidad de los argentinos*, ob. cit., pág. 138 y 149.

dará a las mismas a las 9 de la mañana. Asimismo, seguirá dando traslado de la que pueda recibirse en dicho día, hasta las 20 horas del mismo. El Servicio de Correos llevará un registro de toda la documentación recibida, que estará a disposición de las Juntas Electorales.

Y el real decreto 421/1991[57], mediante el cual se dictan las "Normas Reguladoras de los Procesos Electorales", reglamenta diferentes aspectos de la preceptiva , esencialmente los referidos con la solicitud del voto por correo en caso de enfermedad o incapacidad que impida formularlo personalmente[58] y el voto por correo en gracia del personal embarcado.

Merced a una gentileza de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de España, recientemente tuve la oportunidad de trasladarme a la ciudad de Madrid y mantener una placentera y fructífera jornada de intensa labor con el Subdirector General de Gestión Penitenciaria, Javier Nistal Burón y con el Asesor Jurídico de dicho estamento, Abél Téllez Aguilera, ofreciéndoseme un generoso panorama acerca de la instrumentación del voto de los preventivos en estado de cautividad a través del sufragio por correspondencia, gestión ésta que me habilitó para acceder a las distintas normativas que regulan la materia, así como para ilustrarme acerca de su peculiar encastre dentro del entorno penitenciario.

El aludido encuentro se vio enriquecido con la subsecuente visita al "Centro Penitenciario de Madrid V"[59], siendo recibido por su Director, Feliciano Crelgo Pelaz y por el funcionario que, precisamente, tuvo a su cargo organizar y supervisar el acto eleccionario que se llevó a cabo el 13 de junio de 1999, correspondientes al Parlamento Europeo; a las Asambleas Legislativas de Ceuta y Melilla; a la Junta General del Principado de Asturias; al Parlamento de Cantabria; al Parlamento de La Rioja; a la Asamblea Regional de Murcia; a las

[57] De fecha 5 de abril.

[58] Artículo 9°.

[59] Séame permitido, aprovechando esta mención que, en el transcurso del año 1991, a propuesta del Ministerio de Justicia, se aprobó el "Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios", resultando el Centro mentado el primer exponente del prototipo diseñado. El lugar de implantación está situado en el Término Municipal de Soto del Real, en el lugar conocido como Las Praderas y su acceso parte del P.K.37.800 de la carretera C-602, de Colmenar a Miraflores de la Sierra, vertiente S-E de la Sierra de Guadarrama. El Centro responde a los cánones inherentes a la propuesta de los denominados **núcleos urbanos autosuficientes,** ocupando una extensión de 65 hectáreas con 78.196 m2 de superficie ocupada por la edificación y capacidad para 1008 internos.

Cortes Valencianas; a las Cortes de Aragón; a las Cortes de Castilla-La Mancha; al Parlamento de las Illes Balears; al Parlamento de Canarias; al Parlamento de Navarra; a la Asamblea de Extremadura; a la Asamblea de Madrid y a las Cortes de Castilla-León.

En prieta síntesis, se me impuso de la vigencia de un cronograma –que es casi similar para todos los centros penitenciarios, con algunas diferencias de matices en función de las particularidades propias de cada cual–, posibilitándome extractar esta secuencialidad factual: a) la Dirección General de Gestión Penitenciaria remite a cada establecimiento carcelario fotocopia del Boletín Oficial del Estado(BOE),conteniendo la convocatoria a los comicios de que se trate, la fecha de su realización y las normativas atingentes al voto por correo; b) las autoridades del establecimiento emiten una nota –que es exhibida en las carteleras de cada módulo– anoticiando a los internos acerca de los alcances de las elecciones, la fecha dentro de la cual deben exteriorizar por escrito su vocación de sufragar, la documentación que se requiere para ser incluído en el comicio [60], debiendo indicar dónde se encuentra la misma; c) si la documentación pertinente no obra en poder del interno, es recabada a las autoridades prevencionales y/o judiciales intervinientes en el respectivo proceso, dándose intervención a los trabajadores sociales del Centro para el supuesto de tener que iniciarse trámites para obtener duplicados ante el no hallazgo y/o extravío; d)las respuestas que se van recepcionado sobre la ubicación y/o pérdida de los documentos es informada de inmediato al interno; e)las autoridades del Centro se contactan con los responsables de la oficina del Correo para conocer la fecha en que comparecerán en la unidad –extremo este que es notificando a los internos por el sistema ya anticipado–,así como recabando el envío de los pertinentes formularios; f) se procede a distribuir la folletería entre la población penal que ha exteriorizado su deseo de sufragar; g) en una segunda oportunidad, comparece el funcionario del Correo para retirar la nómina y documentación de quienes votarán y, con cierta anticipación al acto eleccionario, retorna a la unidad para entregar la inscripción del voto por correo, las distintas papeletas y un sobre donde el interno depositará aquella que seleccione conforme su inclinación política; h) finalmente, todos los sobres son retirados y custodiados por las autoridades del Correo hasta el día del acto eleccionario,

[60] Conforme lo estatuye la legislación pertinente, el interno puede participar exhibiendo su documento nacional de identidad, su pasaporte o registro de conductor.

ocasión en que son entregados en cada una de las mesas correspondientes al domicilio del interno, recibiendo éste el justificante de haberse emitido el voto por correo.

Retornando a preocupaciones primigenias debo persistir, de un modo enfático, en la necesidad de conferirle participación a la autoridad electoral para que merite y produzca la más conveniente respuesta orgánica –con respaldo en su experiencia legal y reglamentaria–, en pos de prestarle condescendencia al voto por correspondencia de los procesados en estado de detención, así como también a los responsables del servicio de correos, particularmente meritando que trátase de un quehacer cumplido, hoy en día, por un concesionario privado.

V. Una alentadora "Pronuntatio Iuris" y un dictamen fiscal de enjudiosa estirpe.

V. 1. Enriqueciendo estas explicitaciones complementarias, paréceme insoslayable destacar que algunos de nuestros órganos jurisdiccionales ya han tenido ocasión de deambular por esta inesquivable materia, habiéndosele prestado consentimiento a una solicitación de sufragio de un procesado, en estado de detención con prisión preventiva, declarándose la inconstitucionalidad del artículo 3°, inc. d) de la ley 19.945.

Para arribar a dicha extrema determinación, el titular del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N°3 de la Capital, Dr. Gabriel Cavallo, con intervención de la Secretaría N°10 a cargo del Dr. Marcelo Colombo, desgranó una serie de razonamientos en favor de conferirle profícua respuesta a la impetración tratada, habiendo pontificado que:

"...puede interpretarse la facultad que aparece genéricamente mencionada en el art.10 de la ley electoral como una reglamentación amplia de la obligación que surge para los jueces de la mismísima Constitución Nacional cuando, en su artículo 18, prescribe: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que la autorice"... puede deducirse, sin mayor esfuerzo, que la prohibición de emisión del sufragio puesta en cabeza de

las personas detenidas sin condena firme (artículo 3°, inc. d] de la ley 22.864),es una consecuencia indirecta generada a partir de la privación de su libertad en las condiciones antes dicha que –como se concluirá– no guarda relación de ninguna índole con los fines del proceso que se le sustancia... Por supuesto, el estátus jurídico del imputado... es el de inocencia, según la CN lo regula expresamente en su art.18... mientras el proceso no llegue a un desenlace definitivo y contrario a la inocencia...éste continúa detentando todos sus derechos incólumes como ciudadano y la única restricción permitida es, en las circunstancias excepcionales descriptas, la de su encarcelamiento preventivo para asegurar el proceso. Ninguna otra restricción es posible sin alterar el principio de inocencia... Uno de los denominados derechos políticos del ciudadano es el de votar y nuestra Carta Magna lo garantiza expresamente en su art. 37, describiéndolo como universal, igual, secreto y obligatorio. Es decir, el derecho a voto es una disposición de rango también constitucional y, por lo demás, está declarado en amplios términos, sin distinciones y hago particular énfasis en los términos "universal" e "igual", lo que debe interpretarse como propio de toda la ciudadanía sin discriminación alguna y como igualitario en cuanto al valor que debe corresponder a la expresión de cada uno de los electores (un elector, un voto)... Evidentemente, la privación del voto no implica ni una colaboración con el proceso ni disminuye, en modo alguno, las chances de su realización y finalización ni evita una maniobra contra el esclarecimiento de los hechos que forman su objeto procesal y, en definitiva, no mantiene relación alguna con él. Por el contrario, la privación del voto de... implica una sanción de graves consecuencias institucionales y que resulta insostenible. En primer término, implica una violación flagrante al principio de inocencia, en la medida en que discrimina a una persona asignándole una consecuencia sobre una conducta propia (presuntamente efectuada) cuando todavía no existe sentencia sobre ella que haya impuesto esta consecuencia en forma definitiva. Implica, en los hechos, un claro e indisimulado adelanto de condena ya que, como todos sabemos y como se encuentra constitucionalmente autorizado, en nuestra Nación los condenados a pena de prisión de más de tres años de prisión o reclusión pierden el goce del derecho electoral (arts.12 y 19 CP). Asignar una consecuencia similar a quien todavía no ha sido condenado, a quien todavía no posee un pronunciamiento definitivo en su contra, no significa otra cosa que tratarlo de igual manera que si lo tuviera,

con absoluta prescindencia de su estátus de inocencia...En conclusión, no existe justificación alguna a la restricción al voto que se impone al ciudadano que padece un encarcelamiento preventivo, su vigencia implica una restricción que viola tanto la garantía que el estado debe dar a todas las personas para ejercer sus derechos políticos, como el estátus de inocencia del que todo procesado goza hasta una sentencia firme en contrario (principio de inocencia) y genera una incompatibilidad insalvable entre la norma inferior que la impone y las normas que ordenan vigilar y garantizar por todos los derechos elementales de los habitantes de la Nación...". [61]

V. 2. También he tenido benigno acceso –merced a la destacada gentileza de su mentor– al dictamen confeccionado por el Fiscal Federal, Jorge Di Lello, pregonando la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3°, inc.d) del Código Electoral Nacional.

Puntualiza, acertadamente, acudiendo a los eruditos y familiares pensares de ENRIQUE BACIGALUPO y HANS HEINRICH JESCHECK, los fines primordiales del derecho penal, extractando el subsecuente concepto del primero de los juristas mentados: "... El derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. El derecho penal procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con una sanción de un rigor considerable: sus sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos a los que esta se conectan son los más intolerables para el sistema social. En este sentido, se entiende que el derecho penal es un instrumento de control social que opera junto a otros instrumentos de idéntica finalidad... Las sanciones en el derecho penal se ajustan a un procedimiento determinado para su aplicación y están preestablecidas de un modo específico en lo referente a sus alcances, duración, derechos que afectan, etcétera.... Se puede afirmar que el derecho penal procura mantener un determinado equilibrio del sistema social, amenazando y castigando...",en tanto selecciona esta aguda reflexión del catedrático alemán: "... La misión del derecho penal es la protección humana en la comunidad. Por un lado el derecho penal realiza su tarea de defensa de la sociedad castigando las infracciones jurídicas ya cometidas:

[61] "ALMADA, JOSÉ MARCELO" causa n° 9049, de fecha 21 de octubre de 1997.

en este sentido es de naturaleza represiva. De otro, cumple dicha misión previniendo infracciones jurídicas de comisión futura: en este aspecto tiene naturaleza preventiva. Sin embargo, las funciones represivas y preventivas del derecho penal no son contradictorias, sino que deben entenderse como una unidad: mediante la conminación, la imposición y la ejecución de la pena justa, del derecho penal sirve a la finalidad de prevenir infracciones jurídicas en el futuro...".

Mas adelante, solidificando su agudo discernimiento, nos recuerda los alcances de los artículos 1°,2° y 280, del Código Procesal Penal de la Nación [62], sin dejar de computar los tratados que han adquirido rango constitucional [63], en el sentido de que: "... consagran la garantía del principio de inocencia, es decir, que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa...".

Traspolando su indagación al cosmos regido por el Código Electoral Nacional, aduce que: "... el art.3,inc.d) del CEN infringe la garantía del principio de inocencia que se desprende del art.18 de la Carta Magna, además contemplada en forma expresa en los distintos Tratados internacionales. Más aún las disposiciones restrictivas existentes en el Código Penal, en armonía con las de superior jerarquía mencionadas, sólo se refiere a los condenados. Así, el impedimento de sufragar a los procesados detenidos por un lado implicaría aplicar una pena sin condena y por el otro una extensión a la limitación de derechos individuales ajena a la propia finalidad del instituto de la

[62] Artículo 1."Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y substanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho". Artículo 2."Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente. Las leyes penales no podrán aplicarse por analogía". Artículo 280."La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley...".

[63] "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre"(art.XXVI), "Declaración Universal de los Derechos Humanos"(art.11), "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"(art.14.2)y "Convención Americana sobre Derechos Humanos"(Pacto de San José de Costa Rica, art.8.1).

prisión preventiva...", para finiquitar su medulosa intervención con una insuperable advertencia postrera: "... A pesar de las consideraciones efectuadas precedentemente, no se le escapa a este Ministerio Público las situaciones de orden fáctico que se originan con la habilitación electoral de personas detenidas, por ejemplo: –la complejidad de altas y bajas en el padrón electoral;– imposibilidad y riesgos de eventuales traslados de los detenidos a su lugar de origen;– multiplicidad y complejidad en la elección de distintos cargos electorales: nacionales, provinciales; –recargo administrativo para el Servicio Penitenciario. En tal sentido, esta Fiscalía entiende que no hay ningún razonamiento que justifique vulnerar derechos individuales, constitucionales, cuyo resguardo cada día tiende mundialmente a ser motivo de mayor protección, por ello estima que lo esencial es ingresar en la medida de lo posible en el cumplimiento de tales garantías...". [64].

VI. Postreras Meditaciones

También ha menester meritar que, de momento, por diferentes motivaciones, la privación de libertad –que afecta tanto a penados cuanto a procesados– no responde, en la extensión pretendida, a los mandatos constitucionales de legalidad, proporcionalidad y humanidad, panorama este que se aduna a otras vertientes abrevadas para robustecer la imperiosa necesidad de no limitar más de lo indispensable ciertos derechos de irrebatible alcurnia constitucional.[65]

Con un atinado sentido de la susodicha realidad, desnudando un mortificante panorama de la situación tratada, JULIO FERNÁNDEZ GARCÍA nos participa que:

"... La vida en prisión se caracteriza por la aparición de una subcultura específica a la que ha de adaptarse el recluso si quiere sobrevivir. Ha de adaptarse a la forma de vida y a las normas que le imponen sus compañeros. Es lo que CLEMER llama "prisionización" y

[64] Dictamen fechado el 17 de diciembre de 1998, despacho 87/98, causa n° 3066, recurso de amparo de incidencia colectiva.

[65] DANIEL E. HERRENDORF, *Los Derechos Humanos ante la Justicia. Garantía de la libertad innominada*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998 y JORGE KENT, *Ejecución Penal y el Nuevo Proceso*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, con prólogo de EDUARDO AGUIRRE OBARRIO; ídem *Derecho de la Ejecución Penal. Una aproximación al tercer milenio*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, con prólogo de TRISTÁN GARCÍA TORRES; ídem *La Resocialización de los Penados*. **Un desafío en el Nuevo Milenio**, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, con prólogo de FRANCISCO J. D´ALBORA.

GOFFMAN "enculturación". La prisionización tiene efectos negativos para la resocialización difícilmente evitables con el tratamiento. En la cárcel el interno, generalmente, no sólo no aprende a vivir en sociedad libremente sino que, por el contrario, prosigue y aún perfecciona su carrera criminal. La cárcel cambia al delincuente pero generalmente para empeorarlo. No le enseña valores positivos, sino negativos para la vida libre en sociedad.Le hace perder facultades vitales y sociales mínimas exigibles para llevar una vida en libertad y le da, en cambio, una actitud negativa frente a la sociedad..."[66].

Sabido es que la carencia de derechos de los presos tuvo un arraigo histórico en el derecho primitivo, conllevando la más absoluta desprotección jurídica, para mas luego erigirse en un sujeto sometido al poder arbitrario y absoluto de la administración y, por consiguiente, sin derecho alguno.

Empero, con el devenir de los tiempos, esencialmente merced a los movimientos que irrumpen en las postrimerías del siglo XX y en los albores del XXI, empieza a delinearse la nueva impronta del recluso, poseedor de derechos y, por ende, con aptitud de ejercitarlos frente al otro sujeto de la relación: el Estado.

Militando en la preclara verba de CÉSARE BECCARIA, bien cierto es que:

"...la función penal viola el deber de tutela jurídica tanto cuando deja de castigar al delincuente, tanto cuando lo castiga mas allá de la justa medida y fuera de las debidas condiciones..."[67], razón por la cual el impedimento de voto de un procesado –amparado por el ancestral principio de inocencia– estaría conminándolo, indebidamente, con flagrante desprecio por los mandatos plasmados en la Carta Magna y en tratados que se han impregnado de estirpe constitucional.

Es que la restricción de ciertos derechos –a menos que fueren de imposible concreción por la peculiar situación del encierro en un centro penitenciario– desatiende la legalidad y, de suyo, devienen insanablemente inconstitucionales.

Al decir, siempre preclaro de GERMÁN J.BIDART CAMPOS,: " ...Hay que volver a leer y comprender el sentido...de la Constitución porque,

[66] *El Tratamiento Penitenciario Resocializador*, incluído en la obra de ROSARIO DIEGO DÍAZ SANTOS y EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*,Editorial Tecnos, Madrid, España, 1995, pág.104. Razonamientos no muy dispares pueden encontrarse en la contribución de JOSÉ A.MARTÍNEZ, *La Cárcel como factor criminógeno*, en Criminalia, año XVII, México,1957.

[67] *Programa de Derecho Criminal*, Bogotá, Temis, Sección Segunda.

a veces mediante máscaras que parecen inocentes, se disfraza lo que, en la desnudéz de la Constitución, implica transgresión a ella".[68]

A mayor abundamiento, vigorizando ciertas disquisiciones desenvueltas, es dable el referir que la doctrina española más reciente participa, sin dubitación, del criterio prohijado, trayendo a colación la tesitura esgrimida por ABEL TÉLLEZ AGUILERA[69] en el sentido de subrayar, categórica y convincentemente, al incursionar respecto del voto de los penados, que: "...El derecho de sufragio activo y pasivo, siempre y cuando en el fallo condenatorio no se halla privado del mismo como pena accesoria a la privativa de libertad que cumple el recluso. A este respecto hay que señalar la ampliación que en este derecho se ha producido como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo Código Penal. En efecto, con el Código penal de 1973 tan sólo los preventivos y los penados a arresto menor podían ejercitar el derecho de sufragio (artículos 455 a 47), sin embargo, el Código penal de 1995, pese a hacer desaparecer cualquier expresión directa a la inhabilitación para el sufragio activo, ha venido a establecer que tan sólo aquellos penados que expresamente sean condenados a inhabilitación especial para sufragio activo, por estar el delito relacionado con este derecho, están incapacitados para votar (artículo 56, "inhabilitación...de cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido)...".[70]

El matutino La Nación, haciéndose eco de esta problemática, trasuntó una cautelosa toma de actitud a través de las diáfanas cavilaciones de ADRIÁN VENTURA, permitiéndome incluir las siguientes franjas de esta convincente proposición:

"..De todas formas, algunas consideraciones son comunes tanto para los procesados como para los condenados y valdría la pena preguntarse si no corresponde que se reconozca a todos ellos, sin distinción, el derecho electoral de elegir a sus representantes. Por lo menos, el problema debería ser estudiado. Por cierto, el tema presenta algunas aristas complejas, fundamentalmente de orden práctico: –Las elecciones se realizan con bastante frecuencia, si se tienen en

[68] *La mediación prejudicial obligatoria en la órbita del Poder Ejecutivo*, nota a un fallo en La Ley, edición del 3 de diciembre de 1998.

[69] Trátase, como ya lo anticipara, del Asesor Jurídico de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de España que oficiara como uno de mis dilectos anfitriones en la visita ya memorada.

[70] *Seguridad y Disciplina Penitenciaria. Un Estudio Jurídico*, Editorial Edisofer S.L., Madrid, 1998, pág. 59.

cuenta las que se convocan para cubrir cargos nacionales, provinciales y municipales;– habría que mantener constantemente actualizado el padrón electoral, con altas y bajas; –si se los habilitase a votar, se recargaría el trabajo administrativo y policial del Servicio Penitenciario y el del personal electoral;– los detenidos podrían quedar expuestos a algún tipo de extorsión o peligro físico si el Poder Ejecutivo de turno quiere forzar los resultados de las elecciones o en el caso de que el recuento de los votos arrojare resultados que le son adversos. En rigor, ninguno de esos inconvenientes es insalvable y hay consideraciones tan importantes como esas que también deberían ser tomadas en cuenta para resolver favorablemente el planteo. Por lo pronto, los procesados con prisión preventiva, que constituyen una buena parte de la población carcelaria, por no haber sido todavía condenados, son inocentes, como surge de la Constitución Nacional. No hay motivo para privar al imputado de otros derechos. Además, basta con mirar la realidad para ver que muchos evasores y autores de importantes defraudaciones contra el Estado están en libertad y gozan del derecho de votar, vedado a los autores de otros delitos. La Constitución y las leyes no consideran que los detenidos sean una casta inferior ni tampoco pueden garantizar que los presos sean los peores delincuentes. Tal como están las cosas, quizá sean los delincuentes "menos exitosos" –los otros están libres o los que tuvieron peor defensa. Finalmente, también hay muchas personas en prisión que no son delincuentes profesionales, sino que sólo lo fueron en una ocasión. El hecho de que una persona haya sido condenada o procesada no significa que carezca de discernimiento político. Por otra parte, el derecho de votar les daría una importante herramienta para elegir a quien prometa una mejora en el sistema carcelario en el que viven, una parte de la realidad que la sociedad, por conveniencia o por comodidad, prefiere no mirar".[71]

Esta temática también ha merecido la preocupación de la columnista de Página 12, Lila Pastoriza, esencialmente exhumando el altercado blandido por el "Centro de Estudios Legales y Sociales"(CELS), con referencia al fallo adverso emitido por la Juez Federal, María Romilda Servini de Cubría, con ocasión de repulsar el recurso de amparo concretado por letrados de dicha entidad en gracia del sufragio de internos detenidos sin condena.[72]

[71] Temas de la Justicia, "Urnas en las cárceles", edición del 13 de enero de 1999.

[72] "El voto tras las rejas", edición del 6 de junio de 1999.

Además, con especial visualización respecto de la indisculpable confusión que puede excitar la vigencia de ordenamientos disímiles acerca de una análoga situación, es ostensible que el perímetro de influencia del Código Penal y del Código Electoral Nacional debe armonizarse no sólo con la filosofía de la ley 24.660 sino, particularmente, con la orientación rectora de la Carta Magna y los tratados últimamente cobijados en su regazo.

De lo contrario, tal cual acaece en el presente, se le estaría confiriendo al mentado ordenamiento una inteligencia contraria al *postulado de unidad del derecho*, criterio este de interpretación que impone la expresión de un sistema carente de contradicciones.[73]

El ordenamiento jurídico debe ser un todo imparcelable.

No obstante, meritando las peculiaridades inherentes al especial ámbito en el cual se encuentran alojados; los conocidos trastornos que puede generar la presencia de las autoridades comiciales y las mesas receptoras de votos en el seno de la prisión, asi como aquellos vinculados al eventual traslado de los posibles votantes a los sitios programados para instalar las urnas, debería proyectarse un sistema peculiar para resguardar el pleno ejercicio del derecho tratado, evitando las notorias complejidades y los efectos no deseados que podría provocar la emisión del voto en estado de cautividad o a través del desplazamiento del interno al recinto del ensamble de las respectivas mesas.

Por consiguiente, la autoridad electoral con competencia en la materia debería meritar la posibilidad de implementar una suerte de voto emitido por vía postal y/o análoga, con todos los resguardos para garantizar su legitimidad, evitándose toda posibilidad de manipulación o desnaturalización.

Así las cosas, el actual artículo 3°, inc.d) del Código Electoral Nacional debería ser suprimido y reemplazado por otro texto que estatuyera que los procesados detenidos por orden de juez competente, mientras no recuperen su libertad, podrán emitir su voto con sujeción a los lineamientos que la mentada autoridad electoral conceptúe más adecuados a las circunstancias expuestas, velando no sólo por el de-

[73] GUNTHER JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, traducción de la 2a. Edición alemana, Madrid,1995, ap.11,num.5,pág.423 y votos de los Ministros Fayt, Petracchi y Bossert, Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Menem, Eduardo c.Sanz, Tomás M. y otros", del 20-X-998, en La Ley del 16 de diciembre de 1998, fallo 98.221, consid. 11.

recho en sí del sufragante, sino también en sintónica armonía con el universo normativo electoral para superar toda posible colisión de normas, diagramando un procedimiento que tienda, en esencia, a preservar un irrenunciable derecho constitucional aventando, de reverso, cualesquier posibilidad de menoscabo o de distorsión.

En este sentido, la prescripción acuñada en el artículo 10 de la Ley Electoral Nacional, en tanto refiere que:

"El elector que se considere afectado en sus inmunidades, libertad o seguridad o privado del ejercicio del sufragio podrá solicitar amparo por sí o por intermedio de cualquier persona en su nombre, por escrito o verbalmente, denunciando el hecho al juez electoral o al magistrado más próximo o a cualquier funcionario nacional o provincial, quienes estarán obligados a adoptar urgentemente las medidas conducentes para hacer cesar el impedimento, si fuere ilegal o arbitrario", podría ser válidamente esgrimida por un procesado, cercenado en su libertad, a los efectos de impetrar un amparo judicial que lo habilite a emitir su voto, razón por la cual entiendo que debe contemplarse como otro elemento de arraigo para mejorar la actual plataforma jurídica, evitando futuros planteos de inconstitucionalidad y/o demandas de amparo, con el desgaste funcional y jurisdiccional anejos a estas controversias.

No deberíamos relegar –inmersos en este contexto riguroso de la cuestión examinada– la eventualidad de una reprimenda al Estado argentino por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuya competencia podría ser excitada para conocer respecto de la privación del sufragio que vengo pregonando.

Dicho estamento, de alcurnia internacional, tiene dicho que:

"...No es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno, sino que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos amparados por la Convención sobre Derechos Humanos deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de aquéllos y que, a su vez, no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. La restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, razón por la cual la razonabilidad y proporcionalidad se pueden determinar únicamente por la vía del examen del caso específico...".[74]

[74] Informe 38/96, caso 10.506: "Argentina,Washington",15 de octubre de 1996, en Suplemento de Derecho Constitucional, a cargo de GERMÁN J. BIDART CAMPOS, La Ley, de fecha 17 de octubre de 1997,fallo 96.188.

Además –aunque vinculado con otra cuestión ajena a la aquí mensurada–, los componentes de la Corte Internacional de Derechos Humanos –consecuentes con la filosofía humanista y garantista que cincela la estructura fundacional de los derechos esenciales de la persona– tuvieron próvida ocasión de discurrir que:

"...El ejercicio de la autoridad pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado...".[75]

"Jamás dejes que las dudas paralicen tus acciones. Toma siempre todas las decisiones que debas tomar, aun sin tener la seguridad de estar decidiendo correctamente" [76]

Discurriendo JUAN PABLO II, en su última Carta Pastoral, en lo concerniente al esfuerzo de la razón por alcanzar los objetivos que hagan cada vez más digna la existencia personal, no descuida en advertir que la filosofía moderna, dejando de orientar su investigación sobre el ser, ha concentrado la propia búsqueda sobre el conocimiento humano y, en ese desaconsejable comportamiento, en lugar de apoyarse sobre la capacidad que tiene el hombre para conocer la verdad, ha preferido destacar sus límites y condicionamientos, coronando su apostólico mensaje al contextualizar que:

"...Ello ha derivado en varias formas de agnosticismo y de relativismo, que han llevado la investigación filosófica a perderse en las arenas movedizas de un escepticismo general..."[77].

Y, si bien cierto es que *no debe mudarse fácilmente lo que mucho tiempo ha sido observado*, también lo es que llega una instancia en el devenir cívico de los pueblos que impone la concordancia de ciertas preceptivas anacrónicas y antitéticas a la nueva realidad circundante, particularmente cuando implica la irreversible subordinación a los propios dictados de la Ley Fundamental, razón por la cual devendría venturoso que la llegada del nuevo milenio encuentre a nuestro país exhibiendo un modelo de sufragio sin más exclusiones que aque-

[75] Caso" Velásquez Rodríguez", sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C.N° 4,párr.165.

[76] PAULO COELHO, *Brida*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1994.

[77] Encíclica *Fides et Ratio*, Ediciones Palabra, Madrid, España, 3a.edición, 1998, pág.13.

llas que se respalden en inhabilidades insusceptibles de ser adustamente desconceptuadas[78].

No puedo sustraerme al impulso de nombrar, para avalorar mi aspiración, a ALAIN TOURAINE, particularmente cuando diseña una intención dócilmente persuasiva:

"...La democracia es en primer lugar el régimen político que permite a los actores sociales formarse y obrar libremente. Los principios constitutivos de la democracia son los que rigen la existencia de los actores sociales mismos. Sólo hay actores sociales si se combinan la conciencia interiorizada de derechos personales y colectivos, el reconocimiento de la pluralidad de los intereses y las ideas, especialmente de los conflictos entre dominadores y dominados y, finalmente, la responsabilidad de cada uno respecto de orientaciones culturales comunes. Esto se traduce, en el orden de las instituciones políticas, en tres principios: el reconocimiento de los derechos fundamentales, que el poder debe respetar; la representatividad social de los dirigentes y de su política y, por último, la conciencia de la ciudadanía de pertenecer a una colectividad fundada en el derecho...Una segunda condición de la democracia es que los gobernados elijan a sus gobernantes, participen en la vida democrática, se sientan ciudadanos. Esto supone ser consciente de que uno pertenece a la sociedad política, la cual depende a su vez de la integración política del país. La democracia carece de fundamento si el país está fragmentado entre etnias extranjeras u hostiles entre sí y, más simplemente aún, si las desigualdades sociales son tales que los habitantes ya no tienen el sentimiento de un bien común..."[79].

Ut ita dicam,

Hay que evitar que se descalifiquen los pilares sustentadores de una genuina afición democrática.

[78] Las estadísticas . con el consuetudo márgen de falibilidad que conllevan–, permiten contabilizar una población penal superior a 30.000 internos, destacándose un porcentaje de procesados del 65%, esto es, que alrededor de 19.500 ciudadanos privados de libertad podrían estar en condiciones de ejercitar tan fundamental derecho político.

[79] *Crítica de la Modernidad*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, cuarta reimpresión, 1998, pág.s 321 y 324.

JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO PENAL

EL DERECHO PENAL Y EL ORDEN SOCIAL

ALFREDO BATTAGLIA*

El Derecho Penal, como sabemos, por medio de sus específicas descripciones selecciona los comportamientos sociales no deseados que, sistematizados normativamente y una vez que fueran desconocidos, darían por resultado una "función reparadora del equilibrio del sistema social", que se ha visto traumatizado por la coincidencia entre la conducta desplegada y aquéllas que fueron antes recogidas para la convivencia pacífica.

Se obtiene así, *contrario sensu* y en función del bien común político, una serie de comportamientos deseados para la adecuada armonía social, que quedará lesionada al momento que se desconozca, mediante el incumplimiento de las "expectativas" generadas, cada vez que se infrinjan las normas de contenido imperativo: "No debes matar", "no debes estafar", normas que reconocen un momento previo valorativo antes de transformarse en mandatos, que se manifiesta cuando la sociedad hubo de haber llegado al convencimiento de que "era malo matar", que "no estaba bien estafar". Tal circunstancia es un aspecto que debe tenerse muy en cuenta puesto que se vincula con aquellos valores fundantes que esa misma sociedad ha considerado que deben dársele prioritaria protección y aquellos otros que no la reclaman necesariamente, al menos por esta grave categoría sancionatoria. Adviértase ya la trascendencia de que, quienes deban hacerlo, reconozcan aquellos principios legitimadores del saber penal, ten-

* Titular de Derecho Penal I en la UCA. Ponencia en el marco de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, llevadas a cabo en la UCA., del 2 al 6 de octubre de 2000.

gan en cuenta *in bonam partem* del sentir colectivo, y sean ejecutores del bien común a la vez que respetuosos de la dignidad de la persona humana.

Es pues en este punto de estructuración, donde se nos ocurre que deben definirse los principios y fines que deben ser la base de las pautas de convivencia a que ella aspira, generalmente recogidos y luego estampados como guía principista en la ley suprema del Estado que se intenta construir axiológicamente. Penetrar entonces en este terreno es incursionar en el sustento necesario que sirva de fundamento político, y a su vez natural, básicamente concebido con un sesgo filosófico puntual.

De tal manera el Derecho Penal, en el orden jurídico-objetivo, es, como se ha visto un conjunto de normas y reglamentaciones que circunscriben y delimitan los espacios que, en caso de que sufran menoscabo por aquellos comportamientos indeseables, den paso a la concreción de las amenazas que aquellas normas contienen. Dentro del ordenamiento jurídico entonces, lo importante de subrayar resulta ser el sentido de aquella base principista de contornos políticos, así como también la gravedad de las consecuencias con que se amenaza en cada una de aquellas normas, esto es la pena –la sanción más graves de todo el ordenamiento jurídico–, así como la alta valoración de la infracción producida en los bienes atacados y, finalmente, según veremos, el disvalor creado, todo ello en desconocimiento de los que la sociedad ha querido refirmar en un momento dado.

Porque la misión más profunda de la Ciencia Penal desde WELZEL y BETTIOL, podemos adelantar ya, es también ético-social, no ya por el ataque producido con el resultado, sino por el sentido disvalioso de la acción, con lo que se logra apuntar al aseguramiento y real vigencia del valor de los actos humanos.

El examen puede limitarse al plexo normativo, hoy día más variado que nunca, y que no sólo comprende la ordenada y sucesiva descripción de aquellas conductas mediante códigos, sino que incluye también otro cúmulo nada despreciable de descripciones, de específica connotación penal, pero que se hallan dispersas en ordenamientos legales cuyo principal objetivo es regular concretas y diferentes actividades comerciales, laborales, financieras, impositivas o administrativas, dificultando en mucho la subordinación de ellas a los principios generales y garantistas del derecho penal, esto es principio de legalidad, retroactividad, prescripción, etcétera, reconocidos hoy con extensión universal.

