JULIO CUETO RUA

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ESTADO (UNA INVESTIGACION LOGICO-JURIDICA)

Tesis presentada para optar al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales.-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

La Plata.1949.

A mi padre,un ejemplo
de energía y decisión

S U M A R I O

CAPITULO I.- INTRODUCCION

CAPITULO II.-EL PROBLEMA

1.-En qué sentido se habla aquí de "Estado"

2.- El supuesto lógico necesario de una posible sanción penal contra el Estado.

3.- El sujeto pasivo de la sanción penal

CAPITULO III. Cómo conceptúa el ordenamiento jurídico,la sanción penal

1.- La inserción de la norma en el ordenamiento.

2.- La estructura esencial de la norma.

3.- La sanción es un acto del Estado.

4.- Lo jurídico se caracteriza esencialmente por lo intersubjetivo

CAPITULO IV. LO CONTRADICTORIO LOGICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ESTADO.-

1.-No hay interferencia posible de acciones.

2.-El tema en Kelsen.

3.-El problema en el ámbito jurídico internacional.

CAPITULO V.EL QUERER DE LA COMUNIDAD PRETENSORA,ES SIEMPRE LA PRETENSION DE LA COMUNIDAD.NO HAY PRETENSION DE LA COMUNIDAD,QUE PUEDA CALIFICAR DE ILICITO,EL QUERER DE LA COMUNIDAD.

CAPITULO VI.LA SEGUNDA HIPOTESIS DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ESTADO: LA ACCION DIRECTA DE LA COMUNIDAD VIOLANDO EL ORDENAMIENTO JURIDICO VIGENTE HASTA EL MOMENTO DE LA ACCION DIRECTA.

CAPITULO VII.EL PROBLEMA DE LA SANCION CIVIL CONTRA EL ESTADO.

1.- Sanción civil y sanción penal.

2.- La llamada "responsabilidad civil del Estado"

3.- Generalización

CAPITULO VIII. CONCLUSIONES.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ESTADO. (UNA INVESTIGACION LOGICO-JURIDICA).-

I. INTRODUCCION

Esta es una investigación lógico-jurídica. Nos proponemos, puramente, el análisis de la estructura del ordenamiento jurídico estatal, y de sus partes componentes, para determinar si resulta o no contradictorio lógico, el establecimiento de una sanción penal contra el Estado.

En consecuencia, esta investigación dentro de su purismo lógico, no se interesa ni se preocupa por las implicancias axiológicas del tema y de las conclusiones a que se arribe (1).-

Se trata simplemente, de un análisis lógico, que procura lograr un criterio de verdad negativo:saber si la estructura apriorística del ordenamiento jurídico estatal, invalida o no, el posible establecimiento de una sanción penal contra el Estado.

II. EL PROBLEMA

1.- EN QUE SENTIDO SE HABLA AQUI DE "ESTADO".

Los términos "responsabilidad penal del Estado" o "sanción penal contra el Estado" no son lo suficientemente explícitos de por sí, como para omitir un necesario escalrecimiento.

Los peligros de confusión se hallan ínsitos en el término "Estado", altamente equívoco.

No es éste el lugar de proceder al análisis crítico de los diversos sentidos que ha cobrado dicho término en la teoría jurídica. A los efectos del debido desarrollo de nuestro trabajo, nos limitaremos a señalar cuidadosamente qué sentido y alcance atribuimos a dicho concepto.

Para nosotros, el concepto "Estado", menciona (apunta, significa, en sentido husserliano), a una realidad humana viviente: la comunidad jurídica (o comunidad pretensora). El correlato objetivo del concepto Estado, es pues una comunidad humana viviente.

Pero este objeto no es una realidad amorfa o indiferenciada. El concepto "comunidad jurídica" apunta a una estructura vital: la de una conjunto indeterminado de personas, jerarquizado y recíprocamente interferido.

Decimos estructura en el sentido de que ese conjunto jerarquizado e interferido de personas, reviste los caracteres de un todo (2) .- Cada una de sus partes solo adquire significación plena en tanto se la conecta con el todo. Y sin esa conexión no hay captación

adecuada de la parte. Y siendo todo o estructura, es comprensivo de una realidad determinada, sin residuo, laguna o espacio en blanco alguno.

Que la comunidad jurídica estatal sea un todo, significa, por de pronto, que es comprensivo, de modo exhaustivo, de cualquier manifestación vital humana, subsumiéndola en su estructura, jerarquizándola y suministrándole una especial calificación jurídica.

Ahora bién. Esa jerarquización y formalización de la comunidad, resulta del peculiar sentido con que se la comprende, en tanto objeto cultural, objeto egológico: realidad humana viviente.

Ese sentido estructurante y jerarquizante de la comunidad, está constituido por el ordenamiento jurídico. Sobre esto será suficiente remitirnos a los desarrollos de la Teoría Egológica. Bástenos aquí, recordar que, en tanto sentido de la comunidad viviente, integra dialécticamente ese objeto.

La comunidad jurídica no es una realidad en sí, existiendo por aparte de las pluralidades subjetivas. No debe incurrirse en el común vicio de hipostatización de que ha padecido la clásica Teoría del Estado, de tendencias biologistas y naturalistas. Carecemos de la intuición del objeto en sí "comunidad jurídica": nos es imposible una captación de sus notas definitorias témporo-espaciales. Solo tenemos intuición del "yo" y "otros yo", como realidades humanas vivientes.

Sobre este tema ha aportado una serie altamente felíz de antecedentes, José Vilanova, joven y promisorio jus-filósofo, en un trabajo, aún inédito, que exterioriza una auténtica capacidad (3). Para Vilanova, el ser de la comunidad (esencia) se encuentra en el "ser en comunidad" de cada uno de sus miembros. Sobre base heideggeriana, encuentra en el "ser en coexistencia" la raíz misma de la comunidad.

Nos parece que la localización de la esencia de la comunidad en el "ser en..." de cada uno de sus miembros, es exacta, pero no lo debidamente rica en determinaciones.

No se trata de la desnuda comprensión de que "somos en comunidad", en el sentido de que somos coexistiendo. Hay algo más: se trata de la comprensión de que estamos inmersos en una comunidad jerarquizada y estructurada. Somos ocupando un cierto puesto entre otros yo. No hay una sencilla interferencia con "alter ego", sino una vinculación compleja, infra y supraordinada. Cada uno tiene la originaria comprensión de las jerarquías que ocupan los integrantes de su ámbito vital.

Por lo tanto, la pura comprensión del "yo" nos remite de manera necesaria a la comunidad. No somos aislados, sino "en". La relación vital entre individuo y comunidad es, pues, la relación de la parte y el todo.

Para nosotros, son términos equivalentes "comunidad jurídica" y "Estado". Ambos son conceptos con los que se menciona el mismo objeto:estructura total humana viviente.(4)

Quede, por lo tanto, categóricamente eliminada una posible equivalencia entre Estado y funcionario estatal, o entre Estado y detentador del poder político, o entre Estado y poderes del Estado, (legislativo, ejecutivo y judicial) (5).

Igualmente, quede eliminada la ingenua hpostatización del Estado, que se traduce en la afirmación de su existencia propia y substante frente al yo. Somos "en" Estado y el Estado "es" en nosotros.

2.-

2.- EL SUPUESTO LOGICO NECESARIO DE UNA POSIBLE SANCION PENAL CONTRA EL ESTADO.

De dos maneras, y solo de dos maneras, podemos plantearnos una posible situación de responsabilidad penal del Estado.

La comunidad jurídica o Estado solo puede actuar a través de sus órganos (acción indirecta) o por acción directa de la comunidad viviente.

El primer supuesto es el más común. Se trata de la actuación de personas individuales que cumplen ciertos actos, contenido de deberes y obligaciones, que en vez de serles imputados a su propio centro psico-físico, lo son al Estado, en tanto concepto jurídico unificante y centralizador de una totalidad intersubjetiva de acciones.

Se es órgano del Estado o comunidad jurídica, en tanto se ejedutan actos que el ordenamiento jurídico(sentido estructurante de la propia comunidad) imputa al Estado. Los deberes y los derechos del Estado, son pues, ciertos contenidos de conducta que deben realizar determinadas personas individuales y que, en tanto los realizan, revisten la calidad de órganos del Estado.

"Deberes y derechos del Estado, nos dice Kelsen, no significan que algún ser existiendo por aparte de los individuos, "tiene " esas obligaciones y derechos. Hablamos de tales obligaciones y derechos cuando imputamos al Estado, a la unidad personificada del ordenamiento jurídico, esos actos humanos que forman el contenido de esas obligaciones y derechos. En última instancia, son obligaciones y derechos de individuos que, cumpliendo esos deberes, ejerciendo esas facultades, tienen la capacidad de órganos del Estado. Obligaciones y derechos del Estado, son obligaciones y derechos de"órganos del Estado" (6)

Por lo tanto, el caso de una responsabilidad penal del Estado, solo puede plantearse en el supuesto de que algún funcionario estatal viole un deber del Estado,(un cierto contenido de conducta debido por el Estado, o sea, por un funcionarios del Estado en su calidad de tal) y que la violación del tal deber, se halle castigado con una sanción penal.

La segunda hipótesis de responsabilidad penal, es mucho más rara y compleja. Se trata del caso en que la comunidad misma actúa

de un modo colectivo y directo, violando el ordenamiento jurídico vigente hasta ese mismo momento. Es la situación de revolución, que dejaremos por ahora en suspenso. Será materia de uno de los capítulos finales.

Quede bien entendido que lo que acabamos de decir, no puede interpretarse en el sentido de que se admite, de modo implícito, la responsabilidad penal del Estado.

Solo hemos dado un primer paso en el desarrollo de la cuestión y éste ha sido el de definir cuál debe ser el supuesto o antecedente lógicamente necesario de una posible sanción penal contra el Estado. Tal supuesto o antecedente lógico, no es otro que la violación de un deber del Estado, cometido por el funcionario a cuyo cargo estaba su cumplimiento, o por la comunidad misma, en acción directa revolucionaria.

3.- EL SUJETO PASIVO DE LA SANCION PENAL.

Nos preguntamos por la responsabilidad penal del Estado. Queda excluída "ab initio" la cuestión de la responsabilidad personal individual e inmediata, del funcionario que no cumplió la prestación puesta a su cargo por el ordenamiento jurídico, o de las personas que individualmente intervinieron en el hecho revolucionario (7).

Es decir. Investigamos si es posible establecer una sanción penal contra la comunidad jurídica.

Obsérvese que se ha negado la existencia de un ente "Estado" con substancia propia. No hay intuición témporo-espacial del Estado como cosa en sí.

Intuimos nuestro yo y otros yo, con la comprensión originaria de que "somos en comunidad ocupando un cierto puesto entre otros yo".

El Estado, como existencia, solo se da en la comunidad de individuos que lo integran, formando una estructura centralizada.

En tanto esencia, el Estado se nos ofrece como concepto normativo centralizalizante o unificador, o, dicho en otros términos, como centro de imputación de todas las acciones humanas posibles en el seno de una comunidad.(8)

Por lo tanto, al preguntarnos si es lógicamente posible aplicar una sanción penal contra el Estado, nos estamos preguntando realmente, lo siguiente: si es posible aplicar una sanción penal que será referida al Estado, en tanto concepto unificante de una totalidad de acciones humanas, y soportada, y cumplida, por toda la comunidad jurídica, en el sentido de que el concepto "Estado" menciona la totalidad como debiendo soportar, sin que interese àqui si en los hechos mismos, es toda la comunidad o solo parte, quién efectivamente la soporta. (9).

Por lo tanto, el sujeto pasivo de la sanción penal, debe ser la comunidad misma.

III.-COMO CONCEPTUA EL ORDENAMIENTO JURIDICO,LA SANCION PENAL.

1.- LA INSERCION DE LA NORMA EN EL ORDENAMIENTO.

El ordenamiento jurídico se nos ofrece como una plenitud hermética; no hay lagunas ni espacios vacíos. Cualquier acción humana puede ser calificada de lícita o ilícita (10).

Las normas jurídicas que lo integran, se encuentran articuladas de dos maneras diversas: infra y supraordinadas (dirección vertical) y coordinadas (dirección horizontal).

La primer dirección nos lleva, por individuación, de la norma general a la norma individual descriptiva de la realidad, y por subsunción, al fundamento de validez normativo: la norma fundamental in-concreto. (11)

La segunda dirección nos lleva de una facultad jurídica, a una prestación, de una no-prestación a la sanción y así sucesivamente. (12)

Esta última dirección es la que nos interesa especialmente.

2.- LA ESTRUCTURA ESENCIAL DE LA NORMA.

Cossio, desenvolviendo, ampliando (y modificando, en algunos puntos) a Kelsen, nos ha dado la estructura completa de la norma jurídica con todos los conceptos puros que la integran (13). Su estructura es la siguiente: dado un hecho con determinación temporal (Ht.) debe ser la prestación (P) por alquien obligado(Ao) frente a alguien pretensor (Ap.) o dada la no prestación (no-P) debe ser la sanción (S) a cargo de un funcionario obligado (Fo) por la comunidad pretensora (Cp).

La conjunción disyuntiva o une los dos tramos de la norma. El primero, endonorma, desde el que se despliega la facultad jurídica (libertad metafísica connotada por el signo de la licitud) menciona la prestación debida (tramo de la licitud).El segundo, perinorma, la sanción consecutiva al incumplimiento del deber (14)

Estos dos tramos revisten la jerarquía de categorías lógicas del pensar jurídico. No hay acto humano que escape a su posible subsunción en cualquiera de ellas dos.

A nosotros nos interesa el análisis detallado de la perinorma. Ella juega a partir de un acto humano ilícito: el incumplimiento del deber (no-P), La consecuencia lógica de este acto es la imposición de una sanción (S) que deberá soportar el responsable de la ilicitud. Esta sanción es aplicada por un funcionario estatal (Fo) quién actúa así cumpliendo las funciones que, como tal, le señala el ordenamiento jurídico.

Examinemos esto con cuidado.

Por de pronto corresponde señalar que no se puede identificar de manera permanente y esencial, al sujeto pasivo de la sanción con el sujeto activo de la ilicitud. Lo más común es que así suceda, pero el caso contrario se da en el Derecho. Es lo que, en Derecho Civil, se llama responsabilidad indirecta (responsabilidad del principal por los actos del dependiente; del padre por los actos del hijo; etc.) Y en Derecho Penal, si bien con muchísima menor frecuencia, se nos ofrece en algunos supuestos de lesiones y homicidio (en riña) y en la llamada "responsabilidad penal de las personas jurídicas" (15)

Por lo tanto, cometida una ilicitud, se aplica una sanción a la persona que el ordenamiento señala como responsable. Precisamente, en esta investigación nos hemos planteado el interrogante en torno a un caso en que se operaría la disociación de ejecutor de la ilicitud y responsable de la misma. La hipótesis es que quién viola el deber, es un funcionario público en su calidad de tal, y se trata de determinar si se puede responsabilizar penalmente a la comunidad jurídica, o sea, al Estado, por esa ilegalidad.

Ahora bien. La sanción constituye, mirada desde el punto de vista del funcionario estatal, el contenido de un deber prescripto por el ordenamiento jurídico. El deber del funcionario se conceptualiza en una nueva endonorma. Lo que era una sanción desde el punto de vista del responsable de la ilicitud, se transforma en prestación, desde el punto de vista del funcionario estatal.

Conducta del responsable	Perinorma:	Dado no-P	debe ser	S	por	Fo	por	Cp.
		↓		↓		↓		↓
Conducta del funcionario estatal	Endonorma:	Dado Ht	debe ser	P.	por	Ao	frente	Ap.

Para el funcionario estatal, el entuerto, la no prestación, constituye el hecho con determinación temporal que inserta su facultad como funcionario en una determinada experiencia vital. La sanción que debía soportar el responsable, constituye para él, el contenido de su obligación (prestación debida). Y está obligado a aplicar la sanción porque ella constituye su deber, de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico.

Ha llegado el momento de explicitar la relación entre ordenamiento jurídico y comunidad pretensora.

Vimos en el esquema de Cossio, que el funcionario estatal se encuentra obligado por la comunidad pretensora. Kelsen, por su parte nos habló de ordenamiento jurídico, señalando que el órgano del Estado, lo es, en tanto cumple los deberes y ejerce las facultades definidas por el ordenamiento jurídico.

No hay contradicción en estas dos posiciones. Ambas se han colocado en dos puntos de vista diversos. Kelsen, en tanto lógico-jurídico, se ha quedado en el plano conceptual (el ordenamiento jurídico). Cossio, en tanto egológico, ha ido a la realidad, y ésta no es otra que la comunidad jurídica viviente.

Y entre el ordenamiento jurídico concebido como estructura conceptual, y la realidad social viviente que constituye la comunidad jurídica, existe la relación de conocimiento tan pulcramente descripta por la Egología: el ordenamiento jurídico es la estructura conceptual que menciona, sin residuos, a la comunidad (16)

De manera, que, a modo de síntesis, puede afirmarse que el funcionario estatal se encuentra obligado por la comunidad pretensora, quedando objetivado (conceptuado) el querer de la comunidad en el ordenamiento jurídico.

Esta endonorma en que queda descripta la conducta del funcionario estatal se halla ligada, a su vez, por la conjunción disyuntiva o, con la perinorma que menciona la sanción consecutiva al incumplimiento del deber puesto a cargo del funcionario en cuanto tal. La norma completa en este caso, viene a decir lo siguiente:
" Dado la violación de un deber jurídico debe ser la sanción impuesta al responsable por un funcionario estatal obligado por la comunidad pretensora o dado la violación del deber de castigar impuesto a un funcionario estatal, debe ser la sanción contra el funcionario culpable de la violación, por otro funcionario estatal obligado, a su vez, por la comunidad pretensora". Esquematizando la norma, y colocando entre paréntesis, en la endonorma, el símbolo equivalente de la perinorma en que se menciona la conducta del violador primario, tenemos:

Dado Ht (no-P) debe ser P (S_1) por Ao (Fo_1) frente Ap (Cp) o dado no/P_2 debe ser S_2 por Fo_2 por Cp.

El desplazamiento lateral de las normas, nos coloca ante un nuevo funcionario sancionador, cuyo debe es castigar del primer funcionario que incumplió su deber.

Puede verse que se opera esta sustitución: la comunidad pretensora (Cp) que obligaba al funcionario estatal (Fo_1) en la perinorma de la primer norma, descriptiva de la sanción al particular responsable, no es la encargada de hacer efectiva la responsabilidad de este funcionario estatal (Fo_1) que incumplió su deber, sino que actúa por intermedio de un nuevo funcionario (Fo_2) que se encuentra, a su vez obligado por la comunidad pretensora:

Veamos el esquema:

Norma "A"
conducta del particular obligado (A_o)

Dado Ht_1 debe ser P_1 por Ao_1 frente Ap_1 o dado no-P_1 debe ser S_1 por Fo_1 por Cp.

Norma "B"
conducta del funcionario obligado (F_o)

dado Ht_2 debe ser P_2 por Ao_2 por Ap_2 o dado no-P_2 debe ser S_2 por Fo_2 por Cp

- Equivalencia de contenidos normativos entre perinorma de "A" y endonorma de "B"

$$no\text{-}P_1 = Ht_2$$
$$S_1 = P_2$$
$$Fo_1 = Ao_2$$
$$Cp = Ap_2$$

Detengamos nuestra atención en el núcleo "Fo1 por Cp" de la norma A .- De él resulta que el funcionario se encuentra obligado por la comunidad pretensora (o comunidad jurídica). Pero si ahora nos trasladamos a la perinorma de la norma B, es decir, a aquella que describe la sanción contra el funcionario estatal (Fo1) que violó su deber, vemos que la comunidad jurídica actúa otra vez por intermedio de un funcionario (Fo2) quién tiene a su cargo la tarea de castigar al primer funcionario (Fo1).- La sanción debe ser por un nuevo funcionario: "debe ser S. por Fo2" no por la comunidad pretensora (Cp).