No puede ser ajena a ese examen la cotidiana y racional aplicación jurisdiccional que de aquéllas normas se haga por los organismos legalmente instituidos para ello, esto es, las decisiones en los casos particulares que encierran aquello que en definitiva, hermenéutica de por medio, viene a constituirse en el mayor de los intereses que, juzgadores y juzgados, deben tener cuidadosamente en cuenta, y que se ha pretendido poner en orden y coherencia, recientemente entre nosotros, a través de la labor casatoria, nacional y provincial.

Pero ciertamente nos ha parecido de interés, para esta oportunidad, el estudio y conocimiento de los principios que sustentan aquellas normas a través del desarrollo analítico de la teoría del delito, necesariamente previo a la aplicación jurisdiccional, que se juzgará adecuada o no, según sea el contenido valórico de aquellos principios que respalden al sistema adoptado. De todos modos debe reconocerse que ambas cuestiones se entrelazan en tal medida, que las decisiones, van a desembocar en definitiva, a través de la tarea interpretativa, en una resolución sancionatoria mayor o menor, pero cuya cabal justipreciación se encontrará en otras de las patas de esta mesa, cual es la adopción de una teoría sobre la pena y su consecuente individualización.

Hoy se acepta sin discusión al parecer que la concepción y funciones que le asignemos al Derecho Penal, dependerán de la naturaleza y fines que le atribuyamos a la pena. Durante las últimas décadas del siglo XIX y primeras del siglo XX, digamos desde VON LISZT, nadie dudaba que el objetivo de aquél era la protección de los bienes jurídicos, y cobraba vida al momento que una acción humana ponía en peligro uno de ellos. La irrupción del finalismo a mediados de siglo con WELZEL a la cabeza, trajo la concepción de que, si bien el fin del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, debe concretarse más bien, como ya dijimos, "mediante la protección de valores ético-sociales elementales de acción".

Reclama entonces como "misión" propia de la ciencia penal, desarrollar una función ético-social, dentro de la cual ha de valorarse tanto el resultado como el sentido de la acción. A la protección de bienes esenciales mediante la conminación de una pena, debe añadírsele, tal vez con un sesgo mayor de autenticidad, el aseguramiento de la real vigencia de los valores de la acción humana. Es lo más profundo, dice, que hallamos íntimamente en su esencia, y tiene un carácter positivo. Se percibe al desalojar del centro de análisis el efecto material del "resultado" de la acción, que da connotaciones "utilitaristas"

al Derecho Penal, para colocar en aquel núcleo, esa tendencia "positiva de la acción del ciudadano". Más que matar, añade, ha de valorarse el respeto a la vida y de tal manera asegurar los valores sociales. Es como el trabajo para el hombre, tiene la utilidad del sustento, pero supone paralelamente una valoración psicológica para él que aflora en los casos que debe por ejemplo abandonárselo. MIR PUIG, no hace distinciones, aunque llega a afirmar que "el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos,... posee un fundamento plural que procede de los tres principios de la fórmula, siempre presente en este autor, de un Estado social, democrático y de Derecho".

Un pormenorizado tratamiento le merece a ROXIN dentro de esta problemática, esta cuestión del bien jurídico. Partiendo de la base de que la Constitución presupone la legitimación del Estado para penar, y que el concepto material de delito es anterior al Código Penal, que su cometido es la "protección subsidiaria de bienes jurídicos", y que antes de aceptarla como función penal, "debe penetrarse por toda una jungla de cuestiones polémicas" para obtener de tal concepto "un significado seguro y suficientemente claro". En esa tarea comienza entonces entre otras, por excluir aquellas acciones sexuales meramente inmorales –homosexualidad, sodomía– con fundamento en el Proyecto alternativo de Código Penal Alemán de 1966, que significó la liberación del Derecho Penal sexual, limitándolo solo a las conductas que a su vez vulneraran la libertad individual o perjudicaran a menores.

Sin embargo y como el mismo ROXIN lo reconoce, todo estriba en qué ha de entenderse por "bien jurídico". De tal manera, lo define como "circunstancias dadas" o "finalidades útiles" para los individuos de un estadio social global, estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para que funcione el sistema. Añade también que ese concepto abarca tanto los estadios previos al derecho, como las normas creadas por él. De esa forma excluye de esa categoría a las "conminaciones arbitrarias", las que tengan "finalidades ideológicas", las "inmoralidades".

Es notorio sin embargo, que las "circunstancias dadas" y las "finalidades útiles" de ROXIN, pueden no ser verdades aceptadas universalmente. Ello nos lleva a sostener para arribar, como mínimo a alguna conclusión, que no hay otro remedio que admitir principios previos, fundacionales, de raigambre filosófica, sobre los cuales se estructure todo el andamiaje normativo, constitucional primero y legislativo después. Porque si bien, de alguna manera, podría coincidirse con ROXIN

en que, en todos los casos, las conminaciones arbitrarias y las finalidades ideológicas podrían ser materia de exclusión, no nos resulta tan seguro que podamos decir lo mismo respecto de aquellas inmoralidades que este autor también menciona, ya que su consideración, pensamos, debe ser diferente. Por ejemplo, en nuestra opinión, hay un bien a preservar, tanto desde el punto de vista del bien común como de la propia dignidad humana constituido por "el correcto uso de la sexualidad, que da margen más que suficiente como para tener en cuenta su especial protección y adquiere considerable gravedad, independientemente de toda apreciación moral. No es despreciable la influencia que el aumento y proliferación de la homosexualidad, imposible de negar, como un elemento más que conspira contra la reproducción de la especie, y por ende con vinculación directa con el problema del estancamiento poblacional, que practicamente muestran en toda Europa los índices de natalidad, y suficientemente alarmante a futuro en otras zonas del resto del mundo.

Es incuestionable, por lo demás, que el aspecto normativo a que hemos aludido, fue durante largo tiempo enmarcado, podemos decir, en la tradicional dogmática jurídica, que se hacía fuerte en un positivismo jurídico insostenible, que no permitía la contaminación del Derecho Penal con nada que no fuera dogma, esto es, derecho vigente guardián incólume de cualquier desviación, digamos *extra legem*, que apuntaba así a asegurar, metodológicamente al sistema. Nos ha tocado intervenir en un destacado trabajo de un no menos destacado profesor de esta casa, donde se recalca la bocanada de aire fresco que la corriente finalista trajo a la discusión, "esforzándose en superar los criterios positivistas", acudiendo, como vimos, a la necesidad de la presencia en este ámbito de valores ético-sociales, dejando de lado las tendencias naturalistas-utilitarias en materia penal.

Es oportuno señalar que no se ha resaltado demasiado esa raíz filosófica del pensamiento de WELZEL. Sin embargo, en una serie de artículos compilados y editados entre nosotros hace unas décadas, subraya que con su caracterización de la esencia de la acción humana, queda su planteo incorporado a una tradición filosófica que desde ARISTÓTELES en la Ética a Nicómano, mostró por primera vez su estructura a través de la finalidad, concepción, añade, que se impuso en la Edad Media ante todo por obra de SANTO TOMÁS, y que fuera generalmente aceptada hasta HEGEL, y que, sigue sosteniendo, sólo a fines del siglo XIX, ante la aparición de las ciencias mecánicas naturales que invaden el campo del Derecho, se hace de la acción un proceso causal exterior. (*La teoría de la Acción Finalista*, Ed. Depalma, Bs. As. 1951, pág. 18 y sigtes.)

De tal modo, y a partir de allí, se han contrapuesto a lo largo del desarrollo del pensamiento penal, conceptos como "protección de bienes jurídicos"-"acción disvaliosa"; "prescindencia de la voluntad en la acción"-"dominio de la acción"; "derecho penal de autor"-"derecho penal de acción"; "función represiva de la pena"-"función preventiva de la pena"; "teorías relativas"-"teorías absolutas"; "concepciones racionales e irracionales". Y hoy en día se encuentra en pleno cuestionamiento la misma función que desempeña el Derecho Penal y aún, como se sabe, su propia legitimación. El mismo ROXIN, en forma algo contradictoria a lo que antes había afirmado, cuestiona la retribución sobre la base de que el Estado no está legitimado, considerando ineficaz a la intimidación, por el peligro de que llegara a instrumentarse como terror estatal, y en segundo término, porque la resocialización coactiva "no promete resultados".

Pero hubo quienes, como CARNELUTTI, colocado fuera de todos los catálogos de los estudiosos de la actualidad, –tal vez por su diáfana explicitación de cada una de las instituciones que trata–, se preguntó también en su momento ante la función penal que historicamente le cupo al estado, qué es la pena. Y no vaciló en puntualizar que, como la palabra lo dice, es un dolor, que actúa en el plano aflictivo, que hace sufrir. Y, extendiéndose sobre la prevención, añade que tiene su función intimidatoria, actúa como estímulo contra la "tentación". Pero niega que sólo sirva para eso, ni tampoco para la sola retribución del mal con otro mal, opinión que prevalecía por entonces. Sostuvo en cambio que es contraria ante todo a las enseñanzas de Cristo, el cual dijo que no es el alma sino el bien lo que puede vencer al mal y que el vicio lógico lo constituye el hecho de confundir el mal con el dolor. Y para no dejar dudas, termina afirmando que la pena sea un dolor está bien, pero que sea un mal, "ahí está el error". Por lo tanto ¿es un bien?, se pregunta, y responde que sin duda lo es, porque el dolor es el medio de la redención, del arrepentimiento. La función de la pena es penitencia. Y concluye, esta es la verdad intuida por quienes asignan al castigo la finalidad de la enmienda.

No es menos cierto, conforme a lo dicho, que aquellas dicotomías, llegaron, respecto de la pena, como veremos, a soluciones intermedias, que consideramos de más seria y sólida fundamentación. No obstante, parecería que las teorías de la prevención, con sus limitaciones, serían hoy mayoritarias. Por el contrario, recogen mayores objeciones las que le otorgan un carácter represivo. En el lenguaje diario de hoy, "reprimir", se ha instalado como sesgo definitivo de lo

repudiable, de lo socialmente más abyecto respecto de los atributos con que se caracteriza el ejercicio de la autoridad.

Estas tendencias, de aristas sin duda disolventes en nuestra opinión, adquieren día a día nuevos adeptos de deslegitimadores, sugestivamente en coincidencia, con determinadas concepciones ideológicas dominantes, casi en forma universal y en permanente pugna por una superación cada vez más rigurosa. Prueba de ello es por ejemplo el lenguaje de ALESSANDRO BARATTA, sostenedor de un Derecho Penal mínimo, quien ha sostenido que la pena, especialmente en sus manifestaciones más drásticas, como las que penetran en la esfera de la libertad personal y de la incolumidad física del individuo, son "violencia institucional", a lo que debe sumarse, continúa, que ni legisladores, ni policía, ni ministerio público, ni jueces, ni órganos de ejecución, responden ya a un interés general, "sino a grupos minoritarios dominantes y socialmente privilegiados". En su nota al pie de página aclara, que es alarmante el ejercicio extralegal del poder punitivo con prevalente uso de penas extrajudiciales, acciones militares, paramilitares, torturas, desapariciones, todo fuera del derecho. Respecto del funcionamiento de la justicia lo califica de "selectivo", porque la "clientela del sistema son las clases populares y los grupos sociales más débiles".

Bueno es puntualizar ante todo, dejando de lado su notorio contenido ideológico, la poca coherencia y valor argumental que ofrecen por otro lado aquellos conceptos. Efectivamente, esas extralimitaciones referidas en la nota señalada, ningún vínculo tienen con la severidad o lenidad de una pena –sancionada, aplicada o cumplida– que signifique aquella supuesta violencia institucional, ya que ellas (acciones militares, torturas, desapariciones etc.), en el mismo planteo del autor, carecen de toda legitimidad en sí mismas, por estar fuera del marco jurídico de regulación ya que la idea propuesta parte precisamente de su ejercicio extralegal. De lo que se infiere que aquellas extralimitaciones, y precisamente por serlo, se han de producir y pueden entonces sobrevenir o no, aun cuando se tratare de un régimen penal minimalista y abolicionista, como el que aquél propone, toda vez que dependen por su naturaleza del voluntarismo político ilegítimo que le son propios. Es decir si se trata de excesos, que el autor mismo califica de "extra legales", ningún régimen minimalista o no, podrá solucionarlos, y pasarán a ser, según acabamos de ver, violaciones de la ley, seguramente con mayores posibilidades de ser castigadas con éxito en aquellos ordenamientos jurídicos que puedan escapar de esa propuesta de un Derecho Penal Mínimo.

Entre nosotros, ZAFFARONI, en el mismo sentido, adopta una postura que se ha dado en llamar "dogmática anti-sistema", y con lenguaje similar, sostiene la ilegitimidad de la legalidad procesal para imponer penas, porque se ejerce en un marco de arbitrariedad que redunda en la parte poblacional más desprotegida y, de tal modo se fundaría en la desigualdad social. La violencia, el genocidio apuntan al joven marginal, dice, y es dentro de ese conjunto de donde se selecciona, una "clientela judicial" de desposeídos e inmaduros, ilegitimidad que se completa también con su permanencia en prisión, factor seguro de deterioro de la subjetividad del interno. Como solución propone la disminución de esa proyección ascendente a través de un menor "protagonismo Penal". Así la ilegitimidad del poder ante la culpabilidad pone de relieve que la responsabilidad no es del imputado, sino de la "agencia judicial" –dice– que debe rendir cuentas personal y socialmente, desde que la vulnerabilidad del sujeto "opera como límite máximo de la violencia tolerada. La pena entonces pasa a ser un sufrimiento sin sentido.

Al menos a primera vista, tales tendencias deslegitimantes, permiten deducir sin forzamiento alguno, que ese nihilismo con fines que aparentemente no podemos dejar de vincularlos a concepciones anárquicas, carecen de bases de sustentación, de puntos de partida filosófico-jurídicos que sirvan de apoyatura sólida tanto a los principios constitucionales del Estado, como a su incorporación en materia legislativa.

En cambio, alejándose de esta secuencia de ideas ROXIN, no deja de referirse a la fundamentación principista, aunque sostiene la "mutabilidad del bien jurídico", y aclara que esta mutabilidad consiste en "cambios sociales" y a "progresos del conocimiento científico" que, aunque válidos en su justa proporción, nos parecen insuficientes por carencia de universalidad y ser, por ello, meramente coyunturales. Aquella inmutabilidad, según lo que acabamos de señalar, en esencia se ha dado, se da y se dará siempre, conforme se reconozca, tal como ya se ha dicho acertadamente en esta Universidad en el trabajo mencionado, la necesaria y natural sucesión de "principios generales, principios del derecho, relación con las leyes del ordenamiento jurídico constitucional y legislativo", todo lo cual constituye paralelamente la "operación legitimante de la praxis penal".

Con mayor proyección, ciñéndose a la pena en sí, dice con verdad JESCHECK que debe entendérsela como "el medio necesario para alcanzar la protección de la sociedad de un modo justo".De forma incuestio-

nable ha de reconocerse entonces que funda la pena en la idea de justicia, por lo que, si las teorías absolutas (o de la retribución) la legitiman en los casos que la protección sea justa, como hoy se dice, el insigne penalista alemán es partidario, en principio, de aquellas concepciones.

Sirva ello entonces, de base argumental para señalar que asignarle sin más, críticamente, a las teorías absolutas la carencia de fundamento empírico como se ha dicho, esto es, el proveniente de la experiencia, se nos hace algo confuso, toda vez que lo mismo cabría decir de las relativas, pues todo estribará en examinar los resultados obtenidos con la aplicación de unas u otras no muy alentadoras en verdad ninguna de ellas aisladamente. Y por su parte, al argumento de que la supresión del mal causado por la acción ilícita mediante la aplicación de la pena es ficticio porque, se dice, en realidad al mal de la pena se suma el mal del delito, más parece ser un juego de palabras que fundamento serio, toda vez que validarlo significa primero, que nada se dice con señalar que "se suman", y en segundo lugar, porque resulta de por sí insostenible ya que ambos males tienen por propia naturaleza, causas diferentes. Uno proviene del autor que ha producido la ruptura del orden jurídico, y el otro nace del padecimiento que la sanción produce en aquél, que, precisamente por ello, por esa diferencia, es que queda restablecido el orden perdido.

La legitimación de la pena, dice JESCHECK, consiste exclusivamente en que es necesaria para el mantenimiento del orden jurídico como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad. El poder del Estado se aniquilaría a sí mismo y si ella dejara de tener poder coactivo, se rebajaría hasta convertirse en una mera recomendación sólo éticamente vinculante. Debe añadirse que contribuyen también a ello las demandas de justicia de la comunidad, que no soportaría convivir como si no hubiera habido injusto alguno, llegando a advertir este autor que así es como "el camino a la venganza privada quedaría abierto". Termina, indicando significativamente, que esa pena ha de cubrir las necesidades del autor hacia una liberación de la culpa, con significado expiatorio, aclara, imprescindible como "experiencia fundamental del hombre como ente moral". De ahí que crear la posibilidad expiatoria como prestación moral autónoma, sea para JESCHECK "una tarea legítima del Estado". Con esta enumeración deja entonces establecido en forma en extremo precisa, el logro de la triple justificación buscada: político-estatal, psicológico-social y ético-individual de la pena.

Reafirma de tal manera su carácter aflictivo, y negarlo, sostiene, sería tanto como negar "el propio concepto de pena", y finaliza con la cita del Evangelio de San Mateo que reproduce el sermón de la montaña respecto de la necesidad de devolver el bien por mal, remarcando que ello sólo puede cumplirse indirectamente por el Estado "empleando la pena para asegurar las condiciones existenciales de los hombres y para posibilitar finalmente, de ese modo, la realización del bien". Puede añadirse, desde un punto de vista empírico, que la necesidad de la pena surge también de aquellas legislaciones que, en un frustrado intento de descriminalización, debieron volver a ella, como sucedió en Suecia (1956 y 1962), Bélgica (1964) y la Rusia soviética (1926 y 1958).

Frente a esto, bueno es recordar que la escolástica por su parte, partiendo de la insuficiencia material y moral del hombre individualmente considerado, ha reconocido en primer lugar y siempre, su sociabilidad natural que en su desarrollo tiende establemente a un mismo fin, el bien común, y, en segundo término, que su perfección culmina, a través de las sociedades menores, en el Estado, dentro del cual, y en tercer lugar, la base legitimante culmina con la tarea de coordinación, que se obtiene con la necesaria existencia de la autoridad pública que posibilite el logro de los bienes individuales, mediante la conservación de la tranquilidad y seguridad que necesita el ejercicio de los derechos de cada uno, así como el bienestar general.

Entonces, además de la promoción de intereses, el Estado tiene la función de la defensa de los derechos, y asegurarlos en nombre de la justicia, virtud de dar a cada uno lo suyo con perpetua y constante voluntad, según la tradición que sigue SANTO TOMÁS, virtud que desempeña una fundamental función en el recto desenvolvimiento de la vida social y, en lo que específicamente a la materia penal se refiere, haciendo respetar el derecho de los demás en todas sus manifestaciones de cierta entidad, materiales y morales: el derecho a la vida, a la salud, a la propiedad, al honor, a la libertad, etcétera. De tal manera el ordenamiento jurídico así legitimado, se erige en la base de toda convivencia humana. No hay pues seguridad, todo se vuelve incierto cuando se abandona el derecho. O cumplimiento estricto del derecho, o arbitrariedad sigue aclarando SANTO TOMÁS. Dentro de estos parámetros el orden de la justicia, que participa del orden del universo, pide que los transgresores sean castigados, lo que hace de la pena "un mal", pero no un mal absoluto, porque "el castigo en cuanto a castigo es justo, y lo que es justo es bueno", aunque el que lo padezca lo sienta como mal de culpa, termina el Aquinate.

Luego la razón de ser del Estado, y de su *jus puniendi*, la encontramos en la misma naturaleza humana como forma de superación última para encontrar toda su plenitud. Así para conseguir el bien común civil dentro de él se hace esencial aquella tarea coordinadora de la autoridad pública que consiste, entre otras cosas, en crear y mantener aquella tranquilidad y seguridad mediante la estipulación de conductas reprimidas con pena, para el logro de los fines individuales dictando las normas, más que para la protección de bienes, para que tiendan a reafirmar el goce de los derechos esenciales.

Establecido lo que antecede, podemos analizar si la pena en su aspecto retributivo es un fin para esas teorías. Y ciertamente nos inclinamos a pensar que si lo es, si bien al decir de ROXIN, parecería que no persigue un fin socialmente útil, esto es se la entiende "libre de fin", ello sería válido siempre que se entienda como "fin" sólo lo que tiene contenido social, reeducador. Pero si a aquél se traduce en la realización de una virtud, la justicia, puede válidamente sostenerse que se ve en ella la concreción del ideal de la retribución justa, que en forma paralela pone coto a la apreciación de la medida de la culpabilidad por su propia definición. No obstante aquel autor la considera hoy insostenible científicamente. No sólo porque no puede prescindirse de la finalidad social, sino porque el Estado no está legitimado para realizar el ideal de Justicia, ya que sólo debe proteger la convivencia entre los hombres, sino porque admitirla sería aceptar una creencia de fe, a la que el Estado no puede obligar, porque la autoridad no le viene ya de Dios, sino del pueblo.

Como puede apreciarse tales afirmaciones implican un substractum discursivo de carácter filosófico político que no podemos compartir y que abarca la esencia y el origen de aquella autoridad, análisis en el que no es nuestro propósito entrar, salvo para decir que, hoy por hoy, jurídica y socialmente hablando, tan estrecho y limitado fin representado sólo en la retribución, no es ni debiera ser admitido en tan absoluto aislamiento.

Ahora bien, cuando encaramos el específico de la prevención general, no puede prescindirse de la figura de Feurbach con su coacción psicológica en el momento de la incriminación, con la que se sentaba la eventual verdad intrínseca de las amenazas que se desprenden de las formulaciones legales. Sin embargo, hoy por hoy, estas intimidaciones legales que apuntan a la evitación de cometer delitos, no agotan la prevención general. Como sostiene MIR PUIG, citando a HASSEMER, FINES, JAKOBS, actualmente se tiende a añadir a aquella

funcionalidad negativa –sigue en esto a WELZEL–, una prevención general positiva, que tiende en cambio, como ya señaláramos, a reforzar el aspecto valorativo de las convicciones jurídicas de la sociedad. Así también ARMIN KAUFMANN parece participar del criterio, ya que destaca primero, el valor informativo del catálogo de delitos contenido en los ordenamientos jurídicos, con lo que se delimita así el campo de lo agible del campo de lo vedado a la conciencia social; luego añade la confianza en la aptitud de la ley para imponerse y, por último, a través de ella, se genera en el espíritu social el respeto por el derecho. ROXIN, expone en cambio sus temores respecto de esta prevención general en el sentido, dice, de que puede iniciar, más de lo que pueda desearse, "una tendencia al terror estatal". Debe sin embargo rescatarse en este punto el pensamiento de MIR PUIG al respecto, toda vez que si bien se muestra partidario de colocarle ciertas cortapisas a esta forma de prevención, considera que no ha de desechársele desaprensivamente puesto que en definitiva, dice, "constituye una de las bases que legitiman el uso de la pena".

Opuestamente, con el notorio fin de lograr que quien la padece, no vuelva a delinquir, aparecen en el pensamiento penal, como es sabido, las distintas formas con que se formulan las teorías de la pena llamadas de prevención especial, variando el ángulo del análisis respecto de las anteriores que apuntaban, por el contrario, a impactar con la pena a los integrantes de la sociedad toda.

Alguien dijo en cierto momento del desarrollo de los estudios penales que se había dado "una vuelta a VON LISZT". Pues bien, es él quien hizo un interesante desarrollo de esta vertiente penológica que, en alguna medida podríamos tildar de positivista (en el sentido de la escuela italiana de fines del siglo XIX y principios del XX), como veremos. De todos modos puntualiza eso sí, que la pena hallará justificación teniendo como principal parámetro su finalidad, de ahí que en su famoso "Programa de Marburgo" hable de "pena final".

Partiendo de la idea de que la pena justa es la necesaria, sostiene, desde su concepción científico-empírico-positivista, que lo será en la medida que se ajuste a un criterio adecuado de prevención sobre el condenado. Pero para su concreción práctica, efectúa una clasificación de los delincuentes al estilo de ENRICO FERRI, y así considera por un lado a aquellos delincuentes que serían los "ocasionales necesitados de correctivo", para los cuales es conveniente que aquélla surta el efecto de un recordatorio; luego a los "no ocasionales pero corregibles" para los que la pena deberá funcionar adecuadamente como elemento resocializador; y finalmente para los "habituales no corregibles" don-

de ella deberá representar un elemento inoculizador, temporal y hasta perpetuo. El movimiento "preventivo especial", dio la vuelta al mundo en lugar y tiempo por decirlo de alguna manera, ya que recorrió el pensamiento penal del momento, a través de Italia, de los países anglosajones, de la propia Alemania (Proyecto Alternativo del Código Penal respecto del Oficial de 1962), y también con la aparición de instituciones morigeradoras para el cumplimiento de la pena, etcétera.

MIR PUIG, en análisis crítico de la institución, con mucha razón especifica que ella no puede funcionar sola porque, dice, a veces se hace "innecesaria", a veces "imposible" y, por fin, también "ilícita" por ejemplo frente a los delincuentes por convicción, a los terroristas y a los delincuentes políticos. En cuanto a "ilícita", no nos parece que lo sea para los dos primeros, según sugiere, aunque sí parecería que podría serlo para la categoría de delincuentes políticos. El argumento para él, estriba en que en un estado democrático, esta prevención especial no debe actuar como elemento "coactivo sobre los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad", lo que parecería válido para los delincuentes políticos, que verían violentada su conciencia, salvo su libre aceptación, toda vez que ellos no deben ser objeto –dice– de "la acción resocializadora de un estado intervencionista", sino que debe ser tenido como "sujeto no privado de su dignidad".

Respecto de los delincuentes que llama "por convicción" y de los "terroristas", este punto de vista nos parece que se erige como un equivocado enfoque respecto de lo que menciona como su "integridad personal". Siguiendo ese camino, esto es, tratándose de un ataque a la incolumidad del pensamiento y por ende tener la resocialización por ilícita, se podría llegar a sostener que lo es hasta la innegable necesidad de persecución de los delincuentes, toda vez que podría afirmarse con igual valimiento que han demostrado que para ellos, desde su punto de vista, es bueno robar, es bueno estafar o violar y no debe tratarse de cambiar tal escala de valores sin poner en riesgo aquella "integridad personal". Se la debería por lo tanto respetar , en aras de no menoscabar su estructura ética, incuestionablemente negativa, lo que no parece demasiado razonable. Es de toda lógica que un delincuente "por convicción", un "terrorista", precisamente en un régimen republicano, es, diríamos, que hasta imprescindible que sean sometidos a un régimen de prevención especial, aunque ello en la práctica sólo quedara en un buen intento, específicamente porque al obtener esa resocialización se impedirá que aquél persevere con los métodos de violencia que ponen en riesgo la vida y la hacienda de las personas, es decir, un directo ataque a la paz y tranquilidad general que, naturalmente son parte del bien común político a proteger.

Nos parece que todo sistema penal, como lo refiere aquel valioso trabajo investigatorio que ya mencionamos y venimos siguiendo, debe fundarse en "un punto de partida valórico tenido por válido, con verdad propia y que tiene relación trascendental con bienes y fines que operan como principios". Por ello esa obsecación hacia el delito o hacia el terrorismo que estamos considerando, incuestionablemente, menoscaban de manera indubitable ese aspecto axiológico en que debe apoyarse el saber penal, que a través de la ley apunta al bien común, que opera, a nuestro juicio, muy por encima de aquellas voluntades individuales sin rozar siquiera la dignidad de la persona humana, sino que la fortalece con su aporte. No hay entonces personalidades mancilladas por acción de la prevención especial, sino una acción de persuación respecto de los valores que a su vez integran aquella dignidad, esto es, persuadirlas de la equivocación en que incurrieron frente a la opción que les propuso la ley axiológicamente sostenida al momento de delinquir.

Nuestro Código Penal es un ejemplo de ello. Mediante la reforma introducida por la ley 23.077, sanciona a quienes quieran sustituir por cualquier medio, violento o no (p.ej. fundando un partido monárquico), el sistema democrático de gobierno con una escala de 8 a 25 años de prisión. Cierto es que mucho se ha hablado de la sancionabilidad de este tipo de "delitos políticos", esto es, sancionar conductas por su oposición, no ya al orden social, sino a ciertas formas de ordenamiento político, debido ello a las reservas que el tema ha merecido en general, figuras estas que presentadas en pie de igualdad con los delitos comunes, hicieron decir en su momento a CARNELUTTI, que el incremento de esta tendencia incriminatoria hacia el plano político, representa acaso un síntoma alarmante de la degeneración del ordenamiento jurídico.

Pues bien, de todos modos la escala entre nosotros adoptada señala la importancia asignada al bien tutelado, y estaría indicando liminarmente, si nos atenemos a lo tan enfáticamente establecido por nuestra ley, la conveniencia de intentar un principio de resocialización de los transgresores, no solo para defensa del régimen democrático que se quiere tutelar, sino inclusive del condenado, para que no persista en atacar el sistema de tal manera protegido. Lo dicho sirva sólo para fundar nuestra discrepancia con la enumeración de MIR PUIG, debiéndose tener en cuenta a los efectos de la prevención especial, cuál es, como ya los destacáramos, el sistema de los valores y principios que deben servir de base a todo sistema jurídico-político instaurado.

Por último las teorías unificadoras o mixtas, muestran diferencias notorias, y que si bien son aceptadas por ROXIN, aclara que si son correctamente entendidas, deben dejar de lado el carácter retributivo, basado ello en el argumento de que las instituciones jurídicas no tienen "esencia alguna" fuera de sus fines sino que esa "esencia" está determinada precisamente por estos últimos. A renglón seguido reconoce que ella significa una intervención coercitiva del Estado (unas vacaciones en Mallorca no podrían constituir una pena), y que en el castigo, además reside un reproche "ético-social", pero ello no finca, dice, en el carácter retributivo de la pena, porque sus irrenunciables componentes de finalidad preventivo general, se frustrarían si motivaran la realización de delitos, en vez de actuar sobre su evitación. Y en definitiva, tampoco del hecho que se la considere un "reproche social", debe deducirse su carácter esencial retributivo, ni de causación de un mal. De la desaprobación de una conducta, se puede derivar una futura evitación de ella en cuanto a lograr la resocialización, finaliza.

Estos dichos de ROXIN no resultan demasiado claros ni convincentes en su totalidad, porque si se comienza por admitir la coerción estatal, y se sigue destacando el reproche ético-social a que aludiéramos, no queda claro el porqué de desalojar la retribución como esencia de la pena, que debería formar parte de su contenido y que puede sin inconvenientes, convivir con la tarea preventiva (en todos los sentidos), nunca negadas en la actualidad. Sin embargo ha de reconocerse que habla de que en realidad no es admisible que sea "únicamente" un mal.

La justicia realizada, la amenaza a la colectividad, y la evitación de la reincidencia, también formaron parte de la "lucha de escuelas" en la Alemania finisecular, que terminan por dar nacimiento a una "dirección ecléctica" que inicia MERKEL, y que según MIR PUIG, son las dominantes hoy, en aquel país. Es así como señala dos direcciones a ese respecto: una de protección de la sociedad con base en una retribución justa y además con determinación de fines de prevención; y otra con fundamento en la defensa de la sociedad a través de fines preventivos, correspondiendo en este caso a la retribución, una función de límite máximo de las exigencias de la prevención. Trae a colación para ello el Proyecto del Código Penal Alemán de 1962, que en su mensaje indica que ve el sentido de la pena, no sólo en la retribución de la culpabilidad, sino en la afirmación del orden jurídico, lo que sirve además, continúa, a fines político-criminales como la intimida-

ción, la resocialización y la inoculización. Y termina afirmando que "todos estos fines se alcanzan en parte, sin más, por medio de la pena. Por su parte el proyecto alternativo ya mencionado, reconoce que el Derecho Penal está llamado a cumplir una doble función, no sólo de protección de la sociedad sino también de realización de la justicia.

Bajo las diferentes denominaciones de "Criterios intermedios" u "Opiniones intermediadoras", MAURACH en las dos conocidas ediciones de su tratado, no se extiende demasiado sobre el punto. Sin embargo no deja de manifestar su criterio de que lo serán, las que dejen intacto el carácter retributivo al momento de asignarle fines de prevención, esto es que no resulte modificado aquel carácter de la pena. Si sacrifican su propio ser, la retribución, respecto de determinados fines, llegan en realidad al mismo resultado que las relativas. Debe mediar, dice, un claro reconocimiento del carácter retributivo, que puede también perseguir fines preventivos, sólo así se verificará ese "compromiso" entre los puntos de vista de justicia y conveniencia.

Al referirse a las "teorías unitarias", así las llama JESCHECK, considera que en verdad, se llega a ellas mediante la reflexión práctica de que la pena, en la realidad de su aplicación, puede desarrollar la totalidad de sus funciones sobre el condenado a través de una relación equilibrada entre todos sus fines. Descarta que la retribución sea concebida como una mera humillación al reo, y que debe entendérsela como una intervención moderada que reconcilie al autor con la comunidad mediante la adecuada compensación de su culpabilidad, sin olvidar los necesarios efectos resocializadores que atenúen su cumplimiento, ni perder nunca de vista tampoco aquella vinculación con la culpabilidad que le sirve de fundamento. La pena, concluye, debe caracterizarse por un concepto pluridimensional.

Pero pensamos que lo que hace apreciar y pondera el pensamiento de JESCHECK, es la valoración que asigna al instituto en la praxis jurisdiccional. Desde ADOLF MERKEL, repite, la pena no "flota en el espacio filosófico", sino que se hace palpable para la existencia del reo y de todos aquellos que lo rodean, de allí que deba contener en sí una función social que es lo que la justifica verdaderamente. En forma paralela se asegura también con ella el orden jurídico, se protegen los bienes jurídicos, el autor recibe lo que él mismo considera justo, y es advertido y educado por ella. La pena justa, la pena final en el Derecho Penal moderno, concluye, encuentra su legitimación en la prevención del delito, pero solo puede alcanzarla "si responde a las exigencias de la justicia".

Son estas consideraciones, digamos de practicidad –sin que ello signifique desconocer aquella necesidad de los principios que la legitiman– las que, en nuestra opinión, proporcionan una auténtica noción ontológica de la pena, donde su naturaleza se entrelaza con sus finalidades, brindando una visión realista, alejada de todo dogmatismo sectorial, y de todas las concepciones de caprichosa e insistente unilateralidad. Las equilibradas disquisiciones de JESCHECK, serían suficientes para despejar el enturbiado horizonte de ese Derecho Penal disolvente, deslegitimador y, por ende, alejado de toda realidad social donde, de buscarse una explicación, como ya lo indicáramos, sólo se hallaría dentro de una concepción políticamente anárquica de la sociedad.