La comunidad pretensora vuelve a obligar al segundo funcionario:"Fo2" por Cp".-

Pero si observamos la tabla de equivalencia de contenidos normativos, veremos que la comunidad pretensora se halla presente en dos momentos en la norma B. En efecto:

Cp = Ap 2

o sea, que la comunidad jurídica actúa como sujeto pretensor frente al funcionario que debe castigar al particular obligado que incumplio su deber (Ao2 por Ap2) y también como sujeto pretensor frente al segundo funcionario, que debe castigar al primero, por no haber cumplido su obligación (Fo2 por Cp) .

Es que es siempre la comunidad jurídica quién actúa como sujeto pretensor frente a un funcionario estatal. Y, de la misma manera, la comunidad jurídica delega en un nuevo funcionario la tarea de hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios que incumplieron su deber. Pero esto último tiene un límite a que nos hemos de referir más adelante.

Con lo dicho, podemos enunciar como lógicamente necesarias las siguientes relaciones:

En la perinorma de A: FoI por Cp.

En la endonorma de B: Ao2 por Ap2

En la perinorma de B: Fo2 por Cp

Y con la salvedad del caso de revolución, a que nos referiremos más adelante, también puede enunciarse como necesaria, la relación normativa "debe ser S por Fo2 ", o sea, que la sanción contra los funcionarios que incumplieron su deber, esta siempre a cargo de nuevos funcionarios obligados, a su vez, por la comunidad pretensora

Antes de finalizar con este aspecto del asunto, será útil recordar que trasladándonos al plano conceptual kelseniano, podemos establecer el siguiente nexo:

Funcionario obligado		Realidad egológica	Plano conceptual kelseniano
Fo1	por	Cp	ordenamiento jurídico
Ao2	por	Ap	ordenamiento jurídico
Fo2	por	Cp	ordenamiento jurídico

En este desarrollo que acabamos de efectuar se ha descripto la coordinación normativa horizontal que establece, en definitiva, la responsabilidad individual y directa del funcionario que incumplió su deber de sancionar.

Pero a nosotros nos interesa la responsabilidad penal del Estado, Es decir, establecer la posibilidad de que la sanción se aplique a la comunidad jurídica.

Admitiendo, a título meramente hipotético esa posibilidad, la norma jurídica debería decir:
" Dado la violación de un deber por alquien obligado, debe ser la sanción contra el responsable de esa violación, por un funcionario obligado por la comunidad pretensora, o dado la violación del deber de castigar por el funcionario obligado, debe ser la sanción contra la comunidad jurídica responsable, de esa violación, por un funcionario obligado por la comunidad jurídica (o comunidad pretensora)" .Esquematizando, de acuerdo a los conceptos puros entitativos y funcionales que integran la norma jurídica completa tenemos:
Dado no-P1 debe ser S1 por Fo1 por Cp o dado no-S1 debe ser S2 por Fo2 por Cp.

Ahora bien. En el supuesto de responsabilidad penal del Estado, la sanción (S2) no se dirige contra el funcionario(Fo1) que incumplió su deber, sino contra la comunidad jurídica (Cp).

Conviene por razón de claridad, introducir en el esquema este caso de responsabilidad indirecta (17). La perinorma quedaría esquematizada asi:

Dado no-S1 debe ser S2, contra Cp por Fo2 por Cp

Esto es contradictorio lógico.

3.- LA SANCION ES UN ACTO DEL ESTADO.

La sanción es un acto imputado al Estado, en el sentido de que se lo interpreta como establecido y aplicado por el Estado. El funcionario que lo crea y aplica, actúa como órgano de la Comunidad. El acto que produce, no se imputa a su propio centro psico-físico, sino al Estado, en tanto concepto unificador de una totalidad de acciones posibles.

Por lo tanto, la comunidad pretensora aplica la sanción por intermedio del funcionario estatal competente. Este actúa, en consecuencia, conforme a la voluntad de la comunidad pretensora objetivada en el ordenamiento jurídico.

4.- LO JURIDICO SE CARACTERIZA ESENCIALMENTE POR LO INTERSUBJETIVO

La Teoría Egológica, desarrollando ampliamente la noción originaria de del Vecchio, ha localizado en la interferencia intersubjetiva de acciones, el fenómeno específicamente jurídico. La experiencia jurdica es una experiencia de libertad: la de dos personas que interfieren recíprocamente sus acciones.

A esta interferencia que se opera en el plano de la realidad social viviente, corresponde la forma conceptual disyuntiva de la norma jurídica. Las categorías lógicas de la licitud y la ilicitud tienen su correlato objetivo en el actuar e impedir humano.

Lo jurídico es una categoría social. No hay acción humana posible que escape a una determinada calificación jurídica. Cualquier actuar o impedir, aún aquellos que vienen cargados de fuertes tonos naturales. (v.gr.dormir) son susceptibles de ser calificados como lícitos o ilícitos. Porque es un "prius" en el Derecho, la libertad metafísica. Porque está permitido todo aquello que no está jurídicamente prohibido. Y porque frente a la exteriorización de esta facultad primera, existe el deber jurídico de no impedirla, afectarla o restringirla.

Esta interferencia es interferencia de conductas individuales. Se opera en el plano de la realidad egológica. El sentido de la interferencia, el sentido peculiar que integra dialécticamente la manifestación natural externa de una individualidad, caracterizándola como objeto cultural, es el sentido objetivo puesto por la comunidad pretensora. Se llama, como dijimos, ordenamiento jurídico.(18)

Ahora bien.Un factum de conducta, por su sentido, puede ser atribuído a otra persona que aquella que lo produjo y lo introdujo en la serie de los acontecimientos del mundo natural. O sea, la imputación del acto se desplaza del centro psico-físico que lo produjo, hacia otro centro de imputación de acciones. Este fenómeno, específicamente jurídico de imputación central, se produce en el caso de la sanción (acto producido por una persona individual, pero referido, imputado a interpretado como acto del Estado) y en el supuesto de la responsabilidad del Estado (el castigo debe ser soportado por la comunidad viviente.).

IV- LO CONTRADICTORIO LOGICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ESTADO.

1.- NO HAY INTERFERENCIA POSIBLE DE ACCIONES.

Los desarrollos ya efectuados, nos permiten afirmar la imposibilidad lógica absoluta que existe, en establecer una sanción penal contra el Estado.

Recordemos el esquema de la perinorma que menciona la responsabilidad penal del Estado, admitida "supra" a título hipotético;

Dado no-S1, debe ser S2, contra Cp por Fo2 por Cp.

Salta patente que no hay aquí una interferencia lógicamente posible de acciones; la sanción es acto de la comunidad jurídica, a ella se refiere o imputa. El funcionario estatal que la crea y/o aplica no actúa "nomine propio", sino solo como órgano de la comunidad. La comunidad jurídica es, en este sentido, el sujeto activo de la sanción. Y el sujeto pasivo es también la comunidad jurídica. El esquema lo señala. Eliminemos al funcionario obligado, desde que solo es órgano de la comunidad y nos queda:

debe ser S contra Cp por Cp

Sería un caso de auto-castigo. Podríamos hablar aquí, en sentido figurado, de un problema de moralidad colectiva. Pero tal auto-castigo no tiene significación lógico-jurídica susceptible de comprensión conceptual.

No hay interferencia entre dos sujetos jurídicos distintos. No hay, por lo tanto, fénómeno jurídico susceptible de conceptualización.

2.- EL TEMA EN KELSEN.

Kelsen ha visto este desenlace de la cuestión, si bien había arribado a él por otro camino que el utilizado en esta investigación "... A delict which is a violation of the national legal order cannot be interpreted as a delict of the State, cannot be imputed to te the State, since the sancion which is the legal reaction to the delict- is interpreted as an act of the State. The State cannot figuratively speackin- "will" both delict and sanction. The opposite view is ate least guilty of a teological inconsistency... The idea that the State executes sanctions against itself cannot be carried out..(19)

Para arribar a esta conclusión el maestro vienés se apoya en el concepto de función estatal, determinado por análisis lógico del ordenamiento jurídico. Se ejercita una función estatal en tanto se cumplen los deberes y se ejercitan las facultades que constituyen el contenido de la función . Estos deberes y derechos son normativos. Son el contenido de normas jurídicas positivas.

La función, dice Kelsen, es el contenido de una obligación cuando un individuo, si la función no ha sido ejecutada, está sujeto a una sanción. Esta sanción no está dirigida directamente contra el individuo en su capacidad como órgano estatal. La violación del deber de un órgano estatal, el delito constituido por el hecho de que un órgano estatal no ha ejecutado su función de la manera prescripta por el ordenamiento jurídico, no puede ser imputado al Estado, desde que un individuo es un órgano del Estado solo en tanto su conducta es acorde con las normas legales definitorias de la función. En tanto, como individuo, viola una norma legal,él no es órgano del Estado. La imputación al Estado no puede referirse a acciones u omisiones que tengan el carácter de delitos.

Como se ve, Kelsen centra el problema en la imposibilidad lógica de imputar al Estado, un acto que excede el ámbito de la función. Ese es un acto que genera solo responsabilidad directa y personal del individuo que cometió el entuerto, pero que no alcanza al Estado.

Si bien este punto de vista es correcto, porque así se estructura la cuestión en los ordenamientos jurídicos positivos, nosotros hemos ido más allá que Kelsen, porque llegamos a admitir, de manera hipotética, el establecimiento, por el ordenamiento jurídico

de la responsabilidad indirecta del Estado. Es decir, partiendo del hecho de que se ha violado una norma jurídica, excediéndose el ámbito legal de la función, se ha tratdo el punto, como si fuera un caso más de responsabilidad indirecta;disociación de sujeto activo de la ilicitud y sujeto pasivo de la sanción. Y partiendo de esta hipótesis hemos arribado a la imposibilidad lógico-jurídica de la sanción penal contra el Estado.

3.- EL PROBLEMA EN AMBITO JURIDICO INTERNACIONAL.

Nos hemos venido refiriendo, hasta ahora, al problema de la responsabilidad penal contra el Estado, considerada desde el punto de vista del Derecho estatal. Porque si lo hemos de referir al Derecho Internacional, la situación es muy otra, como se comprueba por el análisis de la norma jurídica y por lo que resulta de la experiencia jurídica.

Recordemos el esquema normativo a que habíamos arribado en el análisis del tema. La perinorma de la sanción penal contra el Estado, quedaba esquematizada así:

Dado no-S1 debe ser S2 contra Cp por Fo2 por Cp.

donde la contradicción lógica quedaba radicada en la relación:

Debe ser S2 contra Cp por Cp

Puesto que la comunidad pretensora de la sanción es la misma comunidad que debe soportar la sanción: Cp = Cp , surge la imposibilidad lógica desde que no queda normada una interferencia intersubjetiva (esencia de lo específicamente jurídico). Pero bastaría que la Comunidad pretensora de la sanción, no fuera la misma que la comunidad sujeto pasivo de la sanción, para que se eliminase la imposibilidad lógica, y surgiera la posibilidad de la interferencia intersubjetiva.

Notoriamente, tal es el caso en que la comunidad pretensora de la sanción es la comunidad jurídica internacional, y la comunidad, sujeto pasivo de la misma, la comunidad responsable, la comunidad jurídica estatal. Por lo que puede normarse con sentido específicamente jurídico

Dado no-S1 deber S2 contra CpE por Fo2 por CpI (20)

donce CpE significa comunidad estatal, y CpI comunidad pretensora internacional, o sea: "Dado la violación por un funcionario estatal de un deber puesto a cargo del Estado a que pertenece como órgano, por el Derecho Internacional, debe ser la sanción contra la comunidad jurídica estatal, por un funcionario obligado por la Comunidad jurídica internacional" (21)

Y esta sanción en el Derecho Internacional positivo se llama represalia o "bellum justum" .Sus caracteres han sido analizados de modo magistral por Kelsen en "Derecho y Paz en las relaciones internacionales".

Las sanciones en el Derecho Internacional positivo son generalmente dirigidas contra la comunidad estatal. Es la llamada responsa-

bilidad colectiva. La sanción se aplica, no contra el sujeto individual culpable de la violación del deber, sino contra una colectividad de personas, que se encuentra ligada con el culpable directo, por un específico vínculo jurídico. En el Derecho Internacional, ese vínculo lo constituye generalmente la nacionalidad.

Esta responsabilidad colectiva del Derecho Internacional se corresponde, en el Derecho estatal, con la llamada responsabilidad indirecta.

Y la interferencia de acciones en el Derecho Internacional, se produce entre la comunidad pretensora internacional (CpI) y comunidad estatal (CpE).-

Esta diferencia esencial que se plantea según ubiquemos el problema de la responsabilidad penal del Estado en el ámbito del Derecho Internacional o en el del Derecho Estatal, había sido vista por Kelsen con una claridad extraordinaria.

Con esa admirable capacidad de síntesis de que está dotado, noa había dicho en "General Theory of Law and State": " ... A delict which is a violation of international law, however, can be imputed to the State, just as a delict which is a violation of national law can be imputed to any other juristic person within the national legal order. The sanction is in both cases thought of as emanating fron a person other than him to whom the delict is atributed .The sanction of international law is imputed to the international legal community just as the sanction, in national law, is imputed to the Satate. Hence, the State can do no wrong in the sense of national law, but the State can do wrong in the sense of international law" (22)

Dos circunstancias son dignas de remarcar en este párrafo de Kelsen.La primera, que aquí surge explícito que la imposibilidad lógica de la sanción penal contra el Estado, en el ámbito del Derecho estátal, se produce, no porque el acto ilícito no pueda considerarse como acto estatal (siempre cabría la hipótesis de responsabilidad indirecta) sino porque no se puede atribuir a la misma persona. la calidad simultánea de sujeto pretensor de la sanción y sujeto pasivo de la misma. Y la segunda es la siguiente: hablando del Derecho estatal Kelsen, al referirse al ámbito de la función, a las obligaciones y derechos del funcionario estatal como tal, siempre habló del ordenamiento jurídico o del Estado, como concepto unificador y personificador del ordenamiento.Pero fué muy raro que hablara de la comunidad estatal. Sin embargo, cuando se ocupa ahora del Derecho Internacional nos habla de la comunidad jurídica internacional.

Esta diferencia no obedece a razones puramente literarias o gramaticales. En el Derecho Internacional, Kelsen ya no encuentra el ordenamiento jurídico centralizado, organizado en forma piramidal con órganos especializados creadores y/o aplicadores de normas jurídicas generales. Por el contrario, como el mismo Kelsen lo demostró acabadamente en "Derecho y Paz en las relaciones internacionales", el De-

recho Internacional se caracteriza por su acentuada descentralización En el campo del Derecho Internacional, le falta a Kelsen un concepto unificador y totalitario (en sentido lógico), como el de Estado en el Derecho nacional. Y entonces, para utilizar un concepto que fuere comprensivo de la totalidad de la experiencia jurídica internacional (tanto los actos como su sentido jurídico) acude al de comunidad jurídica internacional. Este concepto nos remite directamente a un objeto egológico: vida humana viviente de la comunidad internacional. Kelsen se ha desplazado de manera casi imperceptible hacia el plano de la realidad social jurídica.

V.- EL QUERER DE LA COMUNIDAD PRETENSORA, ES SIEMPRE LA PRETENSION DE LA COMUNIDAD. NO HAY PRETENSION DE LA COMUNIDAD, QUE PUEDA CALIFICAR DE ILICITO, EL QUERER DE LA COMUNIDAD.

Pero es que no solo existe una imposibilidad lógica de establecer una sanción penal contra el Estado, en el Derecho nacional, porque no surge la interferencia intersubjetiva, sino que hay algo mucho más importante aún, y es esto: que la comunidad jurídica como tal, no puede cometer entuerto o acto ilícito (en el derecho nacional).

En los desarrollos lógicos efectuados "supra", habíamos llegado en el análisis, hasta la norma completa que describe en su disyunción el deber del funcionario de castigar una no-prestacion, o en el caso de que este funcionario incumpliera su deber, la sanción que le debe aplicar un segundo funcionario obligado, a su vez, por la Comunidad pretensora. Podemos establecer la hipótesis, perfectamente posible en los hechos, de que este segundo funcionario, a su vez, incumpliera su deber de castigar al funcionario primero. Y así sucesivamente, en una serie de incumplimientos por funcionarios cada vez de mayor jerarquía , del deber de castigar a los inferiores, hasta llegar a un último y supremo funcionario estatal. Estas hipótesis sucesivas se conceptúan en normas coordinadas horizontalmente cuyo esquema es el siguiente

NORMA A
Conducta del particular.-

Dado M^t debe ser P por A_0 frente A_p y dado no-P debe ser S_1 por F_{01} por C_p

NORMA B
Conducta del funcionario primero..

dado no-P debe ser S_1 por F_{01} por C_p y dado no-S_1 debe ser S_2 por F_{02} por C_p -

NORMA C
Conducta del funcionario segundo..

dado no-S_1 debe ser S_2 por F_{02} por C_p y dado no S_2 debe ser S_3 por F_0 Sup. por C_p

. . . . . -

NORMA D
Conducta del funcionario Supremo..

dado no-S_2 debe ser S_3 por F_3 Sup. por C_p y dado no-S_3 debe ser S_4 por C_p

Es muy importante analizar la norma que conceptúa la conducta del funcionario supremo.(23)

Frente a las sucesivas violaciones en que incurren los funcionarios inferiores, surge, para el funcionario supremo (Fo.Supr.) el deber de castigarlos. Su castigo en tanto cumplimiento del deber prescripto para la función por el ordenamiento jurídico, es imputado al Estado, en el sentido de que la sanción emana del Estado.

Pero, ¿qué sucede si el funcionario, a su vez, se niega ilegalmente a castigar? ¿qui custodiat custodiem? ¿quién castiga al funcionario supremo?

Hemos llegado a un caso límite. Frente al funcionario supremo, solo queda la comunidad pretensora. Por eso, en la perinorma de la norma D, que conceptúa la conducta del funcionario supremo en su sanción, queda eliminada la referencia a un funcionario que castigare al funcionario supremo. Si lo hubiere, el funcionario supremo no sería tal.

Solo se da, lógicamente, la posibilidad de que la comunidad pretensora aplique por sí misma la sanción.

Pero aquí surge una cuestión de la máxima importancia, y es la siguiente: en los ordenamientos jurídicos estatales, centralizados en tanto estatales, la comunidad jurídica no actúa sino por sus órganos. No está regulada jurídicamente, una intervención directa de la comunidad. Por lo tanto, toda intervención directa de la comunidad, aparece como una ruptura del ordenamiento jurídico vigente, es decir, como una revolución. La perinorma de la norma D., conceptúa, pues, la acción revolucionaria.

Dado no-S3 debe ser S4 (contra Fo.Supr.) por Cp.

Esta acción directa de la comunidad pretensora, ¿lleva el signo de la ilicitud?. La respuesta negativa surge con evidencia lógica. Para sostener lo contrario deberíamos decir que el ordenamiento jurídico connota con signo ilícito tal acción directa. Pero ello es imposible, lógicamente, por dos razones.

La primera: hemos encontrado una estructura lógico-formal del ordenamiento, que convalida la intervención directa de la comunidad. Se trata de una estructura apriorística, juridizante de la acción directa de la comunidad.

La segunda, mucho más importante, es la siguiente: el ordenamiento jurídico (pretensión de la comunidad) es el producto objetivo del querer de la comunidad pretensora. Lo que la comunidad pretensora quiere, vale como ordenamiento jurídico. El fundamento de validez del ordenamiento jurídico, es el querer de la comunidad pretensora. Nada hay más allá. La comunidad pretensora es fundante del ordenamiento jurídico. El acto volitivo de la comunidad pretensora (vigencia), es fundante del ordenamiento jurídico (validez). (24)

Y en este sentido, "comunidad pretensora" es una especie del género de la vigencia. Toda vigencia tiene validez en principio. En principio , porque ~~como~~ no todo acto lleva ínsita la nota de licitud.