Por último la cita que hace JESCHECK de la conocida alocución de S.S. Pío XII del año 1953 a los penalistas concurrentes al 6° Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Roma, merece algunas pocas precisiones para darle la real significación que tuvieron y tienen aún hoy, particularmente en lo que a esta Universidad se refiere. Así, aquella mención nos da pie para señalar que el mensaje del Sumo Pontífice no se limita a recoger el concepto retributivo de la pena que el autor alemán puntualiza, sino que realiza un examen minucioso de la institución y que sorprende por el conocimiento de los principios penales que se ponen allí de manifiesto y cuyo entrelazamiento con los principios filosóficos y teológicos que formula, no tienen límite de aplicación en el tiempo. Desde el comienzo de la exposición refirma posiciones que no admiten controversias, puntos de partida básicos y consubstanciales con las concepciones que sobre tales cuestiones tiene la Iglesia. Destaca así el Sumo Pontífice, que el problema de la pena y de la culpabilidad es un problema de la persona que realiza actos en su libre determinación y que tiene connotaciones no sólo jurídicas, sino también psicológicas, morales y religiosas.

Señala asimismo que el acto culpable, es un arrogante desprecio de la autoridad del hombre y de Dios, y la pena cumple su oficio cuando obliga al culpable a un sufrimiento, a la privación de un bien, a la imposición de un mal. Lo que no le impide proclamar al Santo Padre de inmediato, que las condiciones espirituales del condenado, exigen ir en su ayuda para llegar a una superación y, por lo tanto, a una interior liberación de la pena porque, abandonados los condenados a sí mismos, pocos podrán conseguirla, necesitando entonces recibir no sólo ayuda, sino compasión y consuelo.

En cuanto a aquellas connotaciones mencionadas y referidas al penado y a su pena, señala que debe tenerse en cuenta, desde el punto de vista psicológico, una posible aceptación positiva de la sanción, pero que –admite– no ha de descartarse una salvaje e impotente rebeldía interna suya. En el aspecto jurídico, además de significar el ejercicio de la autoridad del Estado, subraya la correspondiente exigencia de que no se incurra en arbitrariedades, vejaciones o crueldades, por lo cual se debe vigilar su cumplimiento. Agrega que deberán aplicarse sobre el condenado todo elemento científico, psicológico, psiquiátrico, pedagógico y sociológico que existan para llevar adelante aquella vigilancia aunque, añade con un rasgo de cabal conocimiento de las circunstancias, que sin embargo "nadie deberá dejarse llevar por esperanzas utópicas de éxitos importantes a este respecto". En el orden moral el Sumo Pontífice añade que si bien no es común que el reo quiera reconocer su culpa, debe recordársele que el sufrimiento actual es de gran valor para elevar la eficacia ética, haciendo volver el espíritu a lo interior. En lo referido al aspecto religioso, destaca que debe llegar a comprender que las faltas en el orden humano, son una culpa ante Dios, y que trae como consecuencia también, un juicio penal de Dios y que el sufrir con fe y arrepentimiento queda santificado por los dolores y sufrimientos de Cristo Jesús.

Al referirse a la extinción de la pena y a la liberación del estado de culpa, sostiene por último, que ellos no se identifican necesariamente. La extinción de una puede dejar subsistente a la otra, o viceversa. Así, siguiendo el anterior criterio analítico, remarca que la liberación psicológica de la pena se logra con la retractación del querer perverso, y con la voluntad hacia un renovado propósito de querer lo recto y lo bueno. La jurídica con la reconciliación del reo respecto de la autoridad, y la moral con la libre y consciente vuelta de aquél a la sumisión y conformidad con el orden jurídico y, también, de mantenerse en él, y, finalmente, como es natural, menciona la liberación religiosa frente a Dios, la que considera indispensable y de la que no debe sustraérselo por más que se hable de "curación psíquica", "reeducación social", "formación social de la persona", "emancipación del extravío", porque solo la vuelta a Dios lo ha de alejar de tan gran mal, aun cuando se trate del Derecho Penal o de la ejecución de una pena legítima. Y ello porque nada de esto es ajeno a la ciencia y a la práctica jurídica, ya que si bien debe admitirse su separabilidad, nada en el mundo del derecho ha sido creado sin aquella suma instancia, ni puede ser entendido sin esta relación trascendente.

DEL COMITÉ ESPECIAL A LA CONFERENCIA DE ROMA

JUAN MANUEL GRAMAJO*

1.Del Comité Especial a la Conferencia de Roma

Del 15 de junio al 17 de julio de 1998 tuvo lugar en la Ciudad de Roma la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (en adelante, "la Conferencia"). Como consecuencia de sus deliberaciones, se adoptó el 17 de julio el Estatuto de la Corte Penal Internacional o "Estatuto de Roma" (en adelante, "el Estatuto").

El Estatuto de la Corte Penal Internacional constituye un hito de gran importancia en la historia del Derecho Internacional, toda vez que, por primera vez, se avanza hacia la codificación de la responsabilidad penal de "los individuos frente al Derecho de Gentes".

El establecimiento de la Corte Penal Internacional es la coronación de un largo camino que el derecho ha recorrido en este sentido desde los precedentes de Nürnberg y Tokio. El principio fundamental que inspiró a estos procesos –la responsabilidad frente al Derecho de Gentes de los individuos que hayan cometido, amparándose en la autoridad del Estado, delitos que por su gravedad sean repugnantes para la comunidad internacional en su conjunto– es complementado con las garantías legales y procesales del Derecho Penal moderno. En otras palabras, el objetivo de los esfuerzos codificadores que la comunidad internacional fue el de establecer un mecanismo permanente y eficaz, de carácter legal y que se base en las garantías fundamentales consagradas por los ordenamientos penales y procesales de los Estados que integran la Comunidad Internacional.

* UCA-Diplomático

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) completó en 1994, sobre la base de las labores de un grupo de trabajo presidido por James Crawford (Australia), el proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional y recomendó que la Asamblea General de las Naciones Unidas convocara a una conferencia internacional de plenipotenciarios para que examinase tal proyecto de Estatuto y concertara una convención sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional.

La Argentina, que oportunamente había apoyado el establecimiento por el Consejo de Seguridad de los tribunales penales para Rwanda y para la ex-Yugoslavia, favoreció firmemente la creación de una Corte Penal Internacional de competencia general para contribuir a asegurar el respeto del derecho internacional humanitario y los derechos humanos en general. La Argentina indicó, en la Asamblea General, la necesidad de evitar la creación de nuevos tribunales especiales y la conveniencia de establecer un órgano de este tipo mediante un tratado entre los Estados (y no mediante sucesivas resoluciones del Consejo de Seguridad).

La delegación Argentina, junto a la mayoría de las delegaciones que se expresaron durante el debate de la Sexta Comisión del 49° período ordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrado en 1994, se pronunció a favor de la recomendación de la CDI y de la rápida convocatoria de una conferencia diplomática. El Gobierno de Italia ofreció ser sede de esa conferencia.

Sin embargo, no hubo consenso para formular una recomendación en tal sentido. Como solución de compromiso, la Asamblea General decidió crear un Comité Especial para examinar las principales cuestiones sustantivas y administrativas derivadas del proyecto de Estatuto preparado por la CDI y, a la luz de ese examen, considerar los arreglos necesarios para convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios, a fin de adoptar una convención sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

El Comité especial celebró dos períodos de sesiones, del 3 al 13 de abril y del 14 al 25 de agosto de 1995. En ambos períodos de sesiones, la Argentina participó activamente, ocupando además la Vicepresidencia del Comité.

Un escenario similar se presentó durante el 50° período ordinario de sesiones de la Asamblea General celebrado en 1995, en el que resultó nuevamente imposible llegar a un acuerdo sobre la convocatoria de la Conferencia. En lugar de ello, se transformó el Comité

Especial en Comité Preparatorio (manteniéndose el mismo Presidente y la misma mesa del Comité Especial) y se amplió su mandato. Así, la Asamblea General encomendó al Comité Preparatorio la tarea de redactar propuestas y alternativas al Estatuto preparado por la CDI, a fin de presentar un texto consolidado a la Conferencia de Plenipotenciarios (Resolución 50/46).

El Comité Preparatorio sesionó en la sede de las Naciones Unidas de Nueva York en 1996 (marzo y agosto), 1997 (febrero, agosto y diciembre) y 1998 (marzo-abril) y estuvo presidido por el Embajador Adriaan Bos (Consejero Legal del Reino de los Países Bajos). En el seno del mismo, se analizaron las diversas propuestas y puntos de vista expresados por las Delegaciones y se buscó simplificar las diversas opciones, con miras a facilitar la tarea de la Conferencia Diplomática. El Comité realizó una tarea de gran complejidad técnica, al compilar las propuestas de las diversas delegaciones, elaborando diferentes textos consolidados de negociación, que facilitarían las discusiones. En el seno del Comité pudieron, inclusive, alcanzarse soluciones de consenso referidas a algunos temas difíciles, tal como el de la relación entre la Corte y los sistemas judiciales nacionales.

Durante su 51° período de sesiones celebrado en 1996, la Asamblea General adoptó por consenso la resolución 51/206 que, en síntesis, dispone lo siguiente:

– se convoca a una conferencia de plenipotenciarios para concluir la convención sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. No se prevé fecha exacta pero en el preámbulo se expresa reconocimiento por el ofrecimiento del Gobierno de Italia de celebrar la conferencia en junio de 1998.

– la Asamblea General deberá tomar las medidas necesarias para la conferencia que se celebrará en 1998 "a menos que la Asamblea General decida lo contrario en vista de las circunstancias pertinentes"

La Conferencia Diplomática se reunió en Roma del 15 de junio al 17 de julio de este año y, como resultado de sus trabajos, se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, denominado "Estatuto de Roma". Dicho Estatuto fue adoptado por votación, contando con 120 votos a favor (entre ellos, la Argentina, Canadá, Australia, Nueva Zelandia, Sudáfrica, República de Corea y los miembros de la Unión Europea), 7 en contra (entre otros, Estados Unidos, Israel y China) y 20 abstenciones (entre otros, Singapur, Sri Lanka, Trinidad y Tobago y Turquía). Cabe destacar que dicha votación no fue registrada, por lo que no se cuenta con el detalle de la misma.

El Estatuto, que consta de 128 artículos, fue abierto a la firma en Roma el 17 de julio de 1998, y hasta el 17 de octubre de este año. A partir de esta fecha, lo estará en la sede de las Naciones Unidas de Nueva York hasta el 31 de diciembre del año 2000. El Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al 60° día del depósito del 60° instrumento de ratificación, aprobación, aceptación o accesión. De conformidad con lo dispuesto en su artículo 120, el Estatuto no admite la posibilidad de reservas.

Hasta el presente han firmado el Estatuto treinta Estados. Entre ellos, merecen destacarse Italia, Francia, Países Bajos, Sudáfrica, Chile y España. Se espera una comunicación oficial del Gobierno italiano, depositario del Estatuto hasta el 17 de octubre, respecto de los restantes Estados que ya han firmado dicho instrumento internacional: 2. Posición de los Estados y Grupos Regionales:1. La Posición Argentina:

En el seno del Comité Especial que sesionó durante el año 1995, y en el Comité Preparatorio que sesionó durante 1996 y 1997, la República Argentina apoyó la creación de una Corte independiente, imparcial y eficaz. La delegación Argentina sostuvo que el Estatuto debía recoger las normas y principios fundamentales del derecho penal, reconocidos por la Constitución Nacional y, en general, por los principales sistemas jurídicos del mundo, tales como los principios de legalidad, irretroactividad, debido proceso y defensa en juicio[1].

A fin de asegurar el logro de los antedichos fines, la delegación Argentina apoyó los siguientes principios fundamentales:

1. Competencia automática de la Corte sobre los delitos principales, denominados "de núcleo duro" (core crimes), es decir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. En relación con la agresión, se comprendía la existencia de dificultades para hallar una correcta definición de dicho delito en el Estatuto

2. Independencia del Fiscal, que sería elegido por los Estados partes y gozaría de facultades para iniciar investigaciones de oficio. Se aceptó que los actos del Fiscal estén controlados por una Sala de Cuestiones Preliminares –Pre-Trial Chamber– También se admitía que el Consejo de Seguridad, actuando bajo el Cap.VII, pueda referir situaciones a la Corte.

[1] La delegación argentina estuvo presidida por el señor Canciller, Ingeniero Guido Di Tella y por el señor Ministro de Justicia, Dr. Raúl Granillo Ocampo. El Dr. Granillo Ocampo pronunció la intervención de la Argentina en el acto inaugural y firmó, el 18 de julio de 1999, el Acta Final.

3. Jurisdicción basada en el principio de complementariedad, en virtud del cual la competencia de la Corte se activa si el Estado que debe juzgar el delito no quiere o no puede hacerlo (*unwilling or unable*).

4. Plena obligación de los Estados de cooperar con la Corte, no pudiéndose asimilar el régimen de cooperación con dicho tribunal a los regímenes previstos por los tratados bilaterales de extradición.

5. En la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, que sesionó en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998, la Argentina sostuvo los antedichos principios, juntamente con un gran número de Estados. También, apoyó la pronta adopción del Estatuto.

6. Asimismo, la Argentina sostuvo en la conferencia la importancia de incluir el delito de tráfico ilícito de estupefacientes en el Estatuto. Atento a las dificultades existentes para la adopción de una decisión sobre esta cuestión, se apoyó la inclusión en una Resolución anexa al Acta Final, de una referencia a la futura inclusión de este delito, en oportunidad de una Conferencia de Revisión.

La Argentina participó activamente tanto en el Comité Preparatorio que sesionó entre 1996 y 1998, como en la Conferencia Diplomática. En el Comité Preparatorio, ocupó una de las vicepresidencias, así como la presidencia del Grupo de Trabajo sobre Cuestiones Procesales. En la Conferencia, por su parte, ocupó la vicepresidencia del Comité Plenario (*Committee of the Whole*) y la presidencia del Grupo de Trabajo sobre Cuestiones Procesales. También, formó parte del Comité de Credenciales.

La República Argentina desempeñó un papel relevante, juntamente con las delegaciones de Australia, Canadá y los Países Bajos, entre otros Estados, en el grupo de países denominados amigos de la corte ("like-minded"). Tal actuación ha sido valorada y reconocida por un gran número de delegaciones e incluso por numerosos Organismos No Gubernamentales (ONG).

La Argentina firmó el Acta Final de la Conferencia en Roma el 17 de julio de 1998 y el Estatuto el 6 de enero de 1999, en la Sede de las Naciones Unidas de Nueva York.

2. El Estatuto de Roma en el mundo

El grupo *like-minded* tuvo su origen en el Comité Especial que se reunió, por mandato de la Asamblea General a lo largo de 1995. Di-

cho grupo reunió Estados de todos los grupos regionales, con sistemas jurídicos considerablemente diferentes y principios constitucionales no siempre convergentes. Entre ellos no existió una completa identidad de puntos de vista, sino, más bien, una afinidad de posiciones respecto de las grandes líneas que debían orientar al Estatuto de la Corte:

1. Una Corte independiente, imparcial y eficaz, basada sobre la aplicación de reglas de derecho.

2. La acción penal quedaría a cargo de un Fiscal independiente, elegido por los Estados partes. Dicho Fiscal tendría derecho a realizar investigaciones de oficio (lo que en la terminología de la Conferencia se denomina poderes *ex-officio*). Los actos del Fiscal estarían controlados por una Cámara de Cuestiones Preliminares (*pre-trial chamber*), que tendría la decisión final de ordenar el inicio de las investigaciones y confirmar el procesamiento. Se admite que el Consejo de Seguridad podría referir situaciones a la Corte, sin que esto implique la posibilidad de someterle casos. Se admite que, cuando el Consejo de Seguridad está actuando conforme con el Cap. VII, la Corte pueda suspender sus procedimientos por un plazo determinado.

3. La competencia automática de la Corte debe extenderse a los delitos de núcleo duro (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra). La inclusión del delito de agresión dependerá del acuerdo que se alcance al respecto. La delegación de Alemania es la que más insiste en la inclusión de este delito. En general, existe una clara tendencia a dejar los delitos establecidos en virtud de tratados para una etapa de revisión.

4. La acción penal sólo podría ser llevada adelante en caso de denuncia presentada por un Estado parte o por el Fiscal. El Fiscal no gozaría de poderes *ex-officio*. En relación con las cuestiones de admisibilidad, la delegación de los Estados Unidos propuso un proyecto del artículo 16 que regula un procedimiento de objeción de la competencia de la Corte por un Estado. Tal procedimiento fue objetado por excesivamente complicado y por su aptitud para demorar o, inclusive, paralizar el procedimiento.

5. En relación con los crímenes de lesa humanidad, se buscan las definiciones más amplias de los delitos, evitando el establecimiento de elementos subjetivos del tipo penal que restrinjan excesivamente el alcance de las normas. Asimismo, se exige que, para que los delitos puedan ser juzgados por la Corte los mismos deben tener carácter

sistemático o generalizado, sin exigirse una conjunción de ambos elementos. En cuanto a los crímenes de guerra, se exige un umbral ("threshold") relativamente bajo, aunque la preferencia originaria era no mantener ninguno y dejar que cualquier crimen de guerra previsto en el Estatuto pueda ser de competencia de la Corte.

6. En relación con los crímenes de lesa humanidad, se buscan definiciones más restrictivas que contengan elementos subjetivos y objetivos del tipo, que acoten el alcance de la norma penal. Asimismo, se exige que los delitos tengan carácter sistemático y generalizado. En cuanto a los crímenes de guerra, se exige un umbral (*threshold*) más alto para que los delitos queden bajo la competencia de la Corte.

7. Obligación general de cooperación con la Corte, sin las excepciones previstas por los normales regímenes de extradición.

Sin perjuicio de estas coincidencias, cabe destacar que los Estados presentaron posiciones particulares, que reflejaban sus propios puntos de vista, no siempre coincidentes. Lo antedicho se aplica también en el interior de grupos regionales normalmente compactos, como lo es, por ejemplo, la Unión Europea. En efecto, algunos Estados de la misma manifestaron, a lo largo de todo el proceso de negociación, significativos cambios en su posición.

Al respecto, es interesante analizar la evolución que se verificó en la posición de Francia. Dicho Estado partió, en marzo de 1996, de una posición de máxima absolutamente crítica del proyecto elaborado por la CDI, presentando inclusive un proyecto alternativo. En las cuestiones relativas a la admisibilidad de la jurisdicción y las relaciones con el Consejo de Seguridad, proponían un sistema de aceptación voluntaria de la competencia, y una estrecha vinculación con el Consejo de Seguridad.

En materia procesal, Francia insistió en promover la inclusión en el Estatuto de instituciones propias del sistema jurídico continental, estando poco dispuesta a realizar concesiones al sistema anglosajón. A partir de 1997, se observó una gradual flexibilidad en la posición francesa, aceptando el uso del proyecto de la CDI como base de discusión. Pese a ello, las posiciones fundamentales sólo se modificaron en la Conferencia, cuando se aceptó la propuesta de la presidencia del Comité Plenario. Finalmente, Francia no sólo votó a favor del Estatuto, sino también lo firmó en Roma el mismo 17 de julio.

El caso del Reino Unido es similar al de Francia, si bien presenta una evolución más completa, toda vez que Gran Bretaña se incorporó

al grupo "Like-Minded" a partir del mes de marzo de 1998. Durante la Conferencia, el Reino Unido, cuya delegación presidió el Consejero Legal del Foreign and Commonwealth Office, Sir Frank Berman, manifestó dentro del grupo las posiciones más moderadas, y una constante disposición a buscar soluciones de compromiso generalmente aceptables.

Italia, Austria, los países escandinavos, los Países Bajos, Bélgica, Suiza y Nueva Zelandia, por lo general, tuvieron puntos de vista coincidentes, y representaron las posiciones más radicales dentro del grupo. La tendencia que pudo observarse era la de procurar extender lo máximo posible la extensión de la competencia de la Corte, así como la autonomía de dicho tribunal para el ejercicio de sus funciones. Como es sabido, Suecia, Noruega y Dinamarca fueron los Estados que copatrocinaron las mociones de no-acción, que impidieron el tratamiento en el Comité Plenario de las enmiendas propuestas por la India y los Estados Unidos al proyecto de la presidencia, que limitaban considerablemente el alcance del Estatuto.

Entre los Estados extra-europeos, sin duda, fue Canadá quien desempeñó un papel fundamental en todo el proceso de negociación del Estatuto de la Corte. En efecto, el Consejero Legal de Canadá, Embajador Philippe Kirsch, fue el Presidente del Comité Plenario y, desde esta función, tuvo a su cargo la compleja y difícil tarea de alcanzar un acuerdo entre las delegaciones. A lo largo de todo el proceso, Canadá tuvo un papel primordial entre los "Like-Minded", pero considerablemente moderado y dispuesto al diálogo, si bien siempre dentro del respeto de los principios fundamentales anteriormente descriptos. En una posición análoga puede incluirse Australia, cuyos puntos de vista eran prácticamente idénticos.

Dentro de los países árabes, fue significativa la posición asumida por Jordania. Dicho Estado, diferenciándose de la mayoría de su grupo regional, asumió una clara defensa de los principios "Like-Minded". Dentro del grupo africano, Sudáfrica tuvo un papel destacado, ejerciendo la presidencia del Grupo de Trabajo sobre Composición y Organización. Junto con Sudáfrica, integraron también el grupo Malawi y Lesotho.

Dentro de Asia, existieron dos Estados que tuvieron un papel fundamental: Corea y Singapur. Ambos presentaron propuestas particularmente constructivas, referidas a todos los temas del Estatuto (cabe destacar, por ejemplo, la propuesta coreana sobre los Estados que podían dar alternativamente su consentimiento a la jurisdicción

de la Corte, o la propuesta de Singapur sobre las relaciones entre la Corte y el Consejo de Seguridad). La posición de ambos Estados, sin embargo, se fue diferenciando hacia el final de la Conferencia. En efecto, Singapur, distanciándose de las posiciones del grupo "Like-Minded", votó finalmente en abstención.

Dentro del grupo latinoamericano, además de la Argentina, integraron los "Like-Minded", Chile, Costa Rica y Venezuela. El primero de los antedichos Estados, asumió una activa defensa de los principios del grupo, apoyando la "moción de no acción" presentada por Noruega para impedir que el Comité Plenario adopte un proyecto de enmienda propuesto por la India sobre la inclusión del uso de armas nucleares entre los crímenes de guerra establecidos por el Estatuto. Costa Rica fue también muy activa desde el inicio de los trabajos del Comité Preparatorio de Nueva York.

2.2. Estados Unidos

La posición de los Estados Unidos, tanto en el Comité Preparatorio, como en la Conferencia, se basó en los siguientes puntos fundamentales:

1. Jurisdicción obligatoria de la Corte sólo para el delito de Genocidio, de conformidad con la Convención contra el Genocidio de 1948. Aceptación voluntaria de la jurisdicción de la Corte para los otros delitos, siguiendo el modelo originario del proyecto de la CDI. La competencia automática de la Corte sólo se extendería al delito de genocidio, y ésta sólo en el caso de que el Estado de nacionalidad del imputado sea parte en el Estatuto. Para los demás delitos, acepta el esquema de jurisdicción por consentimiento ("opt-in").

2. Competencia de la Corte activada sólo bajo denuncia de los Estados partes en el Estatuto o del Consejo de Seguridad, que pueden solicitarle al Fiscal el comienzo de una investigación.

3. Estrecha colaboración entre la Corte y el Consejo de Seguridad. Cuando este órgano de las Naciones Unidas, de conformidad con el Cap. VII de la Carta, está ejerciendo sus atribuciones para defensa de la paz y la seguridad internacionales, la Corte debería suspender sus propias investigaciones.

4. Necesidad de incluir de modo detallado los elementos de los delitos en el propio Estatuto, brindándole así a los jueces una guía para la interpretación de las normas penales.

5. Sistema riguroso de acceso a la jurisdicción de la Corte, para evitar denuncias infundadas (*frivolous complaints*).

A partir de estos principios, la posición de los Estados Unidos se desarrolló en diversos aspectos del proyecto de Estatuto. Una cuestión muy relevante es la del umbral (*treshold*), que debía limitar la competencia de la Corte en los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Así, como puede leerse, en el comienzo del art. 6, que tipifica los crímenes de lesa humanidad, se establece que los mismos recaen bajo la jurisdicción de la Corte sólo cuando son cometidos con carácter generalizado y sistemático (*widespread or systematic*). La delegación de los Estados Unidos había defendido un criterio restrictivo en el acceso a la jurisdicción, considerando que sólo la extrema gravedad de los delitos podía justificar la jurisdicción de la Corte. Un planteo análogo se realizó para los crímenes de guerra descriptos en el art. 7.

Para establecer un riguroso control para el acceso a la jurisdicción de la Corte, los Estados Unidos había propuesto un complejo sistema, que garantizaba a cualquier Estado la posibilidad de objetar la competencia de la Corte para investigar o juzgar un delito.

Es interesante señalar que la posición de los Estados Unidos, desde el punto de vista jurídico, reflejó doctrinas reconocidas por los tribunales estadounidenses, como la no imputabilidad al Estado de los actos realizados por éste o por sus representantes, como entidad soberana (*the act of State doctrine*). A partir de este principio, se plantearon posiciones tales como la no extensión de la jurisdicción de la jurisdicción de la Corte sobre crímenes de guerra cometidos por nacionales de Estados no partes en el Estatuto, cuando son realizados en ejercicio de un acto de Estado. Esta propuesta de enmienda no fue adoptada en el Comité Plenario como consecuencia de una "moción de no acción" presentada por Noruega, y apoyada por Noruega y Dinamarca.

Resulta significativo señalar que la posición norteamericana en materia de definición de los delitos, se asemejaba a la de un Estado cuyo sistema penal es de raíz Romano-germánica, y no a la de un Estado que se basa en el *Common Law*. En efecto, no sólo se apoyaron definiciones precisas de los delitos, sino también la necesidad de establecer en el propio Estatuto los elementos de los delitos. Finalmente, se llegó a una solución de compromiso, en virtud de la cual los elementos se discutirían durante 1999, en el seno de la Comisión Preparatoria (PREPCOM), y adoptados por la Asamblea de los Estados Partes.

2.3. Grupo Arabe, India, Pakistán

En líneas generales, la posición de estos Estados fue divergente de las defendidas por los "Like-Minded". Fundamentalmente, la referida posición se basó en los siguientes principios:

1. Jurisdicción de la Corte extensible sólo a aquellos Estados que otorguen su consentimiento.
2. Limitación de los poderes del Fiscal, que no gozará de la capacidad de iniciación oficiosa de las investigaciones
3. Inclusión del delito de agresión.
4. Ninguna relación entre la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Rechazo de la posibilidad de que el Consejo pueda tener algún papel en la activación de la competencia de la Corte.
5. En el caso de India, inclusión del uso de las armas nucleares entre los crímenes de guerra.

Respecto de la cuestión de la jurisdicción consensual y la limitación de los poderes del Fiscal, se observa la paradoja por la cual la posición de estos Estados era análoga a la defendida por los Estados Unidos. La gran diferencia, por el contrario, se observa en relación con el Consejo de Seguridad. Respecto de esta cuestión, los Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña sostenían la necesidad de una fuerte relación entre la Corte y el Consejo de Seguridad, mientras que los países árabes y la India rechazaron todo vínculo.

Finalmente, se aceptó una solución de compromiso respecto del delito de agresión, aceptándose, como línea de principio, la necesidad de su inclusión en el Estatuto pero estableciendo que la misma se produciría en una conferencia de revisión que se realizaría posteriormente. Cabe destacar que los Estados que votaron en contra fueron siete, entre los cuales, la mayoría fueron árabes, De este número se deduce que muchos Estados árabes, finalmente, no se opusieron al Estatuto y, si no han votado favorablemente, por lo menos lo hicieron en abstención.

2.4. China

La República Popular China, entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, fue el Estado que asumió la posición más claramente contraria a las iniciativas de los países "Like-Minded".

Dicha oposición duró hasta el final de la conferencia cuando, en la explicación de su voto contrario, la delegación china manifestó todas sus objeciones al Estatuto adoptado el 17 de julio.

2.5. Japón

El Japón adoptó una posición intermedia que, sin ser una oposición frontal a las posturas del grupo "Like-Minded", tampoco fue de claro apoyo a las mismas. Esta posición podría explicarse por la tradición de la política exterior japonesa posterior a 1945, basada en la no intervención y la no injerencia en los asuntos internos de los Estados.

2.6. América Latina

a. México

La tradición de la política exterior mexicana, desde los albores del siglo, se basa en una concepción de la soberanía nacional que no admite delegación de las competencias soberanas del Estado. Por este motivo, la posición mexicana fue crítica tanto en lo que se refiere a la relación entre la Corte y el Consejo de Seguridad, como respecto de la admisibilidad de la jurisdicción de la Corte.

b. Brasil

Brasil partió de una posición extremadamente prudente en relación con la iniciativa de establecer una Corte Penal Internacional. Originariamente, había partido de la posición por la cual la Corte sólo podía tener competencia automática sobre el delito de genocidio. En la etapa final de la Conferencia de Roma, sin embargo, aceptó la competencia de la Corte sobre los tres delitos tipificados en el Estatuto (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra).

2.7. La Santa Sede

En la Conferencia varias delegaciones (Países Bajos, Bélgica, los países escandinavos, Bosnia-Herzegovina, etc.) procuraron que el Estatuto consagre entre los crímenes de guerra y los de lesa humanidad el término "embarazo forzado"(*forced pregnancy*). Ese término, sin una adecuada definición, conduce a reconocer como bien jurídico protegido la libertad de aborto y, por ello, su reconocimiento implícito como derecho, exigible a todos los Estados partes en el Estatuto de la Corte.

Por otra parte, se insistió, siguiendo una campaña iniciada en la Conferencia sobre la mujer en la adopción del término "género", sin indicar qué debía entenderse por tal. Esto implicaba una clara ambigüedad, toda vez que dicha expresión tiene un carácter meramente nominalista, y no implica necesariamente la distinción entre los dos sexos.

Todo ello revestía una extrema gravedad, ya que el Estatuto de la Corte no es una declaración sino un verdadero tratado internacional. Esta vez, la acción de la Santa Sede y varios Estados afines, dentro de los cuales se encontró nuevamente la Argentina, logró que el Estatuto definiera el termino "embarazo forzado", estableciendo como acción típica punible la detención de la mujer embarazada, y no la prohibición de abortar.

La delegación de la Santa Sede, encabezada por S.E.R. el Arzobispo Monseñor Renato Raffaele Martino, Observador Permanente de la Santa Sede ante las Naciones Unidas, trabajó intensa y activamente a fin de evitar que el Estatuto consagrara indirectamente tanto el supuesto "derecho al aborto" en una norma internacional vinculante.

La Delegación Argentina apoyó activamente la posición sustentada por la Sede Apostólica, declarando que, si no se alcanza una solución satisfactoria respecto de la cuestión, solicitaría la eliminación de la frase *forced pregnancy*. Al respecto, se señaló que el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional le otorga jerarquía constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"). Dicho instrumento internacional.

El día 14 de julio de 1998, tuvieron lugar consultas informales sobre la cuestión del embarazo forzado (*forced pregnancy*) –art. 5, párrafos p) bis y e) bis del proyecto del Estatuto–. Las mismas fueron realizadas bajo la coordinación de la delegación de los Países Bajos.

Con anterioridad a la realización de las consultas, se realizaron consultas bilaterales entre delegaciones interesadas. Como consecuencia de las mismas, la presidencia propuso un texto revisado que reza:

"Confinamiento ilegal de mujeres que han sido embarazadas forzosamente, con la intención de modificar la composición étnica de la población, o en violación de otras normas fundamentales del Derecho Internacional. Para mayor claridad, la presente disposición no podrá ser interpretada en perjuicio de las legislaciones nacionales referidas a interrupción del embarazo".

3. Esquema General de la Definición de los Delitos

Toda la evolución en la tipificación de los delitos contra la humanidad se basa, esencialmente, en la clasificación tripartita del Estatuto de Nüremberg. Seguidamente, se analizarán las diversas categorías de delitos y el tratamiento que han tenido en los diversos proyectos de codificación.

No obstante, cabe señalar que la forma en que la tipificación de los delitos se realizó en los diversos proyectos elaborados hasta llegar al Estatuto de Roma varió sensiblemente. En primer lugar, es oportuno señalar que en el esquema concebido por la CDI, el Estatuto de la Corte Penal Internacional no estaba concebido como un instrumento que contuviera las definiciones de los delitos, sino como una norma adjetiva al derecho sustancial, que estaría contenido en el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. De ahí que el proyecto de la CDI no contaba más que con una lista de delitos, sin la pertinente descripción de las conductas punibles y las correspondientes penas.

El problema se planteó cuando, en 1994, ante la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Rwanda y el creciente interés de la Comunidad Internacional por establecer definitivamente una juridiscción penal internacional permanente, la CDI completó la segunda lectura del proyecto de Estatuto y lo remitió a la Sexta Comisión. En el seno de la misma, el interés de los Estados fue tan grande que se convocó un Comité Especial para el establecimiento de la Corte, sin esperar que la CDI complete el Código de Crímenes. Así, comenzaron a presentarse distintas propuestas de definiciones de los delitos, a fin de incluirlas en el Estatuto.

Cuando la Comisión completó, en 1996, el Código de Crímenes, las negociaciones en el seno del Comité Preparatorio estaban tan avanzadas que nadie consideró seriamente la posibilidad de volver al esquema originario Estatuto-Código. No obstante, muchas delegaciones tomaron las disposiciones del proyecto de Código como base para realizar ulteriores propuestas de definiciones de los delitos. Sin perjuicio de ello, debe señalarse que el nivel de precisión de los tipos penales que tienen las normas del Estatuto es considerablemente superior al del proyecto de Código de Crímenes elaborado por la CDI.

Un problema análogo se planteó con referencia a una clasificación bipartita de los delitos contenida en el proyecto de Estatuto elaborado por la CDI. En efecto, el artículo 20 contenía dos categorías de

delitos: Los principales o de núcleo duro (*core crimes*) y los definidos en tratados (*treaty crimes*), que incluían las violaciones a las principales convenciones sobre terrorismo y protección de la navegación aérea y marítima. En relación con estos delitos, la competencia por parte de los Estados hubiera sido consensual, basa en la aceptación por parte de cada uno de los Estados partes.