Solo el acto de la comunidad se juridiza con signo lícito, porque constituye un sentido objetivo, constitutivo del ordenamiento jurídico(25)

Teniendo en cuenta lo expuesto, se comprende que sea lógicamente imposible fundar en el ordenamiento jurídico vigente hasta el momento en que se produce la acción directa de la comunidad, una posible calificación de ilicitud de dicha acción directa. Porque la acción directa comunitaria se traduce, ipso facto, en una modificación de dicho ordenamiento jurídico, invalidando las normas preexistentes y creando nuevas normas: el nuevo sentido objetivo puesto por la comunidad para la comprensión de la licitud de manifestaciones externas de la conducta. Este se llama convalidación o juridización por el hecho revolucionario. La revolución, es pues, una estructura apriorística de convalidación normativa. Ella resulta, como se acaba de ver, por el análisis del concepto puro de comunidad pretensora.

Podemos dejar establecido, también, que existe una correspondencia inalterable entre el ordenamiento jurídico y su correlato objetivo: la comunidad pretensora (realidad egológica) (26) La acción revolucionaria se produce por la acción directa de la comunidad, al castigar al funcionario supremo trasgresor. Lo acabamos de ver. Pero debe anotarse que la ruptura de los antecedentes lógico-normativos se opera solo en un ámbito muy reducido del ordenamiento jurídico: en aquél que regula formalmente el sistema de elegir y desplazar al funcionario supremo.

Ahora bien. De la misma manera se produce una revolución, si la comunidad pretensora se niega a castigar al funcionario supremo transgresor. Aquí la ruptura de los antecedentes lógicos abarca un ámbito normativo mucho mayor, porque se convalida en la especie, por revolución, las transgresiones del funcionario supremo y de los funcionarios inferiores, y, en última instancia, una no prestación (que puede ubicarse, p.ej. en la esfera de las relaciones privadas.)

La convalidación "transita" de sucesivas violaciones del deber de sancionar (no-S) hasta la originaria no-prestación (no-P.)

Convalidación por revolución } → No-S3 → no-S2 → noS1 → no-P

En el cambio, en el supuesto de sanción por acción directa de la comunidad, se castiga a los responsables de las sucesivas violaciones del deber de sancionar, confirmándose así el ordenamiento jurídico vigente anterior:

Sanción (S) a los responsables de: → no-S3 → no-S2 → no-S1 → no-P

La revolución convalida el desplazamiento violento, no reglado jurídicamente , de los funcionarios responsables:

Convalidación por revolución } Desplazamiento violento de Fo.Supr y (como implicación lógicamente posible de:) F_{o_2} y F_{o_1}

La revolución reviste mayor trascendencia normativa en el supuesto de acción negativa de respaldo, en beneficio del funcionario supremo transgresor que en el caso de la acción sancionadora directa de la comunidad. En el primero, quedan modificadas en la especie, un mayor número de normas de contenido substancial.

Y no otra cosa que esta calidad juridizante del querer de la comunidad, expresa la famosa frase patricia:"Nada hay dentro de la Nación superior a la Nación misma".-

VI.LA SEGUNDA HIPOTESIS DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ESTADO:LA ACCION DIRECTA DE LA COMUNIDAD VIOLANDO EL ORDENAMIENTO JURIDICO VIGENTE HASTA EL MOMENTO DE LA ACCION.DIRECTA .

Con los antecedentes consignados "supra", ya nos será fácil ocuparnos de esta hipótesis que habíamos dejado provisoriamente en suspenso.

Por dos razones igualmente decisivas, que ya hemos destacado, debe ser rechazada. Primera: que el problema de la responsabilidad penal del Estado no puede ser lógicamente pensado como problema jurídico. Segunda: que el querer de la comunidad pretensora, en el ámbito jurídico estatal, es siempre lícito. El ordenamiento jurídico(la pretensión de la comunidad) no es más que la forma conceptual del querer de la comunidad.

Hemos visto que el último término conceptual de cada norma jurídica completa es la comunidad pretensora. Hemos visto igualmente, que el desplazamiento normativo de consecutividad tiene su límite en la equivalencia de la pretensión de la comunidad con el querer de la comunidad pretensora. Esto significa, en otros términos, que se encuentra ínsita en cada norma una posibilidad de convalidación por vigencia en tanto acto de la comunidad. Diríamos, una apetencia de validez "in re ipsa" .En cada norma jurídica existe latente una posibilidad de convalidación por la comunidad. Para manifestarse solo necesita que se ponga en marcha el desplazamiento.normativo de la consecutividad. El final de ese movimiento es una licitud. Es el acto juridizante de la comunidad pretensora. De ahí que falte siempre el acto ilícito,presupuesto lógico esencial de una sanción (27). No se puede sancionar penalmente a la comunidad pretensora, es decir, al Estado.

VII. EL PROBLEMA DE LA SANCION CIVIL CONTRA EL ESTADO.

1.- SANCION CIVIL Y SANCION PENAL.

Hasta ahora nos hemos venido refiriendo a la posibilidad de aplicar una sanción penal contra el Estado. Pero con los elementos de juicio reunidos, estamos en condición de extender la cuestión al caso de la sanción civil. Esto implica, en realidad, la generalización del asunto :¿Es posible aplicar una sanción contra el Estado, desde el punto de vista del Derecho estatal?.

Corresponde señalar, en primer término, qué debe entenderse por sanción.

Este es un concepto que señala a una realidad de conducta, a un objeto egológico. Se trata de la imposición coactiva de un determinado contenido de conducta que debe ser soportado por el sujeto sancionado. La sanción se impone y se ejecuta prescindiendo en absoluto del querer (libertad) del sancionado, no obstante que ese querer, como manifestación de su libertad metafísica, se da en el substrato, es decir, en el sujeto pasivo de la sanción.

En otra oportunidad habíamos expresado, desarrollando conceptos de Cossio, que "la sanción constituye un dato de la experiencia jurídica en el que se piensa la conducta del sancionado con prescidencia del sentido de la libertad, no obstante que ésta en el hecho, se encuentre en el substrato (conducta)" (28)

Esta conducta que se impone coactivamente y se cumple (en tanto conducta), en personas individuales, está constituída por privación de la libertad (en el sentido que se le dá en el Derecho Penal), de la vida o de los bienes. Ahora bien, La sanción civil no se distingue específicamente de la sanción penal, por lo que Kelsen llamaría "circunstancias externas" .Existe todavía en algunas legislaciones positivas, la privación de libertad como sanción contra el deudor insolvente (responsabilidad civil) y es común y habitual la privación de bienes que constituye sación penal (multa).

La diferencia se localiza en el proósito perseguido con la aplicación de la sanción: preventivo-represivo en el caso de la sanción penal. Reparatorio-compensatorio, en el de la sanción civil, Pero esta diferencia es solo relativa.

Al principio, expresa Kelsen, solamente existía una clase de sanción, la penal, este es, el castigo, castigo que priva de la vida de la libertad, de la salud o de la propiedad. Más tarde se hizo una división y apareció entonces la sanción civil, conocida bajo el nombre de indemnización de daños, privación de la propiedad por medio de la fuerza, en reparación o compensación del daño causado ilegalmente. De ahí el desarrollo del Derecho Civil al lado del penal. Pero el Derecho Civil, regulador de las relaciones económicas entre los individuos, garantiza la conducta deseada de una manera que no difiere en esencia del método empleado por el Derecho Penal, esto es, establece en caso de conducta contraria una medida coactiva sui-generis, una reparación de los daños. La sanción civil se distingue de la penal sobre todo por lo que toca a la pena privativa de la propiedad, no tanto p por las circunstancias externas, como por el propósito que acusa; en el de la sanción penal es preventivo; en el de la civil, reparador. Pero este contraste, también, solo es relativo.(29).

Desde el punto de vista estrictamente lógico-formal, la sanción se caracteriza por ser la consecuencia jurídica de la violación de un deber, y ser imputada al Estado, en el sentido de que se la interpreta

como emanada de la comunidad.

Ahora bien, Preguntarse si es posible aplicar una sanción civil contra el Estado, significa, en realidad, preguntarse lo siguiente: si es posible imponer coactivamente por un funcionario estatal una determinada conducta, con un propósito reparatorio-compensatorio, que deberá ser soportado por la comunidad toda.

Se produce, en esencia, el planteo del problema de la responsabilidad penal del Estado.

La sanción civil se la interpreta como acto de la comunidad pretensora(el Estado) La aplica un funcionario estatal que actúa como órgano de la comunidad pretensora. Su acto, al aplicar la sanción, no se imputa a su propio centro psico-físico, sino al Estado,en tanto concepto unificador y personificador de una totalidad de acciones posibles. Y la sanción civil contra el Estado significa, destruída la hipótesis habitual, sanción contra la colectividad humana constitutiva del Estado;privación coactiva de sus bienes.

En otros términos: la comunidad pretensora se autopriva a sí misma, coactivamente, de sus bienes, La contradicción lógico-jurídica, surge con evidencia.

El esquema normativo de una posible sanción civil contra el Estado, es, en lo fundamental, del mismo tipo del que se formulara para la sanción penal. Lo analizaremos en el número siguiente, al ver que son dos conceptos diferentes los de sanción civil contra el Estado y responsabilidad civil del Estado.

2.- LA LLAMADA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO.