Sobre este particular, un gran número de delegaciones, objetó este esquema no sólo porque los referidos tratados no contienen normas penales, sino obligaciones para los Estados partes, sino también porque, a su juicio, la Corte debería ser una jurisdicción excepcional, cuya competencia debería extenderse a un número reducido de delitos, de extrema gravedad. Por ello, se propició la supresión de esta categoría y la limitación de la competencia a los delitos de "núcleo duro".

4. Análisis de los Delitos establecidos en el Estatuto.

4.1. Crímenes contra la Humanidad:

Los mismos estaban incluidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg. Dicho instrumento los define de la siguiente manera: *"El asesinato, el exterminio, la reducción a esclavitud y todo otro acto inhumano cometido contra toda población civil antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos y religiosos, sea que estos actos o persecuciones constituyan o no una violación al derecho interno del país donde han sido perpetrados, han sido cometidos como consecuencia de todo crimen que entre dentro de la competencia de este tribunal, o en relación con ese crimen"*

Esta categoría de delitos ha sido objeto, a partir de 1945, de un importante proceso de codificación, que contribuyó significativamente a precisar su contenido y alcances. Entre los mencionados delitos, el genocidio pasó a adquirir un carácter autónomo.

El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró que el genocidio es *un delito sometido al Derecho Internacional*. Asimismo, por unanimidad, adoptó, el 9 de diciembre de 1948, la Convención para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio.

La antedicha norma sanciona al genocidio en sus dos aspectos, físico y biológico. Los autores de dicho delito deben ser castigados, sean éstos autoridades del Estado, funcionarios o particulares. Ello,

naturalmente, en el entendido de que los sujetos activos actúen en nombre y por cuenta de éste[2].

El Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg establecía, en su artículo 6 que los crímenes contra la humanidad sólo eran punibles en caso de ser cometidos *a continuación* o *en relación* con los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra. En el actual estado del desarrollo de las normas del Derecho Internacional, la figura del genocidio ha cobrado un carácter autónomo, siendo irrelevante su eventual vinculación con un conflicto armado.

Las operaciones de "limpieza étnica", practicadas a gran escala en la ex-Yugoslavia, en particular en Bosnia-Herzegovina durante el conflicto armado de 1992-1994, y que se ha vuelto a producir en los últimos meses durante el conflicto del Kosovo, sin duda pueden considerarse como nuevas formas de comisión de este delito.

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia establece como criterio para la definición del delito de genocidio que alguno de los actos enumerados en la norma se cometa con una intención específica de poner fin a la existencia de un grupo, de conformidad con un proyecto u orden política explícita. De esta forma, el juez internacional puede obtener una prueba suficiente de hechos concordantes.

El art. 5 de dicho instrumento internacional confirma la irrelevancia de la vinculación del delito con un conflicto armado, así como, de la eventual calificación del mismo como internacional o interno. Dicha evolución, que surge de constatar que la gravedad del delito está dada por su naturaleza intrínseca, y no por su conexión con un conflicto armado, ha sido recogida también por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y por el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Seguidamente, se reseñan las dos grandes categorías de crímenes contra la humanidad:

Genocidio: La definición de este delito está consagrada por la Convención de 1948 sobre la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio. Las normas penales definidas en el Estatuto siguen los criterios de la Convención de Genocidio. La caracterización de este

[2] Al respecto, se ha señalado que *"Debe distinguirse entre infracciones cometidas por particulares, infracciones cometidas por los agentes públicos e infracciones cometidas susceptibles de ser cometidas por unos y otros"* (conf. QUOC DINH, NGUYEN; DAILLER, PATRICK y PELLET, ALAIN. *Droit International Public*. Libererie Génerale de Droit et Jurisprudence. París, 1999. Pág. 680).

delito está dada por el elemento subjetivo del tipo. En efecto, el mismo se configura si existe la intención de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto tal.

Crímenes de lesa Humanidad: Esta categoría de delitos tendría un carácter residual, en el sentido de que se trata de graves atentados a la vida o la integridad de las personas que no cuentan con el elemento subjetivo propio del genocidio (intención de exterminar), y tampoco están relacionados necesariamente con un conflicto armado.

La competencia de la Corte respecto de dichos delitos está supeditada a que los mismos sean cometidos con carácter sistemático o generalizado, descartándose la posibilidad de que la Corte tenga competencia para actos aislados (art. 7). Entre esta categoría de delitos se incluye el exterminio, la desaparición forzada de personas y el *apartheid*.

La mayor parte de las conductas tipificadas por el Estatuto como Crímenes de Lesa Humanidad constituyen una codificación de normas ya existentes y consagradas por el Derecho Internacional general. No obstante, existen algunos elementos de desarrollo progresivo. Entre otros, cabe mencionarse la inclusión de delitos tales como la desaparición forzada de personas o el embarazo forzado (*forced pregnancy*), que recogen hechos de extrema gravedad ocurridos en las últimas décadas de este siglo.

A diferencia del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, el Estatuto contiene definiciones precisas de todas las conductas punibles, con los diversos elementos subjetivos y objetivos de los tipos penales.

Aquí se planteó un problema relativo al respeto del principio de tipicidad. Al enumerarse los diferentes delitos, el proyecto de Estatuto, siguiendo la línea de los Tribunales para la ex-Yugoslavia y para Rwanda, había incluido una norma de apertura que consideraba crímenes de lesa humanidad *otros actos inhumanos*.

Como puede apreciarse, la adopción de la antedicha norma tenía como consecuencia una consagración en el Estatuto de la discrecionalidad judicial. En efecto, la norma no contenía ninguna descripción de la conducta punible, quedando a cargo del órgano judicial qué se entendía por "actos inhumanos".

Frente a los planteos en tal sentido formulados por numerosas delegaciones, la delegación del Reino Unido propuso incluir *otros actos inhumanos de similar gravedad o carácter, que causen grandes*

sufrimientos. Esta fórmula, que precisa un poco más el tipo penal abierto anteriormente descripto, sigue, no obstante, conteniendo en su seno una gran imprecisión, ya que, si bien puede razonablemente deducir qué se entiende por "actos inhumanos de similar carácter", porque se refiere a la lista de delitos. En cambio, es muy difícil deducir qué debe entenderse por "actos inhumanos de similar gravedad", puesto que nuevamente se deja la cuestión librada al arbitrio judicial. En todo caso, estamos en presencia de la posibilidad de aplicar normas penales por analogía.

Cabe, al respecto, plantear el eventual juicio de constitucionalidad de la antedicha norma, que sólo podrá plantearse en sede judicial en el supuesto en que la Argentina recibiera un pedido de remisión de una persona para ser sometida a la jurisdicción de la Corte, por uno de los antedichos "actos inhumanos". En este caso, cabría la posibilidad de que la defensa solicitara al tribunal la declaración de inconstitucionalidad de esa norma internacional. Ello, sin duda, redundaría en un conflicto entre la supremacía constitucional y las normas jurídicas del Derecho de Gentes.

4.2. Crímenes de Guerra

Esta categoría de delitos, prevista por el artículo 6.b del Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg. Los mismos se definen generalmente como *las violaciones de las leyes y usos de la guerra*. En una enumeración no taxativa, el Estatuto comprendía, entre otras violaciones, las siguientes: *El asesinato, los malos tratos o la deportación para trabajos forzados o cualquier otro fin de poblaciones en los territorios ocupados, el asesinato o los malos tratos de prisioneros de guerra o náufragos, la ejecución de rehenes, el pillaje de bienes públicos o privados, la destrucción sin motivos de ciudades y pueblos, la devastación no justificada por las exigencias militares.*

Los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, celebrados bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja, aceptados prácticamente por la totalidad de la Comunidad Internacional, han confirmado la naturaleza de los crímenes de guerra anteriormente descriptos en el Estatuto de Nüremberg. No obstante, sus normas no han sido concebidas como tipos penales y resultaban insuficientes, tal como se verá más adelante, para constituir una fuente de derecho penal. Por otra parte, los Convenios de Ginebra de 1949 y su Primer Protocolo Adicional de 1977, establecen las "infracciones graves" a los mismos.

La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra prevista por la Convención del 26 de noviembre de 1968, parecería reforzar la perse-

cución internacional de estos delitos. Dicha Convención, no obstante, presenta otros aspectos que merecen un análisis más detallado, toda vez que en la misma no parece quedar claramente resguardado el principio de irretroactividad. De la misma forma, tiene un ámbito de aplicación cuyo esquema es distinto al de la Convención de Genocidio. Sobre esta cuestión, empero, nos explayaremos en otro lugar (vid. *infra*, punto).

La Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante su Resolución 3074 (XXVIII) del 3 de diciembre de 1973, estableció los *Principios de la Cooperación Internacional referidos al Encubrimiento, Arresto, Extradición y Castigo de los Individuos Culpables de Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad.*

Como podrá apreciarse, el Estatuto de Roma mantuvo este enfoque en su casi totalidad, incluyendo tanto el Derecho de Ginebra como el Derecho de La Haya.

El Estatuto penaliza conductas contrarias tanto a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1948 –para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas de campaña– (Conv. N°1), para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Conv. N°2) sobre el trato a prisioneros de guerra (Conv N°3) y sobre la protección de personas civiles en tiempos de guerra (Conv. N°4), como a sus Protocolos Adicionales I sobre protección de las víctimas de conflictos armados internacionales y II sobre protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales. También se incluyeron violaciones al Derecho de La Haya (p. ej. los Convenios de La Haya de 1907 que conforman el Derecho Internacional relativo a la conducción de hostilidades), recogiendo disposiciones contenidas en diversos instrumentos internacionales. Entre otras conductas punibles, se establece el castigo para la utilización de medios de conducción de las hostilidades (p. ej. armas químicas o envenenamiento de aguas).

Debe señalarse que la competencia de la Corte en esta materia sólo se extiende a los Crímenes de Guerra cometidos como parte de un plan o política o como parte de una comisión en gran escala de dichos crímenes, descartándose actos aislados. Esta limitación de la competencia es el denominado "doble umbral" (*double threshold*).

4.3. Crímenes que atentan contra la Soberanía y la Integridad Territorial

Esta definición incluye los "crímenes contra la paz", tal como han sido definidos en el Estatuto de Nüremberg. Dicho instrumento los

define en su artículo 6 como *La dirección, la preparación, el desencadenamiento o la continuación de una guerra en violación de tratados, garantías o acuerdos internacionales, o la participación en un plan concertado o a un complot para la comisión de alguno de los antedichos actos.*

Los referidos delitos constituyen empero, una categoría más amplia, que incluye no sólo el acto de agresión propiamente dicho, sino también la amenaza, la organización de grupos armados para realizar incursiones sobre el territorio de otro Estado[3], de emprender actividades tendientes a desencadenar una guerra civil, la anexión de un territorio por medios contrarios al Derecho Internacional

En relación con el reclutamiento de mercenarios, la CDI había considerado que la misma constituía un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad[4]. No obstante, la Convención de Nueva York adoptada por las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1989 no resolvió esta cuestión. En la última versión del proyecto de Código de Crímenes, la Comisión excluyó este delito de la lista de crímenes.

La inclusión del referido delito como directamente imputable a individuos, fue sumamente debatida en el seno del Comité Preparatorio. La delegación Argentina manifestó la existencia de dificultades técnicas para tipificar un delito que, hasta el presente sólo es imputable como acto de Estado. Finalmente, la Conferencia Diplomática adoptó una cláusula programática, que deja para una conferencia de revisión la definición de dicho delito y la adopción de normas complementarias.

5. La Jurisdicción Internacional en el Estatuto de Roma

5.1. Aceptación de la Competencia de la Corte

La ratificación del Estatuto implica la aceptación de la competencia de la Corte para todos los delitos tipificados en el Estatuto (art. 5). No obstante, en el momento de ratificar el Estatuto, los Estados

[3] Tal criterio ha sido recogido por la Corte Internacional de Justicia, al admitir la admisibilidad del caso en el asunto concerniente a las *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua* (CIJ, Recueil *1984*. Pág. 392).

[4] Al respecto, la CDI ha señalado que *"en la medida en que esta práctica está orientada a atentar contra la soberanía de los Estados y la estabilidad de los Gobiernos y a obstaculizar los movimientos de liberación nacional, la misma constituye un delito contra la paz y la seguridad de la humanidad"* (Anuario CDI, 1984, vol II 2ª parte. pág. 18).

pueden declarar que, por un período de siete años desde que dicho instrumento internacional haya entrado en vigor para ellos, no aceptan la jurisdicción de la Corte sobre crímenes de guerra. Ello, en el caso de que el delito haya sido cometido por sus nacionales o en su territorio (conf. art. 128).

Cabe destacar, no obstante, que la competencia automática de la Corte sobre los delitos establecidos en el Estatuto fue la coronación de los esfuerzos llevados a cabo por las delegaciones "Like-Minded". En efecto, no era ese el esquema inicialmente previsto en el proyecto de la CDI, que establecía la competencia automática exclusivamente sobre el delito de genocidio. En el caso de los demás delitos, aún los de "núcleo duro", se había concebido un esquema consensual de aceptación de la competencia de la Corte, siguiendo el modelo del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El artículo 21 del proyecto de la CDI rezaba: *1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto de una persona por uno de los crímenes a que se refiere el artículo 20 si:*

a) En el caso de genocidio, se ha presentado una denuncia con arreglo al párrafo 1 del artículo 25;

b) En cualquier otro caso, se ha presentado una denuncia con arreglo al párrafo 2 del artículo 25 y la competencia de la Corte respecto del crimen ha sido aceptada a tenor del artículo 22:

c) Por el Estado en cuyo territorio el presunto culpable del crimen se halla detenido ("el Estado de detención")

d) Por el Estado en cuyo territorio se produjo la acción u omisión considerada.

Al respecto, cabe destacar que, en el esquema del proyecto, cabía la posibilidad de ratificar el Estatuto, sin aceptar la competencia de la Corte para otro delito que no sea el de genocidio. Ello hubiera implicado, seguramente, un número más elevado de ratificaciones, toda vez que las mismas no hubieran implicado la asunción de obligaciones reales por parte de los Estados.

Esta solución fue descartada por el Comité Preparatorio, que consideró que el esquema de la CDI implicaba el establecimiento de una Corte limitada, cuya jurisdicción quedaría sometida a la voluntad de los Estados.

5.2. El Principio de Complementariedad

La competencia de la Corte tiene carácter complementario de los sistemas judiciales nacionales, y sólo se activa cuando el Estado com-

petente para juzgar el delito no puede o no quiere hacerlo (*unwilling or unable*). En el primer caso, porque colapsa el Estado y, en el segundo, porque el Estado no juzga o sus procedimientos tienen por objeto encubrir al procesado o sustraerlo a la acción de la justicia (art. 15). Si la Corte quiere ejercer jurisdicción y el Estado considera que está juzgando debidamente el delito, existe un procedimiento para impugnar la competencia de la Corte (art. 16).

En primer lugar, debe señalarse que la institución de una Corte Penal Internacional no representa una delegación de competencias y, mucho menos, una renuncia por parte de los Estados a perseguir penalmente los delitos tipificados en el Estatuto. En este sentido, cabe destacar que la competencia primaria relativa a la prevención y represión de dichos delitos corresponde siempre a los tribunales nacionales.

En esta premisa se basa la estructura jurídica del Estatuto relativa a la admisibilidad de la jurisdicción. En efecto, la misma se basa sobre el principio de complementariedad, que establece que la Corte sólo estará facultada para juzgar uno de los delitos tipificados en su Estatuto, cuando el Estado cuyos tribunales son competentes para entender en la causa *no quiere o no puede hacerlo* (*unwilling or unable*).

Es evidente que un Estado no puede juzgar el delito cuando su estructura esté total o parcialmente desintegrada, o cuando su extrema debilidad hace presumir que no tendrá a su disposición los medios coactivos de que, normalmente, todo Estado dispone. En este caso, cabe plantearse el interrogante acerca de cuáles serían los parámetros que le permitirían a la Corte establecer la falta de medios de represión por parte del Estado y, como consecuencia, el desconocimiento de la jurisdicción de sus tribunales. Sin perjuicio de la existencia de casos que no dejan margen para la duda, en muchos otros, el Estado podría negar su propia debilidad.

A este respecto, debería distinguirse entre una *total ineficacia* del Estado para llevar adelante la persecución penal, de una *valoración* realizada por la Corte acerca de la mayor o menor eficacia de los sistemas judiciales nacionales. A nuestro entender, la interpretación según la cual el Estado no puede juzgar el delito debe realizarse con criterio *restrictivo*. En efecto, difícilmente puede sostenerse que, en la *ratio legis* del Estatuto, se incluya el desconocimiento de una jurisdicción nacional sólo porque es menos eficiente que otra, sino sólo en el caso de una total incapacidad para ejercer la jurisdicción penal.

Una interpretación distinta conduciría necesariamente a la institución por parte de la Corte o del Fiscal de parámetros de valo-

ración de las jurisdicciones nacionales, que podrían tener como consecuencia la aplicación a un sistema judicial de requisitos propios de otro.

Si, además el Estado demostrara una evidente negligencia en la persecución del delito, ya sea porque demore innecesariamente el procedimiento, ya sea porque el mismo esté claramente orientado a no investigar efectivamente los hechos. En este caso, no nos encontraríamos frente a un caso de imposibilidad sino de no colaboración. Se trataría, por lo tanto, de la otra situación, es decir, la falta de voluntad de ejercicio de la acción penal.

Lo expresado nos lleva a analizar el segundo caso, en el cual la Corte podría ejercer su propia competencia ante la falta de voluntad del Estado de perseguir el delito. A este respecto, cabe destacar que este concepto no se limita a una explícita denegación u omisión por parte del Estado de poner en acción sus propios mecanismos jurisdiccionales, sino que incluye también la insuficiencia de las medidas adoptadas por el Estado para ejercer de modo eficaz la acción penal.

Al respecto, el artículo 17 establece que *Con referencia al décimo punto del preámbulo al párrafo 10 del artículo 1 del presente Estatuto, la Corte declarará inadmisible el caso si:*

1. En el mismo están desarrollándose investigaciones o procedimientos penales conducidos por un Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo, a menos que el Estado no tenga la intención de iniciar las investigaciones, o sea incapaz de llevarla a cabo, o de incoar genuinamente un procedimiento.

2. El caso ha sido objeto de investigaciones llevadas a cabo por un Estado que tiene jurisdicción sobre éste, y tal Estado ha decidido no proceder respecto de la persona interesada, a menos que tal decisión constituya el rechazo o la incapacidad del Estado de proceder genuinamente.

3. La persona interesada ya fue juzgada por la conducta objeto de la denuncia, y no puede ser juzgada por la Corte, de conformidad con el art. 20, párrafo 3.

4. El caso no es de gravedad suficiente para justificar ulteriores acciones por parte de la Corte.

A fin de determinar en casos específicos la falta de voluntad del Estado de perseguir el delito, la Corte valorará si, teniendo en cuenta las garantías procesales reconocidas tanto por el Derecho Internacio-

nal como por los principales sistemas jurídicos, subsisten una o más de las siguientes circunstancias:

a) El procedimiento es o fue conducido, o la decisión del Estado fue adoptada para proteger a la persona interesada de la responsabilidad penal por los crímenes y competencia de la Corte.

b) El procedimiento sufrió una demora injustificada que, habida cuenta de las circunstancias, es incompatible con la finalidad de asegurar al procesado a la justicia.

El procedimiento no ha sido independiente e imparcial, y ha sido conducido, habida cuenta de las circunstancias, de manera tal que resulte incompatible con la finalidad de asegurar la persona interesada a la justicia.

A fin de determinar la incapacidad del Estado en cada circunstancia específica, la Corte valorará si, por causa de un substancial colapso, es decir, imposibilidad de disponer de su propio sistema judicial interno, el Estado no tenga la capacidad de obtener la presencia del imputado, o las pruebas y los testimonios necesarios, o sea de otro modo incapaz de llevar a cabo el procedimiento incoado.

Considerando los problemas de admisibilidad descriptos en su art. 17, el Estatuto establece diversos parámetros objetivos que la Corte debe adoptar como marco de referencia para determinar la falta de voluntad para perseguir el delito. Los referidos parámetros podrían, a grandes rasgos, calificarse de la siguiente manera:

a) Iniciativas procesales que manifiestamente tienden a encubrir (*directly aimed to shield*) el delito.

Esta hipótesis implica el efectivo iniciación de procedimientos, pero con una finalidad distinta de la de alcanzar una determinación de los hechos. En esta categoría se incluyen excesos rituales, retrasos injustificados en la acción de los tribunales, o de los organismos responsables de la investigación, etcétera.

Surge una duda respecto de cuál podría ser la solución jurídica respecto de las operaciones de encubrimiento, o la obstrucción de las investigaciones, realizada por órganos del Estado. En efecto, en este caso, podría ocurrir que un sector desviado del aparato estatal realizara actos de esta naturaleza, sin conocimiento de las más altas autoridades del Estado. A nuestro entender, sólo se podría atribuir al Estado la falta de voluntad para juzgar el delito cuando las operaciones de encubrimiento, o tendientes a entorpecer las investigaciones, sean atribuibles a los más altos órganos del Estado.

No debe confundirse, además, la falta de voluntad de perseguir el delito con un resultado negativo de las investigaciones, el cual puede atribuírse a diferentes razones, no necesariamente imputables al Estado (p. Ej. falta de elementos de prueba, o falta de medios suficientes para conducir investigaciones demasiado costosas o difíciles de realizar).

b) Retardo injustificado en la institución de los procedimientos.

Puede suceder que el Estado manifieste la voluntad de perseguir el delito, pero retrase el comienzo de los procedimientos o, una vez iniciados, se verifica un retraso en el desarrollo de la misma. Dicho retraso, para ser injustificado, debe analizarse en el contexto del procedimiento penal vigente en cada Estado. No se puede imponer a un Estado la aplicación de plazos y vencimientos distintos de los previstos en su propio ordenamiento procesal.

La anormalidad del retraso se determina confrontándolo con los tiempos normales de cumplimiento de los actos procesales. Si un sistema judicial tiene tiempos más lentos que otro, ello no es suficiente para atribuir la existencia de un retraso injustificado.

Si, por el contrario, se verifica una completa ineficacia del sistema judicial nacional, la Corte podría entonces determinar que el Estado no está en condiciones de juzgar el delito y ejercer su propia jurisdicción.

c) Proceso conducido sin las Necesarias Garantías Legales o Procesales:

En este caso, la Corte actúa, de cierta manera, no sólo como tribunal penal, sino también como juez de la legalidad de los procedimientos. Si el Estado no incorpora un proceso penal basado en el respeto de las normas jurídicas, la Corte Penal Internacional podría soslayar la jurisdicción de los tribunales nacionales y ejercer la suya propia.

En este caso, el Estatuto establece una garantía adicional en beneficio del propio imputado. En efecto, si se le atribuyeran hechos no cometidos por él como consecuencia de un proceso ilegal, encontraría en la Corte una instancia imparcial de revisión de las decisiones de sus propios tribunales.

Por otra parte, se desalienta al Estado a realizar los denominados "procesos-farsa", tendientes a mostrar una real intención de perseguir el delito pero que, en realidad, están dirigidos a asegurar la impunidad de los culpables.

d) El Caso de las Amnistías y los Indultos:

En el ámbito de una política de reconciliación nacional, muchos Estados han dictado leyes de amnistía o decretado indultos, que extinguen el delito o la pena por delitos conexos con un pasado de regímenes autoritarios, o de guerras civiles. En estos casos, los regímenes democráticos que sucedieron a los dictatoriales, han adoptado medidas de este tipo, a fin de asegurar la estabilidad de las transiciones democráticas y la gobernabilidad del país.

En un primer momento, en la Conferencia de Roma se consideró la posibilidad de darle a la Corte el poder de admitir excepciones al ejercicio de su jurisdicción, basada en la necesidad de reconocer a los nuevos Gobiernos democráticos los esfuerzos cumplidos para la pacificación del país. Sin embargo, se llegó a la conclusión que tal criterio habría conducido a una distinción entre amnistías "buenas" y "malas", de naturaleza eminentemente política, no pasible de valoración judicial.

Por este motivo, se decidió que el Estado no puede invocar leyes de amnistía o indulto para enervar el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Cabe destacar que el principio de complementariedad está estrechamente asociado al de la competencia automática de la Corte. En efecto, si se hubiera adoptado el esquema de la jurisdicción consensual, en el que cada Estado acepta en cada caso la competencia de la Corte, no tendría sentido establecer, además, la exigencia de actuación de los órganos jurisdiccionales, toda vez que el propio Estado no requeriría argumentar que está juzgando el delito para rechazar la competencia de la Corte.

5.3. Irretroactividad y Principio del ne bis in idem.

La irretroactividad de las disposiciones del Estatuto fue uno de los puntos menos controvertidos que se discutieron, tanto en el ámbito de la Conferencia, como del Comité Preparatorio.

El Estatuto establece dos tipos de irretroactividad, que representan dos aspectos diferentes de dicho principio:

a) Irretroactividad *Ratione Temporis*:

La Corte no tiene jurisdicción sobre delitos cometidos antes de la entrada en vigor del Estatuto para cada Estado. Ello quiere decir que, si un Estado ratificara el Estatuto luego de su entrada en vigor, la Corte sólo tendrá competencia sobre delitos cometidos en su territorio después de dicha fecha. Si, por el contrario, la ratificación se

produjera con anterioridad a la fecha de entrada en vigor, la Corte tendrá competencia sobre delitos cometidos en el territorio de ese Estado desde ese mismo momento.

b) Irretroactividad *ratione personae*:

El artículo 24 estatuye *Nadie es penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a la entrada en vigor del mismo.*

Si el derecho aplicable a un caso es modificado antes de la sentencia definitiva, a la persona objeto de investigación, procedimiento judicial o condena, se le aplicará la ley más favorable.

Esta norma, que consagra la irretroactividad *ratione personae*, establece un principio que tiende a afirmar, en el plano de la responsabilidad penal, el principio de la irretroactividad del Estatuto.

No obstante, el Estatuto deja abierto el problema de los delitos de ejecución permanente, es decir, aquellos en los cuales la acción comienza pero no termina de manera inmediata (p. ej. la desaparición forzada de personas). En este caso, un delito que comenzó a cometerse antes de la entrada en vigor del Estatuto podría continuar también después de la misma (p. ej., el caso de una persona desaparecida cuyo destino aún se desconoce). En este caso, podría argumentarse que la Corte podría tener competencia sobre un delito cometido antes de su entrada en vigor.

Respecto de la aplicación del principio *ne bis in idem*, cabe destacar que en el proyecto originario de la CDI existía una disposición que establecía que, cuando un Estado imponía una pena por una conducta delictiva, pero no calificaba a la misma como "crimen contra la humanidad", tratándolo como un delito común, la Corte hubiera podido ejercer su jurisdicción en relación con dicho delito.

Esta excepción, que establecía distinciones exclusivamente basadas en el *nomen juris* del delito, resultaba violatoria del principio *ne bis in idem*. En efecto, dicho principio siempre se entendió aplicable a los hechos, no a su calificación jurídica. Por consiguiente, si una persona que comete un genocidio es condenada en un Estado que no ha tipificado ese delito en su Código Penal, recibiendo el máximo de la pena por homicidios múltiples, no se puede desconocer o invalidar la decisión de un tribunal que juzgó el delito eficazmente y conforme a la ley.

Una hipótesis interesante es, en cambio, la aplicación del principio de *ne bis in idem* a la institución de la prescripción En este caso,

podría suscitarse que el imputado sea sobreseído porque el delito está prescripto según el derecho penal interno. Consideramos que una sentencia de este tipo no es suficiente para enervar el ejercicio de su jurisdicción por parte de la Corte, oponer la excepción de cosa juzgada. En efecto, el tribunal se limitó a aplicar la institución de la prescripción, paralizando ulteriores desarrollos del proceso. Debe señalarse, al respecto, que el Estatuto ha consagrado la imprescriptibilidad de los delitos.

6. Mecanismos de Activación de la Competencia:

El artículo 12 establece lo siguiente:

1. "el Estado que se convierta en parte del presente Estatuto, acepta en dicho acto la competencia de la Corte sobre los delitos previstos en el art. 5;

2. En la hipótesis prevista por el art. 13, la Corte puede ejercer su propio poder jurisdiccional si uno o ambos de los siguientes estados, son partes en el presente Estatuto, o han aceptado la competencia de la Corte, de conformidad con las disposiciones del párrafo 3;

a) El Estado en cuyo territorio han tenido lugar el acto o la omisión o, si el delito fue cometido a bordo de un buque o aeronave, el Estado de bandera o de matrícula de tal buque o aeronave.

b) El estado del cual la persona acusada tiene la nacionalidad.

3. Si es necesaria, de conformidad con las disposiciones del párrafo 2, la aceptación de un Estado no parte en el Estatuto, tal Estado puede, con una declaración depositada ante la Secretaría, aceptar la competencia de la Corte sobre el crimen de que se trate. El Estado aceptante deberá cooperar con la Corte sin retrasos y sin excepciones, de conformidad con la Parte 9"

Como ha sido señalado en el capítulo anterior, la admisibilidad de la jurisdicción está subordinada a algunas condiciones referidas a los Estados que deben ser partes en el Estatuto. En efecto, el art. 12 establece que la Corte tiene competencia cuando son partes en el Estatuto el Estado en cuyo territorio se cometió el delito, o el de nacionalidad del imputado. En este caso, se plantea una cuestión de naturaleza jurisdiccional. Cabe preguntarse qué pasaría si una persona acusada por un delito de competencia de la Corte fuera detenida en un tercer Estado.

La propuesta originaria, presentada en la Conferencia de Roma por la delegación de Corea establecía que la Corte habría tenido competencia si ésta hubiera sido aceptada, además del Estado territorial y el de nacionalidad del imputado, por el de la nacionalidad de la víctima o por el Estado de detención (*custodial State*). De esta forma, la competencia de la Corte hubiera sido más amplia. Cabe destacar que la inclusión del Estado de detención hubiera tenido como efecto práctico la virtual aceptación de la jurisdicción universal.

Tal como está actualmente formulada, la norma presenta un ámbito de aplicación considerablemente restringido, y limitado a los dos principios fundamentales que regulan el ámbito de aplicación espacial de la ley penal, es decir, los principios de territorialidad y de nacionalidad del procesado. Por consiguiente, debería analizarse qué conducta debería asumir el Estado de detención cuando le fuere requerida la entrega de una persona para someterla a la jurisdicción de la Corte.

En primer lugar, el juez debería analizar si uno o ambos Estados interesados son partes en el Estatuto. En segundo lugar, debería verificar si uno de los Estados competentes para juzgar del delito ha iniciado los procedimientos en tal sentido, de conformidad con su legislación. En este último caso, estos últimos tendrían la responsabilidad primaria de juzgar los referidos delitos.

Asimismo, debe considerarse que un pedido de extradición por parte de un Estado parte con competencia para juzgar el delito tenga prioridad sobre una solicitud de la Corte Penal Internacional. A modo de ejemplo, si el delito se comete en el Estado A y el acusado fuere nacional del Estado B, el Estado C, que lo detuvo, debería priorizar un pedido de extradición de A o B por sobre una solicitud de la Corte.

Distinto sería el caso de un Estado que no sea el territorial o el de nacionalidad del procesado. En este caso, la Corte tendría siempre la prioridad.

El art. 13, al referirse al ejercicio de la jurisdicción, establece en particular:

"La Corte puede ejercer su propio poder jurisdiccional sobre uno de los crímenes establecidos en el art. 5, de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

1. Un Estado parte, de conformidad con el artículo 14, refiere al Procurador una situación en la cual uno o más de los mencionados crímenes parecen haber sido cometidos;

2. El Consejo de Seguridad, actuando de conformidad con el Cap. VII de la Carta de las Naciones Unidas, refiere al Fiscal una situación en la cual uno o más crímenes parecen haber sido cometidos.

3. El procurador ha abierto una investigación sobre uno o más de tales crímenes de conformidad con el artículo 15".

Un aspecto muy importante señalado por este artículo está constituido por el papel que se le asigna al Consejo de Seguridad en la activación de la competencia de la Corte. En efecto, dicho órgano puede referir las situaciones al Procurador, actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

Cabe destacar que referir situaciones no quiere decir ejercer la acción penal, como es, en cambio, posible en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Rwanda. En dichos órganos judiciales, el Consejo es fuente directa de activación de la jurisdicción del Tribunal. En la Corte, en cambio, el Consejo no puede acusar directamente a una persona, sino que sólo puede constatar, en el ejercicio de sus propias facultades, la posible comisión de un delito de competencia de la Corte.

Si, por ejemplo, el Consejo interviniera en ocasión de un conflicto armado, dictando una resolución que imponga sanciones o, inclusive, autorice el uso de la fuerza, puede referir también al Fiscal de la Corte Penal Internacional la existencia de un posible delito. Le corresponderá luego al Fiscal de la Corte Penal Internacional y, eventualmente, a la Sala de Cuestiones Preliminares, determinar la necesidad de iniciar o no una investigación de los hechos.

Otro problema se plantearía en relación con la particularidad que tiene la composición y el mecanismo de adopción de decisiones del Consejo de Seguridad. En efecto, las resoluciones son adoptadas con nueve votos favorables, que incluyen a los de los cinco miembros permanentes (China, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Rusia), titulares del denominado "derecho de veto" que, como se sabe, en la práctica sólo se ejerce cuando se emite un voto negativo. Como consecuencia, bastaría que uno solo de dichos Estados vote en contra de una resolución que disponga referir una situación a la Corte Penal para que la misma no se adopte y, en consecuencia, se paralice el ejercicio de la acción penal.

Cuando la cuestión está claramente enmarcada en el Cap. VII, no hay duda respecto de la aplicabilidad del derecho de veto. Existen, en cambio, otros casos en los cuales la aplicación de este capítulo re-

sulta dudosa. En particular, nos estamos refiriendo a las misiones de mantenimiento de la paz (cascos azules), cuyo fundamento legal no se deriva de la Carta, sino que de la práctica de la organización.

Al respecto, la doctrina no es pacífica en lo que se refiere al encuadre jurídico de dichas fuerzas, toda vez que las mismas podrían considerarse los "organismos subsidiarios" que establece el Consejo de Seguridad para la solución pacífica de las controversias (Cap. VI) o las "medidas provisionales" en caso de quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales (Cap. VII). De allí que se haya dicho que las fuerzas de mantenimiento de la paz se encuadran en el denominado "capítulo VI y medio".

En este caso debe aclararse *in limine* cuál es el ámbito de acción del Consejo de Seguridad. Ello debe determinarse en un voto preliminar relativo a una cuestión de procedimiento. Al respecto, cabe destacar que, en estas cuestiones, no existe el derecho de veto. Por lo tanto, si una mayoría de Estados votara declarando que la cuestión se enmarca en el Cap. VI y no en el Cap. VII, el Consejo no estaría legitimado para referir una situación a la Corte.

En relación con la relación existente entre la Corte y el Consejo de Seguridad, el artículo 16 establece que:

"Ninguna investigación y ningún procedimiento penal podrán ser iniciados o continuados de conformidad con el presente Estatuto, por un período de 12 meses, siguientes a la fecha en la cual el Consejo de Seguridad, por resolución adoptada bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, haya hecho una solicitud en tal sentido a la Corte. Tal solicitud podrá ser renovada por el Consejo con las mismas modalidades".

El Consejo de Seguridad tiene, pues, una facultad muy importante respecto de la actividad jurisdiccional de la Corte. En efecto, su intervención, de conformidad con el Cap. VII, puede suspender los procedimientos iniciados por la Corte por 12 meses renovables. Así, de esta norma, se podría derivar en la práctica un "veto indirecto" del Consejo, relativo a la actividad de la Corte, toda vez que no existe un límite a la cantidad de veces que la suspensión puede ser renovada.

Desde el punto de vista jurídico, sin embargo, puede sostenerse que, una vez desaparecidas las causas que motivaron la intervención del Consejo de Seguridad y la aplicación del Cap. VII (p. ej., si desapareció la amenaza a la paz y a la seguridad internacional), el Consejo no debería ordenar ulteriores suspensiones. Si el Consejo insistiera con la suspensión, invocando el Cap. VII y uno o más Estados

consideraran que el mismo ya no resulta aplicable, se generaría un problema jurídico relativo a las atribuciones del Consejo de Seguridad para determinar el alcance de las disposiciones del Cap. VII.

En este caso, la cuestión no podría ser resuelta por la Corte Penal Internacional, por exceder el ámbito de su competencia. A nuestro entender, la única manera para determinar la solución aplicable sería una Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia. La misma podría ser solicitada por el propio Consejo de Seguridad o por la Asamblea General.5. El Fiscal y el Ejercicio de la Acción Penal:

Los poderes de oficio del Fiscal han sido un punto crucial en las negociaciones que llevaron a la adopción del Estatuto. En efecto, la gran mayoría de los Estados habían apoyado desde el comienzo el otorgamiento de tales poderes al Ministerio Público. Pese a ello, existieron diversas objeciones a tal solución, basadas fundamentalmente en el argumento por el cual el Fiscal podría actuar sobre la base de denuncias infundadas (*frivolous complaints*). Por otra parte, se ha planteado el problema del ejercicio de las funciones jurisdiccionales durante la fase instructoria.

Aquí, claramente, se enfrentaron dos posiciones considerablemente diferentes: Los Estados cuyo ordenamiento procesal se basa en la tradición anglosajona, que deseaban que la investigación esté exclusivamente a cargo del Fiscal, y los de tradición Romano-germánica, cuyos ordenamientos procesales prevén alguna forma de control jurisdiccional de la instrucción (juez de instrucción o juez para las investigaciones preliminares).

Este conflicto entre tradiciones jurídicas quedó resuelto a través de una solución intermedia, en virtud de la cual, el Fiscal tiene poderes para actuar de oficio y conducir la investigación, pero sus actos están sometidos al control jurisdiccional de una sala de la propia Corte, denominada "Sala de Cuestiones Preliminares" (*Pre-Trial Chamber*). La misma surgió de una propuesta conjunta argentino-alemana, que recibió el apoyo generalizado de todos los Estados.

Dicha Sala se ocupa, fundamentalmente, de las cuestiones referidas a la admisibilidad de la jurisdicción y el control de la actividad del Fiscal, que no puede disponer la apertura de una investigación, ordenar medidas restrictivas de la libertad o disponer el procesamiento de personas, sin una resolución en tal sentido de la Sala de Cuestiones Preliminares.

La referida Sala tiene un papel fundamental, porque tiene la llave de acceso a la jurisdicción de la Corte. En efecto, cuando el Fiscal

tuviere razón para sospechar la posible comisión de uno o más de los delitos de competencia de la Corte, debe iniciar una investigación preliminar, tendiente a determinar *prima facie* la existencia del delito.

Sólo después de ello, el Fiscal podrá solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares la autorización para iniciar la investigación del delito. Si esta última es concedida y, de la misma, se deriva la existencia de una o más personas sospechadas de ser autores, cómplices o encubridores del delito, pasibles de ser procesadas, el Fiscal deberá elevar una solicitud en tal sentido a la Sala de Cuestiones Preliminares y sólo en caso de resolución favorable al procesamiento, la Corte podrá ejercer su jurisdicción en relación con esa persona.

Todas las cuestiones referidas al rechazo de un Estado a aceptar la jurisdicción de la Corte, son resueltas con carácter previo por la Sala de Cuestiones Preliminares. Cabe preguntarse en qué casos un Estado podría oponerse al ejercicio de la jurisdicción de la Corte. Una de las razones principales consiste, precisamente, en que el Estado argumente haber iniciado los correspondientes procedimientos por ante sus órganos jurisdiccionales internos. Los problemas de interpretación anteriormente descriptos, que ya fueron explicados más arriba (*vid.* punto 1), deberán ser resueltos por la propia Sala (conf. art. 18).

La Sala está compuesta por magistrados especializados en Derecho Penal y en Derecho Internacional. Las funciones de la misma pueden delegarse a un juez único, conforme a las particularidades de la causa.

En relación con la conducción de las investigaciones preliminares, el art. 57 establece:

1. Cuando el Fiscal considere la existencia de una posibilidad de recibir testimonios o declaraciones de un testigo, o de examinar, recoger o recoger pruebas que, en lo sucesivo, no podrán estar disponibles para el juicio, informará la circunstancia a la Sala de Cuestiones Preliminares;

2. En ese caso, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, a pedido del Fiscal, adoptar medidas necesarias para asegurar la eficacia y la integridad del procedimiento y, en particular, para asegurar los derechos de la defensa;

3. A menos que la Sala de Cuestiones Preliminares disponga lo contrario, el Fiscal proveerá informaciones relativas a la persona detenida, o llamada a comparecer por hechos relacionados con la investigación.

4. Las medidas a las que se refiere el párrafo 1 pueden incluir:

a) Sugerencias u órdenes relativas a procedimientos que deben ser realizadas.
b) Directivas para la registración del procedimiento.
c) Designar un experto como asistente.
d) Designar al abogado defensor elegido por la persona detenida o llamada a comparecer ante la Corte. Cuando no se ha producido la detención, o, si el abogado defensor no ha sido designado, solicitar otro para que acepte y represente el interés de la defensa.
e) Nombrar a uno de sus miembros o, de ser necesario, otro juez disponible de la Sala de Cuestiones Preliminares o de la Sala de Juicio, que observe y formule recomendaciones u órdenes relativas a la obtención y conservación de las pruebas y el interrogatorio de personas.
f) Adoptar cualquier otra iniciativa que puede ser necesaria para adquirir o conservar pruebas".

En los casos en que la acusación no adoptó medidas de conformidad con el antedicho artículo, pero la Sala de Cuestiones Preliminares considera que dichas medidas son necesarias para conservar pruebas esenciales para la defensa en juicio, establecerá los motivos por los cuales la acusación omitió requerir la producción de dichas pruebas. Si la Sala considera que dicha omisión fue injustificada, dispondrá por su propia iniciativa la realización de la diligencia de prueba. Dicha decisión será apelable por el Fiscal.

El papel desempeñado por la sección es fundamental en las relaciones entre los Estados y la Corte Penal Internacional. En efecto, la mayor parte de las medidas que deben ser tomadas por los Estados son ordenadas por esta sección (p. ej. detención de personas, medidas de asistencia judicial, remisión de personas para ser sometidas a la jurisdicción de la Corte, etcétera).

Una función fundamental que tiene esta Sala es aquella relativa a la solicitud de documentos que afecten la seguridad del Estado. El secreto de Estado está cubierto por precisas reglas de confidencialidad, por razones de seguridad nacional. No obstante, todos los Estados partes están obligados a presentar a la Corte todos los documentos y los demás elementos de prueba necesarios, aún los cubiertos por el secreto de Estado.

En este caso, los Estados pueden cuestionar ante la propia Sala de Cuestiones Preliminares la pertinencia de la prueba solicitada para

la causa. Si la Sala considera necesaria la entrega de los documentos, los mismos sólo podrán ser utilizados como medios de prueba, devueltos al Estado, y no sometidos a publicidad.

Como medio de cooperación judicial, la Sala de Cuestiones Preliminares puede recurrir a los normales canales de asistencia judicial, o a organismos especializados tales como Interpol (conf. art. 93). En caso de urgencia, la Sala de Cuestiones Preliminares puede ordenar la detención preliminar de la persona, mientras se tramita la solicitud de que sea remitido a la jurisdicción de la Corte.

El art. 57 bis, párrafo 2, apartado d) establece que la Sala de Cuestiones Preliminares está facultada para autorizar al Fiscal a adoptar las medidas necesarias relacionadas con la investigación de los hechos, en el territorio de un Estado, de conformidad con la parte 9 del Estatuto, cuando considere que el órgano jurisdiccional del Estado no pueda hacerlo, o por la ineficacia del mismo.

Este artículo representa la consagración, en el campo de la cooperación judicial, del principio de la complementariedad. De esta norma, puede deducirse que la responsabilidad primaria de los Estados no se extiende exclusivamente al ejercicio de su propia jurisdicción sobre los delitos, sino también al desarrollo de las investigaciones.

Debe destacarse, además, que el criterio para desconocer la jurisdicción de los tribunales nacionales más restrictivo, si se lo compara con el referido a la admisibilidad de la jurisdicción. En efecto, no está prevista la posibilidad de que un Estado no quiera cooperar (*unwilling*), sino sólo su imposibilidad (*unable*). La misma está condicionada por la clara evidencia (*clearly unable*). La falta de cooperación de parte de un Estado implicaría la aplicación del artículo 86, párrafo 7 (Parte 9).

En este caso, toda vez que un Estado no coopere con la Corte, ésta podría referir la cuestión a la Asamblea de Estados Partes o al Consejo de Seguridad. No obstante, ya no nos encontraríamos aquí frente a un ejercicio normal de la jurisdicción por parte de la Corte, en aplicación del Estatuto, sino que frente a un problema de Estado, que debería ser resuelto mediante las reglas generales del Derecho Internacional.

Distinto es, en cambio, el problema relativo a los Estados no partes. En efecto, dichos Estados no tienen ninguna obligación internacional de cooperar con la Corte y, mucho menos, de someter personas a su jurisdicción. Si bien es cierto que la Parte 9 prevé la cooperación

voluntaria de los Estados no partes, es igualmente cierto que la falta de colaboración no implica la violación de una obligación internacional, toda vez que no existe una norma vinculante del Derecho de Gentes.

Si embargo, cabe plantearse el interrogante sobre el futuro de una Corte cuya jurisdicción sea rechazada por Estados de gran relevancia internacional. La única solución que, por el momento, puede darse a este problema debe encontrarse en el hecho puede ejercer su propia jurisdicción si el Estado en cuyo territorio se cometió el delito otorga su consentimiento.

Por consiguiente, si una persona que tenga la nacionalidad de un Estado no parte es detenida en el territorio del Estado donde ha cometido el delito, sus tribunales podrían decidir su entrega para ser sometido a la jurisdicción de la Corte, si dicho Estado es parte en el Estatuto (p. ej. Si un nacional del Estado A, que no es parte en el Estatuto, es detenido en el territorio del Estado B, que sí es parte, este último puede decidir la entrega del imputado a la Corte).

Existe, no obstante, una posibilidad no prevista por el Estatuto, toda vez que el acusado sea detenido en el territorio de un tercer Estado, y fuera extraditado al Estado en cuyo territorio se cometió el delito, la Corte tendría competencia. Por lo tanto, es dable suponer que si este último Estado presta su consentimiento para someter al imputado a la juridicción de la Corte Penal Internacional, el Estado de detención podría disponer su entrega directa a la Corte.

7. El Estatuto de Roma en el ámbito del Derecho Internacional y el Derecho Público Argentino

Si bien es innegable que, desde hace tiempo está en curso la transformación del individuo en sujeto inmediato del Derecho Internacional sancionatorio, no se había llegado, hasta el presente, a la tipificación de delitos con sus correspondientes sanciones penales, de un modo análogo al del derecho interno. En efecto, la descripción de las conductas juzgadas como delictivas por el Derecho Internacional de fuente convencional se limita a definiciones genéricas (ej. Convención contra el Genocidio o artículo 3 común de los Protocolos de Ginebra) que, si bien son suficientes para determinar las obligaciones de un Estado, no tienen virtualidad para constituir un delito, en el sentido del Derecho Penal moderno ("acción adecuada a un tipo penal, antijurídica, culpable y sancionada por una pena").

En lo que se refiere a las normas del Derecho Internacional de fuente consuetudinaria, se ha señalado, en las distintas etapas preparatorias de la conferencia, la importancia de incluir en la competencia de la Corte Penal Internacional los delitos definidos como tales por la costumbre. Al respecto, debe tenerse presente que, en el orden jurídico argentino, no sólo la costumbre no es fuente de derecho, salvo en caso de laguna legislativa o cuando la ley se refiera expresamente a ella, sino que, además, no puede, en ningún caso, ser fuente de normas penales, toda vez que la fuente legal de un delito está amparada por la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Cabe, asimismo, señalar que, por su propia naturaleza, la norma consuetudinaria tiene características de flexibilidad y adaptabilidad, que permiten al juez un mayor margen de apreciación en relación con su existencia y prueba. Si bien esto es aceptable e incluso deseable en el Derecho Internacional Público aplicable a los sujetos "tradicionales" del referido orden jurídico (Estados, Organismos Internacionales, etcétera), no puede decirse lo mismo cuando se definen tipos penales y se establecen sanciones retributivas. En efecto, la propia naturaleza de la costumbre impide una definición estricta de la conducta punible, así como no contempla de forma taxativa la sanción aplicable a dicha conducta. Por todo lo antedicho, se estima que las normas consuetudinarias son, de por sí, insuficientes para tipificar delitos y que el respeto por el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* exige la existencia de tipos penales en el sentido del Derecho Penal moderno.

Debe tenerse presente que, más allá de su evolución moderna, el Derecho Internacional Público no se conformó como un orden jurídico directamente aplicable a los individuos, sino a los Estados y, en consecuencia, sus normas no han sido elaboradas como para resultar aplicables a personas físicas. El desarrollo del Derecho Internacional y su avance, aunque restrictivo, en la directa aplicabilidad de sus normas a los individuos debe estar acompañado de una adecuación de ese Derecho a esta nueva realidad. En el caso de normas que establezcan delitos o sanciones, ellas deberán seguir los principios fundamentales del Derecho Penal moderno.

La importancia de la costumbre radica en el hecho de que las conductas calificadas como criminales por el Derecho Internacional General constituyeron una base de consenso para establecer la competencia de la Corte sobre ciertos delitos, pero sin que se llegara a sostener que las normas consuetudinarias tenían, de por sí, virtualidad para tipificar delitos imputables a los individuos.

Desde el punto de vista del ordenamiento constitucional argentino, corresponde plantearse cuál sería el *status* del Estatuto de la Corte Penal Internacional, si éste fuera ratificado por la República Argentina. En este sentido, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, el mismo tendría supremacía sobre cualquier ley interna (incluyendo el Código Penal y los códigos de procedimiento). En consecuencia, ante cualquier conflicto entre el Estatuto y el Código Penal, prevalecería el primero.

En relación con lo expresado en el párrafo anterior, corresponde tener presente que el artículo 18 de la Constitución Nacional establece que *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso(...).*

Sin embargo, considerando que la reforma constitucional de 1994 ha mantenido el principio fundamental de la supremacía de la Constitución, cualquier disposición del Estatuto que se contradiga con alguna garantía establecida por aquélla resultaría inconstitucional, y no podría ser aplicada por los tribunales de la República. Tal situación generaría la imposibilidad de cumplir con un tratado internacional y la consiguiente responsabilidad del Estado, conforme con las disposiciones del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Debe señalarse, no obstante, que, si bien el Estatuto no puede contradecir principios constitucionales, con posterioridad a una eventual futura ratificación deberá estudiarse la necesidad de adecuar y complementar la legislación interna de acuerdo con sus disposiciones. Al respecto, puede sugerirse como ejemplo el eventual dictado de normas especiales sobre cooperación judicial con la Corte (p. ej., traslado de procesados o de condenados, etc.). Ello a la luz de que la remisión de personas para su juzgamiento por parte de la Corte no puede ser asimilada a los regímenes establecidos por los tratados bilaterales de extradición.

El artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional dispone que corresponde al Congreso *Aprobar o desechar tratados internacionales con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los Concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

El origen de la antedicha disposición constitucional puede encontrarse en el artículo 3°, inc. h) de la ley que declara la necesidad de la reforma. La misma faculta a la Convención para establecer *"institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales* mediante *(...) incisos nuevos al artículo 67 de la Constitución Nacional.*

La reforma de 1994 consagró la interpretación que la Corte Suprema venía realizando a partir del caso *Ekmedjián* estableciendo una expresa supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas. De conformidad con las actuales disposiciones, una ley dictada por el Congreso de alcance general o particular, dispositiva o de orden público no puede primar sobre un tratado internacional, siendo irrelevante su carácter anterior o posterior en relación con el tratado.

Como consecuencia de lo antedicho, si se sancionara y promulgara una ley contraria a un tratado internacional, los tribunales argentinos deberían continuar aplicando este último, sin tener en cuenta las disposiciones en contrario de la nueva ley.

Por el contrario, si se entrara a formar parte de un tratado cuyas disposiciones contradijeran leyes internas argentinas, los tribunales de la Nación deberán aplicar el tratado internacional, haciéndolo prevalecer sobre la norma interna contraria (salvo, por supuesto, que se trate de la propia Constitución Nacional o alguno de los tratados con jerarquía constitucional establecidos por el art. 75, inc. 22, segundo párrafo.

Un problema adicional se plantea en relación con las divergencias de interpretación en lo que se refiere a la aplicación del Derecho Internacional en el orden jurídico interno que hace la propia Corte Suprema de Justicia. Baste para ello ver la clara diferencia de interpretación existente en los casos anteriormente transcriptos y lo manifestado por el más Alto Tribunal de la República en el caso "Priebke". Allí, siguiendo la opinión del Procurador General de la Nación, la Corte consideró que, independientemente a lo establecido por el Tratado de Extradición con Italia, la obligación de extraditar a los responsables de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad se deriva de las normas del Derecho Internacional general, independientemente de la aplicabilidad de una norma convencional.

Restaría por determinar qué ocurriría si, el día que la Argentina ratifique el Estatuto, se optara por atribuirle jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inciso 22 de la Constitución. De este modo, sus disposiciones cobrarían supremacía inclusive sobre los restantes instrumentos internacionales que no tengan dicha jerarquía. En este supuesto, sus normas deberían interpretarse armónicamente con los derechos y garantías de la primera parte de nuestra ley fundamental, que no pueden ser derogadas. Asimismo, deberán interpretarse en forma coordinada con las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos que ya gozan de jerarquía constitucional.

LA PROTECCIÓN DE LA VIDA INOCENTE EN VÍSPERAS DEL SIGLO VEINTIUNO

ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA*

En vísperas de la finalización del segundo milenio cristiano es oportuno reflexionar sobre las luces y las sombras que se advierten en el horizonte en torno a la vida inocente. Su protección ha llegado hoy a un nivel crítico, hasta el extremo de constituir su defensa uno de los puntos esenciales del magisterio desarrollado por Juan Pablo II durante los veintidós años de su pontificado. El tema, de inquietante significación contemporánea, no puede ser abordado si previamente no desarrollamos los puntos básicos del jusnaturalismo que sirve de sustento a nuestra posición, y que resulta incompatible con las muy difundidas tendencias inmanentistas, materialistas y relativistas.

Para nuestra visión jurídica, Dios es Principio y Fundamento, Alfa y Omega del orden natural. Es, además, el único garante sólido de la dignidad inherente a toda persona, desde el instante de la concepción hasta el momento de la muerte.

Con anterioridad al mensaje cristiano el reconocimiento del Ser Supremo adquirió frecuentemente contornos difusos, extraviándose en el caos del politeísmo o en la confusión del panteísmo. La Buena Noticia, que se propala a través de los difusores del Evangelio, propone a todos los hombres una teología de salvación e ilumina, como ninguna otra doctrina, el sentido del Reino cuya cabeza es el Señor y la condición de hijos de Dios a la que están llamados todos los descendientes de Adán, sin discriminaciones de ninguna especie.

Lejos del teocratismo que predomina en Oriente, y que tiene manifestaciones incluso en Grecia y Roma, el Cristianismo propone

*Titular de Ciencias Políticas. UCA.

una nueva visión del poder político que se traduce en el reconocimiento de límites infranqueables y en el respeto que la autoridad debe guardar siempre hacia la vida humana inocente. Es importante señalarlo en estos tiempos en que los cuerpos legislativos se consideran habilitados para sancionar normas inicuas que constituyen un alzamiento contra el orden natural y una flagrante violación de la ley moral grabada en el corazón de todos los hombres.

Las dos potestades

La distinción entre lo que es de Dios y lo que es del Cesar, que el Señor expone claramente en el Evangelio de San Lucas, promovió el surgimiento de la noción de "libertad civil" a la que todos los hombres tienen derecho, por el solo hecho de serlo.

Tal vez no todos los contemporáneos de Jesús advirtieron la hondura de esa distinción y la conmoción que inexorablemente produciría en los criterios políticos que prevalecían en casi todo el mundo. "La distinción jurisdiccional entre lo temporal y lo espiritual –enseña GERMÁN J. BIDART CAMPOS– no significa tan solo un desdoblamiento. Significa algo mucho más profundo, o sea, que el poder del Estado no se ejercita sobre todo el hombre, porque en lo espiritual el hombre es súbdito de otra autoridad distinta: la religiosa. Sustraer al Estado un aspecto tan importante de la vida humana, cual es el de las relaciones con Dios, es contener el absolutismo. La conciencia religiosa del hombre queda fuera de la jurisdicción política y es inviolable y sagrada"

Pero la distinción entre lo que es del Cesar y lo que es de Dios no se limita a servir de fundamento a la libertad religiosa y a justificar la resistencia de los mártires, que preferían afrontar el circo y las fieras antes que quemar incienso en honor de los dioses romanos. Su repercusión fue más amplia porque contribuyó a poner en relieve, desde los comienzos de la prédica apostólica, que el Estado, cuya potestad absoluta pocos cuestionaban en la antigüedad, tiene límites que no se pueden violar. En tal perspectiva, el poder político no debe tener injerencia en asuntos que conciernen *a la intimidad de la persona humana*, de la familia o de la vida social. Surgen así ámbitos de reserva cuya existencia servirá de base al progresivo reconocimiento de facultades personales *–derechos individuales y sociales–* que el Estado no debe vulnerar.

Un amplio espectro de la *vida personal y social* queda de esta forma al margen de la discrecionalidad del poder político. Todas estas limitaciones generaron, en el curso de la historia, la convicción creciente de que existe un ordenamiento suprapositivo, a cuyos parámetros de justicia las leyes humanas deben ajustarse.

El Jusnaturalismo

Los autores de la Patrística recepcionan el saber pagano, depurándolo de desviaciones filosóficas y teológicas. El *jusnaturalismo* de inspiración cristiana, injertado en el tronco cuyas raíces son helenas, romanas y hebreas, se nos presenta así transfigurado y con fundamentos inconmovibles, suministrando las bases jurídicas de la nueva visión del hombre propuesta por el Evangelio. Un gran aporte a esa corriente es el de San Agustín, quien enseña que hay una ley eterna, fundada en Dios, que rige todo lo creado. El Obispo de Hipona –observa BERNARDINO MONTEJANO– corrige las desviaciones panteístas de cierto estoicismo romano, y afirma que la ley natural, transcripción de la ley eterna en el alma, en la razón y en el corazón del hombre, es también llamada *lex íntima*, pues por medio de ella Dios habla al hombre en la conciencia.[1]

La ley natural, enseñada por los autores cristianos, propone una verdadera revolución jurídica en la medida en que apunta al reconocimiento de la dignidad inherente a toda persona. Sus expositores alcanzan brillo singular durante la Edad Media, destacándose entre ellos la figura consular de SANTO TOMÁS DE AQUINO.

En la Suma Teológica encontramos sobre el tema conclusiones terminantes: "Hay una ley eterna, que es la razón que gobierna todo el universo y existe en la mente divina".[2] *La ley natural no es otra cosa que la participación de la ley eterna en el hombre.*[3] *Las leyes humanas están subordinadas a la ley natural.*[4] Toda ley de procedencia humana sólo es verdadera ley, en cuanto se deriva de la ley natu-

[1] BERNARDINO MONTEJANO (H): *Curso de Derecho Natural*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág.110.

[2] SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica* (traducida por el R.P. Manuel Mendía, Madrid, Moya y Plaza Editores, 1881), 1a. 2a. C. XCI Art.I.

[3] Idem, 1a. 2a. C. XCI Art. II.

[4] Idem, 1a. 2a. C. XCI Art. III.

ral; y no lo será sino más bien corrupción de la ley, si no es justa o conforme con la razón natural, cuya primaria regla es la ley natural".[5]

Explica, asimismo, SANTO TOMÁS, que las leyes justas obligan en el fuero de la conciencia. Pero si vulneran el bien común o violan los preceptos de la ley divina, pueden o deben, según los casos, ser desobedecidas.[6]

Para SANTO TOMÁS el hombre es un ser en sí, un autofín sólo subordinado a Dios y supraordinado a todo lo demás. No es, pues, como el Estado, un ser accidental. El hombre es un ser substancial. No un mero conglomerado de átomos ni un conjunto de sensaciones, pensamientos o voliciones. La persona humana es una substancia individual, es decir, un ente constituido por el alma racional y la materia substancialmente unidas en cada hombre, con vocación de eternidad.

Esta visión del hombre, que encontramos reiterada en los escritos de SANTO TOMÁS, confiere sólido sustento filosófico a un dato teológico como el de la resurrección de la carne. Ello así porque, como lo enseña SANTO TOMÁS, lo natural del alma es estar unida al cuerpo y no separada de él. Por lo demás, el hombre se encuentra en el grado más alto de los seres naturales y tiene, como persona, un fin sobrenatural, supratemporal y definitivo: la unión con Dios. El tiempo, sin embargo, reviste importancia fundamental porque en él cada hombre decide su destino eterno.

En el tema de la persona frente al Estado, SANTO TOMÁS se aleja de los extremos. No considera al Estado un organismo del que el hombre sería sólo una parte. Tampoco afirma un individualismo que lleve a negar el rol del Estado o a sostener que se trata de un producto artificial.

Para el aquinatense el Estado es una realidad no substancial. Importa una forma plenaria natural de vida en común en la que los hombres son partes en sentido relativo. En efecto, el hombre trasciende al Estado porque es el grado más alto en la escala de los seres naturales. Por ello, como en toda relación (familia, universitas, etc.), el hombre es de algún modo parte, pero no es absolutamente parte de la sociedad. Aún ofrendando su vida en defensa de la Patria, durante una guerra justa, queda reservado en plenitud para Dios. Como lo ha enseñado MARITAIN, el hombre puede empeñarse íntegramente en la

[5] Idem, 1a. 2a. C. XCV Art. II.
[6] Idem, 1a. 2a. C. XCVI Arts. IV y V.

comunidad política, pero no con su yo íntegro que siempre queda reservado para la eternidad. Porque el hombre, en definitiva, es un microcosmos, un todo con fines que trascienden el tiempo y conciernen a su definitiva unión con Dios.

Con la posición expuesta, SANTO TOMÁS se aparta de las corrientes que en el siglo XX desembocan en los totalitarismos y que aniquilan al hombre como ser personal. También pone distancia con las tendencias ultraindividualistas que niegan la sociabilidad y politicidad humanas, desconociendo el orden natural.

La modernidad

Los autores de la Escuela Española de los siglos XVI y XVII dieron nuevo esplendor al jusnaturalismo medieval e hicieron contribuciones significativas a la cada vez más nítida antropología cristiana.

FRANCISCO DE VITORIA, *en sus* Relecciones Teológicas, FRANCISCO SUÁREZ en De legibus y en Defensio Fidei, y JUAN DE MARIANA en Del Rey y la institución real, formularon, con sus respectivos matices, admirables síntesis filosóficas, jurídicas y políticas, en las que afirmaron la existencia de la ley natural y el carácter sagrado del hombre, señalando límites en defensa de la persona humana frente al creciente absolutismo europeo. Incluso defendieron el derecho y aún el deber de resistencia activa o pasiva, según las hipótesis, ante las tiranías de título o de ejercicio.

El jusnaturalismo de inspiración cristiana se vio distorsionado a partir de los seguidores de la tendencia iniciada por HUGO GROCIO, que se tradujo en la irrupción del racionalismo a través de la denominada "Escuela del Derecho Natural".

Como lo señala JACQUES MARITAIN en *El hombre y el Estado*, desde el siglo XVII en adelante la gente comenzó a pensar en la Naturaleza y en la Razón con N y R mayúsculas, cual si fueran divinidades abstractas establecidas en el firmamento platónico. "Como consecuencia, la consonancia de la conducta humana con la razón había de significar que dicha conducta estaba trazada por una norma preexistente y prefabricada que la Razón infalible había recibido el encargo de establecer de la no menos infalible Naturaleza. En esta perspectiva, no es sorprendente que en el siglo siguiente Condorcet llevara su racionalismo dogmático al extremo de declarar que "una buena ley debería ser buena para todos", tanto para el hombre de las cavernas

como para el de la máquina de vapor, para las tribus nómadas y los pueblos agricultores. "Una buena ley debería ser buena para todos, igual que una proposición es verdadera para todos".[7]

Esta concepción racionalista modificó substancialmente la cosmovisión predominante en siglos anteriores, deformando también la visión de Dios y del hombre. Sirvió, asimismo, de sustento a la incipiente codificación y, llevada a sus extremos, condujo a un mecanicismo negador o prescindente de Dios, a quien se pretendió desplazar o sustituir por la Razón, empujando a los pueblos hacia diversas versiones del positivismo o, como reacción, hacia un historicismo sin esencias, cargado de inmanentismo y relativismo.

El error del racionalismo –observa MARITAIN– fue considerar al derecho positivo como una mera transcripción del natural, olvidando el inmenso campo de las cosas humanas que depende de las variables condiciones de la vida social y de la libre iniciativa de la razón humana, que el derecho natural deja indeterminado.

JACQUES LECLERCQ señala que los autores de la Edad Media eran más prudentes que los seguidores de GROCIO, limitando la evidencia del derecho natural a los primeros principios.[8] *El hombre* –enseña GRANERIS– es esencia y es historia; la historia varía, por lo cual el derecho natural, inconmovible e inmutable en su principio y esencia, puede fundar derechos positivos variables en el mundo cambiante de las constelaciones históricas, en las cuales el hombre debe desarrollarse y alcanzar su fin".[9]

Prescribe el Catecismo cuya publicación ordenó Juan Pablo II mediante la Constitución *Fidei Depositum*, que "la ley natural, presente en el corazón de todo hombre, es universal en sus preceptos, y su autoridad se extiende a todos los hombres. Expresa la dignidad de la persona y determina la base de sus derechos y sus deberes fundamentales" (N° 1956) Sin perjuicio de esta norma general, "la aplicación de la ley natural varía mucho: puede exigir una reflexión adaptada a la multiplicidad de condiciones de vida según los lugares, las épocas y las circunstancias. Sin embargo, en la diversidad de culturas, la ley natural permanece como una norma que une entre sí a los hombres y les impone, por encima de las diferencias inevitables, prin-

[7] JACQUES MARITAIN, *El hombre y el Estado*, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1952, pág. 100.

[8] JACQUES LECLERCQ, *Del Derecho Natural a la Sociología*, Ediciones Morata, Madrid, 1961, pág.32.

[9] GIUSEPPE GRANERIS, *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho.*

cipios comunes" (N° 1957). Además, "la ley natural es inmutable y permanente a través de las variaciones de la historia; subsiste bajo el flujo de ideas y costumbres y sostiene su progreso. Las normas que la expresan permanecen substancialmente valederas. Incluso cuando se llega a renegar de sus principios, no se la puede destruir ni arrancar del corazón del hombre. Resurge siempre en la vida de individuos y sociedades" (N° 1958)

"La ley natural –concluye el Catecismo–, obra maravillosa del Creador, proporciona los fundamentos sólidos sobre los que el hombre puede construir el edificio de las normas morales que guían sus decisiones. Establece también la base moral indispensable para la edificación de la comunidad de los hombres. Finalmente proporciona la base necesaria a la ley civil que se adhiere a ella, bien mediante una reflexión que extrae las conclusiones de sus principios, bien mediante adiciones de naturaleza positiva y jurídica" (N° 1959)

MANUEL V. ORDÓÑEZ, en su conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, señaló que racionalistas y positivistas son los más grandes adversarios del genuino jusnaturalismo. "Son –advertía ORDÓÑEZ– los descendientes del hombre despedazado, el hombre al cual Maquiavelo le quitó la base moral en la política; ROUSSEAU lo hizo creador de su propia ley; y COMTE, negador de todo lo que no cae bajo la experiencia sensible".[10]

La mentalidad mecanicista

Esta división tajante entre Dios –autor del orden natural–, y el mundo, ese aislamiento del hombre frente a la ley eterna y la ley natural, ha conformado paulatinamente, a partir de la Edad Moderna, lo que el Padre José Kentenich ha denominado mentalidad mecanicista, responsable de una creciente soledad de la persona humana.

GERMÁN J. BIDART CAMPOS advierte que esa ruptura con Dios y el orden natural es el primer acto del drama de la inseguridad y el miedo del hombre, que en filosofía llevará al idealismo, significando la pérdida de Dios. El hombre –agrega BIDART CAMPOS, replegado en sí mismo, supondrá que el mundo es solamente una idea por él pensada, destituirá a las cosas de la realidad que tiene relación con él, y

[10] MANUEL V. ORDÓÑEZ: *El Derecho Natural*, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, años XX y XXI, N° 15, pág. 144.

extraviará racionalmente al mismo Dios, que será inaccesible a su razón. Finalmente, al separarse del Altísimo, perderá la noción de su propia esencia y de su dignidad connatural.

El idealismo inmanentista servirá después de soporte a las concepciones dialécticas que con diferencias de matices estructuran finalmente a los totalitarismos contemporáneos, todos ellos destructores del hombre.