Hoy no se discute ni cuestiona la llamada responsabilidad civil del Estado. La experiencia jurídica nos nuestra a diario, cómo se dictan sentencias contra el Estado, imponiéndole el cumplimiento de un contrato o la indemnización de los daños y perjuicios producidos por sus agentes en el ejercicio de sus funciones como tales.Pero estas sentencias no constituyen sanciones civiles contra el Estado, sino la completa determinación del hecho temporal antecedente (Ht) al que se imputa normativamente , una prestación debida por el Estado. En otras palabras, la llamada "responsabilidad del Estado" configura un deber jurídico a cargo del Estado, no una sanción contra el Estado (30).En efecto. Los supuestos de responsabilidad civil del Estado, surgen c cuando el incumplimiento de los deberes puestos a cargo de los funcionarios estatales por el ordenamiento jurídico (versión conceptual del quiere de la comunidad) provoca daños y perjuicios en otras personas, o cuando en conexión con el ejercicio de la función, se producen daños a terceros. Estos dos casos instituyen la llamada habitualmente "responsabilidad contractual y extracontractual del Estado". En estos casos, el ordenamiento jurídico pone a cargo del Estado el resarcimiento de los daños ocasionados .

Se trata de un deber que reconoce como hecho antecedente con determinación temporal (Ht) precisamente, la ilicitud de un funcionario estatal. Esta misma ilicitud que, con referencia al Estado constituye Ht significa no prestación (no-P) con relación al funcionario, en la norma que estatuye la sanción que debe sufrir(caso de la responsabilidad individual del funcionario).

Este acto ilícito constituye pues el antecedente normativo:a) de un deber a cargo del Estado (reparación del perjuicio); b) de una sanción a sufrirse por el funcionario que incumplió su deber (responsabilidad individual) En el primer caso la ilicitud constituye Ht. antecedente de un deber. En el segundo no-P antecedente de una sanción.

La interferencia intersubjetiva en el caso de la llamada"responsabilidad civil del Estado" se opera entre el particular damnificado (Ap.) y el Estado. La parte, en vinculación jurídica con la totalidad

Ahora bien. Cuando ubicamos en el hecho antecedente con determinación temporal, un daño contractual o un daño extracontractual, no nos referimos al hecho en bruto del daño, sino al hecho en tanto susceptible de declaración formal por un funcionario estatal que lo constate. Ese funcionario es un juez, y exterioriza y objetiva su actuación en una sentencia.

Si el orden jurídico, dice Kelsen, atribuye a un estado de hecho la calidad de supuesto y de consecuencia de derecho no es nunca el hecho en sí, sino el hecho comprobado por el órgano competente, dentro de un procedimiento jurídico (31)

Por eso es que la sentencia determina con específica significación jurídica la presencia del hecho con determinación temporal (Ht) al que debe imputarse la prestación (P) debida por el Estado. Esa prestación la constituye la indemnización de los daños y perjuicios producidos y pasa a constituir el contenido propio de una obligación a cargo de un funcionario del Estado. Y en tanto cumple con esa obligación, su acto se interpreta como acto del Estado, se imputa al Estado.

Pero si ese deber no es cumplido por el Estado (no-P.) solo surge una sanción contra la persona del funcionario (Fo) que incumplió su deber de hacer efectivo, en los hechos, el pago de la indemnización debida. Esta sanción debe ser aplicada por un segundo funcionario (Fo2) Si éste a su vez, incumple su deber de castigar, debe ser sancionado por un tercer funcionario (Fo3). Y asi sucesivamente hasta llegar al funcionario supremo (Fo.Supr.) Hemos llegado a la estructura descripta "supra". El final de esta consecutividad es, necesariamente, un hecho revolucionario.

El deber de indemnizar constituye un caso límite para el Estado. La interferencia se opera entre el particular (Ap.) y la comunidad jurídica. Más allá de ese deber solo surgen sanciones contra los funcionarios que van incumpliendo sucesivamente su deber. Aquí, la interferencia se opera entre la comunidad pretensora de la sanción y

el funcionario sujeto pasivo de la sanción.

La sanción contra el Estado por esas ilicitudes, no puede surgir. No habría interferencia posible de acciones. Así ha quedado demostrado más arriba.

Esquematizando estos casos de la llamada "responsabilidad civil del Estado" debemos expresar:

Dado Ht debe ser P por Ao frente Ap o dado no-P deber ser S por Fo por Cp.

donde debe señalarse que:

Ht = daño contractual o extracontractual comprobado y declarado a través de sentencia judicial.

P = indemnización de los daños determinados en la sentencia.

Ao = El Estado, quién debe actuar a través de un funcionario, órgano de la comunidad.

El contenido de su función lo constituye, precisamente, el cumplimiento de la sentencia.

Ap = particular damnificado.

no-P = violación del deber puesto a cargo del funcionario por el Estado (el ordenamiento jurídico), de satisfacer la indemnización debida y determinada en la sentencia.

S = sanción contra el funcionario que no cumplió la sentencia.

Fo = segundo funcionario a cuyo cargo el deber de aplicar esta sanción

Cp = la comunidad pretensora.

Entre Ao (Estado), de la endonorma y Cp(comunidad pretensora) de la perinorma, existe una diferencia muy importante. Obligación del Estado significa, en el primer caso, obligación de un funcionario estatal determinado para quién el cumplimiento del deber constituye el contenido de la función. En el segundo caso, comunidad pretensora significa acción directa de la comunidad, no a través de funcionarios especializados.

La llamada responsabilidad civil del Estado no es pues, más que un presupuesto de deber jurídico, Es lógicamente imposible aplicar una sanción civil contra la comunidad pretensora, Esta no se puede auto-castigar civilmente.

Kelsen, por otra parte, fundado en un análisis puramente lógico del ámbito de la función, ha arribado a esta misma conclusión. (32)

3.-GENERALIZACION

Podemos, pues, sostener que existe una imposibilidad lógica, desde el punto de vista del Derecho estatal, en la aplicación de una sanción cualquiera contra el Estado. Siendo la sanción acto "del" Estado, emanada o referida al Estado, no puede aplicarse al Estado mismo. La comunidad pretensora no se puede auto-castigar.

Aquí podemos señalar el carácter necesario de la relación " sanción-comunidad pretensora" (S-Cp) , o sea, de que aquélla es siempre interpretada como un acto de la comunidad pretensora. Ahora bien.

La comunidad pretensora o comunidad jurídica, como vimos "supra", no es una cosa en sí. Su ser se localiza en la estructura fenomenológica "ser en ..." de cada uno de sus miembros. Es acto de la comunidad por lo tanto, el de las personas que la constituyen y que es referido por el sentido objetivo que las formaliza, a la totalidad de la comunidad (33). De ahí que la relación S-Cp exija la determinación mediata de quien (Fo) ha de aplicar la sanción. Esta se actualiza a través del querer del funcionario obligado por la comunidad pretensora (34)

Por otra parte, también es necesaria la relación "prestación-alguién pretensor" (P-Ap) porque aquélla, en tanto contenido objetivo, se actualiza a través del querer de una individualidad pretensora. Pero es eventual, no necesaria, en este caso, la determinación mediata de un "otro yo" cuyo acto se refiera (impute) al alguien pretensor.(Ap.). Esto acaece, por ejemplo, si el alguien pretensor es una persona jurídica.

Por lo tanto, si la sanción se actualiza en el querer de un funcionario, cuyo acto se refiere a la comunidad pretensora, como emanado de ella, ha de ser soportado necesariamente por un sujeto pasivo distinto de la comunidad pretensora. De ahí la imposibilidad lógico-jurídica de "pensar" una sanción contra el Estado. En cambio, se puede estructurar con sentido específicamente jurídico, un deber impuesto al Estado, porque la prestación puede actualizarse por un alguien (cualquiera) pretensor. Siendo así, se produce una interferencia intersubjetiva entre el sujeto activo de la pretensión (Ap) y el sujeto pasivo de la prestación (Ao).

VIII. CONCLUSIONES

Sintetizamos nuestra investigación afirmando:

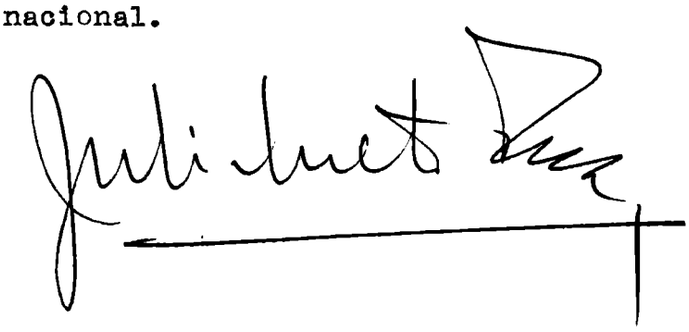
PRIMERO: El problema lógico-jurídico de la responsabilidad penal del Estado, impone definir previamente en qué ámbito de validez se ha de plantear: estatal o internacional.

SEGUNDO: Existe una imposibilidad lógica en el establecimiento de la responsabilidad penal del Estado.

TERCERO: La pretensión de la comunidad es siempre equivalente a la comunidad pretensora en tanto concepto puro entitativo, integrante de la norma jurídica completa.

CUARTA: El concepto puro de revolución resulta por análisis del concepto puro de comunidad pretensora.

QUINTO; No se puede "pensar" con sentido específicamente jurídico, la aplicación de una sanción contra el Estado, desde el punto de vista del derecho nacional.



N O T A S

1.- Lo expuesto no significa postular una total indiferencia acerca del problema valorativo. Pronunciarse desde el punto de vista axiológico calificando la conducta jurídica, es tarea irrenunciable para el jurista que tenga conciencia clara del objeto final de su investigación. Pero ello no impide que si se encara una investigación desde un punto de vista estrictamente lógico, se mantenga la pureza metódica excluyendo todo matiz axiológico. Se opera una postergación de la cuestión valorativa. Pero, más tarde o más temprano, habremos de pronunciarnos. Ella está frente a nosotros atrayéndonos con su sentido vital.