Supervivencia del Jusnaturalismo

El jusnaturalismo, empero, ha superado los embates del racionalismo, el positivismo y el historicismo sin esencias. Sin romper con sus raíces medievales y neoescolásticas se manifiesta en JOHN LOCKE –a pesar de sus desviaciones gnoseológicas–, en los escritos de MONTESQUIEU –sobre todo en el Libro Primero de *El Espíritu de las Leyes*– en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, y en el constitucionalismo que se inspira en la carta de Filadelfia de 1787, prolongando su influjo hasta nuestro tiempo, incluso a través del trialismo desarrollado entre nosotros por WERNER GOLDSCHMIDT y sus discípulos.

Después de los horrores de la segunda postguerra muchos juristas se retractaron de sus desviaciones positivistas. Advirtieron, un poco tarde, que el epílogo de su visión unidimensional del derecho era, inexorablemente, el absolutismo de Estado y el desconocimiento de la dignidad inherente al hombre desde la concepción hasta la muerte natural. La afirmación de JELLINEK en el sentido de que "todo acto emanado del poder soberano es por naturaleza conforme a derecho" o la de CARRÉ DE MALBERG cuando expresaba que el Derecho Natural "es un error del cual sería de desear que la ciencia del derecho llegue de una vez a desembarazarse", resultaban demasiado peligrosas. Como lo expresó Pío XII el 13 de noviembre de 1949, el positivismo jurídico y el absolutismo de Estado son dos manifestaciones que a su turno derivan y dependen una de la otra.

En vísperas del siglo XXI, el jusnaturalismo suministra la respuesta a la que pueden acceder los hombres de buena voluntad, aunque no hayan alcanzado la fe cristiana, para enfrentar todas las extralimitaciones totalitarias.

El doble progreso contrario

Las visiones meramente técnicas del mundo jurídico, por prescindir del Derecho Natural, son siempre insuficientes para abarcar

en toda su complejidad la noción de persona humana, desde el primer instante de su existencia hasta el fin de su tránsito por la tierra.

El positivismo, que tanto influjo ejerció entre los juristas, y que pretendió circunscribir el mundo jurídico a las normas sancionadas por los hombres, demostró que podía servir de base a los peores extravíos antropológicos al facilitar el advenimiento de los regímenes totalitarios del siglo veinte. Quedó así en evidencia que el Derecho no se agota en el plano de las normas y los hechos, y que no puede ser neutral frente a la dimensión de los valores, porque cuando la trascendencia y objetividad de éstos ha sido desconocida, los hombres se han deslizado hacia peligrosas pendientes humanicidas.

El siglo veinte y las contradictorias posiciones adoptadas por los ordenamientos jurídicos frente a la persona humana confirman la tesis de JACQUES MARITAIN[11] según la cual el progreso rectilíneo es una vana ilusión del iluminismo. Para el ilustre filósofo francés, la Historia tiene mucho de misterio, en el sentido de que la plena comprensión de su último sentido excede los límites de la inteligencia humana. Sugiere, por ello, sin pretender explicar al estilo de las ciencias naturales el misterio del hombre y de sus opciones hacia el bien o el mal, usando o abusando de su libertad interior, que es posible aproximarnos a dicho misterio recurriendo a ciertas fórmulas axiomáticas. Entre ellas menciona a la ley del doble progreso contrario. Para desentrañar su sentido y alcance acude a la parábola del trigo y la cizaña expuesta por San Mateo en el capítulo XIII de su Evangelio. Ella se refiere al hombre que sembró buena semilla en su campo pero que una mañana comprobó que su enemigo había arrojado en él semilla de cizaña. Para no arruinar el trigo, optó por aguardar la época de la siega. En esa oportunidad recogió fácilmente la cizaña y la arrojó al fuego, guardando, en cambio, el trigo en el granero.

A juicio de MARITAIN, esta parábola refleja cabalmente la ley del doble progreso contrario que consideramos muy útil para entender cómo en el mismo siglo veinte las normas jurídicas y las realidades políticas, al observar o al vulnerar principios axiológicos objetivos y trascendentes, han contribuido a enaltecer o a degradar la dignidad connatural a toda persona.

La fórmula propuesta por MARITAIN significa que el bien no está separado del mal en la historia humana: ellos crecen juntos. De esta

[11] JACQUES MARITAIN, *Filosofía de la Historia*, Ediciones Troquel, Buenos Aires, 1960, pág. 54.

manera la vida de las sociedades humanas avanza y progresa a costa de muchas pérdidas. Avanza y progresa gracias a la vitalización y superelevación de la energía de la historia, que brota del espíritu y de la libertad humanos. Pero, al mismo tiempo, esta misma energía de la historia es degradada y disipada en razón de la pasividad de la materia. Y, desde luego –agrega el autor del Humanismo Integral– en ciertos períodos de la historia lo que prevalece y predomina es el movimiento de degradación y, en otros períodos, es el movimiento del progreso. Tenemos así una noción bastante diferente de aquella de un progreso necesario, rectilíneo e indefinido con el que soñó el siglo XVIII, y en el cual las cosas venideras se consideraban siempre y por derecho mejores que las pasadas; y también, distinta de aquella negación de todo progreso y del desprecio por el empuje dado por Dios en nosotros, que aparece entre todos los que desesperan del hombre y de la libertad.

Las reflexiones de MARITAIN nos ayudan a entender ciertos criterios antagónicos de fácil comprobación y que demuestran cómo la persona humana ha sido simultáneamente exaltada y menospreciada. Por una parte tenemos que su dignidad ha sido proclamada en constituciones y declaraciones de derechos, a nivel planetario, como nunca en el curso de la historia. Y por otra, advertimos que jamás el hombre ha sido más Caín que en nuestra época, signada por el materialismo, el racismo, el totalitarismo, el genocidio, las guerras mundiales, y todas las catástrofes que, según el cálculo de ZBIGNIEW BRZEZINSKI[12] elevan a 170 millones de muertos el número de las víctimas de las atrocidades ejecutadas por los hombres a lo largo de la centuria.

El inventario adquiere dimensiones aterradoras si abarcamos dentro del obsesivo humanicidio del siglo veinte a las personas antes de su nacimiento. En esta perspectiva las cifras de BRZEZINSKI resultan un pálido reflejo de una realidad cuantitativamente mucho más significativa. Baste computar que los doscientos cincuenta millones de dispositivos intrauterinos implantados en el mundo generan aproximadamente quinientos millones de abortos anuales anteriores a la anidación. A esta cifra debemos sumar los cincuenta millones de abortos de embriones o fetos implantados que, según cálculos conservadores, se practican todos los años en nuestro planeta. [13]

[12] ZBIGNIEW BRZEZINSKI, *Out of control*, cit. por Emilio J. Cárdenas en *A propósito de mi primer Seder*, La Prensa, 8-4-1993. Ver también de ZBIGNIEW BRZEZINSKI: *El gran fracaso*, Vergara, Buenos Aires, 1989.

[13] EDUARDO ZUBIZARRETA: *El derecho a la vida de la persona por nacer*, en el volumen *El Derecho a nacer*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 37.

A la luz de estos datos resulta explicable que JULIÁN MARÍAS, en reiteradas oportunidades, haya sostenido que lo más grave que ha ocurrido en el siglo veinte es "la aceptación social del aborto". Agrega MARÍAS que "el hombre comete pecados y errores siempre, por desgracia lo hará siempre. Pero que eso parezca bien, que eso parezca un derecho, que eso parezca moral, es lo que no había ocurrido nunca y es lo más grave que ha sucedido en el siglo veinte, incluido todo, que es mucho. Yo personalmente –concluye el ilustre filósofo español– vivo angustiado pensando que en este momento se están matando niños no nacidos, a cientos de miles en todo el planeta. Eso me parece que es lo más grave que ha pasado, más que el comunismo y que el nacionalsocialismo y que todo lo demás, incluidas las dos guerras mundiales"[14]

El doble progreso contrario y el significado ambivalente de la historia, se encuentran implícitamente reconocidos por Juan Pablo II cuando, al celebrar el XXV aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, destacó las "divergencias, al parecer crecientes, entre las significativas declaraciones de las Naciones Unidas y el aumento, a veces, de violaciones de derechos humanos en todos los sectores de la sociedad y del mundo". Un año después, en su alocución del 22 de diciembre de 1979 a los Cardenales y prelados de la Curia romana, insistía: "Nunca se ha oído exaltar tanto la dignidad y el derecho del hombre a una vida a medida del hombre, pero nunca como hoy ha habido afrentas tan patentes a estas declaraciones".[15] Bajo la misma inspiración, NICETO BLÁZQUEZ expresa con crudeza que "la era de los derechos humanos es al mismo tiempo la era del desprecio a la vida inocente y más necesitada, mediante la legalización del aborto, la eutanasia, la sacralización de la violencia y la liturgia del terrorismo".[16] Con igual enfoque, DUCHACEK señala que "es la nuestra una época de nuevas aspiraciones, nuevas naciones y nuevas constitucio-

[14] JULIÁN MARÍAS: *El valor de pensar,* en "El Mercurio", Santiago de Chile, 21 de agosto de 1994. Ver, también: "Noción de persona. Visión antropológica del aborto", en Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, tomo XXIII, Buenos Aires, 1993, pág. 169: "La aceptación del aborto me parece el equivalente de volver a la esclavitud o a cualquiera de esos desvíos que hoy nos parecen monstruosos e inadmisibles". Análogos conceptos ha expresado JULIÁN MARÍAS en La cuestión del aborto, ABC, Madrid; "Tribuna Abierta", Bs.As., 10-4-94; En Buenos Aires, el 26 de septiembre de 1995, MARÍAS expresó que la aceptación social del aborto, el terrorismo y la droga son los "tres grandes males" de los últimos 30 años. (La Nación, 27-9-95, pág. 12).

[15] Citado por JESÚS GONZÁLEZ PEREZ, *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 35.

[16] NICETO BLAZQUEZ, *Los derechos del hombre*, Madrid, 1980, ´pág. 3.

nes. Es también una época en que las declaraciones constitucionales, tanto las nuevas como las antiguas, son constantemente violadas".[17]

En la Encíclica Evangelium Vitae, Juan Pablo señala con inquietud la expansión de una corriente que tiende a considerar los graves atentados que hoy se cometen en perjuicio de la vida inocente como "legítimas expresiones de la libertad individual, que deben reconocerse y ser protegidas como verdaderos y propios derechos".

"De este modo –agrega el Papa– se produce un cambio de trágicas consecuencias en el largo proceso histórico, que después de descubrir la idea de los "derechos humanos" –como derechos inherentes a cada persona y previos a toda Constitución y legislación de los Estados– incurre hoy en una sorprendente contradicción: justo en una época en la que se proclaman solemnemente los derechos inviolables de la persona y se afirma públicamente el valor de la vida, el derecho mismo a la vida queda prácticamente negado y conculcado, en particular en los momentos más emblemáticos de la existencia, como son el nacimiento y la muerte."

Sobre tales comprobaciones, el Santo Padre vuelve en la Evangelium Vitae sobre el tema de la ambivalencia de la época contemporánea:

"Por una parte, las varias declaraciones universales de los derechos del hombre y las múltiples iniciativas que se inspiran en ellas, afirman a nivel mundial una sensibilidad moral más atenta a reconocer el valor y la dignidad de todo ser humano en cuanto tal, sin distinción de raza, nacionalidad, religión, opinión política o clase social".

"Por otra parte –agrega Juan Pablo II–, a estas nobles declaraciones se contrapone lamentablemente en la realidad su trágica negación. Esta es aún más desconcertante y hasta escandalosa, precisamente por producirse en una sociedad que hace de la afirmación y de la tutela de los derechos humanos su objetivo principal y al mismo tiempo su motivo de orgullo. ¿Cómo conciliar estas declaraciones con el rechazo del más débil, del más necesitado, del anciano y del *recién concebido?"*

El Pontificado y el Derecho Natural

Los Papas contemporáneos, defensores en todos sus documentos de la dignidad connatural a la persona humana, desde el instante de la concepción, han puesto de relieve la significación que para esa defensa tiene el reconocimiento del Derecho Natural.

[17] DUCHACEK: *Derechos y libertades en el mundo actual*, Madrid, 1976, cit. por Jesús González Pérez, ob. cit., pág. 31.

Pío XI, en la Encíclica Divini Redemptoris, advirtió proféticamente en 1937, al comprobar las gravísimas transgresiones que los marxistas leninistas cometían en varias latitudes, que la ley natural no puede ser conculcada con impunidad. En forma complementaria, en la Encíclica Mit Brennender Sorge que ese mismo año expidió para condenar las doctrinas nacionalsocialistas, reivindicó el derecho natural vulnerado por el régimen no obstante haber sido "impreso por el dedo mismo del Creador en las tablas del corazón humano". "A la luz de las normas de ese derecho natural –agregó Pío XI– puede ser valorado todo derecho positivo, cualquiera sea el legislador, en la legitimidad del mandato y en la obligación que implica de cumplirlo. Las leyes humanas –concluye el Papa– que están en oposición insoluble con el derecho natural, adolecen de un vicio original que no puede subsanarse ni con las opresiones ni con el aparato de la fuerza externa".

En forma concorde, Pío XII, en su mensaje "Con Sempre" del 24 de diciembre de 1942, recomendó a los legisladores apartarse del positivismo jurídico "que atribuye una engañosa majestad a la promulgación de leyes puramente humanas y abre el camino hacia una funesta separación entre la ley y la moralidad". A Pío XII le preocupaba que el ordenamiento jurídico se emancipara de Dios porque al hacerlo se empobrece su visión del hombre que, por ser imagen y semejanza del Altísimo, tiene una dignidad inmensurable.

Dos años después, en su célebre alocución sobre la democracia, pronunciada el 24 de diciembre de 1944, Pío XII reivindicó la trascendencia y supremacía de la ley natural cuyos mandatos no deben ser vulnerados por las leyes positivas. El absolutismo de Estado –precisó Pío XII– "consiste de hecho en el falso principio de que la autoridad del Estado es ilimitada y que frente a ella no puede admitirse apelación a una ley superior que obliga en conciencia".

Juan XXIII se ha referido también al jusnaturalismo en documentos memorables. En uno de ellos, Pacem in Terris, recordó que "en lo más íntimo del ser humano el Creador ha impreso un orden que la conciencia humana descubre y manda observar estrictamente". En el mismo documento, ratificando una enseñanza de muchos siglos, precisó que "si los gobernantes promulgan una ley o dictan una disposición cualquiera contraria a ese orden espiritual y, por consiguiente, opuesta a la voluntad de Dios, en tal caso ni la ley promulgada, ni la disposición dictada pueden obligar en conciencia al ciuda-

dano, ya que es necesario obedecer a Dios antes que a los hombres; más aún, en semejante situación, la propia autoridad se desmorona por completo y se origina una iniquidad espantosa".

La Encíclica Veritatis Esplendor

Podríamos continuar citando documentos pontificios, todos ellos unánimes en cuanto al reconocimiento del orden natural. Voy a ceñirme, por los límites de este trabajo, a sintetizar el pensamiento de Juan Pablo II, quien ha desarrollado su magisterio a través de numerosos documentos como Sollicitudo Rei Socialis, Christifideles Laici y Centesimus Annus. Tienen, empero, especial significación las encíclicas Veritatis Splendor y Evangelium Vitae, y la Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe *(Donum Vitae)*, aprobada por el Papa el 22 de febrero de1987.

El 3 de octubre de 1993 Juan Pablo II promulgó la encíclica *Veritatis Splendor* en cuyo texto se afirma la necesaria relación que existe entre la libertad y la verdad, rechazando las posiciones relativistas, inmanentistas y materialistas que niegan el orden natural objetivo y que en el curso del siglo veinte han servido de sustento a los variados atentados cometidos contra la dignidad humana que ahora adquieren dimensiones apocalípticas en las agresiones que se cometen virtualmente en todo el mundo en perjuicio de personas concebidas en claustros maternos o en probetas de laboratorio.

El Papa señala con preocupación que "en algunas corrientes del pensamiento moderno se ha llegado a exaltar la libertad hasta el extremo de considerarla como un absoluto, que sería la fuente de los valores. En esta dirección se orientan las doctrinas que desconocen el sentido de lo trascendente o las que explícitamente son ateas. Se han atribuido a la conciencia individual las prerrogativas de una instancia suprema del juicio moral, que decide categórica e infaliblemente sobre el bien y el mal. Al presupuesto de que se debe seguir la propia conciencia se ha añadido indebidamente la afirmación de que el juicio moral es verdadero por el hecho mismo de que proviene de la conciencia. Pero, de este modo, ha desaparecido la necesaria exigencia de verdad en aras de un criterio de sinceridad, de autenticidad, de "acuerdo con uno mismo", de tal forma que se ha llegado a una concepción radicalmente subjetiva del juicio moral".

El Santo Padre reivindica la verdadera libertad de conciencia que se traduce en "el derecho de ser respetados en el propio camino de

búsqueda de la verdad". Pero apunta que también existe "la obligación moral grave para cada uno de buscar la verdad y de seguirla una vez conocida".

Contra las corrientes subjetivistas e inmanentistas que niegan o son escépticas frente a la verdad objetiva, el Papa proclama la existencia y vigencia del orden natural y rechaza el falso concepto de autonomía de las realidades terrenas que conduce en la práctica a la negación de Dios y de sus mandamientos. Entre ellos es oportuno recordar el quinto, que prohíbe matar de modo directo a cualquier persona inocente, aunque se encuentre en el comienzo de su desarrollo vital o en el último tramo de la existencia temporal.

Contra las corrientes positivistas, la *Veritatis Splendor* sostiene un genuino jusnaturalismo. Afirma en tal sentido que la ley natural "no es otra cosa que la luz de la inteligencia infundida en nosotros por Dios. Gracias a ella conocemos lo que se debe hacer y lo que se debe evitar". Agrega que "la autonomía de la razón no puede significar la creación, por parte de la misma razón, de los valores y de las normas morales...La verdadera autonomía moral del hombre no significa en absoluto el rechazo, sino la aceptación de la ley moral".

A esa ley moral natural , objetiva y trascendente (de la cual el Derecho Natural es un capítulo), remite el Concilio Vaticano II cuando hace una extensa reseña de actos gravemente ilícitos ejecutados contra la vida inocente: "Todo lo que se opone a la vida, como los homicidios de cualquier género, los genocidios, el aborto, la eutanasia y el mismo suicidio voluntario...todas estas cosas y otras semejantes son ciertamente oprobios que, al corromper la civilización humana, deshonran más a quienes la practican que a quienes padecen la injusticia y son totalmente contrarios al honor debido al creador"

Juan Pablo II, en este importante documento, enaltece a quienes dan testimonio de la verdad. Destaca que es la verdad la que nos hace libres ante el poder y su reconocimiento es condición para la auténtica libertad: "conoceréis la verdad y la verdad os hará libres" (Juan, 8, 32). Con palabras que son aplicables a la defensa incondicional de la vida inocente en el mundo contemporáneo, Juan Pablo II subraya que "la voz de la conciencia ha recordado siempre sin ambigüedad que hay verdades y valores morales por los cuales se debe estar dispuesto a dar incluso la vida".

La instrucción *Donum Vitae*

Juan Pablo II, en la audiencia del 22 de febrero de 1987 concedida al Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, Cardenal

Joseph Ratzinger, aprobó y ordenó la publicación de la Instrucción *Donum Vitae*.

Es un documento que tiene especial significación desde la perspectiva jusnaturalista porque en su capítulo III alude de modo explícito a los valores y las obligaciones morales que las legislaturas deben salvaguardar al sancionar ordenamientos referidos a la vida humana en gestación.

La Instrucción señala que "las nuevas posibilidades de la técnica en el campo de la biomedicina *requieren la intervención de las autoridades políticas y legislativas*, porque el recurso incontrolado a esas técnicas podría tener consecuencias imprevisibles y nocivas para la sociedad civil". Sobre el punto –y la terrible experiencia contemporánea así lo acredita– no resulta suficiente para asegurar los derechos personales y aún el orden público la denominada "autodisciplina de los investigadores".

"Si el legislador –expresa el documento–, responsable del bien común, omitiese sus deberes de vigilancia, podría verse despojado de sus prerrogativas por parte de aquellos investigadores que pretendiesen gobernar la humanidad en nombre de los descubrimientos biológicos y de los presuntos procesos de 'mejora' que se derivarían de ellos".

A continuación, la Instrucción formula una advertencia que tiene por objeto evitar la reiteración de las horrendas discriminaciones del racismo. En efecto, si los legisladores asumen una posición prescindente frente a las atrocidades que se cometen en nombre de la experimentación biológica, el eugenismo y la discriminación entre los seres humanos podrían alcanzar una legitimación aparente, "lo cual constituiría un grave atentado contra la igualdad, contra la dignidad y contra los derechos fundamentales de la persona humana".

La Instrucción precisa que la intervención de la autoridad pública debe tender siempre a lograr el bien común "mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales, la promoción de la paz y de la moralidad pública". Agrega que "en ningún ámbito de la vida la ley civil puede sustituir a la conciencia ni dictar normas que excedan la propia competencia". Esto es particularmente aplicable a los ordenamientos sancionados por los hombres que pretenden legitimar los graves atentados que hoy se cometen contra la vida humana en gestación.

"La ley civil –expresa la DONUM VITAE– a veces deberá tolerar, en aras del orden público, lo que no puede prohibir sin ocasionar daños

más graves. Sin embargo, los derechos inalienables de la persona deben ser reconocidos y respetados por parte de la sociedad civil y de la autoridad política. Estos derechos del hombre –enfatiza la Instrucción– no están subordinados ni a los individuos ni a los padres, tampoco son una concesión de la sociedad o del estado: pertenecen a la naturaleza humana y son inherentes a la persona en virtud del acto creador que la ha originado".

Seguidamente, se reseñan en este instrumento algunos derechos fundamentales que conciernen de modo directo a la persona concebida:

a) el derecho de todo ser humano a la vida y a la integridad física desde la concepción hasta la muerte;

b) los derechos de la familia y del matrimonio como institución y, en este ámbito, el derecho de los hijos a ser concebidos, traídos al mundo y educados por sus padres.

Destaca luego el documento la terrible discriminación que se comete cuando los legisladores autorizan la supresión directa de inocentes:

"Cuando una ley positiva priva a una categoría de seres humanos de la protección que el ordenamiento civil les debe, el estado niega la igualdad de todos ante la ley. Cuando el estado no pone su poder al servicio de los derechos de todo ciudadano, y particularmente de quien es más débil, se quebrantan los fundamentos mismos del estado de derecho. La autoridad política, por consiguiente, no puede autorizar que seres humanos sean llamados a la existencia mediante procedimientos que los exponen a los gravísimos riesgos anteriormente mencionados."

Como no podría ser de otra forma, de lo expuesto se deriva una formal condena a las prácticas de inseminación artificial que vulneran el respeto a la vida y a la dignidad de la persona antes de nacer. Además, de lo expuesto en el documento surge la manifiesta incompatibilidad que existe entre el Derecho Natural y los ordenamientos que pretenden legitimar dichos procedimientos:

"Si la ley positiva y las autoridades políticas reconociesen las técnicas de transmisión artificial de la vida y los experimentos a ellas ligados, ampliarían todavía más la brecha abierta por la legalización del aborto".

La Instrucción no sólo rechaza la posibilidad de legalizar dichas técnicas violatorias de la ley natural sino que además reclama "san-

ciones penales" para quienes vulneren los derechos inherentes a toda persona desde el instante de su concepción. "La ley –subraya el Cardenal Ratzinger– no podrá tolerar –es más *deberá prohibir explícitamente*– que seres humanos, aunque estén en estado embrional, puedan ser tratados como objetos de experimentación, mutilados o destruídos, con el pretexto de que han resultado superfluos o de que son incapaces de desarrollarse normalmente".

Ante prácticas lesivas de la dignidad humana y groseramente violatorias del orden natural, que se han difundido de modo creciente en el mundo contemporáneo, la Instrucción prescribe:

"La ley civil no podrá autorizar aquellas técnicas de procreación artificial que arrebatan, en beneficio de terceras personas (médicos, biólogos, poderes económicos o gubernamentales), lo que constituye un derecho exclusivo de la relación entre los esposos, y por eso no podrá legalizar la donación de gametos entre personas que no estén legítimamente unidas en matrimonio".

"La legislación deberá prohibir además, en virtud de la ayuda debida a la familia, los bancos de embriones, la inseminación *post mortem* y la 'maternidad sustitutiva' ".

En la Instrucción se recuerdan los daños producidos en muchos países por la legalización del aborto y diversos desordenes que afectan a la institución familiar: "Es deseable que los estados no asuman la responsabilidad de aumentar la gravedad de estas situaciones de injusticia socialmente nocivas. Cabe esperar, por lo contrario, que las naciones y los estados tomen conciencia de todas las implicaciones culturales, ideológicas y políticas relacionadas con las técnicas de procreación artificial, y que sepan encontrar la sabiduría y el ánimo necesarios para dictar leyes más justas y respetuosas de la vida humana y de la institución familiar".

Finalmente, la Instrucción expresa el anhelo de que todos los hombres de buena voluntad se esfuercen, a través de su actividad profesional y del ejercicio de sus derechos civiles, "para reformar las leyes positivas moralmente inaceptables". Ante esas leyes, se debe presentar y reconocer la "objeción de conciencia". Y debe computarse como un signo promisorio la actitud de resistencia frente a toda pretensión de que se colabore en acciones humanicidas: "comienza a imponerse con agudeza en la conciencia moral de muchos, especialmente de los especialistas en ciencias biomédicas, la exigencia de una resistencia pasiva frente a la legitimación de prácticas contrarias a la vida y a la dignidad del hombre".

La Instrucción *Donum Vitae* invita a todos, a la luz de la verdad sobre el don de la vida humana y de los principios morales consiguientes, y en el ámbito de responsabilidad de cada uno, a comportarse como el buen samaritano y a reconocer en el más pequeño de los hijos de los hombres (la persona concebida y no nacida) al propio prójimo (Lucas 10, 29-37). Porque resuenan aquí de modo nuevo y particular las palabras de Cristo: "Cuanto dejasteis de hacer con uno de éstos más pequeños, también dejasteis de hacerlo conmigo" (Mateo, 25, 40).

La Encíclica *Evangelium Vitae*

Como ya lo hemos dicho, el 25 de marzo de 1995 Juan Pablo II promulgó la encíclica *Evangelium Vitae*, sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana.

El tema abordado por el Sumo Pontífice es arduo y gira en torno a cuestiones esenciales. El explosivo desarrollo tecnológico de los últimos años plantea posibilidades nunca imaginadas por las generaciones que nos precedieron. Este progreso, en la medida en que sea mal orientado, conlleva la tentación de olvidar que *el hombre es siempre un sujeto y nunca un objeto, desde la concepción hasta la muerte*. Por eso, como lo subraya el Papa en la *Evangelium Vitae*, dirigida no sólo a los creyentes sino a todos los que estén dispuestos a reconocer la dignidad connatural a toda persona, el hombre en ninguna circunstancia, ni siquiera en su etapa embrional, puede ser reducido al rango de cosa.

Frente al avance tecnológico, acompañado frecuentemente de una mentalidad hedonista y utilitarista que no marca límites éticos al obrar humano, resulta vital recordar en todo momento –como lo reclama Juan Pablo II– la vigencia efectiva del Derecho Natural. Entre sus normas figura una aceptada durante siglos por todos los hombres de buena voluntad, cualesquiera fueran sus convicciones religiosas, y cuya defensa asume el Papa en la *Evangelium Vitae*. Nos referimos, concretamente, a la que prohíbe matar, de modo directo, a un ser humano inocente. Este precepto es válido, sin margen para la duda, tanto frente a la persona que aún no ha nacido, como ante la que se encuentra en el último tramo de su vida. Porque el derecho a la vida no abarca sólo un período, sino toda la vida, desde la concepción hasta la muerte.

La vida humana –lo recuerda con firmeza Juan Pablo II– es sagrada antes y después del alumbramiento, y también en el tiempo que precede a la muerte.

Para asombro de los que vivimos el último tercio del siglo XX, ese principio elemental para toda convivencia civilizada ha sido cuestionado de modo explícito o implícito por ordenamientos legislativos que pretenden acordar legitimidad a prácticas contra la vida inocente repudiadas virtualmente en todos los países hasta hace pocas décadas. Como lo advierte Juan Pablo II, opciones antes consideradas unánimemente como delictivas y rechazadas por el común sentido moral, llegan a ser poco a poco socialmente respetables. La misma medicina, que por su vocación está ordenada a la defensa y cuidado de la vida humana, se presta cada vez más en algunos de sus sectores a realizar estos actos contra la persona, deformando así su rostro, contradiciéndose a sí misma y degradando la dignidad de quienes la ejercen. Queda así en evidencia lo que la *Evangelium Vitae* define como "una actitud prometeica del hombre que, de este modo, se cree señor de la vida y de la muerte, porque decide sobre ellas, cuando en realidad es derrotado y aplastado por una muerte cerrada irremediablemente a toda perspectiva de sentido y esperanza".

El relativismo moral

Al perder la vida comunitaria todo nexo con la realidad trascendente, con Dios, Supremo Legislador, y con el orden natural objetivo, cuyas disposiciones no deberían ser vulneradas a través de las leyes sancionadas por los hombres, el mundo se desliza hacia un relativismo absoluto en el que todo es pactable, todo es negociable, incluso el primero de los derechos fundamentales: el que resguarda la integridad de la vida inocente. De esta forma, como lo apunta Juan Pablo II, el derecho deja de ser tal porque no está ya fundamentado sólidamente en la inviolable dignidad de la persona, sino que queda sometido a la voluntad del más fuerte. "De este modo la democracia, a pesar de sus reglas, va por el camino del totalitarismo. El Estado deja de ser la casa común donde todos pueden vivir según los principios de igualdad fundamental, y se transforma en Estado tiránico, que presume de poder disponer de la vida de los más débiles e indefensos, desde el niño no nacido hasta el anciano, en nombre de una utilidad pública que no es otra cosa, en realidad, que el interés de algunos. Parece que todo acontece en el más firme respeto a la legalidad, al menos cuando

las leyes que permiten el aborto o la eutanasia son votadas según las así llamadas reglas democráticas. Pero en realidad estamos sólo ante una trágica apariencia de legalidad, donde el ideal democrático, que es verdaderamente tal cuando reconoce y tutela la dignidad de toda persona humana, es traicionado en sus mismas bases. ¿Cómo es posible –se pregunta el Papa– hablar todavía de dignidad de toda persona humana, cuando se permite matar a la más débil e inocente? ¿En nombre de qué justicia se realiza la más injusta de las discriminaciones entre las personas, declarando a algunas dignas de ser defendidas, mientras a otras se niega esta dignidad?...Reivindicar el derecho al aborto, al infanticidio, a la eutanasia, y reconocerlo legalmente, significa atribuir a la libertad humana un significado perverso e inicuo: el de un poder absoluto sobre los demás y contra los demás"

Cuando el Papa, de modo solemne, declara que *la eliminación directa y voluntaria de un ser humano inocente es siempre gravemente inmoral*, se funda, en primer término, "en aquella ley no escrita que cada hombre, a la luz de la razón, encuentra en su propio corazón (Rom., 2, 14-15)". Se está refiriendo, obviamente, a la ley natural. El mismo sustento invoca Juan Pablo II al declarar que son desórdenes morales graves el aborto directo, la destrucción de embriones y la eutanasia.

Por eso al Papa le preocupa que se pretenda la "legitimación jurídica, como si fuesen derechos", de esos crímenes nefandos. A tan absurdo extremo hemos llegado como consecuencia del creciente relativismo moral que tiende a considerar a la ley no como un ordenamiento de razón, que debe ajustarse a los preceptos de la ley natural (entre ellos al que declara intangible a la vida inocente), sino simplemente como expresión de una mayoría parlamentaria.

Como lo ha expresado Monseñor CARLO CAFARRA[18], esta visión inmanentista de la democracia equivale a una ruptura con nuestras raíces, configurando una traición a Sócrates, Cicerón, la tradición mosaica y el Evangelio.

"Es cierto –advierte la Encíclica– que en la Historia ha habido casos en los que se han cometido crímenes en nombre de la 'verdad'. Pero crímenes no menos graves y radicales negaciones de la libertad se han cometido y se siguen cometiendo en nombre del 'relativismo ético' ". Por eso, embistiendo frontalmente contra el positivismo jurí-

[18] CARLO CAFARRA, *El derecho a la vida en la conciencia europea*, en ASD Prensa, año IV, Edición semanal n° 85, 22 de septiembre de 1988.

dico, el documento señala que "cuando una mayoría parlamentaria o social decreta la legitimidad de la eliminación de la vida humana aún no nacida, inclusive con ciertas condiciones, ¿acaso no adopta una decisión "tiránica" respecto al ser humano más débil e indefenso?"

"La conciencia universal –observa Juan Pablo II– reacciona justamente ante los crímenes contra la humanidad, de los que nuestro siglo ha tenido tristes experiencias. ¿Acaso estos crímenes dejarían de serlo si, en vez de haber sido cometidos por tiranos sin escrúpulos, hubieran estado legitimados por el consenso popular?"

Los límites de la Democracia

Ante tan contundente comprobación, el Sumo Pontífice fija los límites de la genuina democracia y reivindica una visión del mundo jurídico que –como hemos expresado anteriormente– tiene raices milenarias.

"La democracia –leemos en la *Evangelium Vitae*– no puede mistificarse convirtiéndola en un substitutivo de la moralidad o en una panacea de la inmoralidad. Fundamentalmente, es un "ordenamiento" y, como tal, un instrumento y no un fin. Su carácter "moral" no es automático, sino que depende de su conformidad con la ley moral a la que, como cualquier otro comportamiento humano, debe someterse".

En la base de los valores que la democracia debe encarnar y promover para no quedar desnaturalizada, "no pueden estar –enseña Juan Pablo II– provisionales y volubles 'mayorías' de opinión, sino el reconocimiento de una ley moral objetiva que, en cuanto 'ley natural' inscrita en el corazón del hombre, es punto de referencia normativa de la misma ley civil. Si, por una trágica ofuscación de la conciencia colectiva, el escepticismo llegara a poner en duda los principios fundamentales de la ley moral, el mismo ordenamiento democrático se tambalearía en sus fundamentos, reduciéndose a un puro mecanismo de regulación empírica de intereses diversos y contrapuestos".

El Papa, en la *Evangelium Vitae*, aborda diversas situaciones que tienen como resultado la muerte de personas humanas. Tal es el caso de la legítima defensa, o el de la pena de muerte, reservada por el documento pontificio para "casos de absoluta necesidad, es decir, cuando la defensa de la sociedad no sea posible de otro modo. Hoy, sin embargo –precisa el Santo Padre–, gracias a la organización cada vez más adecuada de la institución penal, estos casos son ya muy raros, por no decir prácticamente inexistentes".

La dignidad del Embrión

Pero el gravísimo problema que preocupa particularmente a Juan Pablo II, y al que dedica mayor extensión en la *Evangelium Vitae*, es la intangibilidad de la vida inocente, desde la concepción hasta la muerte natural.

El tema es acuciante porque –como ya lo hemos explicado– nunca como en el siglo veinte la persona humana, titular de ese derecho elemental a vivir, ha sido simultáneamente exaltada y menospreciada. El problema adquiere dimensiones escalofriantes si a los atentados "tradicionales" les sumamos las víctimas del aborto, los dispositivos intrauterinos y el manipuleo embrional y genético, además de los enfermos eliminados con procedimientos eutanásicos.

El Papa advierte, siguiendo el magisterio del Concilio Vaticano II, que el aborto directo, querido como fin o como medio, es siempre un desorden moral grave, un crimen nefando. Juan Pablo II subraya que "ninguna circunstancia, ninguna finalidad, ninguna ley del mundo podrá jamás hacer lícito un acto que es intrínsecamente ilícito, por ser contrario a la Ley de Dios, escrita en el corazón de cada hombre, reconocible por la misma razón, y proclamada por la Iglesia".

El Papa destaca que la "valoración moral del aborto se debe aplicar también a las recientes formas de intervención sobre los embriones humanos que, aún buscando fines en sí mismos legítimos, comportan inevitablemente su destrucción". Es el caso de los experimentos con embriones, su generación *in vitro* para utilizarlos como abastecedores de órganos o tejidos para trasplantes, y la homicida mentalidad eugenésica, "que acepta el aborto selectivo para impedir el nacimiento de niños afectados por varios tipos de anomalías. Semejante mentalidad –clama el Papa– es ignominiosa y totalmente reprobable, porque pretende medir el valor de una vida humana siguiendo parámetros sólo de 'normalidad' y de bienestar físico, abriendo así el camino a la legitimación incluso del infanticidio y de la eutanasia".

"También las distintas técnicas de reproducción artificial –señala el Santo Padre–, que parecerían puestas al servicio de la vida y que son practicadas no pocas veces con esa intención, *en realidad dan pie a nuevos atentados contra la vida*. Más allá del hecho de que *son moralmente inaceptables* desde el momento en que separan la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal, estas técnicas *registran altos porcentajes de fracaso*. Este afecta no tanto a la fecundación como al desarrollo posterior del embrión, expuesto al ries-

go de muerte por lo general en brevísimo tiempo. Además –agrega el Papa–, se producen con frecuencia embriones en número superior al necesario para su implantación en el seno de la mujer, y estos así llamados 'embriones supernumerarios' son posteriormente suprimidos o utilizados para investigaciones que, bajo el pretexto del progreso científico o médico, reducen en realidad la vida humana a simple 'material biológico' del que se puede disponer libremente".

Preocupan también al Santo Padre los trasplantes cuando, para aumentar la disponibilidad de órganos, se procede a su extracción "sin respetar los criterios objetivos y adecuados que certifican la muerte del donante".

En la *Evangelium Vitae* se explica con claridad que el carácter sagrado de la vida inocente no debe considerarse excepcionado por la circunstancia de que una ley positiva lo desconozca y lo vulnere, aún cuando haya podido ser aprobada por la mayoría. Ello así porque están en juego valores humanos y morales esenciales y originarios que –como lo expresa Juan Pablo II– "derivan de la verdad misma del ser humano y expresan y tutelan la dignidad de la persona. Son valores, por tanto, que ningún individuo, ninguna mayoría y ningún Estado nunca pueden crear, modificar o destruir, sino que deben sólo reconocer, respetar y promover".

Como lo advirtió Juan XXIII en la encíclica *Pacem in Terris*, cuando los legisladores y magistrados civiles no reconocen un derecho fundamental como es el que ampara la vida inocente, "no sólo faltan ellos mismos a su deber, sino que carece de obligatoriedad lo que ellos prescriben". En igual sentido, la instrucción *Donum Vitae* recuerda que "en ningún ámbito de la vida la ley civil puede sustituir a la conciencia ni dictar normas que excedan la propia competencia".

Atentados precursores

En el curso del siglo veinte hemos visto otros atentados contra la vida inocente ejecutados también con observancia formal de la ley y los reglamentos. Baste recordar que a partir de 1939 se dispuso en Alemania la obligación de declarar los recién nacidos con defectos físicos a fin de disponer su exterminio. Poco después se puso en marcha la denominada Acción T–4. Se dio este nombre al conjunto de disposiciones legales y al programa eutanásico destinado a suprimir las denominadas "vidas humanas sin valor". Un gobierno satánico, que paradójicamente alcanzó el poder por la vía electoral, encaminó al pueblo alemán hacia la senda desviada y degradante trazada por Nietsche, A. Hoche, K. Binding y A. Guett.

MARTÍN DIEGO FARRELL señala que "mediante un decreto del 1° de septiembre de 1939, y tal vez como un ensayo general para los hornos crematorios, Hitler exterminó mediante cámaras de gas alrededor de 275.000 personas que padecían diversas deficiencias físicas o mentales, desde mongólicos hasta sicóticos, pasando por escleróticos y paralíticos".[19]

No puede sorprender que después el genocidio haya adquirido dimensiones de holocausto, pereciendo millones de personas por aplicación de las aberrantes normas racistas sancionadas por el nacional-socialismo.

El Tribunal de Nuremberg condenó a muerte al doctor Karl Brandt, director del programa eugenésico, y a otros médicos colaboradores, por esos incalificables homicidios eutanásicos. Estos hombres pasaron rápidamente de la muerte provocada para evitar dolores a la eliminación sistemática de minusválidos. Perdida la noción de dignidad inherente a toda persona, no hubo límites para quienes se atrevieron a aplicar posteriormente políticas genocidas mediante normas positivas que fueron la negación del derecho.

El avance materialista y relativista que, con pretextos tecnológicos y eugenésicos, vulnera de modo directo el derecho a la vida, fue más lento a partir de la postguerra con la eutanasia que con el aborto. El recuerdo horroroso de las experiencias nacional-socialistas frenó los impulsos eutanásicos y el manipuleo de embriones. Pero en las últimas décadas la experiencia hitlerista ha comenzado a perderse en las brumas del pasado, observándose que pueblos de tradición judeocristiana rompen con sus raíces culturales y morales y arrojan por la borda todo freno inhibitorio de carácter ético.

Al pretender emancipar la medicina de la ley moral, prescindiendo de las reiteradas admoniciones del pontificado romano, actualizadas ahora por la *Evangelium Vitae*, se ha avanzado últimamente hasta extremos verdaderamente impresionantes que urge revertir a través del retorno de las leyes positivas al cauce marcado por los inmutables principios del Derecho Natural.

La Legítima Resistencia

Juan Pablo II destaca que "en ningún ámbito de la vida la ley civil puede sustituir a la conciencia ni dictar normas que excedan la

[19] MARTÍN DIEGO FARRELL, *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, pág. 105.

propia competencia...Precisamente por esto, la ley civil debe asegurar a todos los miembros de la sociedad el respeto de algunos derechos fundamentales, que pertenecen originariamente a la persona y que toda ley positiva debe reconocer y garantizar. Entre ellos –subraya el Papa– el primero y fundamental es el derecho inviolable de cada ser humano inocente a la vida". Por ende, "la tolerancia legal del aborto o de la eutanasia no puede de ningún modo invocar el respeto de la conciencia de los demás, precisamente porque la sociedad tiene el derecho y el deber de protegerse de los abusos que se pueden dar en nombre de la conciencia y bajo el pretexto de la libertad".

Para fundar la ausencia de fuerza obligatoria de los preceptos que vulneran la ley natural, Juan Pablo II invoca la autoridad de Santo Tomás de Aquino, para quien la ley inicua deja de ser ley y se convierte en un acto de violencia. Cita, también, a Juan XXIII, quien –como ya lo hemos anticipado– sostiene en *Pacem in Terris* que carecen de fuerza para obligar en conciencia las leyes positivas que violen el orden moral o la ley divina.

Por aplicación, pues, de estas doctrinas jusnaturalistas de antigüedad milenaria, la *Evangelium Vitae* enseña que las leyes que autorizan el aborto, la destrucción de embriones o la eutanasia, *están privadas totalmente de auténtica validez jurídica*. En estos casos, debe hablarse más que de un derecho de *una obligación de desobedecer*. "Es precisamente –advierte el Papa– de la obediencia a Dios –a quien sólo se debe aquel temor que es reconocimiento de su absoluta soberanía– de donde nacen la fuerza y el valor para resistir a las leyes injustas de los hombres. *Es la fuerza y el valor* –destaca Juan Pablo II– de quien está dispuesto incluso a ir a prisión o a morir por la espada, en la certeza de que 'aquí se requiere la paciencia y la fe de los santos' "

Podríamos agregar que las diez persecuciones sufridas por los cristianos desde Nerón hasta Constantino el Grande, o los atroces sufrimientos impuestos por los totalitarismos a los mártires del siglo veinte, son la mejor demostración de que la disposición a afrontar la muerte antes que vulnerar la ley natural y divina es una tradición tan antigua como el Evangelio. No son meras palabras las del Santo Padre. En momentos críticos, no es fácil ser cristiano, porque hay que estar dispuesto a ofrendar la propia vida antes que violar el Derecho Natural.

Urge una reacción a nivel mundial. La empresa es difícil, pero reviste carácter impostergable. Para ello, como lo sugiere Juan Pablo II, hay que promover un gran cambio cultural proclamando a los cuatro vientos el valor inmensurable e inviolable de toda vida inocente.

"Es ciertamente enorme –agrega el Papa– la desproporción que existe entre los medios numerosos y potentes, con que cuentan quienes trabajan al servicio de la "cultura de la muerte", y los que disponen los promotores de una "cultura de la vida y del amor". Pero nosotros sabemos que podemos confiar en la ayuda de Dios, para quien nada es imposible (cf. Mat. 19, 26)".

Como lo destaca Juan Pablo II al finalizar su admirable documento, "sólo el respeto de la vida puede fundamentar y garantizar los bienes más preciosos y necesarios de la sociedad, como la democracia y la paz. En efecto, no puede haber verdadera democracia si no se reconoce la dignidad de cada persona y no se respetan sus derechos. No puede haber siquiera verdadera paz, si no se defiende y promueve la vida".

Advertencia final

Juan Pablo II, con este magnífico documento, ha lanzado al mundo un grito en defensa de la vida inocente, agredida como nunca en la historia de la humanidad. Al hacerlo, ha seguido la exhortación de Pablo a Timoteo: "Proclama la Palabra, insiste a tiempo y a destiempo, reprende, amenaza, exhorta con toda paciencia y estima" (2 Tim. 4, 2). Así lo ha hecho, sacudiendo la conciencia contemporánea, adormecida por el materialismo y el hedonismo.

En cumplimiento del precepto paulino, recuerda a quienes tienen un mandato legislativo o ejecutivo que no pueden abdicar de sus responsabilidades, y que deberán responder ante Dios, ante la propia conciencia y ante la sociedad entera de decisiones eventualmente contrarias al verdadero bien común. Repito una vez más –les dice el Papa– que una norma que viola el derecho natural a la vida de un inocente es injusta y, como tal, no puede tener valor de ley. Por eso –*concluye*– renuevo con fuerza mi llamada a todos los políticos para que no promulguen leyes que, ignorando la dignidad de la persona, minen las raíces de la misma convivencia humana".

En las últimas décadas, los legisladores de casi todos los países del mundo han sancionado leyes que vulneran de modo directo el derecho a la vida desde el comienzo de la concepción. En la Argentina, se han presentado numerosos proyectos de inquietante significación bioética. Quiera Dios que nuestros legisladores, atentos a la exhortación de Juan Pablo II, tomen conciencia de su enorme responsabilidad y comprendan que no están facultados para violar el principio del Derecho Natural que proclama la intangibilidad de la vida inocente.

DERECHO LABORAL
NUEVAS NORMAS Y DOCTRINAS

REFORMAS LABORALES. LEYES 25.013, 25.165 Y 25.250

COMENTARIO DE HECTOR CESAR GUISADO* **

I. Como ha señalado agudamente CARCAVALLO, el tema de la *reforma laboral* ya pasó a integrar nuestro *folklore* jurídico, político y sindical, por las repetidas veces que, con fuertes polémicas, ha sido puesta sobre el tapete. Es más, en los últimos años los laboralistas hemos visto con estupor como, apenas alumbrada alguna *reforma*, empezaba a gestarse su *contrareforma*. Da la impresión, a veces, de que en lo concerniente a numerosas instituciones del derecho del trabajo, *lo único permanente es el cambio*.

En este contexto, la obra que comentamos resulta ciertamente oportuna, pues al poco tiempo de la entrada en vigencia de la última novedad legislativa (la ley 25.250), viene a colmar la sentida necesidad de actualización que experimentamos quienes, de un modo u otro, estamos vinculados a la mencionada disciplina jurídica. Ahora bien, como lo indica su título, este libro no se circunscribe al estudio de la citada ley 25.250, sino que también comprende el examen de las leyes 25.013 y 25.165, lo que a nuestro juicio constituye una feliz elección metodológica, en atención a los evidentes puntos de contacto existentes entre ellas. En efecto, recordemos que la primera de las nombradas innovó en algunas materias reguladas por la segunda (período de prueba y convenios colectivos) y que también la ley 25.165 incursionó en una figura (la pasantía) contemplada en la ley 25.013.

Dijimos que se trataba de una obra *oportuna* por la época de su aparición, pero queremos resaltar –aunque parezca innecesario decirlo– que no es un producto *oportunista* o de ocasión, sino el fruto maduro de una constante y fecunda actitud de investigación y re-

* Libro recientemente publicado por los Dres. JORGE RODRIGUEZ MANCINI y JUAN A. CONFALONIERI (h). Ed. Astrea.

** Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UBA. UCA.

flexión. En efecto, tal como lo hacía presagiar la distinguida trayectoria profesional y académica de los autores, la obra contiene un examen meditado, meduloso y exhaustivo de las leyes referidas. Pero no se detiene allí, ya que contiene numerosas referencias al contexto en que se gestaron los cambios, al derecho comparado y, en aquellos temas que lo merecen, un desarrollo integral de la institución de que se trata. Como advierten los autores a lo largo del libro, algunos aspectos de las reformas examinadas reconocen su inspiración en la legislación española, de manera que las frecuentes citas de normas y opiniones doctrinales de ese país no constituyen un ejercicio de vana erudición, sino que tienden a facilitar la comprensión integral de los temas que se explican.

Estamos en presencia, entonces, de una obra de gran calidad, que satisface y trasciende su objetivo inmediato (el estudio de las reformas) y constituirá un *aporte perdurable* para el estudio de diversos aspectos de interés del derecho del trabajo.

II. El libro comienza con una interesante *introducción* en la que se reseñan los cambios –numerosos, por cierto– que ha experimentado esa rama jurídica en la última década. Con un declarado propósito didáctico, se los clasifica en tres etapas: una que comienza con la sanción del decreto 2184/90 (reglamentario de la huelga en los servicios esenciales), otra que se inicia con el "Acuerdo Marco" tripartito de 1994 y, finalmente, la que se inaugura con la suscripción del "Acta de Coincidencias" entre el Gobierno y la CGT de 1997. En pocas páginas el lector encontrará aquí un panorama muy ilustrativa no sólo de las *normas* que se sucedieron en ese lapso, sino también de las *tendencias* que subyacían en algunas de ellas (como, por ejemplo, la *flexibilidad* en sus diversas variantes –*de entrada*, *de salida* e *interna*– o la *disponibilidad colectiva*).

Luego siguen tres capítulos en los que se examinan, respectivamente, las reformas producidas a partir de 1998 en el *derecho individual* del trabajo, en el *derecho colectivo* y en el *sistema de inspección*. Como anticipamos, el libro se centra (sobre todo, aunque no exclusivamente) en el estudio de las leyes 25.013, 25.165 y 25.250.

III. El *capítulo I* (dedicado, como dijimos, al llamado *derecho individual*) comienza con el examen del *período de prueba*, cuya regulación legal ha experimentado notables oscilaciones: durante muchos años esta figura era admitida por algunos estatutos profesionales pero

no había encontrado recepción en la normativa de alcance general, hasta que en el año 1995 la ley 24.465 agregó a la Ley de Contrato de Trabajo un precepto (el art. 92 *bis*) según el cual el contrato por tiempo indeterminado *debía entenderse* celebrado a prueba durante los primeros tres meses, lapso que podía ser ampliado por los convenios colectivos de trabajo. Es sorprendente ver como se pasó abruptamente de un extremo (la imposibilidad de pactar un período de prueba) al otro (la inserción automática –*ope legis*– de dicho lapso en los contratos por tiempo indeterminado). No menos llamativa resulta la accidentada evolución posterior del instituto, ya que en 1998 (es decir apenas tres años después de su aparición) el artículo 92 *bis* fue modificado sustancialmente por la ley 25.013, y otra vez ha sido objeto de retoques en la flamante reforma de la ley 25.250.

Semejante panorama justificaba un examen integral del instituto, como el que hacen los autores en el apartado A.1. Después de pasar revista a los antecedentes del período de prueba, lo caracterizan como un tramo previo injertado por la ley en todos los vínculos por tiempo indeterminado (salvo en los "de temporada") y resaltan –en concordancia con la doctrina mayoritaria– que no se trata de un "contrato a prueba" o una "modalidad" distinta del contrato típico de los artículos 90 y 91 de la LCT. Se refieren seguidamente a las "formalidades" aclarando algunos puntos que han suscitado dificultades interpretativas, tales como la innecesariedad de instrumentación por escrito y los alcances de la obligación patronal de registrar el contrato que comienza por el período de prueba. A continuación examinan los derechos y obligaciones de las partes dedicando un extenso examen a un tema poco desarrollado por la doctrina, como es el ejercicio de los derechos sindicales durante dicho período. En este último *ítem* arriban a una conclusión polémica, quizás, pero prolijamente fundada: la estabilidad de los trabajadores beneficiados por la tutela sindical sólo se extendería –según los autores– hasta el vencimiento del plazo de prueba. Tampoco rehuyen dar su opinión sobre otro tema espinoso, como es el de la subsistencia –durante el mencionado período– de la protección reforzada que prevé la misma LCT respecto de otras situaciones especiales (la maternidad y el matrimonio). A su criterio "parece que la directiva legal es la de hacer prevalecer la provisionalidad del vínculo en período de prueba" sobre dichas situaciones. Sin embargo, estiman que debe realizarse "algún análisis de las características especiales que pudieran presentarse en el caso concreto" y comentan un fallo en el que se admitió la procedencia del resarcimiento

previsto para el despido por maternidad conjugándose la normativa específica del artículo 92 *bis* con otras disposiciones que también integran el ordenamiento jurídico y que se relacionan con el principio de igualdad y las prácticas discriminatorias. Añaden que, de todos modos, cuando se persigan indemnizaciones especiales previstas por la ley para despidos por causa de maternidad o matrimonio, "la prueba debe ser contundente para descartar supuestos de abuso y de conflictividad exacerbada". Entre otros aspectos de la institución examinan también los preceptos destinados a combatir algunas formas de fraude en la contratación a prueba, criticando ciertas interpretaciones doctrinales –en torno a la prohibición de contratar a prueba más de una vez al mismo trabajador– que "han buscado burlar la norma mediante el planteo de situaciones especiales que...rondan por el camino del fraude, la simulación o el incumplimiento abierto". Como contrapartida estiman que el precepto que califica de "abusiva" la conducta del empleador que contrata a prueba sucesivamente a distintos trabajadores para el mismo puesto, debe ser interpretado en forma racional examinando "su comportamiento global y no el caso puntual de un reemplazo".

También tratan en este capítulo *otras reformas en la contratación por tiempo indeterminado* señalando que si hay dos temas "que han sido tocados y vueltos a tocar" por las numerosas reformas acaecidas durante la década de 1990, ellos fueron la contratación y el despido. Los autores resaltan que "en este proceso de 'toques' y 'retoques'...hubo un claro común denominador que fue la influencia de la normativa laboral de España". Comparan los pactos sociales que inspiraron los cambios en uno y otro país (los acuerdos obrero-patronales españoles y la citada Acta de Coincidencias Gobierno-CGT) como así también sus respectivas instrumentaciones legales, señalando que ambas reformas tuvieron idéntico propósito (revitalizar la contratación por tiempo indefinido y, consiguientemente, la estabilidad en el empleo) aunque transitaron por carriles diferentes. A fin de abonar esta conclusión realizan una esquemática pero ilustrativa descripción de la reformas españolas de 1997 y las confrontan con las producidas en nuestro país entre 1998 y 2000 (las leyes 25.013 y 25.250) en orden a dos aspectos: los *incentivos para la contratación indefinida* y la *derogación de ciertas modalidades por tiempo determinado.*

Los incentivos incorporados por la ley 25.250 consisten en *reducciones de contribuciones a la seguridad social* y en *subsidios* destina-

dos al pago de las remuneraciones de hombres desocupados (de 45 años o más) y mujeres "jefas de hogar", beneficio este último que se circunscribe a las pequeñas empresas. Los autores resaltan que ambos incentivos están sujetos a una doble exigencia: se aplican respecto de los trabajadores contratados para nuevos puestos de trabajo y siempre que se produzca un incremento neto del plantel permanente. De ahí que –a sú criterio– estos incentivos no proceden cuando se transforma una vinculación por tiempo determinado en una de tiempo indefinido, ya que en tal caso no se estaría creando un nuevo puesto. Los autores señalan que "no se establece legalmente un límite temporal" para la reducción de contribuciones, aunque –agregamos nosotros– habrá que esperar a ver como se amortigua el impacto negativo que estas medidas tendrán en el alicaído sistema de la seguridad social. Esperamos también que la ecuación ingresos–egresos no se equilibre mediante el mecanismo más sencillo, que sería la "poda" de las magras prestaciones que se vienen abonando. Decimos esto porque a la época en que redactamos este comentario el Poder Ejecutivo se vio obligado a desmentir versiones que ocupaban la primera plana de los diarios en torno a supuestos planes para reducir las jubilaciones más altas; sin embargo, contemporáneamente a esa desmentida se habló de presuntas iniciativas de algunos legisladores encaminadas al mismo objetivo (ver "La Nación" del 11 de agosto de 2000). También afloran recurrentemente versiones sobre una pretendida reducción de la "prestación básica universal".

En cuanto a la *derogación de modalidades contractuales por tiempo determinado*, los autores resaltan "el cambio sustancial de la orientación legislativa", ya que la tendencia que venía manifestándose desde 1991 "era, precisamente, la atenuación del principio de indeterminación del plazo". En este punto vuelven a efectuar una ilustrativa comparación con lo sucedido en España, cuya normativa sirvió de inspiración a la nuestra en ambos extremos de este proceso de ida y vuelta. Seguidamente analizan un hecho llamativo: la ley 25.013 derogó –entre otros– los artículos 28 a 40 y 43 a 65 de la Ley Nacional de Empleo que regulaban cuatro variedades contractuales por tiempo determinado (conocidas como "modalidades promovidas"), pero curiosamente salteó los artículos 41 y 42, el segundo de los cuales duplicaba el plazo máximo de dichas modalidades si el trabajador a contratar padecía una discapacidad. Señalan que ese salteo permitiría una doble línea argumental pues bien podría sostenerse, por una parte, que al ser derogadas las normas regulatorias de los tipos contractua-

les en sí mismos, el artículo 42 quedaría sin sentido alguno; pero, por otra parte, podría entenderse que el legislador quiso dejar vigentes esos tipos contractuales para los trabajadores minusválidos. Contrariamente a la opinión prevaleciente en la doctrina –que se ha pronunciado casi sin excepciones por la tesis de la derogación lisa y llana de las modalidades promovidas– los autores defienden la segunda solución –es decir la subsistencia de dichas modalidades respecto de los discapacitados– con argumentos interesantes que se podrán o no compartir, pero que en todo caso mueven a reflexión.

IV. Dentro del mismo capítulo I ocupa un lugar destacado –casi treinta páginas– el estudio del *contrato de aprendizaje*, cuya regulación fue modificada por la ley 25.013. Los autores enfatizan que se trata de un contrato estructural o causal, pues reconoce como causa o finalidad la formación de un joven. Dicen que ello debe ser resaltado, "sobre todo para no dar lugar a usos fraudulentos" de la figura en cuestión. Pero –señalan– la ley también tiene como finalidad la inserción del joven en el mercado de trabajo, circunstancia que hace que esta figura pueda funcionar como un verdadero contrato de fomento del empleo juvenil, poniendo en evidencia su costado coyuntural. De todos modos, opinan que la ley pone el acento en la formación teórico-práctica del trabajador y que el incumplimiento de esta obligación primordial del empresario convierte al contrato en uno por tiempo indeterminado. Por otra parte destacan que en el régimen anterior se calificaba al aprendizaje como una relación no laboral; en cambio la reforma "laboralizó" el contrato de aprendizaje o más bien lo ha puesto "en su *habitat* natural". Compartimos plenamente esta apreciación pues –como enseñaba KROTOSCHIN– el aprendiz no es un simple estudiante que entra en la fábrica como el alumno entra en la escuela, sino que forma parte del personal y se halla en estricta relación de dependencia con el empleador. En sucesivos acápites, los autores explican con mucho detalle los requisitos de este contrato, las obligaciones del empleador y el régimen de extinción del vínculo.

A continuación examinan el *contrato de pasantía*, cuya regulación jurídica se encuentra desperdigada en diversos cuerpos normativos. En efecto, los autores señalan que en la actualidad existen varias normas que se ocupan de reglamentar el acceso a un puesto de trabajo para efectuar tareas vinculadas con una formación teórica previa: las leyes 25.013 y 25.165 y los decretos 340/92 (en lo que no ha sido absorbido por la ley mencionada en último término), 1547/94 y 93/95.

Para peor, no existe conexión entre esos regímenes y ni siquiera se ha llegado a una respuesta unívoca en la doctrina respecto del estado de vigencia del decreto 340/92. Pese a esas dificultades, los autores emprenden –con buen resultado– la ardua tarea de exponer una visión integral de este contrato, sin dejar de mencionar los matices de cada régimen específico. En ese orden de ideas se ocupan en primer término de señalar la causa–fin de la pasantía que, a su juicio, consiste en brindar al que ya tiene alguna formación teórica, conocimientos prácticos para insertarse en el mundo del trabajo. Según una feliz expresión de los autores, se trata de "una herramienta que se utiliza a modo de puente entre el sistema educativo y el mundo del trabajo". De todos modos, estiman que existen ciertas pautas en su regulación jurídica que buscan promover la contratación temporal de las personas que pueden ser ocupadas por ese medio, circunstancia que le otorga a la figura "un visible sesgo coyuntural". Seguidamente se ocupan de la "naturaleza jurídica" de la pasantía señalando que la ley 25.165 pretende negar la existencia de relación jurídica entre el pasante y el receptor de sus servicios. Como bien dicen los autores, esta negación es ilógica, porque siempre que existe un acuerdo de partes para el cumplimiento de obligaciones predeterminadas por el orden normativo, se genera una relación jurídica entre aquéllas, aunque el legislador lo niegue. Por otra parte, consideran que resulta incoherente colocar al aprendizaje dentro del ámbito del derecho del trabajo y a la pasantía fuera de él, cuando en ambos casos la finalidad primaria es la formación del que presta el servicio. Finalmente, los autores explican prolijamente los requisitos del contrato y las obligaciones de quien recibe los servicios del pasante.

V. El capítulo I contiene también un completísimo desarrollo del tema de la *solidaridad laboral*. Como es sabido, la ley 25.013 modificó el texto del artículo 30 de la LCT, que impone diversas cargas (y eventualmente le atribuye una responsabilidad solidaria) al empresario que cede a otro el establecimiento habilitado a su nombre, o bien contrata o subcontrata con otro empresario "trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento". Este aspecto de la reforma ha cosechado críticas desde todos los sectores, tanto por lo que se hizo como por lo que se dejó de hacer. En efecto, el legislador no sólo desperdició la oportunidad de dirimir las serias discrepancias interpretativas que se venían suscitando respecto de los alcances de la expresión entrecomillada, sino

que –para colmo– introdujo cambios susceptibles de generar nuevos problemas. En ese orden de ideas, los autores opinan que la norma, tal como ha quedado redactada, "seguirá provocando interpretaciones encontradas" y por ello estiman que el tema merece un examen que no se limite al análisis de la reforma.

Fieles a esa idea, comienzan por formular una reseña de las soluciones aportadas –primero por la jurisprudencia y más tarde por la legislación– a los problemas suscitados en torno a las responsabilidades empresariales relacionadas con la descentralización de las actividades productivas. A continuación desarrollan una prolija explicación de los supuestos previstos en el artículo 30 de la LCT y distinguen distintas situaciones que pueden presentarse en la práctica, a la luz de los criterios extraídos de varios fallos relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

También abordan, naturalmente, los aspectos afectados por la reforma. Los autores subrayan que ésta apunta "aparentemente" (y ponen énfasis en el adverbio) a establecer ciertas condiciones para eximir de responsabilidad al cedente o contratante. Al respecto, recuerdan que el artículo 30, en su redacción anterior, disponía que el "principal" (es decir quien cede, contrata o subcontrata en los términos descriptos en el primer párrafo de la norma) era solidariamente responsable "en todos los casos", mientras que el nuevo texto introduce un esquema sancionatorio, imponiendo la solidaridad a aquellos empresarios que no cumplan con las cargas indicadas en la norma (tanto la genérica –que ya existía– de exigir a los contratistas y subcontratistas el "adecuado cumplimiento" de las normas laborales y de la seguridad social, como otras más puntuales, especificadas en el nuevo texto). En otras palabras, parecería que se produjo un cambio en la estructura lógica de la norma, que habría pasado de un esquema de responsabilidad solidaria omnicomprensivo ("en todos los casos") a otro limitado a los casos de incumplimiento. Sin embargo, los autores –después de un profundo análisis– llegan a la conclusión de que ese cambio es sólo aparente y que en realidad se mantiene el esquema –amplio y objetivo– anterior.

A fin de presentar un panorama más completo del tema, los autores también vierten algunas reflexiones acerca de otros supuestos de solidaridad (en los "conjuntos económicos", en las transferencias de establecimientos, en los procesos de privatización, en el régimen de riesgos del trabajo, etcétera).

VI. Esta parte de la obra finaliza con un exhaustivo estudio de las modificaciones introducidas por la ley 25.013 en torno a la *extinción del contrato de trabajo*. Nos referimos a las disposiciones contenidas en el capítulo 2 de esa ley (artículos 5 al 11), a las que alguna vez hemos tildado de "normas extravagantes", jugando con los distintos significados de dicho adjetivo. En efecto, suele calificarse así a lo que se dice o hace fuera del modo común; pero la misma palabra –en una acepción casi olvidada– designa también a aquellos preceptos que se encuentran fuera de un cuerpo legal. Según creemos, este grupo de normas es extravagante en ambos sentidos.

Ante todo se advierte que el nuevo régimen de extinción *contiene una solución extravagante* (es decir, fuera de lo común) en materia de *aplicación intertemporal*. Tal como lo destacan los autores, la reforma se aparta del principio de aplicación inmediata consagrado en el artículo 3 del Código Civil para las normas del tipo imperativo, prescribiendo en cambio que "las disposiciones del presente capítulo serán de aplicación a los contratos de trabajo que se celebren a partir de la entrada en vigencia de esta ley". Al margen de la originalidad (y opinabilidad) de la norma, ésta parece clara. Sin embargo, los autores plantean algunos casos dudosos y aportan soluciones para ellos.

Por otro lado, observamos que este conjunto de normas *es extravagante respecto de la Ley de Contrato de Trabajo*, vale decir que se encuentra –formalmente, al menos– fuera del cuerpo legal principal y básico del derecho individual del trabajo. Esto plantea dificultades serias, ya que si bien es obvio que las indemnizaciones previstas en los artículos 7 y 10 de la ley 25.013 reemplazan –para los contratos futuros– a las establecidas en los artículos 245 y 247 de la LCT, no resulta claro si sucede lo mismo con diversos resarcimientos (previstos en otras normas de la misma LCT) que remiten expresamente a estas últimas disposiciones. El tema es complicado y ya ha dado lugar a opiniones contrapuestas. Los autores examinan con solvencia las distintas posibilidades interpretativas y concluyen en que la reforma afecta –siempre en el caso de los nuevos contratos– a todas esas indemnizaciones. En cambio, estiman –también con buenos fundamentos– que aquélla no altera el régimen de despido contenido en los estatutos especiales.

Dentro de este bloque de normas, se ocupan también del artículo 6 de la ley 25.013 que modificó –siempre para los nuevos contratos– la regulación del *preaviso*, tanto en lo atinente a su duración como en cuanto a su punto de partida, aspecto en el que recuerdan como ante-

cedente al régimen de las pequeñas empresas (ley 24.467). Se plantean asimismo un posible conflicto normativo con este estatuto (respecto del plazo del preaviso) que podría resolverse aplicando la regla de la "norma más favorable".

Luego analizan las *nuevas indemnizaciones* previstas para el despido incausado y para el despido por causas objetivas. Respecto de este último, lamentan que el legislador haya desperdiciado "una inmejorable oportunidad para ordenar un tema tan disperso y confuso normativamente" y destacan la subsistencia de diversas normas – contenidas en otras leyes– sobre el mismo tema.

Siguen con un minucioso examen de una institución novedosa de la ley 25.013: la agravación del resarcimiento en caso de *despido discriminatorio*. Merece un especial análisis el ámbito causal de la figura (es decir, qué motivos podrían dar lugar a su aplicación) y la prueba de la discriminación (aspecto sobre el cual esbozan algunas reglas).

Finalmente, se ocupan de la nueva norma según la cual se presume la *temeridad y malicia* del empleador que deja de pagar en término la indemnización por despido incausado. Consideran que se trata de "una solución saludable" pero, al mismo tiempo, critican la falta de claridad de la disposición. Así, se plantean una serie de interrogantes que ella despierta y sus posibles respuestas.

VII. El *capítulo II* del libro está consagrado a lo que constituye la parte principal y más controvertida de la ley 25.250: las modificaciones introducidas en el *derecho colectivo del trabajo*, que se relacionan básicamente con dos instituciones relevantes: la *negociación colectiva* y la *solución de los conflictos* a ese nivel.