Ya en plano axiológico, y con referencia al tema de esta investigación, hemos de decir sintéticamente, que en nuestra tesis se enuncia la primacía objetivante de la comunidad, lo que, por otra parte, es un hecho susceptible de verificación intuitiva. Es el pueblo, en el seno de la comunudad jurídica, el que positiviza los valores y los objetiva. El crea el "clima" axiológico en el que nos desenvolvemos. El individuo nace, se desarrolla, programa su conducta y muere en un ambiente social. No se es aislado, sino "en el ambiente". Por otro lado, la comunidad no es una cosa en sí. Es "en cada uno de sus miembros". El nivel axiológico de una comunidad es, en definitiva, el de los miembros que la integran y constituyen. La superación de una comunidad ha de buscarse en la superación de sus integrantes. He aquí, pues, el objetivo: realizar la Justicia entre los hombres, haciendo justos a los hombres. Este es el único modo de realizar la Justicia. Hemos colocado, pues, en primer plano, al hombre. El y solo el ha de ser el intérprete de la Justicia: el hombre justo "en" una comunidad justa.

Esa tarea de perfeccionamiento y superación de la comunidad, a través de los miembros que la constituyen, esa realización de la Justicia en los hombres, constituye la más urgente tarea política de nuestra época.

Si la comunidad es injusta, o carente de solidaridad, o desordenada y débil, o violenta, ha de encararse con decisión, en primer tér-

//mino,la tarea de crear las posibilidades sociológicas de una superación.Y esa es tarea que incumbe a cada uno de los integrantes de la comunidad.

Un injusto ordenamiento jurídico,o revoluciones carentes de justificación ética,o el desorden normativo,corresponden,en los hechos, a una comunidad desordenada,injusta o violenta.El remedio se encuentra en la superación ética de la comunidad.Y ya hemos dicho como se ha de lograr.

Así son los hechos y a ellos hemos de atenernos en cuanto datos. Ignorarlos revela ceguera,prejuicio o carencia de valentía.O bien la manifestación aguda del jusnaturalismo racionalista o del solipsismo gnoseológico.

2.- Husserl,"Investigaciones lógicas",Madrid,1929,t.3, Tercera Investigación: "...Por todo entendemos un conjunto de contenidos envueltos en una fundamentación unitaria y sin auxilio de otros contenidos.Los contenidos de semejante conjunto,se llaman partes.Los términos de fundamentación unitaria significan que todo contenido está,por fundamentación,en conexión directa o indirecta con todo otro contenido..."(p. 58)."...el sentido de la no-independencia reside en el pensamiento positivo de la dependencia.El contenido está,según su esencia,unido a otros contenidos,no puede existir si no existen con él,al mismo tiempo,otros contenidos.No hace falta insistir en que esos otros contenidos forman unidad con el primero.Porque,¿ hay coexistencia esencial si no hay enlace o "fusión",por suelta que ésta sea? Así,pues,los contenidos no-independientes no pueden ser sino partes de contenido..." (p.20)."...En general,un todo,en sentido pleno y propio,es una conexión determinada por los géneros ínfimos de las "partes"..."(p.65).-

3.- José Vilanova,"Vigencia y validez en el Derecho.(Contribución al estudio de la Lógica Jurídica Trascendental)"

4.- Hay,no obstante,un matiz diferencial entre comunidad jurídica o comunidad pretensora,y Estado.Todo Estado es una comunidad pretensora.Pero no toda comunidad pretensora es un Estado.Solo lo es aquella comunidad que ha alcanzado en su organización y jerarquización, ~~un cierto grado de~~

un cierto grado de centralización.Tanto la comunidad pretensora preestatal,como la estatal,son jurídicas.El sentido que las integra,en tanto objeto egológico,es un ordenamiento jurídico.Pero con esta diferencia: el ordenamiento jurídico de la comunidad pretensora preestatal,está descentralizado (en el sentido preciso que ha dado Kelsen a este término).En cambio,en la comunidad pretensora estatal,sucede lo contrario.

5.- Los términos poderes ejecutivo,legislativo,y judicial se mencionan aquí en el sentido de órganos de la comunidad,productores de normas,ya generales,ya particulares.

6.- Kelsen,"General Theory of Law and State",Harvard University Press, Cambridge,1946,p.199 y sgtes.-El subrayado es nuestro.Conviene aclarar aquí que moviéndose Kelsen en el ámbito de la Lógica Jurídica Formal,se queda en el puro concepto de Estado,sin trasladarse a su correlato objetivo.Pero es notorio que si el contenido de las normas que integran el ordenamiento jurídico,es conducta humana y éste se nos presenta como un todo hermético (la famosa pirámide kelseniana),queda mencionada claramente una totalidad de acciones humanas posibles, es decir,la comunidad viviente jurídica.

7.- Como se verá más adelante,el supuesto de revolución triunfante, plantea la cuestión en otros términos,que excluye la ilicitud posible del sujeto revolucionario,en cuanto tal.

8.- La esencia se nos da en un acto de intuición intelectual.Se opera una trascendencia en la inmanencia.La existencia se nos da en un acto de intuición sensible.La esencia es a-temporal e inespacial.La existencia es necesariamente temporal.La distinción y separación de esencia y existencia es uno de los más grandes hallazgos de Husserl, con repercusiones insospechadas en la Teoría General de los Objetos. Es particularmente fecunda en el ámbito de la Teoría jurídica.Puede verse una aplicación de la misma en nuestro trabajo "La responsabilidad Penal de las personas jurídicas",publicado en la Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires,t.XXII nº 5/6

d

9.- Se tiene experiencia,en el Derecho Internacional,de sanciones contra un Estado.La comunidad debe soportarla.Pero en los hechos, no todos sufren pérdidas de bienes,o de la vida o de la libertad. La responsabilidad colectiva,en los hechos,no significa el castigo de todos,sino de una parte indeterminada e indefinida de personas.

10.- Cossio,"La Plenitud del ordenamiento Jurídico",2a.ed.Losada.

11.- Vilanova,op.cit.

12.- La endonorma,dice Cossio,menciona o representa directamente el deber jurídico,o prestación,aunque, por cierto,para cumplir esta mención,tenga que recurrir a los conceptos de "hecho con determinación temporal","alguien obligado" y "alguien pretensor",y a la cópula deber ser.Esto es así,porque la prestación es el acto o producto objetivo de la libertad de quien lo hace,y la Ciencia no puede concebir sino cosas objetivas.La facultad jurídica como libertad es el haciendo de su poder hacer,en tanto que la prestación correlativa es lo que este haciendo deja hecho y queda cumplido.Aun cuando la prestación verse sobre un acto,es obvio que el mismo acto puede considerarse en sus dos caras: como lo haciendo actuante de la libertad humana,y como lo producido por esta libertad que se cosifica e inmoviliza,en cuanto ya ha sido producido.Lo primero es la facultad,y lo segundo, es prestación.("La Teoría Egológica...",p/327).-

13.- op.cit.en nota 12,p.325

14.- Estos dos tramos resultantes del análisis de Cossio,fueron generalmente asimilados a la norma secundaria y a la primaria de Kelsen,de la siguiente manera: endonorma= norma secundaria; perinorma= norma primaria.Nosotros así lo expresamos en nuestro comentario bibliográfico sobre "La Teoría Egológica y el Concepto Jurídico de Libertad",publicado en la Revista del Colegio de Abogados, t.XXII nº 3 Un examen más detallado del asunto,prueba que la asimilación es errada.No hay tal superposición entre perinorma y norma primaria.Aquélla describe la efectiva conducta del sancionado,con prescindencia del sentido de la libertad,no obstante que ésta se da en el substrato.

e

Esta,el deber del funcionario de castigar al que incumplió con su obligación.Aquí,el dato se conceptualiza con el sentido de la libertad ínsito en el substrato.

15.- Cueto Rúa,"La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Revista del Colegio de Abogados,t.XXII nº 5/6;Aftalion,"La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas",en Revista La Ley,t.37 p.281

16.- De ahí que pueda haber dicho Vilanova,en una fórmula feliz,que "la Comunidad se conoce a sí misma a través del ordenamiento jurídico"

17.- El concepto de sujeto pasivo o responsable de la sanción,es analítico,no sintético,en el sentido kantiano.Resulta lógica y necesariamente del análisis del concepto de sanción.El concepto de sanción nos remite analíticamente al concepto de "alguien sancionado".Pero nada obsta desarrollar el análisis y consignar en el esquema lógico, el resultado del desarrollo.

18.- Vilanova lo ha dicho en su trabajo inédito,con una extraordinaria precisión: "Kelsen,nos dice Vilanova,ya en las primeras páginas de su Teoría Pura del Derecho nos plantea el problema."Si se analiza cualquiera de los estados de cosas tenidos por el Derecho...puédense distinguir dos elementos: uno de ellos es un acto sensorialmente perceptible...,el otro es un sentido así como inmanente o adherente a ese dato o suceso,una significación específica"(Teoría Pura,p.27).Enseguida hace notar Kelsen que "esta significación no puede verse o notarse así,sin más,en el acto,cual se perciben sus propiedades naturales.Aunque puede muy bien suceder que el acto enuncie algo sobre su propia significación.Sin embargo,esta enunciación no debe tenerse en cuenta,pues es menester distinguir el sentido subjetivo del sentido objetivo del acto"(Teoría Pura,p.28-29).Y por fin en el párrafo nº 4,que se titula "La norma como esquema de interpretación",redondea su pensa-

f

//miento de esta manera,con razón considerada fundamental:"Ese estado de cosas exterior es,pues,un trozo de naturaleza...Solo que como tal no es objeto del conocimiento específicamente jurídico.Lo que convierte a ese suceso en acto jurídico,no es su "ser natural",sino el sentido objetivo que está ligado a ese acto.Recibe el sentido mediante una norma que se refiere a él con su contenido...La norma hace las veces de esquema de interpretación"(Teoría Pura,p.30).Luego de señalar Vilanova los vicios de sistemática que se deslizan en el pensamiento de Kelsen y la "aporía" en que termina por desembocar,por haberse quedado en el plano conceptual,nos da su opinión en dos de los párrafos más importantes de su investigación.Nos dice:"Concretando en forma muy simple la dificultad que se trata de superar: si la norma no es otra cosa que concepto,o sea,conocimiento jurídico, ¿ qué diferencia habrá,por ejemplo,entre un Tratado de Derecho Civil,y un Código Civil, o,en forma más general,entre una ley y una opinión doctrinaria? Y que tal diferencia existe es cosa de la que el jurista no abriga ninguna duda.Al punto de que califica por separado las leyes de los libros y tiene para él mucha mayor importancia (con algo del valor de un dato),un artículo del Código Civil que páginas y páginas de algún autor.Ya se han deslizado indicios suficientes como para preveer la respuesta: la objetividad del conocimiento requiere que el sujeto mismo sea la comunidad.La comunidad se conoce a sí misma a través del ordenamiento jurídico.Por eso el sentido del factum,es solo objetivo cuando es el sentido que recibe del "esquema de interpretación" (norma o concepto),que le da la comunidad.Por eso,antes de ir a buscar un factum de confirmación intuitiva ya es menester,para que el conocimiento sea algún conocimiento objetivo,munirse del concepto que la comunidad tiene predibujado sobre el mismo.Esto está dado y enunciado en la ley,o solamente dado en la norma consuetudinaria" Esta conclusión de Vilanova,tiene un muy sólido fundamento en la investigación de Husserl sobre la objetividad.Ella consiste en la intersubjetividad trascendental,es decir,en la adopción de un punto de vista que pueda ser compartido por pluralidades subjetivas,en una serie de experiencias sucesivas.