Con respecto a la primera de esas instituciones, los autores comienzan por examinar los cambios en lo que denominan los *aspectos generales de las convenciones colectivas*. Entre otros puntos se refieren aquí a la *identificación de los sujetos de la negociación* y señalan que la ley 25.250 mantiene el sistema anterior de otorgar al Ministerio de Trabajo la facultad de determinar quiénes han de representar al sector patronal en los convenios de nivel superior al de empresa, aunque a diferencia de lo que venía ocurriendo hasta ahora, esta facultad sólo se efectivizará en los supuestos en los que los empleadores no hayan alcanzado un acuerdo, lo que –a juicio de los autores– pretende salvaguardar el ejercicio de la autonomía colectiva. Si bien admiten que la eventual decisión administrativa puede ser motivo de revisión por los carriles habituales (art. 23 de la ley 19.549), estiman

que debería preverse algún recurso que hiciera más efectiva y oportuna la defensa de quien se considere afectado por aquella decisión, agregando que la discrecionalidad que cabe reconocer a la administración en esta materia no puede confundirse con una marginación de la juridicidad.

Por otra parte, advierten que las nuevas directivas pueden suscitar dudas respecto de la *subsistencia de ciertas normas específicas para las "pequeñas empresas"* contempladas en el estatuto especial que las regula (ley 24.467), ya que en algunos puntos (p. ej., la ultraactividad) existen soluciones diferentes para problemas semejantes. Sin embargo se pronuncian –con buenos argumentos– por la prevalencia de dicho estatuto.

También señalan que la ley 25.250 ratifica el tradicional sistema de *homologación* de los convenios colectivos (que se viene aplicando desde la sanción de la ley 14.250) e incluso lo extiende ahora a los convenios de empresa (para los cuales últimamente no regía esa exigencia). Los autores opinan que el procedimiento de supeditar la eficacia general de la convención colectiva a un acto administrativo que se pronuncia sobre cuestiones de legalidad y oportunidad "no resulta totalmente compatible con normas superiores como el convenio 98 de la OIT". Critican en especial la referida extensión del requisito para los convenios que sólo alcanzan a una empresa, ya que en tal caso "no se observa cuál es el interés público que pretende salvaguardar la ley al someter lo pactado al mismo control que se utiliza para los convenios de mayor ámbito". En cuanto a estos últimos, exponen las razones que podrían esgrimirse en defensa de la homologación, pero estiman que ellas "no resultan suficientes para neutralizar los efectos jurídicos vinculantes de las normas internacionales" en base a las cuales se ha practicado la observación de la Comisión de Expertos de la OIT, "reiterada anualmente hasta la actualidad". Asimismo comentan que la ley 25.250 sigue reservando a la autoridad administrativa federal la facultad de homologación, aunque destacan como hecho novedoso que dicha potestad ahora puede ser objeto de delegación en favor de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con algunas limitaciones (que describen y comentan).

Asimismo se refieren al *balance social*, figura introducida por el Senado en la sanción de la ley 25.250. Consiste básicamente en un informe que las empresas con más de 500 trabajadores deben presentar anualmente al sindicato respectivo, con datos relativos a condiciones de trabajo y empleo, costo laboral y prestaciones sociales. Los

autores destacan que este "balance" constituye una noción novedosa en nuestro país, aunque reconoce antecedentes en el derecho comparado (que explican ampliamente en una interesante nota al pie de página). También comparan esta flamante norma con otras disposiciones (de la misma ley 25.250 y de la LCT) que establecen ciertos "deberes de información".

A continuación se refieren a los *cambios en el procedimiento de negociación del convenio colectivo*. Los autores destacan que la ley "rescata de modo firme" el derecho de las partes a decidir cuál va a ser el ámbito que adoptarán para negociar, tanto desde el punto de vista territorial (convenio nacional, regional, etc.) como funcional (v. gr. convenio intersectorial, de actividad, de profesión, de empresa) y explican cuáles son los caminos (mediación, arbitraje, etcétera) que pueden transitar en caso de desacuerdo. Sin embargo opinan fundadamente que el régimen excepcional y transitorio previsto en la misma ley para la renovación de los convenios "viejos" puede resultar limitativo de la autonomía colectiva.

VIII. Seguidamente los autores analizan un punto capital de la reforma: la *duración de los convenios colectivos*. Cabe recordar que la ley 14.250 establecía que una vez vencido el término de una convención se mantendrían subsistentes las condiciones de trabajo establecidas en ella, hasta tanto entrara en vigencia una nueva. Este mecanismo, conocido como "*ultraactividad*", apuntaba a evitar que se produjera un vacío de normas convencionales y fue mantenido por la ley 23.546 del año 1988 (que incluso extendió su campo de aplicación a las cláusulas relativas a "contribuciones y demás obligaciones asumidas por los empleadores"). Sin embargo –como apuntan los autores– esta última ley introdujo un dato "de interés doctrinal y práctico": que la ultraactividad entraba en el campo de la disponibilidad colectiva, ya que las partes podían acordar una solución opuesta a la establecida con carácter general por la ley. La ley 25.250 también transita el camino del reconocimiento de la autonomía colectiva, pues dispone que la duración de los *convenios futuros* será la que fijen las partes, quienes "pueden establecer distintas fechas de vencimiento para las cláusulas del convenio e inclusive otorgarles ultraactividad". A falta de pacto sobre el punto, la ultraactividad de origen legal se extiende a un plazo de dos años contados a partir de la fecha en que alguna de las partes denuncie formalmente el convenio. Los autores examinan concienzudamente los alcances de cada una de estas alter-

nativas y concluyen en que el legislador "ha optado por una solución intermedia" sobre este tema que ha dado lugar a tantas discusiones.

La ley 25.250 también encara otro difícil problema: la salida de la ultraactividad actual. En efecto, como recuerdan los autores, la negociación colectiva estuvo vedada en distintos períodos de nuestra historia, debido a circunstancias de orden político y económico, lo cual –señalan– produjo una deformación de ese instituto y particularmente de la ultraactividad, porque ínterin variaron las condiciones socioeconómicas sobre las que se desarrolla la contratación a ese nivel. El hecho es que todavía se encuentran en vigencia muchos convenios de 1975 (y aun de 1973).

A fin de solucionar ese problema, la reciente reforma ha diseñado un complejo mecanismo de renovación de los convenios "viejos", que los autores desmenuzan con agudeza examinando exhaustivamente cada una de las alternativas en las que se puede desembocar en ese proceso.

IX. En el mismo capítulo II se abordan otros temas vinculados con la negociación colectiva, como la *representación de los trabajadores en los convenios de empresa*. Si en la discusión de un acuerdo de ese nivel interviene una asociación sindical de grado superior (v. gr., un sindicato de actividad) la representación de los trabajadores debe integrarse con miembros de la comisión interna, según lo establece ahora la ley 25.250. Esta norma reconoce un antecedente en la ley 25.013, que a su vez parece haberse inspirado en la reforma francesa de 1982 y tiene significación –destacan los autores– pues representa un "acercamiento de la unidad de negociación a los reales y directos destinatarios de la convención". La presencia de este nuevo elemento –agregan– "contribuirá al conocimiento de los problemas concretos del trabajo en la empresa". A su vez, esta innovación provoca algunas cuestiones –la selección de los delegados que integrarán la representación obrera y el alcance real de su participación– que también son objeto de examen en esta parte de la obra.

Más adelante se ocupan de la *articulación y sucesión de convenios*. Con respecto a la primera, señalan que las *reglas de articulación* pueden provenir de la ley o de la convención colectiva y tienen por objeto "establecer un método seguro y firme para determinar de qué manera dos o más normas de convenciones colectivas de distinto nivel o ámbito, conviven sobre un mismo conjunto de relaciones laborales". En otras palabras, se trata de establecer el criterio de preva-

lencia respecto de distintos convenios coexistentes. Los autores señalan que es una temática novedosa en nuestro derecho (salvo una solitaria disposición de la ley 24.467, acotada a los convenios para "pequeñas empresas") y describen prolijamente las reglas de articulación establecidas por la ley 25.250 que –en su opinión– privilegian expresamente al convenio de ámbito inferior.

Asimismo comentan la nueva disposición que introdujo esta última ley en torno a la *sucesión de convenios*, según la cual la convención que reemplaza a una anterior de igual ámbito y nivel, puede disponer sobre los derechos reconocidos en ésta. Tras efectuar una ilustrativa reseña del trámite parlamentario del precepto –en el que, según estiman, se modificó totalmente su significado– los autores señalan que éste consagra una aplicación del principio *lex posterior derogat lex anterior* y "está dirigido a impedir que se reabra el debate acerca de la incorporación de las condiciones contenidas en un convenio colectivo a los contratos individuales".

Luego dedican un extenso desarrollo a otra institución relativamente novedosa: el *régimen de inaplicación o "descuelgue" de los convenios colectivos supraempresariales*, introducido por el artículo 27 de la ley 25.250 bajo la influencia de la legislación española. Sin embargo recuerdan que la ley 24.467 ya había establecido un régimen de "descuelgue" para las "pequeñas empresas", que –a juicio de los autores– seguiría vigente en ese ámbito. A continuación explican puntillosamente la regulación del instituto en la nueva disposición, a la que comparan permanentemente con el antecedente español. Reiteramos aquí lo señalado al comienzo de este comentario: las referencias al derecho extranjero no están hechas en vano, sino que ayudan a comprender mejor los alcances de las reformas, máxime cuando –como en el caso– se trata de una figura poco conocida en nuestro medio.

En este tramo de la obra se analizan también otros aspectos de la ley 25.250 vinculados con la negociación colectiva, como la creación de una *comisión bicameral de seguimiento* (que tiene por objeto controlar distintos aspectos de la negociación colectiva) y *la obligación de negociar de buena fe*. Destacan que esta obligación ya existía en nuestro derecho, pero que ahora alcanza mayor extensión, pues –por ejemplo– se establece el deber de intercambiar información sobre las cuestiones en debate. Asimismo resaltan que la nueva regulación trae aparejada una alteración del régimen de las prácticas desleales, tema al que dedican un análisis especial.

X. Con respecto a la *solución de los conflictos*, la ley 25.250 presenta varias novedades, que también se examinan en el capítulo II.

Una de ellas es la *creación del Servicio Federal de Mediación y Arbitraje*, que constituirá una "persona de derecho público no estatal". Como destacan los autores, tanto la mediación como el arbitraje son mecanismos de solución pacífica de los conflictos ya utilizados en el campo laboral. Lo que pretende la reforma –según entienden– es "instaurar un sistema en el cual el arbitraje sea ejercido de manera totalmente independiente de la autoridad política" y es por ello –destacan– que la norma en examen exige que los procedimientos de designación de los árbitros aseguren su independencia del poder político y de las representaciones sectoriales. Apuntamos que de este modo se dá cumplimiento a la Declaración Sociolaboral del Mercosur (Río de Janeiro, 1998), en la que las partes se comprometen a fomentar la utilización de "procedimientos independientes e imparciales de solución de controversias" (art. 12). En suma, los autores consideran que –con las lógicas reservas respecto de lo que surja de la reglamentación a dictarse y de su aplicación práctica– este Servicio constituye "un instrumento idóneo y efectivo para complementar la promoción y ejercicio de la negociación colectiva".

También se destaca en este capítulo la *derogación de la ley 16.936* que reglamentaba el arbitraje obligatorio en los conflictos colectivos. Como recuerdan los autores, la Corte Suprema había defendido la validez constitucional de este controvertido mecanismo en la causa "Hilandería Olmos" (del año 1979), donde consideró que la citada ley no desconocía el derecho de *recurrir al arbitraje* previsto en el art. 14 *bis* de la Ley Fundamental, haciendo hincapié en que este precepto no distinguía entre arbitraje voluntario y obligatorio. Sin embargo, cabe hacer notar que no es lo mismo recurrir al arbitraje que soportar su imposición, y que el mecanismo generalizado previsto en la mencionada ley 16.936 podía representar un impedimento a la autonomía colectiva y al derecho de huelga. Con similares argumentos destacados autores como JUSTO LÓPEZ, KROTOSCHIN y FERNÁNDEZ MADRID ponían en duda la constitucionalidad de esa normativa, hoy derogada. Apuntamos también que la citada Declaración Sociolaboral del Mercosur postula que los mecanismos de prevención o solución de conflictos *no podrán impedir* el ejercicio del derecho de huelga (art. 11.1), de manera que nos parece plausible este aspecto de la reforma.

La ley 25.250 también *deroga el decreto 2184/90* mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional había reglamentado la *huelga en los servicios esenciales* invadiendo facultades propias del Poder Legislativo, razón por la cual –según los autores– "su constitucionalidad era

difícilmente defendible". En su reemplazo la propia ley establece una nueva regulación sobre el tema, la cual –destacan– "mantiene el esquema del decreto derogado, con la diferencia –obvia y fundamental a la vez– de que esta reglamentación proviene de la ley y no de un decreto". Entre las peculiaridades del nuevo régimen, los autores resaltan que la ley dispone que el Ministerio de Trabajo debe actuar conforme a "las normas y resoluciones de la OIT" lo que a su juicio impone tomar en cuenta los criterios de los órganos pertinentes de esa organización, es decir el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios. Seguidamente exponen una serie de pautas –emanadas de dichos órganos– que estiman relevantes. Sin perjuicio de resaltar nuevamente el avance que implica el nuevo régimen desde el punto de la legalidad constitucional, los autores estiman que la reforma resulta incompleta, sobre todo en los aspectos procedimentales y señalan ciertas falencias que pueden afectar la eficacia del sistema.

XI. El *capítulo III* de la obra está dedicado al *Sistema Integrado de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social*. El régimen de inspección laboral estuvo regulado básicamente durante mucho tiempo por un grupo de cinco leyes sancionadas a comienzos de la década de 1970. Tres de ellas fueron derogadas por la ley 25.212 del año 1999 (mediante la cual el Congreso de la Nación ratificó el Pacto Federal de 1998, que contiene a su vez un nuevo régimen de sanciones) y por la reciente ley 25.250 (que modifica expresa o tácitamente algunos aspectos previstos en dicho Pacto y crea el Sistema Integrado de Inspección antes mencionado).

En esta parte del libro los autores efectúan una clasificación de los distintos modelos de inspección existentes en el derecho comparado. Seguidamente pasan revista a las leyes dictadas sobre la materia hasta la actualidad informando sobre su estado de vigencia, lo que permite al lector comprender fácilmente como ha quedado constituido el mosaico normativo en vigor, a partir de las reformas señaladas. Asimismo resaltan –a la luz de la clasificación antes referida– algunos rasgos del sistema nacional, al que califican de *generalista* (en tanto la actividad de control se extiende a todas las cuestiones del orden positivo laboral) y *de vía administrativa* (dado que el proceso de juzgamiento de las infracciones está a cargo de órganos de la Administración, aunque con control judicial). Finalmente explican cómo ha quedado regulada la actuación de los inspectores del trabajo a par-

tir de la ley 25.250, marcando las diferencias y semejanzas con los regímenes de la derogada ley 18.602 y del Pacto Federal. Entre las innovaciones, los autores subrayan la supresión de cualquier participación de los inspectores en las multas que se impongan, lo que en nuestra opinión resulta plausible, ya que el sistema de la ley 18.602 –en el que se asignaba un 10% de las multas al funcionario que había levantado el acta de infracción– fue cuestionado por la OIT argumentando que afectaba la imparcialidad del inspector.

La obra incluye también un apéndice con las leyes comentadas (a texto completo) y bibliografía.

XII. En los puntos anteriores hemos intentado presentar un somero panorama de los principales tópicos abordados en el libro. La recensión es necesariamente imperfecta, ya que se trata de una obra con un contenido muy rico, tanto por la diversidad de los temas abarcados como por la exhaustividad con que ellos han sido examinados. Es muy encomiable el rigor con que los autores han desmenuzado los distintos aspectos de las últimas reformas, aportando soluciones respecto de los temas que ya vienen suscitando dificultades y anticipándose, incluso, a los posibles problemas que pueden plantearse en el futuro, respecto de los cuales encuentran también respuestas meditadas. Reiteramos que se trata de una obra de gran nivel que –según creemos– constituye un aporte valioso y trascendente para el conocimiento de varios temas actuales y relevantes del derecho del trabajo.

RECARGOS EN INDEMNIZACIONES POR DESPIDO. LEY 25.323.

HUGO ROBERTO MANSUETI*

El pasado 11 de octubre de 2000 fue publicado en Boletín Oficial el texto de la ley 25.323 por la cual se incrementan las indemnizaciones por despido en los casos de falta de pago en término de dicha indemnización o en los supuestos donde existan remuneraciones sin registrar o *«en negro»*.La nueva ley entró en vigencia el día 20 de octubre de 2000, en que se cumplió el plazo de ocho días posteriores a su publicación, conforme lo determina el art. 2° del Código Civil.

Para los recargos indemnizatorios, la entrada en vigencia de la ley será en dos etapas. Tratándose del caso del art. 1° (caso de trabajadores que padecen incumplimientos de registro), la entrada en vigencia tendrá lugar una vez transcurridos los treinta días del plazo previsto en el art. 2° del Código Civil, extremo que ocurrirá a partir del 20 de noviembre de 2000. Los recargos del 50 % del art. 2° comienzan a regir con anterioridad, el día 20 de octubre de 2000 y para los trabajadores que intimen a sus empleadores a partir de esa fecha al pago de las indemnizaciones derivadas de su despido.

El supuesto contemplado por el art. 1° de la ley es el de trabajadores cuya relación laboral no esté registrada o lo esté de modo deficiente al momento del despido. Aunque la ley no lo diga, se trata de los supuestos contemplados por los arts. 8 a 10 de la ley 24.013 a saber: a) omisión total de registro; b) falsa fecha de ingreso; y c.) falso monto de remuneración. Dado que la ley omite precisar cuales son los incumplimientos de registro que dan lugar al recargo indemnizatorio, es dable interpretar que rige en casos de irregularidades registrales no contempladas por la ley 24.013 (por ejemplo, si se dieran en los casos previstos por los arts. 29 y 29 bis de la LCT).

* Abogado UBA. Prof. de Derecho Laboral. UNLM. Prof. adjunto de Derecho Constitucional UCA.

Dándose estos incumplimientos de registro, la procedencia de la indemnización es automática. Corresponde que las indemnizaciones derivadas del despido se dupliquen.

La ley acota el margen de aplicación de los recargos a las indemnizaciones previstas por los arts. 245 de la L.C.T. y 7 de la ley 25.013. Con ello, no existe margen para interpretar que la duplicación se extiende a los casos de indemnizaciones especiales que se acumulan con la indemnización común, como ser las derivadas del despido por causa de matrimonio, embarazo o la prevista a favor del representante sindical por el art. 52 de la ley 23.551.

Sin embargo, quedará para interpretar si resulta posible extender dicha duplicación en los casos de indemnizaciones sustitutiva de preaviso y por despido reguladas en los estatutos especiales. Dado que estas indemnizaciones no se acumulan, generalmente, con las previstas en la LCT, no sería legítimo considerar que este recargo no le corresponde a un trabajador comprendido en un estatuto especial, en los casos donde se encuentre en igualdad de circunstancias de registro que con relación a los demás trabajadores comprendidos en la LCT. Si se interpreta que el recargo no procede en estos casos, se trataría de una ley discriminatoria.

Por disposición expresa, este recargo no se acumula con las indemnizaciones especiales por incumplimiento de registro reguladas en los arts. 8 a 10 de la ley 24.013. Ocurre que tal como fue reglamentada la ley 24.013 (decreto 2725/91, art. 3° inc. 1), el requisito de la intimación del trabajador tendiente a que su empleador regularizara los incumplimientos de registro dentro de un plazo de 30 días corridos, debía cumplimentarse estando vigente la relación laboral. Este requisito dio lugar a situaciones injustas, derivadas de empleadores que para evitar el pago de multas por pagos en negro, procedían con rapidez a despedir al trabajador antes que éste efectúe la intimación que mandaba esta ley.

Este inconveniente se soluciona con la ley. Si el trabajador que percibe remuneraciones *«en negro»* o mantiene una relación con irregularidades de registro, intima al empleador antes que este lo despida, podrá reclamar las multas y recargos de la ley 24.013. Si no pudo intimar porque el empleador de mala fe lo despidió antes, podrá reclamar el doble de las indemnizaciones por despido en virtud de lo dispuesto por el art. 1° de esta nueva ley 25.323.

El recargo indemnizatorio para las relaciones iniciadas con anterioridad al 20 de octubre de 2000, comenzará a regir el día 20 de

noviembre del mismo año, en que se vence el plazo de 30 días otorgado para regularizar su situación, a los empleadores que paguen salarios *«en negro»*. La ley será aplicable, entonces, para los trabajadores despedidos a partir del día 20 de noviembre de 2000. Hasta esa fecha, rige para los empleadores la posibilidad de regularizar los incumplimientos de registro y eximirse así de los recargos previstos por la citada ley.

Tratándose de relaciones iniciadas con posterioridad al 20 de octubre de 2000, los recargos indemnizatorios rigen en forma automática, teniendo en cuenta que, conforme lo determina el art. 92 bis de la LCT (ley 25.250), se interpreta que el empleador que no registra el contrato de trabajo o lo hace de manera deficiente, renuncia al período de prueba y adeuda las indemnizaciones derivadas del despido (sería la del art. 7 de la ley 25.013).

Por el art. 2°, la ley penaliza los casos de despidos en que el empleador, aún enviando el telegrama de despido y previamente intimado a tal efecto por el trabajador, se niega a pagar la indemnización y obliga al dependiente a promover juicio o la instancia previa de conciliación obligatoria regulada (para la Capital Federal) por ley 24.635.

Si se diera este supuesto, la ley prevé que las indemnizaciones derivadas del despido (sustitutiva del preaviso y por antigüedad o común por despido) se incrementarán en un 50%.

Como la ley acota su ámbito de aplicación a los supuestos específicos de indemnizaciones sustitutiva del preaviso y por antigüedad, previstas en la ley de contrato de trabajo y la ley 25.013, tampoco aquí es dable interpretar que corresponde igual recargo para las indemnizaciones especiales que se acumulan con las derivadas del preaviso y la antigüedad.

Sin embargo, caben iguales consideraciones a las anteriormente expuestas en los casos de estatutos especiales. Interpretar que el trabajador comprendido en un estatuto especial (v.gr. el caso de encargados de edificio de propiedad horizontal, que cuentan con tres meses de preaviso) puede verse privado de la duplicación de sus indemnizaciones cuando igual derecho le corresponde a los demás trabajadores comprendidos en la LCT en igualdad de circunstancias, sería asignarle a la ley una interpretación contraria al principio de igualdad ante la ley del art. 16 de la Constitución Nacional y numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos.

Por reenvío del art. 246 de la LCT, corresponde interpretar que el recargo de este art. 2° procede también en los casos de despido indirecto.

Por último, no queda claro si la indemnización del art. 2° es acumulable a la del art. 1°. La del art. 1° procede en casos de salarios *«en negro»*, haya o no juicio. La del art. 2° procede en los casos de promoción de reclamación administrativa obligatoria (SECLO) o demanda judicial.

Habrá que esperar la interpretación jurisprudencial, pero en principio, nos inclinamos a sostener que se trata de dos indemnizaciones acumulables, ello así a falta de previsión expresa en la ley y toda vez que resulta ser ésta la interpretación más favorable para el trabajador (art. 9 de la LCT).

Texto de la ley 25.323

Sumario: Indemnización por despido –indemnización agravada– empleo no registrado.

Artículo 1°

Las indemnizaciones previstas por las leyes 20.744 (texto ordenado en 1976), artículo 245 y 25.013, artículo 7, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente.

Para las relaciones iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, los empleadores gozarán de un plazo de treinta días contados a partir de dicha oportunidad para regularizar la situación de sus trabajadores, vencido el cual le será de plena aplicación el incremento dispuesto en el párrafo anterior.

El agravamiento indemnizatorio establecido en el presente artículo, no será acumulable a las indemnizaciones previstas por los artículos 8, 9, 10 y 15 de la ley 24.013.

Art. 2°

Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6 y 7 de la ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%.

Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago.

Art. 3°

De forma.

IN MEMORIAN

HUMBERTO A. PODETTI
(1928-2000)

Estas líneas quieren recordar a quien fuera participante activo de la vida universitaria de la ciudad, durante muchos años, como ejemplo de desempeño a la vez sabio y cristiano. Egresado de la Universidad de Buenos Aires en 1956, desarrolló su carrera en la Justicia Laboral, llegando a ser incluido entre los conjueces de la Corte Suprema. En 1973 pasó al ejercicio activo de la profesión de abogado, desde la misma especialidad, pero sin apartarse de una visión integral, a la vez preocupado por cada hombre individual y por el destino de la vida comunitaria.. Cabe citarlo, en un texto de 1967, de total actualidad: *"la desocupación, o sea la imposibilidad de aquél que por deber moral o por necesidad desea trabajar resulta contraria a la dignidad humana. Por eso la política de pleno empleo, además de sus consecuencias económicas, satisface elementales derechos de las personas"* (ED 20-764). Precisamente , su paso por la UCA, fue como profesor de Política Social. Si bien no fue miembro regular de nuestro claustro, actuó como hombre de consulta y apoyó en muchas oportunidades sus acciones e iniciativas. Escribio sobre todo en el campo de la Política Social– título de uno de sus libros –como en materia del trabajo y la seguridad social, participando en los Tratados dirigidos por DEVEALI y VAZQUEZ VIALARD, así como con numerosos artículos en las revistas especializadas, entre ellas nuestra revista de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Rico en amistades, supo granjearse una fiel cohorte de compañeros y discípulos que lo acompañaron, sintiéndolo muchas veces modelo. Su generosidad y disponibilidad para el bien común hicieron que actuara en múltiples actividades de servicio, de esas que hoy se llaman ONG. Fue presidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y vicepresidente de la Sociedad Internacional en la materia. Ya en su juventud había militado en la Acción

Católica, y las tristes jornadas de junio de 1955 lo encontraron entre quienes defendieron a riesgo de todo, la catedral y el Santísimo Sacramento. Miembro del Círculo de Abogados Independientes, fue, entre otros cargos , vicepresidente y luego presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Dotado de ingenio y humor , era un optimo contertulio, donde su fina ironía podía advertir yerros y defectos, sin jamás ofender. Tenía un decir preciso, elegante, veraz y prudente que llenaba de gracia su platica. Mas allá del cálido circulo familiar, HUMBERTO cosechó en vida reconocimientos, gratitud y afecto en un vasto ámbito de amigos y pares.

En todo momento se sentía, sin alardes, su inclaudicable presencia en la fe. Al modo del consejo paulino, llevó una vida quieta, laboriosa en sus negocios, trabajó con sus manos, en su profesión, para bien de todos y gloria de Dios.

R.A.P.

ROBERTO M. LOPEZ CABANA

Los caminos de la Providencia, infinito concierto de relaciones, de causas y de efectos, llevan el signo del Misterio. Y el misterio permanece oculto, no por su oscuridad, como lo quiere la blasfemia racionalista, sino porque nuestra mirada es pequeña, y el misterio nos excede y nos deslumbra. Bien lo dijo el filósofo campesino, cuando con ojos de poeta habló de "la mirada ciega ante la luz".

Pero a veces, el misterio también nos agobia y nos abruma, porque nuestro corazón es igualmente pequeño y se enceguece, y hasta parece deshacerse en la impotencia.

Pero nos ha sido dada la tierra, donde podemos hincar las rodillas, y nos ha sido dada la fe, donde anida la semilla de la esperanza, que nos impulsa a la aceptación: *fiat voluntas tua.*

Así hemos debido hacerlo hoy, conmovidos aún por la inesperada noticia de su trágico fallecimiento, cuando debemos evocar la figura de ROBERTO LÓPEZ CABANA, jurista y maestro de elevado prestigio, trabajador sin fatiga, amigo leal y generoso.

Intentar siquiera una síntesis de su trayectoria, tarea que excedería con creces el espacio material del que disponemos, resulta aquí poco menos que imposible.

Pero si de alguna manera debiéramos definirla, nada parece mejor que señalar que toda su vida lleva el signo de una vocación, la vocación por la justicia, por esa singular dimensión de las cosas que es lo justo, y es la esencia del derecho.

LÓPEZ CABANA le dedicó su vida de modo casi excluyente, y su actividad incansable abarcó los campos más variados del quehacer jurídico.

Espíritu abierto a las nuevas realidades, sus calidades de estudioso e investigador lo impulsaron a la búsqueda constante de nuevas soluciones. Y son tantos sus trabajos y colaboraciones –por lo demás, sobradamente conocidos en nuestro medio y en el exterior– que

no parece necesario aquí entrar en fatigosas enumeraciones. Aunque no nos parece inoportuno traer a colación su tesis doctoral sobre "La demora en el Derecho Privado", defendida en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, que mereció la más alta calificación, la recomendación al *Premio Facultad*, y el otorgamiento del *Premio Profesor Eduardo Prayones*.

Fue un estudioso infatigable, pero no fue un hombre de laboratorio ni permaneció aislado en sus investigaciones. Por el contrario, como quien ama la verdad y necesidad difundirla, LÓPEZ CABANA sintió desde su juventud el llamado a la docencia, en particular a la docencia universitaria, donde habría de alcanzar los más altos grados académicos: fue profesor titular de la Universidad Nacional de Buenos Aires, de la Pontificia Universidad Católica Argentina, de la Universidad de Belgrano y de la Universidad Notarial Argentina.

Y porque en alguna medida traduce su personalidad, nos parece adecuado destacar que también la cátedra fue para él una herramienta que le permitió revelar su espíritu generoso, donde estimuló, impulsó, dio lugar y brindó oportunidades a todos cuantos se le acercaron, con muchos de los cuales –ya sus colaboradores– quiso incluso publicar en colaboración.

Y aunque no nos es posible extendernos, no podemos dejar de recordar que, en contraposición con tanto espíritu sectario que circula en nuestros medios intelectuales, LÓPEZ CABANA tuvo el firme convencimiento de la fecundidad del diálogo. Tal convencimiento, unido a sus condiciones naturales de organizador, lo convirtieron en un motor insustituible de los Encuentros de Juristas, a los que tanto debe la ciencia del derecho y, muy especialmente, el Derecho Civil de nuestro país.

Para concluir esta evocación, no podemos dejar de señalar que LÓPEZ CABANA fue un gran señor sin estridencias, alcanzó los más altos grados académicos y obtuvo elevadas distinciones sin perder su sencillez y aquella afabilidad de trato que supo granjearle incontables simpatías.

Queda hoy –misteriosa forma de presencia– en la memoria y el corazón de cuantos le conocieron, y deja para los que vendrán, junto a una obra profunda y valiosa, el testimonio de una vida al servicio del derecho, que es un modo de servicio a la Verdad.–

F.A.V.

RECENSIONES

PENSANDO LA NUEVA ECONOMÍA.
Ledesma, Joaquín R., Buenos Aires, Educa, 2000, 795 páginas.

JOAQUÍN R. LEDESMA es Doctor en Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de La Plata. Obtuvo su postgrado en Ciencias Políticas en la Universidad Católica Argentina, y el de Investigador en Sociología para el Desarrollo en el ISDIBER de Madrid, España. Es Profesor Titular Ordinario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, en las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas y en la de Ciencias Sociales y Económicas.

El trabajo publicado es la recopilación de una serie de ensayos fruto de la labor docente del autor y como él mismo lo afirma, "de la interacción con los alumnos de las cátedras de Economía y sus constantes interrogantes sobre los nuevos temas emergentes de una época de transformación" (página 21), con lo cual ya nos anticipa el objetivo de la obra: trabajos de divulgación y tesis de opinión.

Su división principal es en tres partes y un anexo.

La primera parte, titulada *Contexto Internacional*, es la parte dedicada a los trabajos sobre temas debatidos en ámbitos internacionales: la globalización y los regionalismos; la crisis asiática de 1997; los principales hitos históricos de instituciones económicas referidas al comercio desde Bretón Woods (1944) hasta el tratado de comercio internacional, plasmado en la Organización Mundial de Comercio, OMC (1994); los problemas climáticos y de medio ambiente, con novedosos datos para el neófito, como los relativos a las consecuencias de la contaminación ambiental o los esfuerzos en generar modelos y políticas tendientes a superar los efectos negativos en la naturaleza física y biológica; los cambios tecnológicos, en particular el desarrollo de una nueva "matriz de producción" y el correlativo cambio en la educación humana, en su dimensión económica, postulando el autor un tratamiento interdependiente de capacitación e investigación, in-

tegrados no sólo a nivel humano individual, sino también social en sus distintas instancias de asociación. Por último en esta primera parte, la explicación del Consenso de Washington y los temas económicos tratados por las Encíclicas Pontificias, dan el paso inicial, el "saber qué tratan", indispensable para su posterior discusión.

La Parte II, *El Contexto Regional*, trata dos temas: el MERCOSUR como ámbito de regionalización y abanico de oportunidades económicas y comerciales, y, el segundo tema, una reflexión sobre las Instituciones de Educación Superior Latinoamericana en el rol de asociaciones capaces de dar fundamentos para la competitividad nacional y regional.

La Parte III, *El Contexto Nacional*, más de análisis económico, abarca algunos de los senderos que transitó la Argentina de los '90: la transformación económica, la convertibilidad, el sector agroindustrial, las Pequeñas y Medianas Empresas (PyMES), la Constitución económica, el desempleo. Un artículo más filosófico, en el sentido de bucear en la búsqueda de explicaciones profundas, es el numerado como VIII, titulado "Apuntes sobre el presente y el futuro del trabajo", y en el cuál trata de reconocer relaciones con lo que es y lo que será en materia laboral, en donde el saber hacer jugará un importante papel. Lazos del trabajo con la Filosofía, la Teología y la vida personal, hacen que este capítulo se preste para la discusión en mayor medida que los anteriores por su neto corte de ensayo.

El Anexo, *La Medición en la Economía*, última parte de la obra, presenta criterios de medición económica, antecedentes históricos en la materia, el nuevo sistema de cuentas nacionales argentino (1993), la explicación de la Matriz de Insumo – Producto, la cuál brinda información sobre los sectores de la economía, y finalmente, un anexo estadístico con series (datos numéricos) de Argentina para el período 1983 –1998 de sencilla lectura incluso para los no especialistas.

En suma se trata principalmente de una obra de consulta, con capítulos que explican lo que en diversos medios de comunicación masiva se da por sabido sin serlo y con capítulos con temas y conclusiones que pueden dar lugar al disenso, lo cual según el mismo autor, es bueno para promover la discusión científica.

ALFREDO G. BARROS

Se terminó de imprimir en
GRAFICA del SUR
Remedios de Escalada de San Martín 3539
Lanús Oeste - Pcia de Bs. As.
FEBRERO 2001