19.- Kelsen,op.cit. p.199/200

20.- La comunidad jurídica que soporta una sanción penal de Derecho Internacional si bies es,ónticamente,pretensora,en el sentido de que es,en el substarato,libre,no se la comprende con ese sentido activo, sino con prescindencia de él,como un mero sujeto pasivo.

21.- El verdadero mecanismo de la obligación de Derecho internacional, es el siguiente: la prestación se imputa al Estado,como debida por éste (elemento objetivo,determinado por la norma de Derecho Internacional).Y el quién ha de cumplirla (determinación del elemento subjetivo,es decir,Fo.),es asunto que se delega por el ordenamiento jurídico internacional,en el derecho nacional del país obligado.

22.- Kelsen,op.cit.p.199.El subrayado es nuestro.

23.- Funcionario supremo (Fo.Supr.)en el sentido que se le utiliza en este trabajo,es el máximo organismo estatal.Puede revestir tanto la forma individual como la colegiada.En el Tercer Reich,lo era el Fuehrer.En nuestro país,en materia federal,lo es el Congreso Nacional.

24.- Sobre este particular ha hecho una muy importante aportación José Vilanova,en su ya citado trabajo."Que cierto concepto-norma,nos dice,sea realmente una norma positiva,que da un sentido objetivo a cierta conducta,depende de que ese concepto sea acto de la comunidad. ...Quien quiera conocer objetivamente un dato de su experiencia jurídica,tiene que empezar,pues,por reconocer el juicio que la Comunidad en la que está,por así decirlo,inmerso el dato y en la que está inmerso él mismo,ha adelantado sobre el mismo dato.Parte,pues,de su propia inmersión en la Comunidad,para hacerlo.Y acude a la norma donde la Comunidad le ha adelantado su juicio.La comprensión le exige entonces que revise si ese es verdaderamente el juicio de la comunidad: entonces remonta la pirámide jurídica hasta la norma fundamental,donde se le aparece el juicio de la comunidad,ya no aislado,sino formando un todo no contradictorio,todo un sistema de juicios de la Comunidad sobre sí misma,que le permite,en cada caso,sumir su propio juicio, en el juicio de la Comunidad,tal como lo entiende a partir de su comprensión originaria pre-ontológica,que se ha ido haciendo cada vez más explícita"

25.- En el mismo sentido,Vilanova,op.cit.,quien expresa."Pero a poco que se ahonda en ese conocimiento (el conocimiento de la Comunidad), se descubre que no es,sin más,válido como juicio de esa Comunidad,el último decreto del señor que ocupa el puesto de Jefe de Policía (que es lo que está en la vigencia inmediata),pues ese señor puede ser un impostor,o puede ser que el decreto exceda sus facultades reglamentarias,etc.Entonces,y solo entonces,cuando se cuestiona la validez,es cuando aparece este problema de la validez en su sentido estricto"./No sotros agregamos,por nuestra parte,que el problema estricto de la validez,tiene una zona límite: la acción directa de la comunidad,ya en la alteración general del ordenamiento jurídico vigente hasta ese momento,ya en una ruptura individual.(Ver sobre esto,Cossio,"El concepto puro de revolución",Bosch,Barcelona,1936,y Cueto Rúa,¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?,en Revista La Ley,t.36 p.1179).-

26.- Ya lo había expresado Cossio en "La Teoría Egológica...",al señalar que la consecutividad normativa en la temporalidad jurídica no era indefinida."...Es cierto que,en la experiencia jurídica,la consecutividad se cierra ordinariamente con dos normas,porque los jueces comunmente cumplen con su deber jurídico.Pero en la hipótesis posible de que el funcionario obligado no cumpla con su deber jurídico,y el nuevo funcionario tampoco cumpla con el suyo de sancionar al precedente funcionario transgresor,y así sucesivamente,habríamos de llegar a un funcionario supremo,todos ellos representantes u órganos de la Comunidad pretensora.Pero frente al funcionario supremo,tenemos ya directamente a la Comunidad pretensora,la que ontológicamente,en tanto que voluntad social preponderante,no se concibe de otra manera que como pretensión de la Comunidad,sea que desaloje por la fuerza al funcionario supremo transgresor,sea que lo respalde en la transmutación revolucionaria del ordenamiento jurídico que ha llevado a cabo.Esto quiere decir - cosa que la experiencia confirma y que la Ciencia jurídica se atiene a ello en cuanto que dato - que la Comunidad como tal no puede cometer entuerto;en ello solo hay siempre y necesariamente la instauración revolucionaria de un nuevo ordenamiento jurí-

//dico.De modo que la serie consecutiva de normas tiene su conclusión apodíctica cuando la comunidad pretensora se hace sinónimo de pretensión de la comunidad" Nosotros vemos revolución no solo en la acción comunitaria de respaldo al funcionario transgresor,como dice Cossio,sino también, como se dice en el texto,en el desplazamiento violento del funcionario transgresor,porque esta sanción no está jurídicamente regulada en los ordenamientos jurídicos positivos.En los sistemas representativos, tal acción directa se encuentra excluida "ab initio".Y en los sistemas autocráticos,con mayor razón aún.

27.- La comunidad pretensora aparece no solo como fundante de la norma fundamental in-concreto,como dice con razón Vilanova,en ese acto de ascensión vertical constitutivo de la pirámide jurídica,sino también al final de todo movimiento de desplazamiento horizontal.Pero distingue ambos casos,una diferencia importante:en su movimiento vertical hasta la norma fundamental in-concreto,la comunidad re-constituye la totalidad del ordenamiento jurídico o,aún,constituye un nuevo ordenamiento jurídico.En este último caso,éste se nos ofrece,con relación al anterior,sin nexo lógico-formal de validez.La revolución es general.En cambio,en la consecutividad,se desemboca en una revolución individual o que afecta en su validez solo un sector reducido del ordenamiento jurídico anterior.

28.- Cueto Rúa,op.cit.en nota 155-

29.- Kelsen,"Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales",p.30

30.- Precisamente,el equívoco que se desliza tras el término"responsabilidad civil" y la conexión que se suele ver entre ella y la sanción civil,fué el que nos llevó a encarar el tema por la vía de la responsabilidad penal,dejando para el final,previo los esclarecimientos pertinentes,el tema de la sanción civil.Por otro lado,como se mostrará en el texto,la expresión "responsabilidad civil del Estado" no es la adecuada para describir el fenómeno jurídico que se produce.Pero se la continúa usando,en virtud de su larga tradición en la materia.

j

31.- Kelsen,"El contrato y el tratado",p.15-16.El maestro vienés en "General Theory..." ocupándose de los deberes del Estado,señala el carácter necesario de que se dé la posibilidad jurídica de exigir judicialmente el cumplimiento del deber violado por el funcionario estatal (p.201)

32.- "It is usual to characterize the obligation of the State to repair the wrong done by individuals who,as its organs,are obliged to fulfill its obligations,as the State's responsibility for the wrong done by its organs,or by individuals in their capacity as State organs; or by individuals in the exercise of their officials functions.These formulas,however,are not correct.First,because responsibility -as pointed out- is not an obligation but a condition whereby an individual is subjected to a sanction.If the sanction is not directed against the State,the State cannot be considered to be responsible. Second,the individual who performs an illegal act by no fulfilling the State's obligation (in the sense of national law) is not acting as organ of the State,or in the exercise of his official functions. He is acting only in connection with his official function as State organ.Only if the illegal act commited by him is in connection with his function as State organ may the State be obliged to repair the wrong" (General Theory...p.200)

El primer argumento de Kelsen tiene un valor muy relativo.Parte,precisamente,como presupuesto,de lo que se está por averiguar,a saber,si la sanción civil se puede dirigir contra el Estado.

33.- La misma acció n directa de la comunidad,que se ha visto en el hecho revolucionario,no es una acción de la totalidad numérica de los individuos que la integran,sino ,más bien,de un sector dirigente,portavoz e intérprete de la totalidad o de su mayoría/

34.- Salvedad hecha del caso límite de revolución.

B I B L I O G R A F I A

COSSIO,Carlos, "La Teoría Egológica y el Concepto Jurídico de Libertad",Losada,1944.

COSSIO,Carlos, "El concepto puro de revolución",Bosch,Barcelona,1936.

COSSIO,Carlos, "La plenitud del ordenamiento jurídico",2a.edición,Losada,1946.

KELSEN,Hans "La Teoría Pura del Derecho",Losada,2a.edición,1946.

KELSEN,Hans "General Theory of Law and State",Harvard University Press,Cambridge,1946

HUSSERL,Edmond "Investigaciones Lógicas",Madrid,1929.

VILANOVA,José "Vigencia y validez en el Derecho (Contribución al estudio de la Lógica Jurídica Trascendental)" ,inédito.

AFTALION,Enrique "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en Revista La Ley t.37 p.281

CUETO RUA,Julio "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t.XXII nº 5/6

CUETO RUA,Julio," Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?" en Revista La Ley t.36 p.1179.